GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

La Rivista

Fascicolo 2024/03

Contributi di:

M. Benvenuti, P. Bonetti, V. Capuozzo, V. Casamassima, C. Equizi, G. Fontana, D. Loprieno, J. Lozano Miralles, F. Medico, A. Rauti, C. Siccardi, M. Tuozzo

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste di Classe A per l'Area 12 - Scienze giuridiche (con delibera del 21 dicembre 2023).
ISSN: 2039-8026.

Per il triennio 2023-2025, **Direttore responsabile**: Massimo Siclari (*Università degli Studi «Roma Tre»*).

Comitato di Direzione: Andrea Cardone – Referente responsabile per la Rivista (*Università degli Studi di Firenze*), Tanja Cerruti (*Università degli Studi di Torino*), Nannerel Fiano (*Università degli Studi di Milano*), Nicola Pignatelli (*Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»*), Alessio Rauti (*Università degli Studi «Mediterranea» di Reggio Calabria*), Michela Troisi (*Università degli Studi di Napoli Federico II*).

Comitato di Redazione: COORDINAMENTO TRA LE SEZIONI: Antonello Lo Calzo – Coordinatore del Comitato di redazione (*Università di Pisa*), Pietro Villaschi (*Università degli Studi di Milano*).

SEZIONE SAGGI E RELAZIONI: Stefano Bissaro (*Università degli Studi di Milano*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Luca Cavalli (*Università degli Studi di Napoli Federico II*), Lavinia Del Corona (*Università degli Studi di Milano*), Giuseppe Donato (*Università degli Studi di Messina*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Valentina Pupo (*Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro*), Giuliano Serges (*Università degli Studi «Roma Tre»*).

SEZIONE RECENSIONI: Antonino Amato (*Università degli Studi di Messina*), Alberto Arcuri (*Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*), Marco Ladu (*Università degli Studi «Roma Tre»*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi «Roma Tre»*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*).

SEZIONE FORUM: Bruno Brancati (*Università di Pisa*), Rossana Caridà (*Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO 3/2024

Valentina CAPUOZZO, *Capacità amministrativa ed efficienza dell'azione giurisdizionale: il nuovo ufficio per il processo* 1

Francesco MEDICO, *I referendum regionali come dispositivi del pluralismo* 15

Jorge LOZANO MIRALLES, *Política y poder judicial: la problemática del Consejo general del poder judicial español* 78

Alessio RAUTI, *La (sostenibile?) leggerezza dell'essere. Dialogo con il legislatore e "debolezza" del giudizio di costituzionalità* 95

Vincenzo CASAMASSIMA, *Il diritto a un'esistenza dignitosa nel rapporto tra contrasto alla povertà e lavoro: quadro generale e recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali* 138

Cristina EQUIZI, *L'esperienza referendaria locale alla luce delle disposizioni statutarie dei comuni capolouoghi di regione* 203

Le recensioni

Lavinia DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022

Recensione di Gianpaolo FONTANA 240

Il Forum

Il Protocollo Italia-Albania e il decreto-legge "Paesi sicuri" 251

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

CAPACITÀ AMMINISTRATIVA ED EFFICIENZA DELL'AZIONE GIURISDIZIONALE: IL NUOVO UFFICIO PER IL PROCESSO*

VALENTINA CAPUOZZO**

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive. – 2. Capacità amministrativa e amministrazione pubblica in Italia. – 3. (Segue). La capacità amministrativa degli uffici giudiziari: criticità e tentativi di rafforzamento. – 4. Il nuovo Ufficio per il processo: il caso italiano in prospettiva comparata. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Notazioni introduttive*

L'Ufficio per il processo è una struttura organizzativa istituita presso gli uffici giudiziari italiani dall'art. 50 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114), che lo ha previsto aggiungendo l'art. 16-*octies* al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221)[1]. La sua disciplina è stata di recente oggetto di modifica ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151 che, in attuazione delle leggi delega 26 novembre 2021, n. 206 per l'Ufficio per il processo penale, e 27

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università di Bologna.

[1] La previsione, che si riferisce alle Corti d'appello e ai Tribunali ordinari, ha ricevuto attuazione con il D.M. Giustizia del 01/10/2015, che ha dettato le misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'Ufficio per il processo, e la delibera CSM del 18/06/2018, che ha reso obbligatoria l'istituzione degli Uffici per il processo. Tra i provvedimenti che hanno concorso a disciplinare l'istituto, occorre ricordare la circolare del CSM sulle tabelle per il triennio 2020/2022, che agli articoli 10 e 11 ha esteso l'applicabilità delle disposizioni sull'Ufficio per il processo anche ai Tribunali dei Minorenni, ai Tribunali di Sorveglianza e alla Corte di Cassazione, su cui si v., per un approfondimento, A. DI FLORIO, *Il nuovo ufficio per il processo: proposte per la Corte di cassazione*, in *Questionegiustizia.it*, 27 settembre 2021.

Ai sensi dell'art. 53-*ter* della legge 27 aprile 1982, n. 186 (introdotto dall'art. 8 del d.l. 17 ottobre 2016, n. 168), poi, l'Ufficio per il processo è stato istituito anche a supporto dell'attività dei magistrati amministrativi del Consiglio di Stato, del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana e dei Tribunali amministrativi regionali.

settembre 2021, n. 134 per quello civile[2], ne prevede una regolamentazione *ad hoc*[3], volta a rafforzarne il ruolo di supporto all'attività giurisdizionale.

Obiettivo di questo lavoro è studiare tale disciplina in prospettiva comparata e nella cornice di una riflessione più ampia, che riguarda un più generale ripensamento dell'organizzazione del lavoro giudiziario. Gli interventi normativi descritti si collocano invero sullo sfondo di un'idea di efficienza dell'attività giurisdizionale che non è centrata sulla sola figura del magistrato, ma passa per la valorizzazione delle diverse professionalità coinvolte nei compiti di supporto all'azione giudiziaria. Si tratta, in particolare, della risposta alle disfunzioni di una giustizia «sempre in ritardo»[4], che si traducono in una congestione dei procedimenti giudiziari determinando «conseguenze gravi per il rispetto della legalità»[5], oltreché per le condanne ricevute dall'Italia nelle sedi internazionali a causa della durata eccessiva dei processi[6]. Da ciò una rinnovata attenzione all'organizzazione del sistema giustizia[7], il cui buon funzionamento, al di là della disciplina del rito, richiede opportuni interventi di sistema che consentano di coadiuvare il giudice nelle attività strumentali a quella dello *ius dicere* strettamente inteso[8], che sono spesso estranee alla professionalità del magistrato e, per questo, inevitabilmente rallentanti la sua attività[9].

---

[2] Su cui cfr. il Dossier a cura del Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati *Schema di decreto legislativo recante norme sull'ufficio del processo. Atto del Governo 406*, reperibile al seguente indirizzo *web*: *http://documenti.camera.it/leg18/dossier/PDF/gi0213.pdf*.

[3] Estendendone l'ambito operativo altresì alla Procura Generale della Corte di cassazione, secondo l'art. 1 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151.

[4] S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari-Roma, 2022, 34.

[5] *Ibidem*.

[6] Ivi, 33 e ss., ove l'A. spiega come «la magistratura italiana è al centro dello spazio pubblico, eppure è in crisi. Riferendosi ad essa, nel dibattito pubblico vengono usate espressioni come protagonismo e populismo giudiziario, ma anche autoreferenzialità e chiusura corporativa. Si registra una giuridicizzazione della vita pubblica, un'esplosione del diritto giurisprudenziale, una dominanza delle decisioni dei magistrati. (…) Il corpo dei magistrati non è soltanto il giudice ultimo della virtù delle persone, ma svolge anche altre funzioni: gestisce strutture e procedure che riguardano l'amministrazione della giustizia, è presente nei vertici dell'esecutivo (ad esempio, nei gabinetti ministeriali), rappresenta interessi del corpo degli appartenenti. Tuttavia, la magistratura non svolge in maniera soddisfacente la sua funzione principale, quella giudicante, e l'altra funzione, quella requirente (l'accusa), e gode di sempre minore apprezzamento sociale. È sempre in ritardo e ha accumulato un enorme arretrato».

Per i dati sull'arretrato, si v. il rapporto *European judicial systems. CEPEJ Evaluation Report*, 2020, reperibile al seguente indirizzo *web: https://rm.coe.int/evaluation-report-part-1-english/16809fc058*.

Sulla ragionevole durata del processo si v., almeno, M. CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, *ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, *Appendice*, V, Milano, 2001; P. GAETA, *Durata ragionevole del processo e giurisprudenza della Corte* costituzionale, in *Questione* giustizia, 2003, 1135 e ss.; V. GREVI, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cassazione penale*, 2003, 3204 e ss.; F. PASTORE, *Relazione introduttiva* al Convegno *Principio del giusto processo, ragionevole durata dei giudizi e prospettive di riforma*, Cassino, 15 aprile 2010; G. RICCIO, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cassazione penale*, 2011, 4524 e ss.; G. TARZIA, *L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, 1 e ss.; N. TROCKER, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritti e processo civile*, 2001, 381 ss.

[7] Sul punto si v., *ex aliis*, C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia. Come funziona la nostra macchina giudiziaria*, Bologna, 2011.

[8] Cfr. S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, in *Dirittoprocessualecivile.it*, 3/2021, 261, che ricorda quanto affermato da «Virgilio Andrioli circa il fatto che non esiste una disciplina del processo talmente buona da impedire che nella pratica il processo funzioni male, o all'inverso una disciplina così cattiva da impedire che nella pratica il

È dunque l'efficienza della giustizia, che la Corte costituzionale considera valore strumentale all'esercizio effettivo del diritto di difesa[10], l'obiettivo perseguito attraverso l'istituzione e il rafforzamento dell'Ufficio per il processo, che mira a intervenire sulla «rudimentalità»[11] organizzativa della giustizia italiana, affrontando il problema dell'inadeguatezza delle strutture amministrative degli uffici giudiziari. È il tema della capacità amministrativa degli uffici pubblici, il cui necessario rafforzamento è da tempo al centro dell'attenzione del decisore politico, anche per le sollecitazioni in tal senso ricevute nella sede europea.

2. *Capacità amministrativa e amministrazione pubblica in Italia*

Ricorrendo a un'efficace metafora si può pensare all'azione amministrativa come a un "ponte"[12], che collega gli obiettivi di politica pubblica con la loro effettiva realizzazione. In tale prospettiva, dunque, una macchina amministrativa capace, vale a dire dotata delle opportune risorse umane, organizzative e strumentali impiegabili in vista degli output prefissati, significa «capacità dello Stato di rispondere ai problemi collettivi e di provvedere alla produzione dei beni e servizi necessari a garantire l'effettiva fruizione dei diritti sanciti dalle Costituzioni»[13].

Negli ultimi decenni si è assistito a un considerevole incremento degli studi sulla capacità amministrativa, che ne analizzano l'impatto cruciale sull'efficienza delle

---

processo funzioni bene; e il buono o il cattivo funzionamento del processo dipende essenzialmente da fattori organizzativi»; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, 835 e ss.; ID., *Interventi necessari per cominciare a uscire dal tunnel della crisi della giustizia civile in Italia*, in *Giustiziacivile.com*, 3/2021, 4 e ss. Tale approccio è tuttavia criticato da chi ritiene le logiche efficientistiche del tutto estranee alla funzione giurisdizionale e ai principi costituzionali che governano la giurisdizione. Sul punto si v., *amplius*, l'analisi di F. CARUSO, *Tra standard di rendimento e carichi esigibili. L'inafferrabile misura del lavoro dovuto dal magistrato indipendente. Una riflessione a margine del recente referendum indetto dall'ANM*, in *Questionegiustizia.it*, 6 marzo 2016.

[9] Cfr. R. BRACCIALINI, *L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, delusioni e prospettive*, in *Questionegiustizia.it*, 1 giugno 2020; ID., *Per un modello leggero (ma non un "guscio vuoto"!) di ufficio per il processo*, ivi, 2 maggio 2017.

[10] Si v. in part. Corte costituzionale, sentenze n. 388/1999, p.ti 2.1 e 2.2 del considerato in diritto, ove il Giudice delle leggi individua il fondamento costituzionale del principio di efficienza nell'art. 24 della Costituzione, cfr. C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1999, 2998. Si v. anche Corte costituzionale, sent. n. 345/1987, che spiega come «quelle finalità complementari, rappresentate dall'interesse ad un'ordinata amministrazione della giustizia e al compimento dei processi entro termini ragionevoli sono sempre, in definitiva, in funzione del primario interesse alla realizzazione della giustizia. Una giustizia disordinatamente o tardivamente amministrata può essere non meno pregiudizievole dell'ingiustizia: non senza ragione la Convenzione europea (...) ha posto in primo piano (…) il diritto ad una decisione in ordine alle accuse "entro un termine ragionevole". Anche questi, dunque, sono valori che non possono essere sottovalutati» (p.to 4 del considerato in diritto).

[11] S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, cit., 51.

[12] C.M. WEIBLE, D. NOHRSTEDT, P. CAIRNEY, D.P. CARTER, D.A. CROW, A.P. DURNOVÁ, T. HEIKKILA, K. INGOLD, A. MCCONNELL, D. STONE, *COVID-19 and the policy sciences: initial reactions and perspectives*, in *Policy Sciences*, vol. 53/2020, 235.

[13] L. POLVERARI, *La capacità amministrativa in Italia, sfide, opportunità e prospettive*, Quaderno Svimez n. 63/2020, 21.

istituzioni da diversi punti di vista[14]. Alle analisi di taglio giuridico si affiancano invero quelle di stampo economico e di management pubblico[15]. Tuttavia, sebbene siffatti studi rimarchino la consapevolezza diffusa che in Italia esiste un serio problema di capacità amministrativa, da essi non sempre emergono soluzioni concrete per il rafforzamento delle amministrazioni pubbliche. Questo poiché il concetto di capacità amministrativa è sfuggente, non essendovi una definizione univoca utilizzabile, né parametri standardizzati da adoperare per misurarla[16].

Vi sono però alcuni dati certi che tali studi hanno il merito di evidenziare. Sicuramente una larga parte del problema dipende dall'inadeguatezza del personale. La questione si pone già a proposito dei metodi di selezione, che prediligono una preparazione giuridica generalista senza tenere conto dell'affinità del *curriculum* del candidato con l'amministrazione di destinazione. Spesso si indicono concorsi sulla base delle carenze di organico di diverse amministrazioni cumulativamente considerate, e il vincitore sceglie la sede di lavoro quando il procedimento di selezione è terminato, in base alla graduatoria di merito. Ciò si traduce inevitabilmente in un dispendio di tempo e di competenze. Anche la risorsa più brillante necessita invero di un periodo di adeguamento della propria formazione alle esigenze dell'amministrazione, che potrebbe essere più produttivamente impiegato se invece il criterio di selezione si premurasse di valutare *ex ante* le capacità precedentemente acquisite e connotative del profilo professionale del candidato[17].

---

[14] Sull'impatto della capacità amministrativa sull'efficienza delle istituzioni si v. le considerazioni di A. DE VIVO, *Prefazione*, in A. HINNA, S. MAMELI, G. MANGIA (a cura di), *La pubblica amministrazione in movimento. Competenze, comportamenti e regole*, Milano, 2016, 10 e ss.; A. GIANNOLA, *Prefazione* al Quaderno Svimez n. 63/2020, 9 e ss.

[15] Si v., *ex aliis*, T. BOERI, S. RIZZO, *Riprendiamoci lo Stato. Come l'Italia può ripartire*, Milano, 2020; S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Publico*, 1/2019, 1 e ss.; ID., *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/2020, 141 e ss.; D. DE MASI, *Lo Stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell'Italia postindustriale*, Milano, 2020; A. NIFO, G. VECCHIONE, *Measuring Institutional Quality in Italy*, in *Rivista Economica del Mezzogiorno*, 1-2/2015, 157 e ss.; E. ONGARO, *Philosophy and Public Administration: An Introduction*, Cheltenham, 2017.

[16] Sul punto si v. L. POLVERARI, *La capacità amministrativa*, cit., 35 e ss., ove l'A. spiega come «la capacità dell'attore pubblico viene spesso concepita come un concetto a strati, all'interno del quale la capacità amministrativa è una sottodimensione della più ampia capacità dello Stato o del governo, spesso senza venire declinata ed operazionalizzata in maniera puntuale». Ciò tuttavia può portare a «mescol(are) i fattori esogeni alla pubblica amministrazione (ad es., stabilità politica, livelli di corruzione, fiducia nel governo da parte dei cittadini) e quanto pertiene specificamente alla capacità interna e alla performance delle amministrazioni pubbliche. La conseguenza di questa permeabilità concettuale è che le analisi esistenti forniscono ai decisori pubblici solo in parte le informazioni utili ad una pianificazione puntuale». Per questo è forse preferibile l'approccio che affronta il tema della capacità amministrativa distinguendo tra i suoi «differenti aspetti 'costitutivi', a partire dai quali è poi possibile riflettere sui livelli di capacità esistenti, sui gap da colmare e (…) su come colmare questi gap». Tra le innumerevoli classificazioni proposte dai diversi studiosi, che l'A. illustra alle pp. 43 e ss., questo studio si muove nel solco di quella elaborata dall'Istituto Olandese per l'Economia NEI nell'ambito di uno studio realizzato per la Commissione europea (DG REGIO e DG Allargamento), che propone una «disaggregazione della capacità amministrativa sulla base di tre tipi di "risorse" necessarie alle PA per espletare le proprie funzioni, ovvero: le risorse umane (…) le strutture organizzative (…) i sistemi e gli strumenti operativi» (44 e 45). La motivazione di tale scelta risiede nell'aderenza del criterio ai fattori che i dati mostrano influenzare negativamente la capacità amministrativa in Italia.

[17] In questo senso, il nuovo portale inPA nasce con l'obiettivo di semplificare e velocizzare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro pubblico. Si tratta di un sistema digitale attraverso il quale le pubbliche

Si aggiunga la scarsità degli investimenti per la formazione dei dipendenti[18] e la mancanza di criteri valutativi rigorosi atti a verificarne l'impatto sull'attività da questi svolta[19]. Ecco quindi la carenza di competenze tecniche settoriali[20], che rende le strutture amministrative inadeguate a una «buona gestione pubblica, che invece avrebbe bisogno di competenza tecnica, flessibilità operativa, riconoscimento sociale»[21]. L'aspetto retributivo, poi, contribuisce in misura decisiva a siffatte carenze. Invero, se si confrontano i salari dei pubblici dipendenti con la retribuzione del sistema privato, si può rilevare come la pubblica amministrazione sia un datore di lavoro competitivo soltanto per i profili professionali più bassi, mentre per le mansioni più alte il settore privato è più attrattivo. Si alimenta così «un circolo vizioso che inizia con l'abbassamento del livello di preparazione media, passa per un calo reputazionale e porta a una ulteriore difficoltà di attrazione di risorse umane qualificate e così via»[22].

Occorrerebbe allora intervenire sull'aspetto organizzativo, che risente ancora delle rigidità del modello burocratico tradizionale nella definizione dei compiti e delle responsabilità[23]. Una misura considerevole del problema risiede difatti nel sistema di aspettative che l'amministrazione proietta sul dipendente, ritenendolo in grado di svolgere determinate mansioni per il fatto stesso che queste sono connotative della posizione cui egli è assegnato[24]. Sarebbe forse utile rovesciare il criterio, assegnando le mansioni solo una volta valutate concretamente competenze e capacità del pubblico impiegato, e investendo nella loro valorizzazione attraverso una formazione opportunamente differenziata a seconda del profilo di riferimento.

---

amministrazioni possono consultare e selezionare i curriculum dei candidati più adeguati ai loro fabbisogni, per la cui disciplina si v. l'art. 2 del d.l. 30 aprile 2022, n. 36, nonché la Nota circolare n.1/2022 del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri.

[18] Cfr. L. POLVERARI, *La capacità amministrativa*, cit., 58, ove l'A. riporta i dati che rendono l'Italia «fanalino di coda a livello comunitario».

[19] Sull'importanza della leva formativa e di quella della valutazione per la gestione delle risorse umane si v. A. HINNA, S. MAMELI, G. MANGIA (a cura di), *La pubblica amministrazione in movimento*, cit., 35 e ss.

[20] S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, cit., 8.

[21] *Ibidem.*

[22] Cfr. L. POLVERARI, *La capacità amministrativa*, cit., 58.

[23] Sul tema si v. E. BORGONOVI, G. FATTORE, F. LONGO, *Management delle istituzioni pubbliche*, Milano, 2015, 59 e ss.; M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO, E. RICCIUTI, A. TURRINI, *Management pubblico*, Milano, 2018, 71 e ss. Si tratta delle tecniche gestionali del management scientifico, per cui il management pubblico si ispirava a principi di amministrazione certi, in quanto scientificamente derivati, e non influenzabili in alcun modo dagli studi politici, con conseguente riduzione al minimo della sfera di discrezionalità dei funzionari. Gli assetti organizzativi dichiaratamente gerarchici, non partecipativi e con specializzazione e standardizzazione delle mansioni, si riteneva potessero assicurare la migliore ripartizione del lavoro e garantire il raggiungimento dei massimi livelli di efficienza tecnica. È noto il superamento di siffatto paradigma a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, che hanno visto l'affermazione dapprima dell'approccio del *New Public Management* e poi della *Governance*, attraverso i quali tuttavia ancora non si riesce a superare molte delle problematiche organizzative connesse alle rigidità del modello burocratico. Cfr. S. CASSESE, *Amministrazione pubblica*, cit., 143 e ss. che parla di «arretratezza organizzativa».

[24] Per un approfondimento, si v. A. BORGONOVI, G. FATTORE, F. LONGO, *Management delle istituzioni pubbliche*, cit., 215 e ss.; di M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO, E. RICCIUTI, A. TURRINI, *Management pubblico*, cit., 281 e ss.

All'inadeguatezza del personale, da intendersi anche in termini quantitativi[25], fa da eco la carenza dei mezzi strumentali negli uffici, le cui sedi sono spesso obsolete e le dotazioni tecnologiche insufficienti[26]. Ciò inevitabilmente rallenta il lavoro, con ripercussioni considerevoli sull'efficienza dell'azione amministrativa, che «diventa una forza frenante»[27] della società laddove non riesce a «eguagliarne il dinamismo»[28].

3. *(Segue). La capacità amministrativa degli uffici giudiziari: criticità e tentativi di rafforzamento*

I dati analizzati trovano specifico riscontro nel settore considerato in questo lavoro, quello della giustizia, ove le disfunzionalità organizzative degli uffici amministrativi sono tra le principali cause della difficoltà di garantire al contesto socio-economico un sistema efficiente[29].

Tra gli aspetti problematici, assume rilievo primario quello relativo al personale, cui si collega gran parte delle disfunzioni di un'azione amministrativa che arranca anche per la scarsità in termini quantitativi di risorse umane. I punti di emersione di siffatta crisi di funzionalità sono molteplici. Basti pensare al numero considerevole di sentenze irrevocabili che non riescono a essere messe in esecuzione per la carenza di cancellieri[30], o alla lentezza nel deposito dei provvedimenti, o ancora al numero consistente di notifiche irregolari e al fenomeno delle "false pendenze", che evidenzia la difficoltà finanche a tenere sotto controllo il numero dei processi effettivamente pendenti[31].

All'inadeguatezza del personale, si aggiunge un'edilizia giudiziaria che spesso deficita delle sedi idonee a garantire gli spazi di lavoro necessari, oltreché un processo di digitalizzazione organizzato in maniera rapsodica, con evidenti differenze fra il

---

[25] Cfr. L. POLVERARI, *La capacità amministrativa*, cit., 21 e ss. ove l'A. spiega come gli esigui investimenti nelle assunzioni di personale siano riconducibili alle politiche di austerità conseguenti alle crisi economiche susseguitesi dagli anni Settanta in poi, che hanno determinato la razionalizzazione delle risorse destinate al pubblico impiego.

[26] S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, cit., 8. Sulla digitalizzazione della P.A. cfr. L. POLVERARI, *La capacità amministrativa*, cit., 58 e ss. che rileva come, pur «rimanen(ndo) ancora al di sotto della media europea», negli ultimi anni «l'Italia ha investito molte risorse» su questo settore, «non solo finanziarie ma anche organizzative. Si pensi all'istituzione dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) nel 2012 e alla creazione della figura del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione», non confermata, tuttavia, nell'assetto dell'attuale Governo.

[27] Ivi, 4. Sulla difficoltà della Pubblica amministrazione italiana di essere adeguatamente efficace ed efficiente come causa della debolezza competitiva dell'Italia sul piano internazionale, si v. poi F. BUTERA, B. DENTE, *Change management nelle Pubbliche Amministrazioni: una proposta*, Milano, 2009.

[28] S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, cit., 8.

[29] S. CASSESE, *Amministrazione pubblica*, cit., 151 rileva come, secondo il Rapporto CENSIS sulla situazione sociale del Paese nel 2019, il malfunzionamento della giustizia fosse indicato come la prima causa di rancore sociale, e che «gli italiani sono tra i cittadini europei che si fidano meno (29 per cento) della pubblica amministrazione del loro Paese».

[30] Si veda in tal senso L. FERRARELLA, *Il giudice di Torino si scusa. In Italia 50 mila "graziati" da sentenze non eseguite*, in *Corriere della Sera*, 6 aprile 2019.

[31] Su tali aspetti problematici si v. le considerazioni di I. BUONAGURO, *L'Ufficio per il processo: la parola ai funzionari*, Intervista di E. Aghina, in *Giustiziainsieme.it*, 27 gennaio 2023.

settore civile e quello penale, danneggiato dal susseguirsi di applicativi spesso non comunicanti tra loro e privi di una logica unitaria di sistema[32].

La scarsa capacità amministrativa degli uffici giudiziari italiani impatta dunque in misura notevole sull'effettività del diritto di difesa. È invero evidente il ruolo ancillare che l'azione amministrativa svolge rispetto a quella giudiziaria, per cui inevitabilmente l'inadeguatezza organizzativa degli uffici si riverbera sull'efficienza dell'attività giurisdizionale[33]. Da ciò la consapevolezza che per incidere sul funzionamento del sistema giudiziario occorre migliorare l'organizzazione dell'attività amministrativa.

Il motore dei primi interventi normativi in tal senso risiede in un'esigenza di contenimento della spesa pubblica, per ridurre il debito causato dagli ingenti risarcimenti dovuti dallo Stato a causa dei ritardi dei processi[34]. In questa prospettiva, l'efficienza degli uffici giudiziari è via via divenuta un obiettivo che ha segnato un progressivo cambiamento nel rapporto cittadino-giustizia. Si è invero passati «dall'idea di giustizia come potere dello Stato alla concezione di essa come servizio per la collettività»[35], e per ottenerne l'efficienza si è puntato sulla valorizzazione della trasparenza e della valutazione, capisaldi del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, altresì aggravando la responsabilità dei dirigenti amministrativi, tenuti alla rendicontazione delle proprie decisioni e responsabili per i risultati conseguiti dagli uffici cui sono preposti. Nella stessa prospettiva, l'articolo 37 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 ha previsto l'obbligo per i capi degli uffici giudiziari di stilare un programma annuale per la gestione dei procedimenti civili pendenti, per la redazione del quale il Consiglio Superiore della Magistratura – con delibera 2 maggio 2012 – ha delineato metodologia e parametri generali cui attenersi.

Ancora, nel solco della trasparenza e del miglioramento continuo si collocano il Bilancio di responsabilità sociale (BRS) e la Carta dei Servizi (CdS). Il primo è un documento con cui l'ufficio giudiziario comunica al proprio territorio l'attività svolta in una sorta di rendicontazione degli obiettivi perseguiti e dei risultati raggiunti. La Carta dei Servizi, invece, serve a rendere noti gli impegni e le responsabilità dell'ufficio. Il Protocollo di intesa tra Regioni, Ministero della Giustizia e Dipartimento della Funzione pubblica del 30 aprile 2008, poi, ha avviato la realizzazione del progetto nazionale/interregionale «Diffusione delle *best practices* presso gli uffici giudiziari»,

[32] Cfr. D. D'AGOSTINO, *L'Ufficio per il processo: la parola ai funzionari*, Intervista di E. Aghina, in *Giustiziainsieme.it*, 27 gennaio 2023.

[33] Cfr. A. HINNA, S. MAMELI, G. MANGIA (a cura di), *La pubblica amministrazione in movimento*, cit., 89 e ss.

[34] Cfr. A. HINNA, S. MAMELI, G. MANGIA (a cura di), *La pubblica amministrazione in movimento*, cit., 90 e ss. «È infatti sufficiente volgere l'attenzione al "debito Pinto" (…) accumulato dallo Stato a causa dei contenziosi in violazione della normativa che disciplina la durata massima dei processi (…) È alla portata di tutti la contraddizione: lo Stato accumula ritardi e poi risarcisce chi ha subito il danno (con ripercussioni sul piano economico) tramite provvedimenti giudiziari di condanna pronunciati dalla medesima autorità giudiziaria che, a sua volta, accumula altri ritardi».

[35] Ivi, 91.

che prevede la condivisione tra uffici giudiziari delle soluzioni innovative più efficaci per implementare la qualità dei servizi e la riduzione dei costi[36].

Se si riflette in termini di risultati, tuttavia, non si può che constatare l'insufficiente resa delle innovazioni descritte. Quanto all'irrigidimento delle regole che disciplinano l'operato dei dirigenti, da più parti si è osservato come ciò si traduca in un atteggiamento difensivo di questi ultimi, che finisce per inibirne l'azione autonoma e l'orientamento al risultato[37]. Gli strumenti di trasparenza come il Bilancio di Responsabilità Sociale e la Carta dei Servizi sono in realtà meri strumenti di autoanalisi e autovalutazione. E sulle buone prassi molti studiosi hanno manifestato scetticismo circa la loro idoneità al rafforzamento della capacità amministrativa. Esse, difatti, «hanno il limite di essere riferite allo specifico contesto di riferimento e di non essere quindi sempre agevolmente trasferibili»[38], a meno di non richiedere un «lavoro proattivo di adattamento»[39] che necessita «di risorse umane motivate, di tempo e spesso anche di risorse finanziarie: esattamente quanto generalmente manca nei contesti dove le capacità amministrative sono più deboli»[40].

Sarebbe forse preferibile, allora, perseguire il rafforzamento amministrativo mediante politiche pubbliche ad esso specificamente dedicate[41], come può considerarsi quella sull'Ufficio per il processo, che è precipuamente rivolta al risanamento organizzativo degli uffici giudiziari. Essa ha il merito di prevedere un supporto all'attività giurisdizionale che si colloca esattamente al centro tra azione amministrativa e azione giudiziaria, tentando – come si vedrà – di operare un raccordo funzionale tra le rispettive attività. Invero, un altro dei limiti degli interventi finora tentati per rafforzare la capacità degli uffici giudiziari è quello di aver insistito specificamente sull'area amministrativa, mentre è noto che uno dei principi cardine su cui si fonda l'innovazione organizzativa è quello della trasversalità, vale a dire l'integrazione e la collaborazione fra le diverse posizioni, che devono cooperare per l'efficace, efficiente ed economica erogazione dei servizi[42].

4. *Il nuovo Ufficio per il processo: il caso italiano in prospettiva comparata*

[36] Tali buone prassi sono censite dal CSM che, con delibera del 18 marzo 2011, ha istituito la Banca dati nazionale delle Buone Prassi. Per approfondire le innovazioni analizzate, si v. A. HINNA, S. MAMELI, G. MANGIA (a cura di), *La pubblica amministrazione in movimento*, cit., 93 e ss.

[37] Cfr. S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, cit., 8; C. MOCHI SISMONDI, V. PIERSANTI (a cura di), *25 anni di riforme della PA: troppe norme, pochi traguardi. La riforma Madia vista da quattro prospettive di analisi*, *FFPA Annual Report 2016*, dicembre 2016; L. POLVERARI, *La capacità amministrativa*, cit., 57.

[38] L. POLVERARI, *La capacità amministrativa*, cit., 40.

[39] *Ibidem.*

[40] Ivi, 41.

[41] In questi termini, L. POLVERARI, *La capacità amministrativa*, cit., 80 ove l'A. sostiene che «occorre considerare l'intervento pubblico per il rafforzamento amministrativo come una politica pubblica a sé stante, e non come un elemento strumentale e subalterno alle altre politiche. E occorre studiarla come tale, attingendo alle teorie e agli strumenti dell'analisi delle politiche pubbliche».

[42] Sul punto si v. E. BORGONOVI, G. FATTORE, F. LONGO, *Management delle istituzioni pubbliche*, cit., 199 e ss.; M. CUCCINIELLO, G. FATTORE, F. LONGO, E. RICCIUTI, A. TURRINI, *Management pubblico*, Milano, 2018, 305 e ss.

Si possono individuare due fasi nell'*iter* di istituzione dell'Ufficio per il processo nel sistema giudiziario italiano, separate da quella che può essere indicata come la «svolta»[43] del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), che ha stanziato le risorse economiche necessarie per dare corso all'opera di innovazione organizzativa cui tale nuovo istituto è ispirato.

Invero, prima del PNRR, secondo la formulazione originaria della disposizione istitutiva, l'attuazione dell'Ufficio per il processo sarebbe dovuta avvenire «senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» (art. 16-*octies*, comma 2, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179). Nell'ambito delle risorse disponibili, dunque, alla nuova struttura organizzativa erano destinati: *i)* addetti alla cancelleria, con i compiti tipici del personale ammnistrativo; *ii)* tirocinanti *ex* art. 73 d.l. n. 68/2013, incaricati di coadiuvare uno o più giudici professionali attraverso atti preparatori per l'esercizio della funzione giurisdizionale o compiti di natura amministrativa; *iii)* giudici ausiliari per gli uffici di Corte d'appello e giudici onorari per quelli dei Tribunali, deputati al compimento degli atti preparatori alla funzione giurisdizionale (art. 16-*octies*, comma 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179).

Nella cornice di quanto sin qui analizzato, è evidente che siffatta composizione sarebbe risultata incongrua rispetto alle finalità perseguite dall'istituto. La scarsa capacità amministrativa degli uffici giudiziari, dovuta alla carenza di risorse umane e strumentali, avrebbe invero frustrato gli obiettivi di innovazione organizzativa e tecnologica sottesi al progetto[44]. I dati relativi alla prima fase di vita dell'Ufficio per il processo ne rilevano infatti una limitata incidenza sulla funzionalità degli uffici giudiziari, tanto da aver indotto gli addetti ai lavori a riferirsi ad esso come a un'occasione mancata[45]. Al 2020, l'Ufficio per il processo operava soltanto in 22 Corti d'Appello, 106 Tribunali ordinari e 5 Tribunali per i minorenni[46], con compiti prevalentemente sbilanciati sull'attività di studio dei fascicoli, l'approfondimento dottrinale e giurisprudenziale e la predisposizione di provvedimenti o bozze di sentenze. Scarso invece era l'apporto all'attività amministrativa[47].

La situazione è radicalmente mutata con l'approvazione del PNRR che – com'è noto – si sostanzia in un insieme di riforme e investimenti necessario per accedere alle risorse finanziarie messe a disposizione dall'Unione europea nell'ambito della strategia

[43] Così la indicano i documenti ministeriali, cfr. in particolare il documento di sintesi *Ufficio per il processo* predisposto dal Ministero della Giustizia, reperibili al seguente indirizzo *web*: *https://www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.page?contentId=ART199849&previsiousPage=mg_14_7*.

[44] Cfr. la formulazione dell'art. 16-*octies*, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, ora confluita nell'art. 2 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151, che individua nell'«innovazione dei modelli organizzativi» e nel «più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione», gli obiettivi da perseguire in vista di garantire la ragionevole durata del processo.

[45] Cfr. R. BRACCIALINI, *L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, delusioni e prospettive cit.*, §§ 4-6.

[46] Cfr. il documento di sintesi *Ufficio per il processo*, cit., 5, che evidenzia una diffusione prevalente dell'Ufficio per il processo nel settore civile.

[47] Cfr. il documento di sintesi *Piano nazionale per la ripresa e la resilienza. Focus UPP e capitale umano* predisposto dal Ministero della Giustizia e reperibile al seguente indirizzo *web*: *https://www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.page?contentId=ART199849&previsiousPage=mg_14_7*, 10.

Next Generation EU. In particolare, quella del sistema giudiziario è una delle riforme considerate orizzontali e di contesto, che si prefigge quale obiettivo generale la riduzione dei tempi dei giudizi e considera la piena attuazione dell'Ufficio per il processo come strumentale al raggiungimento di tale obiettivo.

In questa prospettiva, il d.l. 9 giugno 2021, n. 80 – che annovera tra le sue finalità principali quella del rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni e l'efficienza della giustizia – ha disciplinato le procedure per l'assunzione a tempo determinato di diverse figure professionali per l'Ufficio del processo, prevedendo il reclutamento, tramite concorso pubblico, di profili amministrativi, statistici e informatici (art. 11). Le prime fasi concorsuali si sono espletate con procedure bandite dal Ministero della giustizia, conclusesi con l'assunzione, a partire dal febbraio 2022, di funzionari addetti al supporto dei giudici sia nello studio dei fascicoli e nella predisposizione di bozze di decisioni, sia in compiti più specificamente amministrativi o informatici quali l'organizzazione delle udienze e del ruolo, o il sostegno ai processi di digitalizzazione degli uffici[48].

Si tratta peraltro di una riforma che allinea l'Italia a una tradizione diffusa sul piano europeo e internazionale[49], che vede nelle strutture ausiliarie del giudice la chiave per l'efficientamento del settore giustizia. In tal senso, operando delle classificazioni[50], è possibile individuare alcune distinte forme di collaborazione a seconda: a) del rapporto tra assistente e giudice assistito; b) del modello di assistente giudiziario; c) dell'organizzazione dell'attività di assistenza.

Dal primo punto di vista, si distingue tra assistenti con un rapporto fiduciario con il magistrato di riferimento, e assistenti di carriera, che invece ricoprono il ruolo per l'esperienza maturata presso altri servizi o per aver vinto un concorso pubblico. Il primo modello è frequente oltre oceano. Si pensi ai *law clerks* dei giudici federali e della Corte Suprema degli Stati Uniti, o all'*Assistente Jurídico* e all'*Escrevente* del *Tribunal de Justicia* di San Paolo del Brasile[51]. Lo schema è poi molto diffuso presso le alte Corti. È il caso dei *référendaires* della Corte di Giustizia dell'Unione europea; o della Corte costituzionale italiana, ove ogni giudice ha diritto alla nomina di tre assistenti. In questa collaborazione *intuitu personae*, il rapporto tra assistito e assistente è centrale poiché entrambi traggono valore dal confronto reciproco: l'assistito riceve informazioni e

[48] Più specificamente, sulle mansioni dei funzionari addetti all'Ufficio per il processo, si v. la circolare del Ministero della Giustizia *Reclutamento, mansioni, formazione e modalità di lavoro dei primi 8.250 addetti all'ufficio per il processo assunti ai sensi del decreto-legge n. 80 del 2021*, del 21 dicembre 2021,.

[49] Sul punto, si v. A. SANDERS, *Judicial Assistants in Europe - A Comparative Analysis*, in *International Journal for Court Administration*, vol. 11/2020, 4 ove l'A. osserva come quelle degli assistenti al giudice siano figure trasversalmente diffuse sia nelle esperienze di *common law* che in quelle di *civil law*.

[50] Sul ruolo e l'importanza delle classificazioni nelle analisi comparate cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali*, Torino, 2020, 16 e ss.; S. RAGONE, G. SMORTO, *Comparative law. A Very Short Introduction*, Oxford, 2024, 18 e ss. Si precisa che l'analisi che segue guarda genericamente al modello di collaborazione, senza distinguere tra Corti costituzionali e Corti ordinarie. Fuori dalla semplificazione teorica, su un piano applicativo, vanno tenute in considerazione le differenze.

[51] Su cui si v. F. AULETTA, *L'Ufficio del processo*, in *Dirittoprocessualecivile.it*, 3/2021, 241 e ss.

l'assistente acquisisce formazione, mentre l'organizzazione dell'ufficio rimane sullo sfondo e beneficia soltanto indirettamente di questo scambio[52].

A seconda del tipo di assistente giudiziario, invece, tre sono le categorie enucleabili. Un primo schema è quello riconducibile all'«*internship model*»[53], che vede giovani laureati prestare servizio come assistenti giudiziari per un breve periodo - solitamente fino a cinque anni - per acquisire conoscenze sul campo. Di solito si tratta di un lavoro che serve come trampolino di lancio per un altro impiego, oppure come periodo di formazione per accedere a determinate carriere. Ancora calzante è l'esempio della *clerckship* della Corte Suprema degli Stati Uniti, come delle Corti canadesi, irlandesi, sudafricane e del Regno Unito. Anche l'Italia contempla un esempio di tale figura, sebbene non possa ritenersi assistenza in senso stretto, poiché si tratta piuttosto di un tirocinio presso gli uffici giudiziari[54]. Vi è poi il modello degli «*scribes*»[55], veri e propri funzionari di carriera, come i *référendaire* in Belgio o i *Letrados del Gabinete Técnico* del *Tribunal Supremo* spagnolo, che supportano il giudice nel redigere i protocolli di udienza o nella scrittura di memorie e bozze di sentenza. Il terzo modello, diffuso soprattutto in Germania ed Est Europa, è quello dei «*second judges*»[56], che sono essi stessi magistrati, ma distaccati presso tribunali superiori per acquisire esperienza e contribuire all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Quanto al modo in cui è organizzato il lavoro con i giudici, infine, è possibile distinguere tra «*cabinet, pool and panel system*»[57]. Il *cabinet system*, utilizzato ad esempio presso il Tribunale costituzionale federale tedesco e la Corte costituzionale austriaca, vede uno o più assistenti assegnati a un singolo giudice, solitamente legati da un rapporto fiduciario. All'opposto, il *pool system*, tipico di Olanda e Svizzera, vede costituito presso il tribunale un gruppo di assistenti, che possono lavorare per qualsiasi giudice. Il *panel system*, diffuso ad esempio in Slovenia, è una via di mezzo in cui più assistenti, riuniti, appunto, in un *panel*, vengono assegnati a un collegio di giudici.

In questa cornice, la scelta del legislatore italiano è quella di dotare l'Ufficio del processo di personale con varia competenza ed esperienza. Ai funzionari assunti per concorso, infatti, si aggiungono giudici onorari che compiono gli atti preparatori utili all'esercizio della funzione giurisdizionale, oltreché personale amministrativo. Ciò indica una *ratio* di profonda innovazione organizzativa. Prevedere la cooperazione di diverse professionalità nel coadiuvare l'attività decisionale del magistrato mira invero al superamento della rigida verticalizzazione dei compiti che ha caratterizzato il modello burocratico classico e all'introduzione di un paradigma organizzativo che punta sull'integrazione delle competenze, poste al servizio della speditezza del processo e non

[52] Ivi, 241.

[53] A. SANDERS, *Judicial Assistants in Europe*, cit., 4.

[54] Il riferimento è all' art. 73 del d.l. 69/2013 (convertito con legge 9 agosto 2013, n. 98), secondo il quale i laureati in giurisprudenza più meritevoli possono accedere, a domanda e per una sola volta, a tirocini di formazione teorico-pratica della durata di diciotto mesi presso gli uffici giudiziari, per assistere e coadiuvare i magistrati dei Tribunali, delle Corti d'appello, dei Tribunali di sorveglianza e dei Tribunali per i minorenni, nonché i giudici amministrativi dei TAR e del Consiglio di Stato.

[55] A. SANDERS, *Judicial Assistants in Europe*, cit., 5.

[56] Ivi, 6 e 7.

[57] Ivi, 7.

del singolo giudice[58], secondo un approccio trasversale volto a mettere in comunicazione la gestione del caso con quella dell'ufficio, pur nell'ambito delle diverse responsabilità che ne caratterizzano l'attività[59].

Si avvia dunque un mutamento nei modi di erogazione della giustizia, fondato sulla proficua collaborazione tra magistratura e apparato amministrativo, le due anime della dimensione giudiziaria per come delineata dall'art. 110 della Costituzione, tra le quali l'Ufficio per il processo mira a fungere da giuntura. D'altra parte, la nuova disciplina del d.lgs. n. 151/2022 esprime dichiaratamente tale finalità, prevedendo all'art. 11 che gli Uffici per il processo svolgono, fermi gli altri compiti specificamente elencati per ciascun ufficio di riferimento, «attività di supporto all'esercizio della funzione giudiziaria e di *raccordo* con le cancellerie e i servizi amministrativi degli uffici giudiziari».

La nuova disciplina delineata dal d.lgs. n. 151/2022 è peraltro indicativa della volontà di consolidare la nuova visione organizzativa. Lo si evince dalla lettura dell'art. 4, comma 1, lett. g) che prevede l'inserimento, tra i componenti dell'Ufficio per il processo, anche di personale da reclutare a tempo indeterminato oltre ai funzionari a tempo determinato, il cui servizio transitorio è legato alle disponibilità economiche del PNRR. Si tende dunque a una struttura stabile, secondo una previsione probabilmente stimolata dalle innumerevoli osservazioni critiche sulla durata limitata dell'incarico degli addetti attualmente in servizio. Queste muovono dalla condivisibile considerazione secondo la quale la temporaneità dell'affidamento potrebbe vanificare – o quanto meno ridurre – la portata innovativa dell'intervento, comportando un gravoso impegno formativo a carico delle strutture, da reiterare progressivamente a fronte del *turn over* dei funzionari, con un costo forse eccessivo per quell'efficienza che si mira a conseguire[60].

5. *Riflessioni conclusive*

[58] Si tratta di una scelta criticata da chi riteneva invece opportuna l'istituzione di un «ufficio del giudice» più che del processo, vale a dire una struttura a supporto del singolo magistrato e affidata alla sua cura, cfr. *ex aliis* G. GRASSO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e l'attuazione dell'ufficio del processo*, in *La Magistratura*, 5 marzo 2022. Sull'opportunità di aver riferito la nuova struttura organizzativa all'ufficio nel suo complesso, così rendendola «un ganglio vitale dell'organizzazione giudiziaria», che «fuori(esce) da ogni sorta di cooptazione *intuitu personae*» cfr. F. AULETTA, *L'Ufficio del processo*, in *Dirittoprocessualecivile.it*, 3/2021, 241 e ss.

[59] In termini gestionali si parla di *case management*, che è prerogativa del singolo giudice, e *court management*, prerogativa invece del dirigente dell'ufficio. Sul punto si v. A. HINNA, S. MAMELI, G. MANGIA (a cura di), *La pubblica amministrazione in movimento*, cit., 92.

[60] Cfr. *ex multis* S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo*, cit., p. 263. Si v. poi B FABBRINI, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e risorse degli uffici giudiziari: il "nuovo" Ufficio per il processo.* Intervista di E. Aghina, in *Giustiziainsieme.it*, 8 agosto 2021, che spiega come la durata a termine dell'incarico sia legata alla circostanza che con i finanziamenti del PNRR le assunzioni a tempo indeterminato non sono possibili. Invero, per il nuovo personale a tempo indeterminato previsto dal d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 151 la spesa è autorizzata a valere sui Fondi per l'attuazione della delega per l'efficienza del processo penale e civile previsti, rispettivamente, dall'art. 1, comma 27, l. 27 settembre 2021 n. 134 e dall'art. 1, comma 41, l. 26 novembre 2021, n. 206 (art. 16).

Nel percorso fin qui compiuto, dopo aver analizzato l'incidenza della capacità amministrativa sull'efficienza dell'attività giurisdizionale e, di conseguenza, sull'effettività del diritto di difesa, si è osservato come l'istituzione dell'Ufficio per il processo possa considerarsi una soluzione efficace alle disfunzionalità organizzative degli uffici giudiziari italiani, soprattutto in virtù della «scelta strategica»[61] di utilizzare le risorse del PNRR per implementarne l'attuazione, cui ha fatto seguito la sistematizzazione della disciplina dedicata al nuovo istituto dal d.lgs. n. 151/2022.

Quella sull'Ufficio per il processo è dunque una politica indicativa di una linea di tendenza positiva, che vede lo Stato tornare a investire su politiche pubbliche in grado di provvedere alla produzione di servizi necessari a garantire l'effettiva fruizione dei diritti, ricollocandosi sulla curva crescente di una parabola che, dopo l'espansione del secondo dopoguerra, aveva visto tale investimento contrarsi a causa della razionalizzazione delle risorse conseguente alle crisi economiche succedutesi dagli anni Settanta in poi[62].

I tempi non sono ancora maturi per una valutazione dell'impatto che tale politica sarà in grado di produrre sull'efficienza dell'azione giurisdizionale, ma dai primi dati[63] è possibile rilevare alcune criticità sulle quali si potrebbe intervenire.

Una prima questione attiene al tempo determinato degli incarichi dei nuovi addetti attualmente in servizio, che sta causando una progressiva scopertura nell'organico degli Uffici per il processo, dovuta alla ricollocazione dei funzionari in posti di lavoro in grado di offrire maggiori garanzie di stabilità[64]. È evidente che occorre una soluzione per rendere in qualche modo vantaggioso il compimento dell'incarico, così da attrarre le migliori risorse e scongiurare il rischio di rendere vani gli sforzi di investimento in capitale umano per il potenziamento della capacità amministrativa del sistema giudiziario. Una strada percorribile potrebbe essere quella di riservare agli addetti che terminano positivamente l'esperienza lavorativa presso l'Ufficio per il processo percorsi preferenziali per l'accesso alle carriere giudiziarie, in particolare quella in magistratura, così consentendo la valorizzazione delle competenze maturate sul campo[65].

---

[61] Così S. STAIANO, *Relazione introduttiva* al Convegno *La Riforma dell'Ufficio del Processo: verso l'attuazione*, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II il 20 ottobre 2021.

[62] Su tale linea di tendenza si v., *amplius*, G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, in part. 29 e ss.

[63] Cfr. le Circolari del ministero della Giustizia *Monitoraggio integrato quali-quantitativo sull'Ufficio per il processo. Restituzione di una prima analisi dei risultati,* del 28 dicembre 2022, reperibile al seguente indirizzo *web*: *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?contentId=SDC409271#*; *Secondo monitoraggio integrato quali-quantitativo sull'Ufficio per il Processo al 30 giugno 2023. Restituzione dell'analisi nazionale dei risultati*, del 21 dicembre 2023, reperibile al seguente indirizzo *web*: *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?contentId=SDC464350*; *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: componente M1C1 - Capitale Umano e Ufficio per il Processo e Digitalizzazione del Ministero della Giustizia. Avvio del terzo monitoraggio integrato quali-quantitativo sull'Ufficio per il Processo e rilevazione digitalizzazione dei fascicoli*, del 21 febbraio 2024, reperibile al seguente indirizzo *web*: *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?contentId=SDC464354*.

[64] Cfr. le osservazioni di D. D'AGOSTINO, *L'Ufficio per il processo: la parola ai funzionari*, cit., p.to 9.

[65] In questi termini cfr. F. AULETTA, *L'Ufficio del processo*, cit., 243; S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo*, cit., 263 e 264. Occorre tra l'altro tenere in considerazione che uno dei vantaggi previsti per chi avesse maturato l'esperienza lavorativa di addetto all'Ufficio per il processo era l'accesso al concorso

Altro nodo da affrontare è quello della traduzione nell'esperienza del principio di trasversalità cui è improntata l'innovazione organizzativa proposta. Invero, la mancanza di puntuali modelli di organizzazione per gli uffici giudiziari lascia spesso all'improvvisazione la gestione delle attività, che finisce con l'essere «rimessa alle emergenze del quotidiano»[66]. Sul punto, è apprezzabile l'ingente finanziamento messo a disposizione dal Ministero della Giustizia per le Università[67], che ha premiato progetti di ricerca volti all'approccio interdisciplinare nell'individuazione e sperimentazione di modelli operativi di gestione, altresì allo scopo di favorire il consolidamento del rapporto tra sistema della formazione universitaria e contesto giudiziario.

È invero questo il maggior pregio della trasversalità su cui punta il processo avviato, volto a favorire un'innovazione orizzontale, creando uno scambio virtuoso tra formazione e lavoro che, se saprà essere implementato, potrà rappresentare l'occasione di vantaggi non limitati al solo smaltimento dell'arretrato giudiziario.

in magistratura, insieme alla previsione di un punteggio aggiuntivo e posti riservati nei futuri concorsi del Ministero della Giustizia e in altre pubbliche amministrazioni. Tuttavia, l'art. 33 del d.l. 23 settembre 2022, n. 144 ha previsto la possibilità di partecipare al concorso per magistrato ordinario con la sola laurea in giurisprudenza, facendo venire meno l'incentivo, per chi voglia perseguire tale carriera, a maturare l'esperienza lavorativa presso gli Uffici del processo.

[66] Così I. BUONAGURO, *L'Ufficio per il processo: la parola ai funzionari*, cit., p.to 7.

[67] Finanziato col PON *Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020*, con riferimento al *Progetto unitario per la diffusione dell'Ufficio per il Processo e l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato*. Per approfondire, si rimanda alle informazioni reperibili al seguente indirizzo *web*: *http://www.pongovernance1420.gov.it/it/progetto/ufficio-per-il-processo/.*

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

I REFERENDUM REGIONALI COME DISPOSITIVI DEL PLURALISMO[*]

FRANCESCO MEDICO[**]

SOMMARIO**:** *Introduzione*. 1. I referendum regionali tra essere e dover essere e l'ombra lunga del modello nazionale. – 2. Il principio autonomistico e i referendum regionali come dispositivi del pluralismo. – *Parte I. L'essere*. *Parte I.1. (Le due stagioni statutarie regionali):* 1. La prima stagione statutaria: la timidezza conservatrice della disciplina positiva, a fronte della cultura della partecipazione degli anni '70. – 2. La seconda stagione statutaria dopo la revisione del Titolo V: l'arricchimento dello strumentario, ma senza la spinta regionalista. – *Parte I.2. (I referendum regionali nella prassi):* 3. I referendum abrogativi e le ragioni di un loro fallimento: l'impostazione antireferendaria negli Statuti, la «insostenibile leggerezza» della legislazione regionale e la mancanza di una cultura politica autonomistica. – 4. I referendum consultivi e spiragli di valorizzazione, ma con alcuni problemi di fondo: il taglio plebiscitario e il nodo dell'unità nazionale. – 5. Vagiti di legislazione popolare: il referendum propositivo in alcune Regioni speciali, ma il suo scarno utilizzo. – *Parte II. Il dover essere. Per un rilancio democratico dell'istituto:* 1. I tre modi di intendere il referendum e la preferenza per la ricostruzione pluralista. – 2. Il perimetro costituzionale: l'interesse regionale, la tutela dell'unità nazionale e contro la prassi plebiscitaria. – 3. Un altro modo di leggere i referendum nelle Regioni.

INTRODUZIONE

1. *I referendum regionali tra essere e dover essere e l'ombra lunga del modello nazionale*

La storia dei referendum regionali in Italia è la storia di un dio minore. La ragione di una tale scarsa fortuna è facilmente intuibile: l'esplosione nella storia repubblicana dello strumento referendario, per lo più a livello nazionale, ha portato, quasi per sottrazione algebrica, a sotto-valorizzare la tipologia dei referendum regionali. Quando,

[*] Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista. Testo rielaborato della relazione al Convegno dell'Associazione Gruppo di Pisa su "I referendum nell'esperienza costituzionale repubblicana", Catanzaro, 21-22 giugno 2024.

[**] Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e pubblico, *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna.

infatti, si parla per l'Italia di una «Repubblica dei referendum»[1] o di una «democrazia referendaria»[2], si fa riferimento all'utilizzo dello strumento referendario nell'arena della politica nazionale dagli anni '70 in poi, senza includere anche le fortune degli *altri* referendum previsti dal nostro ordinamento costituzionale, regionali e locali in testa. Quando, dunque, si parla di referendum in Italia, è talmente preponderante la prassi nazionale che, nella cultura politica e costituzionale, si compie inconsciamente una sineddoche tra *una parte* (referendum abrogativo *ex* art. 75 Cost) e *il tutto* (l'idealtipo referendum come strumento di democrazia diretta)[3].

Tuttavia, il fatto che i referendum regionali[4] siano vissuti costantemente sotto l'ombra del fratello maggiore del referendum *ex* art. 75 Cost. non significa che non abbiano avuto un misurabile e fattivo impatto nella storia costituzionale e che questa storia non meriti di essere raccontata. O, a maggior ragione, che una diversa ricostruzione costituzionale degli stessi non possa permettere di maggiormente valorizzare le potenzialità democratiche inespresse e sotto traccia. Essi sono strumenti di democrazia che esistono nel nostro ordinamento e che, pertanto, meritano di essere studiati al fine di essere valorizzati al meglio delle loro potenzialità costituzionali. Sarà questo, più in generale, il tentativo e la prospettiva che si adotterà in questo scritto.

Quello che si nota ad uno sguardo superficiale sull'impatto del referendum regionale è una profonda distanza tra essere e dover essere. Non a caso, il dover essere di questo istituto[5] – sia che si guardi al dato costituzionale dell'art. 123 Cost *pre* e *post* riforma del 2001, sia che si studino gli atti dell'Assemblea costituente – ha da sempre ricostruito lo stesso in chiave di strumento preferenziale di partecipazione popolare, proprio perché la dimensione locale meglio si presta a forme di democrazia diretta rispetto alla scala nazionale. La tesi di teoria generale è nota e risale direttamente a Rousseau[6]: forme di partecipazione diretta alla vita democratica sono le più auspicabili, ma sono possibili solo ed esclusivamente in una dimensione più ristretta di quella dei grandi Stati nazionali in cui, al contrario, è necessario prevedere istituti di democrazia rappresentativa, in ossequio al principio della divisione del lavoro in sistemi di economia borghese e capitalista. Lo stesso *favor* per un'applicazione del referendum su scala regionale/locale, poi, si può rivedere nell'impostazione assunta in Assemblea costituente. Mentre, infatti, sul referendum nazionale è stato forte il dibattito tra le diverse culture partitiche e ha condotto a quella celebre «potatura»[7] della proposta di

[1] A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2022.

[2] M. FEDELE, *Democrazia referendaria. L'Italia dal primato dei partiti al trionfo dell'opinione pubblica*, Roma, 1994.

[3] A. CHIMENTI, *Storia dei referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale*, Roma-Bari, 1999.

[4] Per referendum regionali si intendono i referendum *ex* art. 123 Cost., escludendo dall'analisi i referendum proposti dalle Regioni *ex* art. 75 Cost., i quali rientrano nelle riflessioni sul referendum su scala nazionale.

[5] Quando all'interno del testo per questioni di economia dello scritto si utilizzerà il singolare al posto del plurale in relazione ai referendum regionali, si vuole fare riferimento al "tipo" generale referendum regionale come indice sintetico dell'istituto, nonostante le dinamiche dei "tipi" particolari di diversi referendum nelle Regioni abbiano caratteristiche autonome e presentino una diversa pluralità applicativa.

[6] J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, 1984, 226 ss.

[7] C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo in Italia*, in *Democrazia e diritto*, 1981, 52.

Costantino Mortati ridotta al lumicino del referendum abrogativo, sul referendum regionale, invece, si è registrato un generale *consensus*[8] sullo sviluppo di questo istituto. La postura era tale da concepirne un ruolo in chiave partecipativa e di controllo politico, tanto da prevedere una diretta riserva statutaria per la sua regolamentazione *ex* art. 123 Cost. come parte necessaria degli Statuti stessi. In Assemblea costituente, insomma, il clima era di maggior coraggio verso una spinta localista sui referendum regionali e a sostegno di un'applicazione robusta per allargare gli orizzonti della partecipazione popolare su questioni attinenti al governo locale.

Il *testo* costituzionale, dunque, era favorevole ad un utilizzo esteso da parte degli Statuti delle Regioni di questo strumento giuridico come raccordo tra le istanze della democrazia rappresentativa regionale e la comunità politica regionale in senso più generale. Fin da subito, tuttavia, nella iniziale fase del disgelo costituzionale, l'interpretazione dello spazio regionale per la regolamentazione dei referendum è stata intesa in senso più restrittivo sia dal legislatore nazionale[9], sia da una parte della dottrina costituzionale[10] a quell'uso più ampio che il testo costituzionale aveva disegnato e che risultava dai lavori dell'Assemblea costituente.

Le ragioni di una tale interpretazione restrittiva sono, forse, da ricondursi ad una generale mentalità statocentrica e anti-autonomistica presente all'epoca nel dibattito pubblico, la quale aveva condotto, tra le altre cose, a dare attuazione alle Regioni solo negli anni '70. Sta di fatto che questa impostazione che tentava di diminuire gli spazi di libertà applicativa dei referendum regionali negli Statuti aveva trovato concretizzazione in un'interpretazione del concetto di «armonia» con la Costituzione e le leggi della Repubblica che rinviava all'art. 75 Cost., come schema normativo generale all'interno del quale far convivere ed esercitare forme di democrazia diretta regionale. Lo stesso, inoltre, può dirsi in relazione al seguito della prima fase costituente regionale, in cui a fronte di un'incursione del Parlamento nazionale su molti schemi di Statuto[11], i quali avevano proposto un utilizzo dei referendum meno appiattito sul figurino dell'art. 75

[8] Il dibattito in Assemblea costituente ha fatto registrare una diversa di vedute, ma una convergenza sull'inserimento dell'istituto nella democrazia italiana: ad esempio, Terracini lo presentò come strumento di garanzia delle minoranze; Laconi come atto di controllo sull'operato degli organi regionali; Mortati ne valorizzò l'elemento di consultazione popolare che non può mai avere valore meramente di parere; Uberti e Mannironi lo presentarono come mezzo di partecipazione alla vita amministrativa della Regione; mentre, infine, Terracini ne parlò come parte del procedimento di formazione degli atti normativi regionali. Si discusse molto, invece, se prevedere una disciplina unitaria a livello costituzionale degli atti sottoponibili a referendum regionali o se, al contrario, lasciare mano libera agli Statuti. Cfr. ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Atti della II Sottocommissione*, 13 dicembre 1946, 696-677 e 22 gennaio 1947, 853-855.

[9] Ci si riferisce, in particolare, agli artt. 3 e 4 della cd. legge Scelba (legge n. 62/1953), poi abrogati dalla legge cd. Pieraccini-Signorello (legge n. 1084 del 1970). Questi prevedevano, per l'attuazione dei referendum regionali, una disciplina restrittiva, in cui era incluso il rispetto dei limiti e delle modalità previste dal referendum abrogativo per la legge dello Stato (un rinvio a tutti gli effetti alla disciplina nazionale), come anche un alto numero di *quorum* per la richiesta (non inferiore ad un 1/25 degli iscritti nelle liste elettorali).

[10] A titolo esemplificativo, per aver contezza dell'opinione dottrinaria maggioritaria di allora, si veda la tesi espressa da B. GUERRINI, *I modelli di referendum statale come limite ai referendum regionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 820 e ss.

[11] Solo 3 (Emilia-Romagna, Liguria e Lazio) dei 15 progetti di Statuto furono esenti da censure, mentre tutti gli altri furono modificati a seguito dei pressanti suggerimenti del Senato. Per una disamina efficace di come il controllo di legittimità si sia in quel caso trasformato in un controllo di merito sugli Statuti, F. BASSANINI, V. ONIDA, *Gli Statuti regionali di fronte al Parlamento*, Milano, 54 ss.

Cost., si erano registrati, di fatto, timidi interventi partecipativi da parte delle Regioni ordinarie e speciali, le quali avevano assecondato una *deminutio* del referendum regionale, a tal punto da adottare un approccio a tratti più restrittivo della stessa disciplina nazionale.

La dinamica non cambia, poi, neanche con la seconda fase costituente statutaria, vale a dire con la riforma del Titolo V del 2001. Infatti, sia con la legge costituzionale n. 1 del 1999, che aveva addirittura inserito il referendum nel contesto della «forma di governo regionale» e con il solo limite del rispetto della «armonia» con la Costituzione, sia con la legge costituzionale n. 2 del 2001[12] per le Regioni speciali, in cui si incentivava esplicitamente il legislatore regionale ad ampliare il *parterre* dei referendum, l'atteggiamento delle Regioni rimane di sostanziale diffidenza rispetto all'istituto. Non a caso, quello che si può evidenziare in questo secondo blocco di ingegneria statuaria è la marginale "stabilizzazione" del referendum consultivo, accompagnato da una generale focalizzazione sul classico referendum abrogativo e sulla razionalizzazione dei suoi limiti procedurali e qualitativi, compiuta attraverso una positivizzazione dei dati nel frattempo emersi dalla giurisprudenza costituzionale e dalla riflessione dottrinaria sull'art. 75 Cost. Timidi sono stati, dunque, in questa seconda fase i tentativi di innovazione[13] e di distaccamento dal fratello maggiore, con qualche apertura verso forme peculiari di referendum propositivo regionale in alcune Regioni ordinarie, come anche, in maniera più spinta, nel contesto delle Regioni speciali.

Medesima logica, infine, ha scontato una prassi complessivamente per lo più *debole* di utilizzo dei referendum nel contesto regionale sia nella prima stagione statutaria, come nella seconda. Anche in questo caso, quello che probabilmente ha più pesato è stata la preponderanza dell'esperienza del referendum abrogativo *ex* art. 75

[12] La legge costituzionale n. 2 del 2001 ha, di fatto, con una formula fotocopia consentito alle 4 Regioni speciali e alle 2 Province autonome di Trento e Bolzano di disciplinare, con lo strumento della legge statutaria, «l'esercizio del diritto di iniziativa popolare delle leggi provinciali e del referendum provinciale abrogativo, propositivo e consultivo». Non è stato previsto, dunque, un generale rinvio alla disciplina del referendum negli Statuti, ma si è incentivata una regolamentazione dei tre tipi in chiave autonoma e aperta.

[13] Un'importante innovazione, con la riforma del Titolo V, è stata prevista dal novellato art. 123 Cost. che ha introdotto una nuova tipologia di referendum approvativo ed eventuale sullo Statuto regionale. Si è scelto, per un questione metodologica, di non includere nel presente studio l'impatto di tale nuovo istituto. Per la dottrina si rinvia a G. TARLI BARBIERI, *Il referendum previsto nel procedimento di formazione dello Statuto regionale*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive, I, La nuova forma di governo delle regioni*, Torino, 2001, 125 ss. Per quanto riguarda la prassi, invece, si ricordano i referendum sulla legge statutaria del Friuli-Venezia Giulia (2002) e quello sulla legge statutaria della Sardegna (2005). Nel primo caso, la questione che si era posta era se fosse possibile ritirare un referendum già indetto sulla legge statutaria, su cui A. MORRONE, *Può il Friuli-Venezia Giulia fare "marcia indietro" sulla forma di governo regionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2002, 1 ss. Nel caso sardo, invece, il referendum prevedeva un *quorum* strutturale per la validità della votazione, e questo non fu raggiunto. Il problema costituzionale che si presentò era se il referendum confermativo sardo dovesse essere considerato come parte necessaria o meno della formazione della legge statutaria: quesito dalla cui risposta discendeva l'obbligo del Presidente della Regione di promulgare o meno la legge. Su questi temi con due opposte tesi, O. CHESSA, *Problemi del quorum partecipativo sulle legge statutaria sarda*, in *Le Regioni*, 3/2008, 739 ss.; G. DEMURO, *Invalidità del referendum e promulgazione della legge statutaria*, in *Le Regioni*, 3/2008, 751 ss. La soluzione venne data dai giudici costituzionali (Corte cost., sent. n. 149 del 2009) che invalidarono la promulgazione del Presidente della Regione sulla base dell'interpretazione letterale dell'art. 15 dello Statuto sardo che stabiliva che «in mancanza di una maggioranza di voti validi, la legge statutaria non [viene] promulgata».

Cost. che ha visto – stando solo a quelli celebrati – 72 consultazioni referendarie, a fronte di 54 anni di applicazione, portando pertanto ad un fenomeno di attrazione sul piano nazionale di quelle energie popolari e partecipative sulle grandi questioni sociali e civili[14]. Come si vedrà, infatti, dal punto di vista della prassi del referendum regionale, ci si è trovati davanti ad una prima stagione in cui l'istituto si può dire aver vissuto una quasi totale fase di dormienza, a cui è seguita una seconda stagione con qualche esempio di utilizzo pratico in più, ma senza comunque nessun possibile paragone – in termini sia quantitativi sia qualitativi – con il fratello maggiore del referendum *ex* art. 75 Cost. In questo senso, quell'ampio *sfavor* presente negli Statuti della prima, ma anche della seconda generazione, ha giocato sicuramente un ruolo nell'inibire i vari Comitati promotori o gli organi costituzionali legittimati dall'intraprendere la via del referendum regionale. Ma, forse, quello che si può aggiungere è che l'*ombra lunga* del modello nazionale potrebbe aver influenzato l'utilizzo dei referendum regionali anche in senso negativo, assorbendo alcune questioni di interesse regionale, che avrebbero potuto dispiegarsi su quel piano e che, invece, si sono trovate ad essere giocate sul piano della politica nazionale, a causa di una semplice analisi costi-benefici da parte dei vari attori democratici coinvolti e per la maggiore "appetibilità" in termini di mobilitazione collettiva.

Senza volersi troppo dilungare, dunque, quello che interessa sottolineare in queste battute introduttive è che questa influenza del referendum *ex* art. 75 Cost sui fratelli minori dei referendum regionali c'è stata, è stata preponderante e si è trascinata nel corso della storia della Repubblica, giocando trasversalmente sull'impatto dell'istituto sia in termini di attuazione statutaria e legislativa, sia in termini di utilizzo nella prassi costituzionale dello strumento su scala regionale. Questa è l'ipotesi da cui si vuole partire, vale a dire l'esistenza di una «*conventio* antireferendaria»[15] contro i referendum regionali, che ha condotto ad una rilevante discrasia tra l'essere e il dover essere dell'istituto nell'ordinamento costituzionale italiano.

2. *Il principio autonomistico e i referendum regionali come dispositivi del pluralismo*

Se questo è il quadro più generale, ha un suo pregio scientifico andare ad indagare perché ciò sia avvenuto e perché questo istituto, così sostenuto sul piano del dover essere dal legislatore costituzionale in due diverse tornate, non abbia ricevuto, nella disciplina normativa e nella prassi regionale, un'applicazione maggiormente

[14] Si fa riferimento, nello specifico, ad alcuni casi come il referendum sulla caccia in Piemonte del 1987 e a quello sul nucleare in Sardegna del 2011, che furono evidentemente costruiti in forma speculare a quelli coevi nazionali e che subirono l'influenza del ciclo di vita politica di quest'ultimi. Si rinvia al PAR. 3 della PARTE I.2, per un approfondimento specifico.

[15] Riprendendo la nota tesi di E. BETTINELLI, *Itinerari della razionalizzazione della convenzione antireferendaria*, in *Politica del diritto*, 1978, 513 ss.

valorizzante le sue virtualità espressive[16]. Come allo stesso tempo, diventa stimolante provare ad ascendere direttamente al piano del dover essere. Ossia immaginare un'ipotesi di utilizzo diverso dell'istituto in chiave democratica, che ne fornisca un'alternativa rispetto alla corrente collocazione nell'ordinamento costituzionale e che ne potenzi la funzionalità come strumento concorrente, ma presente, nella democrazia pluralistica italiana, in grado di dare una risposta istituzionale ai conflitti sociali di cui è innervata la nostra società.

In questo senso, è interessante notare come per i Costituenti, oltre a considerare la dimensione locale più in grado di assorbire istanze dirette di democrazia, tale era l'apertura verso questo strumento che alcuni avevano sostenuto che lo stesso avrebbe potuto fungere da fucina per sperimentazioni democratiche, in grado di produrre un effetto "inducente" sul piano nazionale e di maturazione graduale all'esercizio di forme dirette di partecipazione. Vale a dire vedere la Regione come una sorta di *laboratorio* politico di esercizi partecipativi, che su scala nazionale dovevano essere maggiormente ponderati e sconsigliati[17]. Le condizioni costituzionali, quantomeno, erano tutte, dunque, convergenti verso l'idea di uno sviluppo notevole di questo istituto ma, come sappiamo, ciò non è stato sul piano della realtà.

Si lasci porre in evidenza, a questo punto, un dato preliminare per provare ad inquadrare la questione e a presentare la lente con cui si affronterà la ricerca: la scarsa fortuna del referendum regionale nell'ordinamento costituzionale italiano è stata forse figlia di un equivoco più generale, da cui discende lo stesso *fil rouge* con il referendum abrogativo *ex* art. 75 Cost. Ovvero l'esistenza di un rapporto che ha visto, anche nei referendum regionali, il rischio di un'emersione di un legame diretto tra Regioni e sovranità. Il collegamento a doppio filo, infatti, con il referendum nazionale e la sua mai completa *autonomizzazione* ha trasposto sui referendum regionali il tema del rapporto con l'esercizio della sovranità politica da parte di una frazione del corpo elettorale nazionale, in chiave secessionista[18]. Senza voler entrare nell'annosa discussione se il referendum come istituto possa essere considerato uno strumento diretto di esercizio della sovranità o meno[19], quello che basta dire per ora è che il rapporto tra Regioni e sovranità è un legame mal posto – è un equivoco, per l'appunto – perché semplicemente *non* pensabile in un sistema di poteri costituiti e, dunque, di per sé illegittimo[20]. Non si

[16] Adattando al contesto di cui si parla la formula utilizzata in merito alla Costituzione italiana da A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VIII, Milano, 2015, 354.

[17] Questa era l'opinione espressa da Terracini: «soltanto una larga prassi nell'ambito regionale e comunale potrà farne avvertire l'utilità in sede nazionale: l'applicazione più facile e più frequente che può farsene negli ambienti ristretti fa sviluppare la tendenza a maneggiare questo strumento di intervento diretto del popolo». Cfr. ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Atti della II Sottocommissione*, 13 dicembre 1946, 697.

[18] Sul punto da ultimo G. FERRAIUOLO, *Costituzione, federalismo, secessione. Un itinerario*, Napoli, 2016.

[19] Su questo specifico aspetto, si rinvia al PAR. 1 della PARTE II dello scritto.

[20] Iconica resta, da questo punto di vista, l'opinione espressa dai giudici costituzionali in relazione al caso veneto in Corte cost., sent. n. 496 del 2000: «[…] Né varrebbe affermare che nel referendum consultivo in questione il corpo elettorale agirebbe come espressione di autonomia politica e non come istanza di innovazione costituzionale. Anche intesa nella sua accezione più lata, l'autonomia non può infatti essere invocata per dare sostegno e forma giuridica a domande referendarie che investono scelte

vuole, in questo senso, aggirare il tema che si è presentato nel dibattito costituzionale sui limiti dei referendum consultivi "federalisti"[21] promossi nel corso degli anni prevalentemente da alcune Regioni in tema di maggiori competenze e con alcuni evidenti "sapori" secessionisti[22]. Si vuole semplicemente sostenere che ragionare in termini di rapporto tra Regioni e sovranità come *regola* significa legittimare un uso *distorto* dei referendum regionali, che sicuramente non spinge a valorizzarne un impiego fisiologico nella trama pluralista della democrazia italiana.

Al contrario, una corretta prospettiva è inserire l'utilizzo dei referendum regionali sotto il cappello e l'egida del principio autonomistico, sancito dall'art. 5 Cost., che ha una sua certa dose di elasticità interpretativa e applicativa, ma che tutela allo stesso tempo – e com'è naturale che sia – l'indivisibilità della Repubblica, cioè la garanzia della tenuta dell'unità nazionale. In questo senso, risultano di sostegno quelle interpretazioni che leggono il principio autonomistico in stretta connessione con quello di pluralismo territoriale[23]. Queste letture di stampo solidarista-cattolico e democratico, ma che hanno ricevuto un riconoscimento trasversale in dottrina[24], hanno sottolineato il cambio di passo inaugurato con la Costituzione repubblicana, in cui il principio autonomistico viene posto sullo stesso rango dei principi fondamentali, come caratteristica definente la stessa forma di Stato italiano. Il dato di innovatività rispetto al passato, infatti, si denota in un approccio che si smarca dal riferimento al passato pre-repubblicano in cui, alla luce di una prospettiva gerarchica e di monopolio giuridico dello Stato, era prevalsa l'idea di una sussunzione degli enti sub-statali nella figura dello Stato-persona, unico ente in grado di porsi in diretto rapporto con la società politica. In senso opposto, la prospettiva costituzionale sposa una ricostruzione in cui si favorisce un certo disallineamento tra organizzazione dei poteri pubblici (autonomia politica e legislativa delle Regioni, tra tutte) e ordinamento statale, funzionale alla garanzia di un ampio livello di libertà sociale e partecipativa, cioè in grado di incorporare una certa dose di pluralismo sociale attraverso i canali di un rinnovato pluralismo istituzionale. Il discorso sull'unità nazionale non viene, dunque, tralasciato né vengono legittimati tentativi surrettizi di trasformazione di quell'autonomia in discorsi di sovranità *tout court*. Il cambiamento di prospettiva mantiene al centro, dunque, il fine

---

fondamentali di livello costituzionale. Non è quindi consentito sollecitare il corpo elettorale regionale a farsi portatore di modificazioni costituzionali, giacché le regole procedimentali e organizzative della revisione, che sono legate al concetto di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), non lasciano alcuno spazio a consultazioni popolari regionali che si pretendano manifestazione di autonomia».

[21] Così definiti da E. BETTINELLI, *I referendum "federalisti"*, in *Associazione per gli studi e per le ricerche parlamentari*, 2001, 21 ss.

[22] Il riferimento è ai referendum consultivi proposti da Veneto e Lombardia nelle diverse tornate del 1992, 2000, 2015, cui si rinvia al PAR. 4 della PARTE I.2 del presente scritto per un'analisi più approfondita.

[23] G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 277 ss.

[24] Molto spesso tali ricostruzioni hanno trovato una convergenza nel riconoscere alle Regioni una capacità autonoma di indirizzo politico, in quanto punta istituzionale di una comunità politica regionale. Per alcuni esempi: T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle regioni in Italia (1956)*, ora in ID., *Opere. Ordinamento della Repubblica*, III, Milano, 2000, 293 ss.; A. BARBERA, *La Regione come ente di governo*, in *Politica del diritto*, 1973, 741 ss.; L. PALADIN, *Problemi e prospettive dell'autonomia normativa regionale*, in E. ROTELLI (a cura di), *Dal Regionalismo alla Regione*, Bologna, 1973, 307 ss.

dell'integrazione politica, ma lo declina in maniera diversa e "battezza" l'idea secondo cui questa sia possibile solo riconoscendo un certo grado di apertura alle istanze differenziate della società politica. Come è stato, a tal proposito, giustamente sostenuto «al fondo dell'idea di autonomia vi è sempre un principio di autogoverno sociale ed ha senso introdurre una autonomia sul piano istituzionale in quanto esso serva a vivificare la partecipazione sociale, a rendere effettiva cioè la libertà dei singoli e dei gruppi sociali, come presenza attiva nella gestione di amministrazioni comuni»[25].

Ora, se questo è l'orizzonte di senso, i referendum regionali diventano un ulteriore pezzo del *puzzle* più generale tra Regioni e autonomia politica, in cui devono trovare espressione forme di pluralismo territoriale e sociale. Diventa chiaro, dunque, come lo sforzo necessario da compiere sia partire da questo inquadramento per la costruzione di uno spazio di operatività costituzionale dei referendum regionali, che, sulla base di quanto detto, verranno visti e studiati come potenziali *dispositivi del pluralismo*[26] in quella particolare applicazione del principio autonomistico che è la comunità politica regionale. Quello che si propone, pertanto, è una sua completa *autonomizzazione* dal fratello maggiore dell'art. 75 Cost. e dal rapporto ambiguo che, anche nella prassi, ha conservato con la sovranità politica, provando a definirne una sfera di operatività *nella* comunità politica regionale (e non oltre) su quelle che sono le principali questioni di interesse pubblico e sociale che riguardano le stesse. È chiaro, infatti, che la stessa pronuncia referendaria regionale, di qualunque genere si parli, possa provocare degli effetti indiretti, delle interferenze politiche con il governo nazionale e con le altre comunità regionali. Ma una cosa è prevedere un utilizzo del referendum su scala regionale, un'altra è incentivare sistematicamente una sua collocazione *oltre* quel contesto, spingendo, tramite l'oggetto selezionato, su tematiche che interessano scelte di caratura prettamente nazionale.

È nella prima dimensione istituzionale (lo spazio politico regionale) e non in altre, pertanto, che si deve giocare il ruolo dei referendum regionali nelle seguenti prospettive qui accennate a mero titolo di esempio: *a)* ulteriore strumento di espressione partecipativa nella forma di governo regionale, ovvero inserendosi in un rapporto anche polemico con la democrazia rappresentativa regionale; *b)* canale di accesso della società politica e civile nel pluralismo istituzionale regionale; *c)* contrappeso popolare (*contropotere*) agli organi di più diretta ascendenza plebiscitaria, soprattutto alla luce della riforma del Titolo V con la legge costituzionale n. 1 del 1999 che ha introdotto l'elezione diretta del Presidente della Regione; *d)* momento, alternativo e complementare ai sistemi della rappresentanza, di declinazione dei rapporti maggioranza-minoranza nella classe politica regionale; *e) medium* istituzionale attraverso cui imporre all'agenda del sistema politico regionale un cambio di rotta nella determinazione di un dato e contestato indirizzo politico, ecc.

Come si sa, tuttavia, le ipotesi ricostruttive prima di considerarsi validate, necessitano di superare le forche caudine della sfera dell'essere, in modo da poter

[25] G. BERTI, *Art. 5*, cit., p. 288.

[26] Riecheggiando quella distinzione tra «istituzioni dell'unità» e «istituzioni del pluralismo» introdotta da A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Roma-Bari, 1985, spec. 287 ss.

comprendere se le proposte possano presentare un minimo grado di rapporto con la realtà costituzionale, o se oppure debbano restare nel "libro dei sogni". A tal fine, si è tentato di suddividere questo studio in due PARTI. Una prima in cui ci si occupa della dimensione dell'essere del referendum regionale, ciò che è stato ed è nella realtà. In questo caso, l'attenzione è stata rivolta allo sviluppo dell'istituto in chiave di dato positivo nei diversi Statuti delle 20 Regioni (PARTE I.1) e all'applicazione che lo stesso ha avuto nella prassi repubblicana (PARTE I.2). Per una questione di stile, si è scelto di utilizzare la progressione storica come taglio espositivo, in modo da inserire, oltre alla presentazione dei dati, gli elementi di *contesto* che hanno spinto verso uno scarso uso del referendum regionale nell'esperienza repubblicana sia nella prima, come nella successiva stagione statutaria. Una seconda (PARTE II), invece, in cui si è passati alla dimensione del dover essere, nella quale una volta raccolti i dati nella doppia dimensione delle norme regionali e della prassi, si è provato a delineare una proposta di applicazione dell'istituto che si è anticipata precedentemente con la formula sintetica di *dispositivo del pluralismo*. La tesi sostenuta è la seguente, in breve: il referendum regionale deve essere considerato come un canale di decisione politica autonomo rispetto al referendum nazionale, in quanto ulteriore strumento della democrazia pluralista italiana. Questa proposta ha tenuto conto sia del perimetro costituzionale di intervento dello stesso, sia della funzione più generale che esso potenzialmente, e se ben utilizzato, può assumere nell'esperienza delle autonomie e, quindi, dell'ordinamento costituzionale.

PARTE I: L'ESSERE

PARTE I.1: LE DUE STAGIONI STATUTARIE REGIONALI

1. *La prima stagione statutaria: la timidezza conservatrice della disciplina positiva, a fronte della cultura della partecipazione degli anni '70*

La prima stagione statutaria può considerarsi inclusa nella finestra temporale che va dall'approvazione dei primi Statuti regionali nel 1971 fino al completamento della riforma costituzionale del Titolo V nei primi anni 2000[27]. In questa finestra, il generale clima costituzionale che si registra attorno al tema del regionalismo italiano è estremamente favorevole. Quest'ultimo veniva considerato un *pilier* dell'attuazione costituzionale della Repubblica delle autonomie e un'espressione più ampia di quella cultura della partecipazione che investiva, a quell'epoca, tutti i gangli dell'ordinamento italiano. Dallo Statuto dei lavoratori alle legge attuativa dell'art. 75 Cost. fino all'istituzione del Servizio sanitario nazionale nel 1978, il regionalismo italiano si inseriva in quel grande solco riformatore della macchina dello Stato centrale dei due decenni degli anni '60-'70. Il regionalismo veniva visto, inoltre, da parte della cultura progressista del Paese, come una strada possibile per garantire un ammodernamento dell'impalcatura istituzionale italiana e una modalità di attuazione dei principi fondamentali di solidarietà e partecipazione politica previsti dagli artt. 2 e 3 Cost.

Il concetto, dunque, di autonomia politica regionale rappresentava il perno di questa fase storica poiché, in particolare a chi era stato escluso dal governo nazionale[28], permetteva di ricostruire la Regione come luogo possibile di programmazione economica[29] e di riforma interna dello Stato[30]. Allo stesso tempo, inoltre, garantiva tutto quel margine operativo alle Regioni stesse per costruire modelli di governo e di partecipazione politica aperti alle istanze della società[31], le quali non erano state perfettamente assorbite nella, almeno teoricamente, alternativa e centralizzata «Repubblica dei partiti»[32]. Il *milieu* politico-costituzionale, pertanto, era del tutto favorevole, quantomeno in astratto, ad una fioritura di istituti di democrazia diretta a livello regionale, al fine di valorizzare lo schema aperto dell'art. 123 Cost. e con

[27] Si è scelto di partire con la stagione dell'entrata in vigore dei primi Statuti delle Regioni ordinarie, nonostante le Regioni speciali disponessero già da tempo dei propri Statuti (1946-1963) e, in alcuni casi, anche delle leggi attuative per i referendum. Questo perché è negli anni '70 che si presenta il primo reale slancio del regionalismo nel sistema costituzionale italiano, a cui, come si vedrà, il destino dei referendum regionali è stato da sempre legato a doppio filo.

[28] Ci si riferisce alla *conventio ad excludendum* nei confronti del Partito comunista italiano. Sul rapporto delle forze politiche della Prima Repubblica con il regionalismo, A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 318 ss.

[29] M. CARABBA, *Un ventennio di programmazione 1954/1974*, Roma-Bari, 1977, 215 ss.

[30] A. BARBERA, *Governo locale e riforma dello Stato*, Roma, 1978, 3 ss.

[31] Per avere il senso di quella stagione di partecipazione popolare nelle Regioni e della sua "traduzione" nel contesto giuridico-costituzionale, G. BERTI, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Le Regioni*, 1974, 1 ss.

[32] Secondo la celebre espressione di P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, 2021.

l'intento di controbilanciare la prevalenza della versione assembleare della prime forme di governo, concentrate nel costruire attorno al Consiglio il centro del sistema di democrazia regionale.

A tal proposito, la stessa dottrina costituzionale che si era interessata al tema dopo un iniziale atteggiamento di interesse "neutro" verso l'istituto[33] si era più generalmente spostata verso un'inclinazione più pluralista[34] nei confronti dei referendum regionali, tanto da non escludere anche la compatibilità costituzionale con l'art. 123 Cost. delle forme più spinte di democrazia diretta, come, ad esempio, gli stessi referendum propositivi. Come già anticipato, tuttavia, questo non è stato e non è avvenuto perché, a fronte di questa forte cultura della partecipazione politica degli anni '70 (che andava naturalmente "a braccetto" con i referendum), il ruolo esercitato dai legislatori regionali è stato caratterizzato da scarso coraggio e omologazione verso il modello nazionale dell'art. 75 Cost.[35], il quale ha rappresentato l'archetipo diretto o indiretto da cui quest'ultimi hanno preso ispirazione. Questo è, infatti, lo schema generale della prima fase: un'eccessiva timidezza conservatrice dei legislatori statutari, causata in buona dose da una forte deferenza verso il centro e da un pervasivo controllo parlamentare preventivo. Come anche da una generale sfiducia verso un uso frequente di strumenti di democrazia diretta in ambito regionale. Questo si dimostra guardando alle varie esperienze statutarie delle Regioni[36], ordinarie e speciali, le quali verranno analizzate ora dal punto di vista positivo, sottolineando quelli che si sono presentati come i principali "blocchi" statutari ad un utilizzo *normalizzato* dei referendum regionali.

Un primo dato che conforta questa interpretazione è dato dai "tipi" di referendum che trovarono riconoscimento negli Statuti regionali di quegli anni. Il referendum abrogativo, infatti, risulta il modello dominante, presente in tutte le esperienze regionali della prima tornata, fatta eccezione per la Regione Sicilia[37], in cui i referendum non trovarono alcuna attuazione statutaria e normativa. Ad esso, inoltre, si accosta negli Statuti anche il nuovo tipo del referendum consultivo facoltativo che è presente in 10 Regioni[38], prevalentemente su provvedimenti di competenza del Consiglio regionale, ma anche su questioni di «particolare interesse» regionale e locale. Quest'ultimo, molto

---

[33] T. MARTINES, *Il referendum negli ordinamenti particolari*, Milano, 1960.

[34] M. SCUDIERO, *Il referendum nell'ordinamento regionale,* Napoli, 1971. Un lavoro, peraltro, coevo all'entrata in vigore dei primi Statuti regionali e che si era posto l'obiettivo di immaginare l'attuazione costituzionale dell'istituto.

[35] In senso contrario, sosteneva che i modelli di referendum statale non potessero fungere da limite all'autonomia statutaria regionale, V. ATRIPALDI, *Referendum regionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 2.

[36] Parla di un'«occasione mancata» in materia di previsioni normative dei referendum negli Statuti della prima stagione, R. NANIA, *Il referendum nella normativa regionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, 2765.

[37] Lo Statuto della Regione Sicilia (approvato con Regio decreto n. 455 del 1946 e poi convertito con la legge costituzionale n. 2 del 1948) non disciplinava l'istituto del referendum regionale. Esisteva solo un'eccezione relativa ad una fattispecie diversa: il referendum consultivo locale (prima con la legge regionale n. 9 del 1986, in seguito con la legge regionale n. 48 del 1991).

[38] Art. 46 vecchio St. Calabria, art. 73 vecchio St. Abruzzo, art. 45 vecchio St. Molise, art. 47 vecchio St. Veneto, art. 38 vecchio St. Marche, art. 65 vecchio St. Lombardia, art. 60 vecchio St. Campania, art. 11 vecchio St. Liguria, art. 64 vecchio St. Piemonte, art. 2, secondo comma, legge regionale sarda n. 20 del 1957, comma aggiunto dall'art. 5, legge regionale sarda n. 48 del 1986.

spesso, era stato previsto previa iniziativa consiliare o della Giunta[39], mentre più raramente anche su attivazione di una porzione della popolazione regionale[40]. Non compare, invece, mai il referendum propositivo, nonostante in sede di esame parlamentare degli Statuti, alcune Regioni (Lazio, Molise e Lombardia[41]) pensarono ad un inserimento dell'istituto negli ordinamenti interni, ma poi furono dissuase dal controllo di legittimità effettuato dal Parlamento che tese a restringere gli ambiti di libertà applicativa dell'istituto. Questo rappresenta già un punto di rilievo, infatti, perché escludere dal novero dei "tipi" ammissibili secondo l'art. 123 Cost. il referendum propositivo significa ammettere *a contrario* due elementi: *(a)* l'esistenza di uno schema generale nell'esperienza nazionale dell'art. 75 Cost., che trova nel referendum abrogativo il suo punto di riferimento, e *(b)* una diffidenza verso forme alternative di partecipazione popolare che possano "contendere" il predominio della rappresentanza politica del Consiglio regionale nella produzione normativa.

L'impressione non cambia neanche se si va a guardare più specificatamente l'oggetto dei referendum regionali, ovvero secondo la lettera dell'art. 123 Cost.: «leggi e provvedimenti amministrativi». Uno degli elementi, difatti, che maggiormente differenzia il referendum regionale da quello nazionale è l'ampliamento dell'atto soggetto alla valutazione politica popolare, che include anche gli atti amministrativi. Un elemento di novità, questo, in parte valorizzato in Assemblea costituente[42], e che guardava alla partecipazione popolare declinata nella rilevante dimensione amministrativa della Regione, vista per lo più come macchina di programmazione economica e sociale. Anche in questo caso, tuttavia, l'interpretazione "autentica" del dettato costituzionale data dai legislatori regionali ha previsto una diminuzione degli spazi di attivazione dei referendum, perché la scelta che è stata compiuta è andata nel senso di restringere l'oggetto del referendum a categorie come «atti amministrativi generali» o «a contenuto generale»[43], o a permettere il referendum solo su regolamenti

[39] Art. 46 vecchio St. Calabria, art. 45 vecchio St. Molise, art. 47 vecchio St. Veneto, art. 38 vecchio St. Marche, art. 11 vecchio St. Liguria, art. 65 vecchio St. Lombardia, art. 60 vecchio St. Campania, art. 64 vecchio St. Piemonte.

[40] In Campania, l'art. 3 della legge regionale 25 del 1975 (come modificata dalla legge regionale 36 del 1986) prevedeva l'iniziativa di 10000 elettori. In Sardegna era previsto dall'art. 2 della legge regionale sarda n. 20 del 1957, attivabile da 1000 elettori su questioni di particolare interesse regionale e locale. Tra l'altro, sempre in questa Regione è contemplato anche un particolarissimo tipo di referendum consultivo (art. 54 dello Statuto), che può essere indetto dal Presidente della Regione quando un progetto di modifica dello Statuto speciale sia stato approvato, in prima lettura, da una delle Camere e il parere del Consiglio regionale sia contrario.

[41] Nel caso della Lombardia, si trattò di un'autolimitazione sulla proposta di introduzione di un referendum deliberativo di leggi o regolamenti regionali o provvedimenti amministrativi di competenza del Consiglio regionale. Per Lazio e Molise, invece, la censura provenne dal controllo del Parlamento: nel primo caso, in mancanza di un problema reale di legittimità costituzionale, mentre nel secondo i dubbi di incostituzionalità erano maggiori.

[42] ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Atti della II Sottocommissione*, 17 gennaio 1947, 819, ad esempio l'intervento di Laconi che sostiene: «il referendum è un istituto comprensibile in un Comune o in una Regione, ove si tratta di problemi locali che interessano direttamente i cittadini, ma non è altrettanto concepibile nell'ambito nazionale di quasi cinquanta milioni di abitanti, ove si tratta di mobilitare milioni di elettori».

[43] Art. 55 vecchio St. Campania, art. 40 vecchio St. Lazio, art. 34 vecchio St. Marche, art. 43 vecchio St. Molise, art. 69 vecchio St. Umbria, art. 57 vecchio St. Piemonte, art. 36 vecchio St. Emilia-Romagna (modifica 1991).

regionali[44] e non su atti amministrativi. O, infine, ad escludere *in toto* la possibilità di sottoporre a referendum altri atti fonte che non fossero la legge[45]. Questa scelta, anche in questo caso ripresa dal modello del referendum legislativo *ex* art. 75 Cost., ha giocato l'effetto di «ricondurre il referendum amministrativo entro un alveo arbitrariamente ristretto, lontano dal "cuore" dell'attività amministrativa (e dal formidabile potere che lì si esercita, e dunque privandolo del tratto potenzialmente più innovativo, come incisivo momento di controllo (sempre di referendum abrogativo, e dunque, *a posteriori*, si tratta) sull'esercizio delle funzioni di governo»[46].

Un terzo elemento di interesse si ritrova, invece, nei numeri richiesti per l'iniziativa e la validità dell'azione referendaria, vale a dire "a monte" nelle firme richieste ai promotori per esercitare l'iniziativa del referendum abrogativo, e "a valle" nel *quorum* strutturale richiesto per la sua approvazione. Sull'iniziativa, i numeri richiesti – in proporzione alla popolazione regionale – ricalcano, grosso modo, le percentuali richieste per il referendum nazionale e, in alcuni casi, risultano addirittura superiori ai numeri nazionali[47]. L'esperienza regionale ha, infatti, visto la maggior parte degli Statuti prediligere l'indicazione del numero in termini assoluti di elettori, ma non sono mancati casi in cui si è scelto di inserire una percentuale in relazione alla popolazione regionale[48]. A ciò, poi, si aggiungono alcune Regioni che, oltre a prevedere la classica iniziativa referendaria popolare, hanno introdotto la possibilità per un gruppo di Comuni o di Consigli provinciali di farsi promotori di referendum abrogativi. La differenziazione in questi casi sembra costruita specularmente al referendum abrogativo, in cui a fronte di un'iniziativa popolare del referendum, esiste anche la possibilità per 5 Consigli regionali di proporre l'attivazione dello stesso. In questo senso, i due canali di attivazione, come è stato giustamente notato[49], presentano due logiche costituzionali diverse. In un primo caso, la funzione esercitata è più chiaramente quella di *contropotere* della società civile nei confronti degli organi della rappresentanza regionale, maggiormente in linea con le logiche oppositive e di democrazia dello stesso. Nel secondo caso, invece, la *ratio* privilegiata è quella di creare meccanismi di raccordo tra i vari organi di governo regionale e locale, accentuando una ragione arbitrale dell'istituto referendario. Invece, per quanto riguarda il *quorum* strutturale per l'approvazione, il generale schema perseguito dal primo legislatore statutario è quello di richiedere il *quorum* della maggioranza degli aventi diritto[50].

---

[44] Art. 45 vecchio St. Calabria.

[45] Si fa riferimento ai vecchi Statuti di Puglia e Basilicata.

[46] A. BARRERA, *Il referendum negli ordinamenti regionali e locali. Bilancio e prospettive*, Napoli, 1992, 93.

[47] La regola è stata quella di adeguarsi allo *standard* nazionale (poco meno dell'1% della popolazione nazionale), con 4 Regioni che chiedevano un *quorum* inferiore (Sardegna, 1000 elettori, Emilia-Romagna, 30000 poi innalzati nel 1990 a 40000 elettori, Veneto, 30000 elettori, Toscana, 3000 elettori) e 4 un *quorum* superiore (Calabria, 1/20 elettori del Consiglio regionale, Valle d'Aosta, 4000 elettori, Molise, 10000 elettori, Liguria, 50000 elettori).

[48] Ad es. Calabria 1/20 elettori del Consiglio regionale.

[49] Seppur in un commento sulla seconda stagione statutaria, ma il principio rimane lo stesso anche retrospettivamente, G.L. CONTI, *I referendum nei nuovi Statuti regionali*, in P. CARETTI (a cura di), *I nuovi Statuti regionali. Osservatorio sulle fonti 2005*, Torino, 2005, 255-256.

[50] A titolo di esempio, art. 39 vecchio St. Lazio, art. 50 vecchio St. Emilia-Romagna, art. 44 vecchio St. Calabria.

Un punto centrale, tuttavia, che dimostra la tesi della timidezza conservatrice del legislatore statutario nei confronti dell'istituto riguarda i limiti. Volendo intendere con questa espressione due tipologie: sia quelli *qualitativi*, vale a dire le materie su cui non è possibile proporre referendum regionali; sia quelli *procedurali*, i quali in generale hanno riguardato il divieto di proponibilità del referendum legato a determinati situazioni politiche o alla "bocciatura" dei quesiti sottoposti al corpo elettorale regionale. In questo senso, troviamo indicazioni negli Statuti di alcune Regioni o in alcune leggi di attuazione regionale. Andando per ordine, un limite di materia generale presente in tutti i primi Statuti riguarda quello delle leggi tributarie o di bilancio, e in quasi tutti v'è traccia di uno relativo allo stesso Statuto regionale. Inoltre, maggiormente presenti nelle esperienze regionali della prima tornata sono altri tipi di limiti di materia: sugli *interna corporis* del Consiglio regionale, su norme attuative di obblighi internazionali e statali, e, infine, sulle leggi di piano della Regione, come, ad esempio, quelle riguardanti norme di programmazione regionale di sviluppo economico o quelle urbanistiche approvate a maggioranza dei 2/3[51], le quali molto assomigliano alle leggi aventi forza passiva rinforzata.

Un ambito di limiti qualitativi ampio, ma non generalissimo, dunque, a cui, sempre utilizzando la parallela esperienza costituzionale del referendum nazionale, sono stati aggiunti ulteriori limitazioni attinenti alla positivizzazione del controllo di omogeneità del quesito, per come inteso dalla Corte costituzionale, a partire dalla sent. n. 16 del 78. Da questo punto di vista, le uniche Regioni che già nella prima tornata lo hanno positivizzato sono l'Emilia-Romagna, la Lombardia e a seguire l'Abruzzo e il Friuli-Venezia Giulia[52], ma una parte della dottrina[53] ha da sempre manifestato la tendenza a considerare che questo sia un limite generale ricavabile implicitamente dalla giurisprudenza costituzionale in relazione alla funzionalità dell'istituto referendario.

Proseguendo su questa scia e guardando le esperienze statutarie per quanto concerne i limiti procedurali, molte di queste hanno previsto dei limiti temporali, attinenti al divieto di celebrazione di referendum prima della scadenza del Consiglio regionale o del suo scioglimento anticipato (dai 6 ai 12 mesi precedenti), come anche dopo l'elezione dello stesso (6 mesi)[54]. A questi, poi, si aggiungono sia limiti relativi all'improponibilità del referendum se questo è fallito (per la legislatura successiva, per i 3 o 5 anni seguenti), sia quelli concernenti il numero massimo di referendum richiedibili per anno o per tornata[55].

---

[51] Art. 44 vecchio St. Calabria, art. 67 vecchio St. Umbria, art. 63 vecchio St. Lombardia, art. 1 legge regionale della Puglia n. 27 del 1973.

[52] Emilia-Romagna (art. 2 legge regionale n. 34 del 1980), Lombardia (art. 3 legge regionale n. 34 del 1983), Abruzzo (art. 16 legge regionale n. 86 del 1987), Friuli-Venezia Giulia (art. 6 legge regionale n. 2 del 1988), che prevede la contestuale sospensione del procedimento da parte dell'Ufficio di presidenza e la riformulazione della proposta da parte dei promotori.

[53] F. PASTORE, *Il referendum negli Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria "di seconda generazione"*, in *Federalismi.it*, 2/2009, 33.

[54] Per un esempio del divieto dei 6 mesi precedenti la scadenza del Consiglio, art. 10 legge regionale abruzzese n. 86 del 1987, art. 67 vecchio St. Umbria. Per il divieto, invece, nei 6 mesi successivi all'elezione del Consiglio, art. 34 vecchio St. Marche.

[55] Ad es. art. 39 vecchio St. Lazio (1 referendum per anno), art. 34 vecchio St. Marche (2 referendum per anno).

Infine, una quinta problematica – quella che ha interessato maggiormente la dottrina dell'epoca[56] – ha riguardato il tema dei controlli. Infatti, un tema che si è posto nei referendum regionali, a differenza di quello nazionale, è stata la promiscuità e la sovrapposizione tra i controlli di legittimità e quello di ammissibilità. Come noto, a livello di referendum abrogativo *ex* art. 75 Cost, la legge n. 352 del 1970 prevede una netta distinzione tra controllo di legittimità, affidato all'Ufficio centrale del referendum presso la Corte di cassazione, e controllo di ammissibilità, assegnato, invece, alla Corte costituzionale[57]. Ora, già dai primi statuti regionali, una tale differenziazione – molto utile ai fini di un'opera di razionalizzazione – non era stata introdotta negli Statuti, in quanto i controlli venivano esercitati da un unico organo. Il problema, tuttavia, più rilevante non era questo, ma l'affidamento degli stessi, per la stragrande maggioranza dei casi[58], al Consiglio regionale o al suo Ufficio di Presidenza, i quali chiaramente si ritrovavano ad essere *iudex in causa propria*.

Su questo profilo già di per sé fortemente sfavorevole ad una funzionalità dei referendum regionali, si era poi aggiunta una sentenza della Corte Costituzionale[59] la quale, di fronte ad alcune Regioni (Sardegna, Trentino-Alto Adige) che avevano provato a risolvere questo paradosso affidando il controllo ad un ufficio giudiziario periferico (Corte d'Appello), aveva dichiarato incostituzionali le normative, in quanto ritenute in violazione della riserva di legge statale posta dall'art. 108 Cost., in tema di ordinamento giudiziario. Questo approccio, in seguito, era stato fortemente criticato in dottrina[60], perché aveva prodotto l'effetto indiretto di legittimare la scelta di quei legislatori che avevano preferito mantenere lo *status quo*, ovvero cristallizzare nell'ordinamento regionale questo cortocircuito che giocava tutto a sfavore di un'imparzialità del giudizio sui quesiti referendari di stampo regionale. Sebbene alcune Regioni[61] provarono ad aggirare il problema del vincolo costituzionale posto dalla sent. 43 del 1982 e nonostante un certo temperamento successivo applicato dalla Corte al suo orientamento[62], si dovette aspettare la seconda stagione statutaria regionale per vedere attribuita la competenza sui controlli dei referendum regionali – in prevalenza e lì dove

---

[56] A. MARTINO, *Controlli preventivi sull'ammissibilità del referendum abrogativo regionale*, in A.A.V.V., *Il referendum regionale*, Padova, 129 ss.

[57] Sul giudizio di ammissibilità per tutti, A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010.

[58] A titolo di esempio: art. 58 vecchio St. Piemonte, art. 59 vecchio St. Campania, art. 46 vecchio St. Veneto, art. 11 vecchio St. Liguria.

[59] Corte cost., sent. n. 43 del 1982.

[60] E. SPAGNA MUSSO, *Il referendum regionale: aspetti problematici*, in AA.VV., *Il referendum regionale*, Padova, 1993, 6 ss.

[61] La stessa Sardegna, ma anche l'Emilia-Romagna e il Friuli-Venezia Giulia avevano tentato di trovare nuove soluzioni: la prima tramite l'istituzione *ex novo* di un «Ufficio regionale del referendum» composto da singoli magistrati e non da uffici giudiziari, il che aveva fatto ritenere successivamente compatibile a Costituzione la soluzione dai giudici costituzionali (Corte cost., sent. n. 285 del 1999); la seconda tramite la «Commissione consultiva regionale per i procedimenti d'iniziativa popolare e referendari», con funzioni consultive dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale; la terza, con l'integrazione di tre membri tecnici (docenti universitari, magistrati di Corte d'appello) nello stesso di Ufficio di Presidenza in caso di decisione sull'ammissibilità di una richiesta referendaria.

[62] Corte cost., sent. n. 285 del 1999, la quale "salva" la disciplina sarda che attribuisce il giudizio sull'ammissibilità del referendum regionale all'Ufficio centrale del referendum, non interferendo sulla composizione degli uffici giudiziari e, quindi, sulla riserva di legge statale *ex* art. 108 Cost.

operanti – alle Consulte statutarie, e avere così ri-espansa la possibilità di un'imparzialità di valutazione, in particolare nel giudizio di ammissibilità del quesito.

A questo si può aggiungere un secondo elemento in tema di controlli, emerso durante la prima stagione, che risulta di grande rilevanza: l'impossibilità del Comitato promotore regionale di poter sollevare conflitto di attribuzione per far valere gli interessi dell'iniziativa referendaria[63]. In altri termini, la giustiziabilità degli interessi della ragione referendaria regionale. Anche da questo punto di vista, è sempre stata la Corte costituzionale che, in un'altra nota pronuncia, ha rigettato la legittimazione ad agire del Comitato promotore regionale, in quanto «né il promotore né i firmatari di un tale referendum sono equiparabili agli organi statali competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere a cui appartengono», né del resto le Regioni o le Province autonome «hanno legittimazione passiva nel caso di conflitto di attribuzioni promosso dai promotori o firmatari di referendum abrogativo»[64]. Una seconda "tegola", dunque, sulle sorti della giustiziabilità della ragione referendaria che non ha contribuito ad uno sviluppo dell'istituto.

In conclusione, il problema dei controlli è stato di natura generale ed è stato per lo più causato dalla disciplina statutaria e dalla legislazione regionale. Su quest'ultima, la quale aveva rappresentato un "frutto avvelenato" per le ragioni della democrazia diretta, si erano poi innestate, tuttavia, alcune pronunce della Corte costituzionale, che di certo non avevano contribuito ad aprire spazi di agibilità politica ad un utilizzo fisiologico dei referendum negli ordinamenti regionali.

2. *La seconda stagione statutaria dopo la revisione del Titolo V: l'arricchimento dello strumentario, ma senza la spinta regionalista*

Come si è potuto riscontrare dallo studio degli Statuti pre riforma del Titolo V del 2001, dalla prima stagione emergono in maniera chiara due dati macroscopici: *(i)* la costruzione dell'istituto del referendum regionale all'ombra dell'esperienza del fratello maggiore dell'art. 75 Cost. e *(ii)* una conseguente fisionomia dimidiata del primo, disegnata attorno ad una diffidenza degli attori istituzionali regionali e nazionali. Questo era il generale panorama presente nell'ordinamento costituzionale italiano fino alle soglie del nuovo Millennio, in cui, non a caso, l'utilizzo del referendum regionale nella prassi aveva dimostrato una scarsa, se non nessuna applicazione pratica[65]. Detto in altri termini, quella spinta, o come definita con una certa dose di sarcasmo da alcuni, quella «euforia»[66] partecipazionista in cui erano nati i primi Statuti regionali, non aveva trovato uno sbocco istituzionale nei referendum regionali. Strumenti, questi, di

[63] Rimaneva, in via sussidiaria, solo la via del ricorso al giudice ordinario, essendo passata la tesi in giurisprudenza secondo cui, in presenza di un diritto soggettivo (diritto voto), la competenza fosse del giudice ordinario e non di quello amministrativo. Vedi PAR. 2 della PARTE I.1 per maggiori approfondimenti su questa tematica.

[64] Corte cost., sent. n. 82 del 1978.

[65] Su questo punto, si rinvia alla PARTE I.2 dello scritto.

[66] F. CUOCOLO, *La nuova potestà regionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2003, 314.

democrazia diretta e di partecipazione che avrebbero, quantomeno astrattamente, potuto contribuire a nutrire quel sentimento di autogoverno democratico che aveva visto nelle Regioni un suo potenziale terminale politico di realizzazione.

Se questa è, in sintesi, la risultanza della prima stagione statutaria, esiste, tuttavia, una seconda stagione, che si apre alla fine degli anni '90 e che porta alla riforma del Titolo V. Gli elementi di novità – dal punto di vista costituzionale – non sono pochi e tanti riguardano, direttamente o indirettamente, la disciplina del referendum regionale, di cui i tre più rilevanti per le Regioni ordinarie: *(1)* l'allargamento dell'autonomia regionale a tal punto da poter delineare nello Statuto, secondo un procedimento autonomo ed interno, la «forma di governo»[67] della Regione, su cui evidentemente incide anche la configurazione dei referendum; *(2)* la venuta meno, per quanto riguarda gli Statuti, del rispetto delle «leggi dello Stato», con il solo limite rimasto, dunque, di «armonia» con la Costituzione[68], il che indeboliva la tesi, quantomeno astrattamente, secondo cui i referendum regionali dovevano sottostare allo schema dell'art. 75 Cost, che, come abbiamo visto, nella *forma mentis* della prima stagione era rimasta maggioritaria nella cultura dei legislatori statutari; *(3)* il rovesciamento dell'ordine delle competenze: enumerate quelle statali e residuale-generale quelle regionali, con ampliamento dello spazio normativo della legislazione regionale anche in materia concorrente, di rimando estendendo pertanto l'oggetto possibile del referendum legislativo regionale. Mentre, infine, per le Regioni speciali, la principale innovazione è rappresentata dalla diretta ed esplicita indicazione, con la legge costituzionale n. 2 del 2001, di introdurre dei referendum propositivi, oltre ai già previsti abrogativi e consultivi, dando così il beneplacito ad un ampliamento delle forme di democrazia diretta nelle realtà regionali. Le modifiche, come si diceva, non erano da poco, perché mentre nella prima stagione il riferimento costituzionale era quantomeno "scarno", lasciando una riserva statutaria aperta alla regolamentazione dei referendum regionali, ma senza ulteriori specificazioni, in questo caso, il legislatore costituzionale si era spinto ancora oltre, manifestando un certo *favor* di sviluppo dell'istituto nel nuovo contesto istituzionale autonomista della riforma del Titolo V.

Una tesi, questa, accolta anche dalla stessa Corte costituzionale, che in due sentenze successive[69] ha ribadito tale interpretazione aperta dell'istituto. Non a caso, nella sent. 372 del 2004, in relazione al tema del *quorum* previsto dalla Regione Toscana per il referendum, gli stessi giudici costituzionali hanno affermato che «la materia referendaria rientra espressamente, ai sensi dell'art. 123 della Costituzione, tra i contenuti obbligatori dello statuto, cosicché si deve ritenere che alle Regioni è consentito di articolare variamente la propria disciplina relativa alla tipologia dei referendum previsti in Costituzione, anche innovando ad essi sotto diversi profili,

[67] Sulla nuova forma di governo regionale dopo la riforma del Titolo V, A. LUCARELLI, *Forme di governo e pluralismo istituzionale nei «processi statutari regionali»*, in ID., *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano, 2004, 1 ss.

[68] Sul controllo di costituzionalità degli Statuti e sulla natura astratta di questo giudizio, che dovrebbe avere la funzione di integrare le autonomie territoriali nel più generale ordinamento costituzionale, si veda A. CARDONE, *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità*, Milano, 2007, 432 ss.

[69] Corte cost., sent. 372 del 2004, Corte cost., sent. n. 379 del 2004.

proprio perché ogni Regione può liberamente prescegliere forme, modi e criteri della partecipazione popolare ai processi di controllo democratico sugli atti regionali»[70].

Come spesso accade, tuttavia, oltre al *testo* e all'*interpretazione* – costituzionale – conta molto anche il *contesto* politico-materiale in cui prendono forma le riforme, e in questo caso, nonostante le cd. «spinte federaliste» e la «rincorsa alla Lega Nord»[71] che aveva portato al varo della modifica costituzionale, l'esito del nuovo Titolo V fu caratterizzato da un restringimento – quasi per uno strano effetto *boomerang* – degli spazi di azione delle Regioni. A questa impostazione diede un forte impulso anche la stessa Corte costituzionale, con la sua lettura centralista della riforma, sia sul versante dei nuovi Statuti[72] sia su quello delle nuove competenze della legislazione regionale[73]. Senza potersi spingere oltre, il dato che qui interessa evidenziare, perché intercetta direttamente la tematica dei referendum regionali, è che la differenza rispetto alla prima tornata statutaria si ritrova in un indebolimento di quella fiducia nella partecipazione di cui l'attuazione del disegno regionale negli anni '70 aveva rappresentato diretta esplicazione, a cui non corrispose una rinnovata spinta regionalista nella cultura istituzionale[74]. Questa, non a caso, non riuscì a colmare quel vuoto e a rilanciare, in chiave generale, lo spazio di autonomia politica regionale come potenziale *laboratorio* di pratiche di democrazia diretta, nonostante qualche piccolo passo in avanti di cui si dirà tra poco.

Questa lettura risulta confermata anche dallo studio normativo dei nuovi Statuti regionali di questa seconda tornata. La prima novità, rispetto alla passata esperienza, è l'allargamento dei "tipi" regionali introdotti in questa stagione, aprendo all'inserimento in tutti i nuovi Statuti dei referendum consultivi, come anche di quelli propositivi in

---

[70] Impostazione, poi, confermata, in alcuni Statuti per la questione relativa all'allargamento del diritto di voto ai residenti stranieri (Corte cost., sent. n. 379 del 2004), in cui è stato affermato il principio secondo cui la Regione può, liberamente, indicare forme, modi e criteri della partecipazione popolare ai processi di controllo democratico sugli atti regionali, con il solo limite di non poter incidere su composizione delle assemblee rappresentative o degli atti legislativi. È permesso, dunque, scegliere tramite gli Statuti di includere nelle votazioni dei referendum consultivi anche i residenti stranieri, mentre è escluso per i referendum abrogativi, in quanto aventi diretti effetti normativi.

[71] A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 319.

[72] Alcuni esempi tra tanti: Corte cost., sent. n. 304 del 2002 in materia di limitazione alla scelta della forma di governo da parte delle Regioni; Corte cost. sentt. nn. 372, 378, 379 del 2004 sulle ipotesi di non-norme statutarie e sulla loro valenza etica e non giuridica, che ha di molto compresso lo spazio di innovazione degli Statuti.

[73] Corte cost., sent. n. 303 del 2003, in materia della cd. chiamata in sussidiarietà legislativa, su cui parte della dottrina aveva già ai tempi parlato di «riscrittura del titolo V», A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il titolo V*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2003, 818 ss.

[74] Per essere più precisi, la cultura ispiratrice della riforma del Titolo V era la stessa delle precedenti riforme Bassanini a «costituzione invariata» della stagione del centrosinistra al Governo, e aveva una significativa matrice autonomistica. Essa, infatti, riteneva di dover assecondare l'idea, proveniente dalle stesse istituzioni regionali e locali, di dover attribuire maggiore autonomia politica agli enti periferici. Nel 2001, quindi, è presente la convinzione di dover effettuare la riforma dello Stato a partire dalla riforma delle autonomie, ma la partecipazione civile resta sullo sfondo, mentre si evidenzia una forte spinta da parte delle stesse istituzioni locali. Per un riferimento nella cultura costituzionalistica, F. PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, Torino, 1998. Il seguito, tuttavia, nei decenni successivi, fu caratterizzato da una tendenza centralista e restrittiva nella lettura della riforma del Titolo V, a causa di diversi fattori endogeni ed esogeni su cui sempre, F. PIZZETTI, *A dieci anni dalla riforma del titolo V: perché il federalismo per l'Italia*, in *Le Regioni*, 5/2010, 1013 ss.

Lazio, Basilicata e Campania per le Regioni ordinarie. E in tutte le Regioni speciali[75], fatta eccezione per la Sicilia e per la Sardegna[76]. Sul versante dei referendum consultivi di iniziativa popolare, l'elemento da segnalare è la previsione per l'attivazione, in alcuni casi, di un numero di richiedenti maggiore di quello previsto dai referendum abrogativi[77]. Come anche la prevalenza – in continuità rispetto al passato – di Statuti che prevedono l'iniziativa nei referendum consultivi solo di organi istituzionali[78] nella maggioranza dei casi, il che tende a sacrificare la natura più flessibile e *bottom-up* della pronuncia popolare. Sul secondo versante del referendum propositivo, si registra un segno di discontinuità perseguito da alcuni legislatori regionali[79]. Questo perché la valorizzazione di questo strumento, nella nuova forma di governo neoparlamentare *ex* art. 123 Cost., presenta due profili di novità. In prima battuta, offre un elemento di democrazia diretta di contrappeso all'elezione del Presidente della Regione, dopo la venuta meno della centralità dell'Assemblea regionale, tratto caratteristico della prima tornata statutaria. In seconda, apre degli spazi a forme di legislazione popolare, seppur tramite una via indiretta, vale a dire pur sempre tramite un passaggio intermedio della proposta presso l'analisi del Consiglio. Peccato che, in realtà, nella maggior parte dei casi, molto difficilmente si possa parlare di veri e propri referendum propositivi, o costitutivi che dir si voglia[80]. Molto spesso, infatti, ad uno studio più approfondito degli Statuti – al di là del *nomen iuris* delle rubriche – si evidenzia il carattere di mere iniziative legislative popolari rafforzate, in quanto a seguito del voto referendario,

[75] Art. 62 St. Lazio (referendum propositivo), art. 20 St. Basilicata (referendum approvativo), art. 15 St. Campania (referendum propositivo), art. 15 St. Valle d'Aosta (referendum propositivo), art. 12 St. Friuli-Venezia Giulia (referendum propositivo), art. 47 St. Trentino-Alto Adige e legge provinciale Bolzano n. 22 del 2018 (referendum propositivo), art. 47 St. Trentino-Alto Adige e legge provinciale Trento n. 3 del 2003 (referendum propositivo). Solo nella Provincia di Bolzano, è previsto una particolare nuova fattispecie di referendum approvativo, a partire dalla legge provinciale n. 22 del 2018, che permette di sottoporre a referendum le leggi provinciali, purché non siano state approvate a maggioranza di 2/3 e con gli stessi limiti di ammissibilità sanciti per il referendum abrogativo.

[76] In Sicilia, il referendum propositivo è previsto dall'articolo 13-bis dello Statuto speciale, articolo aggiunto dall'art. 1 della legge costituzionale n. 2 del 2001, ma non è disciplinato dalla legge regionale. In Sardegna, invece, è previsto dall'art. 15, comma 2, Statuto speciale, integrato dall'art. 3, l. cost. n. 2 del 2001. È stato, dunque, disciplinato dalla legge regionale statutaria n. 1 del 2008, dichiarata, tuttavia, illegittima dalla Corte costituzionale con la sent. n. 149 del 2009 perché non spettava al Presidente della Regione procedere alla promulgazione della citata legge (vedi nota 13).

[77] Lo Statuto emiliano richiede per il referendum consultivo un numero di firme (80000 mila, tra cui possono essere inserite quelle di residenti stranieri), a fronte di 40000 firme necessarie per l'abrogativo. Stessa cosa avviene per lo Statuto calabrese che prevede il 10% del corpo elettorale, a fronte del 4% necessario per l'abrogativo.

[78] Rientra, ad esempio, nel modello prevalente – in linea con la prima stagione – che prevede l'attivazione da parte di un organo istituzionale della Regione: Piemonte, Lombardia, Liguria, Marche e Campania. Corrisponde al modello che include *anche* l'iniziativa popolare, invece: Emilia-Romagna e Calabria.

[79] Ragiona di compatibilità costituzionale del referendum propositivo con la Costituzione e con il principio della democrazia rappresentativa, V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, 2013, 124 ss.

[80] Nella fattispecie dell'art. 62 dello St. Lazio, come anche dell'art. 12 dello St. Friuli-Venezia Giulia (come integrato dall'art. 23, comma 4, legge regionale n. 5 del 2003), si prevede che ad esito positivo della consultazione, non corrisponda un diretto effetto normativo, vale a dire l'entrata in vigore della proposta. Al contrario, all'esito positivo referendario, corrisponde in capo al Consiglio regionale solamente un obbligo di discussione dell'iniziativa, facendo assomigliare così il procedimento più ad un'iniziativa popolare rafforzata.

esistono in capo alle istituzioni regionali solo meri obblighi di discussione del progetto di legge regionale, senza alcun ulteriore onere procedurale, se non di motivazione per il non accoglimento della proposta[81].

Se, dunque, questo primo dato spinge verso un moderato ottimismo, il discorso incomincia a cambiare quando si va a guardare l'oggetto del referendum e i numeri richiesti per l'attivazione e la susseguente approvazione dello stesso, vale a dire il *quorum*[82]. Per quanto riguarda l'oggetto, ovvero il problema relativo alla restrizione del referendum regionale al suo carattere prevalentemente legislativo e non amministrativo, il nuovo intervento sugli Statuti non ha provocato grandi cambiamenti, se non nel senso di un generale adeguamento di altre Regioni a restringere l'oggetto dei referendum agli «atti amministrativi generali» o «di interesse generale», o ai «regolamenti»[83]. Da questo punto di vista, una parte della dottrina[84] ha provato a dare un'interpretazione di queste disposizioni, argomentando che la scelta avesse il senso di sottrarre gli organi di amministrazione regionale da un giudizio politico sul loro operato. L'opinione non convince, tuttavia, in quanto appare evidente la violazione del disposto dell'art. 123 Cost., che include *tutti* gli atti dell'amministrazione – sia di concreta amministrazione e di natura provvedimentale, sia quelli a contenuto normativo e generali – tra quelli sottoponibili a controllo democratico tramite referendum e che tutti gli Statuti debbono prevedere.

Spostandosi, invece, ad approfondire il tema dei soggetti promotori e del *quorum* per l'approvazione, la tendenza in questa seconda tornata è andata nel verso o di una conferma del passato, o di un innalzamento dei soggetti richiesti per l'iniziativa, come anche del *quorum*. Sul tema dell'iniziativa popolare, infatti, un'analisi diacronica porta a riscontrare che la maggioranza delle Regioni[85] ha confermato i numeri richiesti nella prima tornata, mentre altre hanno significativamente aumentato le firme necessarie[86], a

[81] Ad esempio, in Lazio e Friuli si parla di deliberazione del Consiglio entro 60 giorni, a seguito di esito favorevole. Nella provincia di Trento, gli effetti normativi sembrano essere meno blandi, perché si parla di un obbligo sulla Giunta o sul Consiglio di adottare entro, tre mesi, le iniziative i provvedimenti per l'attuazione dei risultati del referendum. Nella provincia di Bolzano, c'è un modello intermedio perché si parla di esito vincolante per le istituzioni politiche. In Valle d'Aosta, invece, ad esito positivo corrisponde la diretta entrata in vigore della proposta di legge.

[82] Compie uno studio molto dettagliato e utile, in merito al referendum abrogativo nella seconda stagione statutaria nelle 15 Regioni ordinarie, G. GALANTE, *La democrazia diretta regionale: il referendum abrogativo negli Statuti di seconda generazione*, in *Diritti regionali*, 3/2020, 7 ss.

[83] Ad esempio: art. 75 dello St. Abruzzo, art. 17 dello St. Basilicata, art. 61 dello St. Lazio, art. 20 dello St. Emilia-Romagna, art. 42 dello St. Marche, art. 12 dello St. Molise, art. 78 dello St. Piemonte,

[84] F. BIONDI, *Il referendum negli Statuti regionali tra innovazione e continuità*, in E. ROSSI (a cura di), *Le fonti del diritto nei nuovi Statuti regionali*, Padova, 2007, 312, sostiene che «tale restrizione potrebbe oggi giustificarsi alla luce della separazione tra indirizzo politico delle amministrazioni e la loro gestione» e che «una delle ragioni delle criticate scelte statutarie potrebbe fondarsi proprio sulla volontà di evitare che l'operato di figure che si pongono al di fuori del sistema rappresentativo sia censurato attraverso referendum popolare».

[85] Di cui alcuni esempi: Umbria (10000 firme), Molise (10000 firme), Marche (20000 firme), Emilia-Romagna (40000 firme), Lazio (50000 firme).

[86] La Lombardia ha addirittura triplicato (da 90000 a 300000 firme), la Campania ha raddoppiato (da 50000 a 10000 firme), Toscana e Veneto similarmente hanno aumentato di grado (da 30000 a 40000 firme), e la Puglia specularmente (50000 a 60000 firme).

differenza di poche che le hanno abbassate[87]. La stessa impressione rimane convalidata se si va a guardare l'iniziativa in chiave sincronica – vale a dire comparando le Regioni in relazione agli effettivi e attuali corpi elettorali – in cui si scopre che esiste un gruppo di queste che richiede percentuali tra l'1 e il 2% del corpo elettorale, mentre altre richiedono tra il 3 e 4%, a dispetto del referendum nazionale in cui si richiede una percentuale di elettori di poco inferiore all'1% della popolazione[88]. Per quanto riguarda il *quorum* strutturale, invece, la maggior parte delle Regioni ha confermato il modello nazionale già adottato, nella prima tornata, della maggioranza più uno degli aventi diritto, nonostante gli aumentati tassi di astensionismo che nel frattempo si sono registrati negli ultimi decenni in Italia. Solo poche eccezioni[89] se ne sono discostate, abbassando il *quorum* richiesto per l'approvazione, tra cui si segnalano la Toscana (art. 75 St. Toscano) e la Valle d'Aosta (legge regionale n. 3 del 2017) per aver adottato su scala regionale il riferimento ad una nota proposta dottrinaria[90], la quale per rivitalizzare il referendum abrogativo aveva consigliato di fissare il *quorum* alla maggioranza più uno dei votanti alle ultime elezioni regionali.

Si presenta, fino ad ora, una linea di sostanziale continuità rispetto al passato. La prospettiva, tuttavia, cambia se si guarda ai limiti *qualitativi* e *procedurali*, che risultano di gran lunga aumentati rispetto alla prima tornata statutaria, restringendo così gli spazi di agibilità politica del referendum, anche ben oltre l'ispirazione data dallo schema generale dell'art. 75 Cost. Concentrandosi per un momento sul secondo versante dei limiti temporali questi sono cresciuti rispetto alla precedente stagione, coinvolgendo un numero maggiore di Regioni che hanno ripreso le indicazioni date dalla legge n. 352/70 sulla non interferenza delle celebrazioni referendarie con le elezioni degli organi regionali[91]. Sorprende, anche, l'interpretazione data da alcuni legislatori statutari[92] che in materia di non riproponibilità del quesito hanno adottato il principio – in opposizione al modello nazionale – secondo cui anche il non raggiungimento del *quorum* equivale ad una bocciatura. Sui limiti, invece, più chiaramente procedurali, vale a dire legati al numero massimo di quesiti presentabili, questi rimangono in piedi in alcuni ordinamenti

[87] Piemonte (da 80000 a 60000 firme), Basilicata (da 8000 a 5000 firme), Calabria (dal 5 al 4% degli elettori).

[88] Nel primo gruppo (tra 1 e 2%) rientrano Emilia-Romagna, Toscana, Lazio, Piemonte, Umbria, Puglia. Il secondo gruppo (tra 3 e 4%) è composto, ad esempio, da Lombardia, Molise, Calabria e Liguria. Nel terzo (meno dell'1%) ci sono Basilicata e Veneto. È chiaro che, nonostante si ritenga più facile raccogliere le firme su scala regionale, prevedere percentuali del 3 o 4% della popolazione, ha un evidente funzione delegittimante l'utilizzo dello strumento referendario.

[89] La Lombardia richiede il *quorum* strutturale dei 2/5 degli aventi diritto, mentre la Basilicata il 33% del corpo elettorale.

[90] Il riferimento è ad A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, 244, i quali proposero, alla luce del nuovo forte dato dell'astensionismo, di costruire sul piano nazionale una soluzione flessibile del *quorum* richiesto per l'approvazione del referendum, parametrato a dei valori che misurassero la "reale" consistenza della partecipazione elettorale.

[91] Ad esempio, Abruzzo, Basilicata, Campania, Umbria prevedono un limite di 6 mesi prima della scadenza del Consiglio; Calabria, Marche e Molise 12 mesi prima della scadenza del Consiglio regionale. Per quanto riguarda il limite dopo le elezioni dell'Assemblea regionale (6 mesi) è previsto in Abruzzo, Basilicata, Calabria, Liguria, Marche, Piemonte, Umbria.

[92] Art. 75 St. Toscana, art. 18 St. Puglia (quest'ultima si segnala come una disposizione singolare perché pone il limite di riproponibilità per il mancato raggiungimento del *quorum*, ma non quando nella consultazione sono prevalsi i voti negativi), art. 77 St. Abruzzo, art. 18 St. Basilicata.

regionali[93], ma non hanno riscosso troppo successo in linea generale e non si è registrato un effetto emulativo.

Sul versante dei limiti qualitativi, invece, si coglie subito una generale espansione delle materie su cui non è possibile promuovere referendum. L'azione delle Regioni è stata quella di introdurre blocchi normativi ulteriori, positivizzando l'"elefantiaca" giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo. È proprio a questo stadio dell'analisi, che si evidenzia – quasi per paradosso rispetto al *favor* del legislatore costituzionale – un netto peggioramento in relazione alla fruibilità democratica dell'istituto nella prima stagione. Si segnalano, non a caso, sul controllo di omogeneità del quesito un aumento di Regioni che l'hanno introdotto rispetto alla prima tornata. A questi si aggiungono specifiche limitazioni, tra cui un esempio è l'indicazione *anti-manipolativa* data da Molise e Toscana[94], la quale prevede che i referendum, se parziali, devono indicare, a pena di inammissibilità le partizioni interne da abrogare e che le stesse siano di senso compiuto. Oltre, infatti, a questi, rimangono in piedi anche i più "classici" limiti, quelli sulle leggi tributarie, di bilancio o finanziarie e quelli relativi alle modifiche dello Statuto. Sono stati confermati, inoltre, quelli concernenti gli obblighi internazionali, che hanno trovato un allargamento fino a quelli comunitari, di adempimento di obblighi costituzionali o di intese interregionali[95]. In aggiunta, hanno trovato ulteriori specificazioni quelli attinenti agli *interna corporis acta* che non sono più ristretti al limite dei regolamenti del solo Consiglio regionale, ma si sono espansi fino a toccare i regolamenti interni degli organi regionali di rilevanza costituzionale o statutaria[96], o lo *status* giuridico dei consiglieri regionali[97]. Per quanto riguarda, il vincolo di oggetto legato, invece, ai regolamenti della Regione, le limitazioni hanno riguardato i regolamenti di attuazione di leggi statali[98], quelli in materia di legislazione esclusiva dello Stato delegati ai sensi dell'art. 117 Cost. comma 6[99], e i regolamenti esecutivi di leggi regionali se non è investita anche la relativa legge[100]. In più, a quelli relativi alle più generalmente definite nello scorso paragrafo *leggi di piano*, se ne sono aggiunti, da una parte, alcuni più specifici sulle leggi urbanistiche e di governo del territorio[101], e, dall'altra, quelli riguardanti leggi di tutela dell'ambiente e di valorizzazione di beni culturali e ambientali[102]. Un panorama vasto di forte espansione, dunque, tra cui spiccano quello specifico e finalistico della regione Campania in materia

[93] Art. 24 St. Umbria, art. 42 Marche (in un anno solare), art. 63 St. Lazio, art. 8 St. Liguria (in una tornata referendaria).

[94] Art. 75 St. Toscana, art. 12 St. Molise.

[95] Per fare alcuni esempi: obblighi comunitari (art. 11 St. Calabria, art. St. Emilia-Romagna, art. 43 St. Marche), obblighi costituzionali (art. 43 St. Marche, art. 26 Veneto, art. 76 Abruzzo), obblighi di intese interregionali (art. 17 St. Basilicata, art. 11 St. Calabria, art. 20 Emilia-Romagna, art. 51 St. Lombardia).

[96] Art. 20 St. Emilia-Romagna, art. 26 St. Veneto, art. 12 St. Molise.

[97] Art. 13 St. Campania, art. 10 St. Liguria.

[98] Art. 80 St. Piemonte, art. 18 St. Puglia.

[99] Art. 51 St. Lombardia, art. 12 St. Molise.

[100] Art. 12 St. Molise, art. 80 St. Piemonte, art. 24 St. Umbria, art .18 St. Puglia.

[101] Art. 11 St. Calabria (leggi urbanistiche), art. 13 St. Campania, art. 24 St. Umbria (governo del territorio).

[102] Art. 24 St. Umbria (beni culturali ed ambientali), art. 10 St. Liguria (vincoli paesaggistici ed ambientali).

di parità di genere[103] e quello previsto da alcune Regioni relativo alle leggi elettorali[104]. Una fattispecie, quest'ultima, parecchio peculiare perché, se fino a questo momento tutti i casi enunciati rientravano quantomeno latamente nello schema della giurisprudenza costituzionale sui limiti espliciti e impliciti dell'art. 75 Cost., ora in questa situazione ce ne si discosta, includendo un ulteriore vincolo che impedisce al corpo elettorale regionale di esprimersi su una materia che tanto rilievo ha avuto sul piano nazionale[105]. Si lasci aggiungere, poi, che l'esclusione "balza" maggiormente agli occhi dell'osservatore poiché, nella nuova forma di governo regionale del Titolo V, ispirata da una forte stabilità dell'esecutivo, dall'elezione diretta del Presidente della Regione e da una logica maggioritaria, l'esclusione dal novero del referendum della legge elettorale, significa comprimere fortemente quell'equilibrio tra rappresentanza politica e decisione popolare, come anche il rapporto tra la maggioranza partitica che esprime gli organi di indirizzo politico regionale e le minoranze stesse.

In fondo a questa panoramica, merita un approfondimento il discorso relativo ai controlli. La grande novità della seconda stagione è rappresentata dall'istituzione delle Consulte statutarie e dall'attribuzione ad esse, nella stragrande totalità dei casi, del giudizio di ammissibilità[106] nei confronti del referendum. Sono interessanti, in questa prospettiva, da segnalare – in qualità di generali passi avanti – alcune disposizioni statutarie regionali che hanno anticipato il controllo di ammissibilità del quesito prima della raccolta delle firme[107], in un'ottica chiaramente favorevole agli sforzi del Comitato promotore. Come anche, molto positiva è la disciplina formalizzata solo nello Statuto dell'Emilia-Romagna[108], che in materia di *ius superveniens* proveniente dal legislatore regionale in pendenza di una richiesta del Comitato promotore, attribuisce alla Consulta statutaria il potere di trasferire il quesito, in mancanza di un'aderenza sostanziale all'*intentio* referendaria dei principi della nuova normativa[109]. In questo quadro, dunque, le innovazioni registratesi su questo fronte sembrano rappresentare degli elementi positivi rispetto al passato. Più in generale, la scelta di valorizzare le Consulte statutarie va incontro ad una logica di superamento dei problemi di conflitto di interessi che hanno afflitto la prima tornata, affidando ad un organo terzo ed imparziale il controllo

[103] Art. 13 St. Campania.

[104] Art. 20 St. Emilia-Romagna, art. 76 St. Abruzzo, art. 51 St. Lombardia, art. 79 St. Piemonte.

[105] M. PICCHI, *Modelli di «governance» regionale: i referendum*, in M. CARLI, G. CARPANI, A. SINISCALCHI (a cura di), *I nuovi Statuti delle Regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Bologna, 2006, 394, sostiene che neanche l'ipotesi di abrogazione totale sarebbe problematica per il funzionamento degli organi regionali, perché in caso di forma di governo con elezione diretta del Presidente, sarebbe possibile tornare all'applicazione della legge n. 43/1995, in forza della previsione contenuta nell'art. 5 comma 1, legge costituzionale n. 1 del 1999. In caso, invece, di adozione da parte di una Regione del modello residuale di forma di governo (elezione indiretta del Presidente della Regione), potrebbero trovare applicazione le indicazioni della Corte costituzionale in materia di referendum elettorale.

[106] Molte di esse hanno affidato anche il controllo sulla legittimità del referendum, tra cui, a titolo di esempio: Abruzzo, Basilicata, Molise, Piemonte, Puglia, Toscana e Veneto.

[107] Art. 18 St. Basilicata, art. 10 St. Liguria e art. 33 della legge regionale della Toscana n. 62 del 2007, in cui viene delineato un modello intermedio, in cui il controllo di ammissibilità non avviene successivamente alla raccolta totale delle firme, ma dopo che il Comitato promotore ha raggiunto un consistente sostegno popolare (2000/4000 firme). Su tale profilo, E. CATELANI, *Organi di garanzia statutaria e referendum abrogativo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, 8 ss.

[108] Art. 20 St. Emilia-Romagna.

[109] In linea con la stessa giurisprudenza costituzionale, a partire da Corte cost., sent. n. 16 del 1978.

sul rispetto dei limiti dello Statuto e sulla razionalità del quesito, e di risposta alla sent. 43 del 1982 della Corte costituzionale.

Ad ogni modo, i problemi in termini di garanzia e stabilità della decisione sull'ammissibilità dei referendum regionali non paiono completamente risolti e alcuni nodi rimangono presenti[110]. Un primo tema aperto si pone in relazione all'approccio dello stesso giudice costituzionale. Esso, infatti, ha sì confermato la compatibilità costituzionale di tali organi con la Costituzione[111], ma ha stabilito, allo stesso tempo, la loro natura esclusivamente amministrativa e di carattere consultivo, non assimilabile alla funzione giurisdizionale, e quindi soggetta ad impugnazione da parte dei soggetti interessati. In nome, dunque, del principio di salvaguardia dell'unità della giurisdizione e, più in particolare, di quella costituzionale, la Corte ha indirettamente contribuito a mantenere aperti i problemi relativi alla natura di tale controllo in materia di referendum regionali[112], e a non favorire la soluzione in termini di certezza del procedimento referendario che i nuovi Statuti avevano cercato di perseguire. Per dirla in altri termini, se le Consulte statutarie non sono considerate "giudici" o, meglio, se le loro decisioni non sono inoppugnabili, rimane in piedi tutta la problematica relativa al contenzioso che può nascere a seguito di impugnazione, davanti alle giurisdizioni comuni. Come anche risulta esclusa la possibilità di poter sollevare un incidente di costituzionalità. Nonostante, infatti, parte della dottrina[113] abbia optato per considerare le decisioni delle Consulte vincolanti ai fini dell'ammissibilità dei referendum, l'ipotesi confermata dalla prassi è che queste sono sindacabili davanti alla giurisdizioni, e nello specifico davanti ai giudici ordinari[114], vista la natura politica della posizione giuridica soggettiva (diritto di voto) del Comitato promotore di vedere celebrato il referendum. Esclusa, dunque, la via del ricorso per conflitto di attribuzione del Comitato promotore regionale davanti

[110] In una condivisibile proposta aveva immaginato di affidare il controllo di ammissibilità dei referendum sulle leggi regionali direttamente alla Corte costituzionale, T. F. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" sull'esito referendario e i limiti del legislatore*, in R. PINARDI (a cura di) *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, 330.

[111] Corte cost. sentt. n. 378 del 2004 e 12 del 2006.

[112] Sostiene che la Corte costituzionale abbia interpretato il principio di unità della giurisdizione in senso conservativo, non ammettendo che gli Statuti potessero scegliere soluzioni in deroga al modello costituzionale nazionale, M. OLIVETTI, *I referendum e gli altri istituti di democrazia partecipativa nei nuovi Statuti delle regioni ordinarie italiane*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, I, Napoli, 2010, 733.

[113] Argomenta, persuasivamente, a favore della definitività delle decisioni della Consulte statutarie in tema di ammissibilità del referendum regionale, R. PINARDI, *I controlli di regolarità e di ammissibilità del referendum regionale dopo la seconda stagione statutaria*, in *Rivista AIC*, 1/2012, 10 ss.

[114] Di cui solo per segnalare alcune pronunce più risalenti, Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 1987, n. 194, in cui si afferma che «poiché i sottoscrittori ed i promotori di referendum abrogativo di una legge regionale costituiscono "poteri" della Regione ed esercitano una pubblica funzione per l'attuazione del diritto costituzionalmente garantito di richiedere il suddetto referendum, deve ad essi riconoscersi la titolarità di una posizione soggettiva piena e non degradabile per effetto degli atti amministrativi che intervengono nel procedimento per compiere un mero accertamento sull'ammissibilità della richiesta referendaria e, pertanto, con la contestazione degli atti che dichiarano inammissibile tale richiesta, si fa valere una situazione di diritto soggettivo, la cui tutela spetta alla giurisdizione ordinaria». Nonostante ciò, permangono alcune opinioni contrarie da parte della dottrina, A. CARDONE, *Gli organi di garanzia statutaria tra suggestioni del diritto comparato, «paletti» della Corte costituzionale ed apodittiche ricostruzioni del sistema delle fonti*, in M. CARLI, G. CARPANI, A. SINISCALCHI (a cura di), *I nuovi Statuti delle Regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Bologna, 2006, 296-297.

alla Corte costituzionale, si pone un problema di spazi di sindacabilità del giudice ordinario in una fattispecie, come quella referendaria, così peculiare, come anche resta in piedi la questione relativa alla speditezza del procedimento referendario e di certezza del suo *iter* temporale.

A questo, poi, si aggiunge un secondo tema di ordine pratico concernente l'effettivo funzionamento delle Consulte statutarie negli ordinamenti regionali. In alcuni casi esse non sono state mai previste (Marche), in altri dopo averle introdotte sono state soppresse (Calabria, Liguria)[115], in altri ancora sono presenti, ma mancando le leggi attuative, non sono ancora entrate in funzione (Lombardia, ad esempio)[116]. In queste ultime situazioni, il tema dei controlli rimane centrato ancora sull'opportunità che questi vengano effettuati da organi politici, come di fatto avviene in queste Regioni citate. Questo dato porta le lancette indietro di 20 anni, su cui valgono le considerazioni che si sono svolte per la prima stagione statutaria.

In coda, dunque, a questa periodizzazione storica, alcune brevi considerazioni di sistema. A chiusura di questa analisi, lo studio dei dati normativi ha fornito un'iniziale consistenza fattuale a quell'ipotesi teorica di mancato innesto del referendum nella forma di governo regionale[117]. Inoltre, dallo studio delle discipline positive, risulta pienamente confermata l'ipotesi di una *conventio* antireferendaria negli Statuti nei confronti dell'istituto. La prima, come la seconda stagione statutaria hanno impedito, per diverse ragioni di *contesto* costituzionale soprariportate, una valorizzazione di quella disposizione aperta presente nell'art. 123 Cost., inserendo il referendum regionale in un ambiente istituzionale avverso ad un suo effettivo funzionamento democratico. La presenza, infatti, di numerosi limiti qualitativi, procedurali e temporali non ha di certo favorito l'aggregazione di forme di *spontaneismo* nella comunità regionale e ha inibito un'utilizzazione massiva di questo strumento nell'arena politica. Come anche la venuta meno, nel corso del tempo, della spinta partecipazionista ha contribuito, a sua volta, a giustificare – anche a fronte di una maggiore autonomia statutaria riconosciuta nel nuovo Titolo V – un aumento dei "blocchi" presenti nella legislazione regionale di seconda generazione. A questo, inoltre, si aggiunge un secondo dato, legato alla giustiziabilità della ragione referendaria, su cui un peso rilevante ha

[115] L'art. 57 St. Calabria ne prevedeva l'istituzione, poi abrogata con la legge statutaria n. 3 del 2010, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 200 del 2008) che aveva dichiarato parzialmente incostituzionale la legge attuativa n. 2 del 2007, salvando l'impostazione generale della stessa. Da far notare che, nonostante l'abrogazione dell'art. 57 dello Statuto, quest'ultimo continua, in altre disposizioni, a menzionare la Consulta, oramai soppressa. In Liguria, invece, lo Statuto agli artt. 74 e 75 aveva previsto l'istituzione della Consulta, ma la stessa è stata, in seguito, abrogata con la legge statutaria n. 1 del 2015, in una logica di contenimento dei costi della burocrazia regionale.

[116] Mancano le normative di attuazione delle Consulte statutarie anche in Lazio, Puglia, Veneto, Molise.

[117] È chiaro che, alla luce della studio, presenti alcuni problemi metodologici parlare di referendum regionale in senso generale e onnicomprensivo. Sarebbe, infatti, più corretto parlare, secondo un approccio "minimalista", della disciplina del "referendum abrogativo in Emilia-Romagna", di "referendum propositivo nella Provincia di Bolzano", ecc. Tuttavia, visto il taglio dello scritto e le sue finalità, si è cercato di valorizzare un bilancio a tutto tondo dell'istituto, facendo emergere i tratti di continuità e discontinuità di questo, guardato dalla più generale prospettiva dell'esperienza costituzionale italiana.

avuto la giurisprudenza della Corte costituzionale[118]. Un elemento, è vero, tecnicamente collaterale alle varie scelte di politica del diritto adottate dagli Statuti, ma che ha occupato, in entrambe le stagioni, i legislatori statutari e ha influito direttamente, come si è visto, sui vari tentativi degli stessi di ovviare a questo problema costituzionale (ad es. l'istituzione delle Consulte statutarie, tra tutte)[119]. Nella prima, come nella seconda stagione, infatti, è emerso il tema della giustiziabilità delle ragioni del Comitato promotore, che non ha mai assunto pienamente il ruolo di *medium* istituzionale del referendum regionale[120], come, invece, si può dire, seppur in una forma imperfetta per il fratello maggiore del referendum *ex* art. 75 Cost[121]. Questo ha avuto un peso dirimente nel depotenziare l'inserimento dell'istituto nella forma di governo regionale, mancando quella tutela istituzionale che avrebbe – ipoteticamente, ma siamo nel campo delle ipotesi – garantito un *habitat* più favorevole ai soggetti politici e sociali per un utilizzo più spinto del referendum negli spazi della democrazia regionale. Prima, tuttavia, di svolgere ulteriori considerazioni teoriche, è bene confrontarsi con l'altra parte della ricerca sulla dimensione dell'essere: la prassi del referendum regionale nell'esperienza costituzionale.

[118] Per analisi dei principali problemi sul versante del referendum *ex* art. 75 Cost., C. CARUSO, *La ragione referendaria e i suoi giudici*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 114 ss.

[119] Sostiene, in maniera condivisibile, che la soluzione al *rebus* si potrebbe ritrovare in un intervento omogeneo del legislatore statale sul tema dei controlli, tramite l'esercizio della competenza esclusiva in materia di ordinamento giudiziario, M. LUCIANI, *I referendum regionali (a proposito della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo lustro)*, in *Le Regioni*, 6/2002, p. 1388.

[120] Sottolinea la non corrispondenza con il piano nazionale del caso di un organo legislativo regionale che renda impossibile la celebrazione di un referendum, L. CARLASSARE, *Un referendum regionale negato: un conflitto senza giudice?*, in AA.VV. *Il referendum regionale*, cit., 149 ss.

[121] Con il riconoscimento del Comitato promotore del referendum abrogativo della qualità di «potere dello Stato» come espressione dello Stato-comunità, Corte cost., ord. e sent. nn. 17 e 69 del 1978. Su cui, M. BRANCA, *A prima lettura*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 589 ss.

PARTE I.2: I REFERENDUM REGIONALI NELLA PRASSI

3. *I referendum abrogativi e le ragioni di un loro fallimento: l'impostazione antireferendaria negli Statuti, la «insostenibile leggerezza» della legislazione regionale e la mancanza di una cultura politica autonomistica*

Lo studio dei referendum regionali nella dottrina si è, storicamente, da sempre molto concentrato sulle discipline attuative dell'art. 123 Cost. presenti negli Statuti e nelle legislazioni regionali, da cui discendeva una valutazione dell'impatto di queste sull'istituto *tout court*. Poca o nessuna attenzione è stata, invece, data all'approfondimento della prassi referendaria. Questo non è frutto di una mancanza da parte della riflessione scientifica, anzi, ma è facilmente spiegabile perché, ad oggi, l'istituto ha avuto una scarsa – se non nulla – fortuna in termini applicativi, non avendo trovato un canale di sviluppo a livello regionale e, conseguentemente, di rilievo istituzionale nell'ordinamento costituzionale. Questa è una tendenza che trova conferma sia nella prima, come nella seconda stagione statutaria. Pochissimi sono i casi – si contano sulle dita di una mano – in cui un referendum regionale ha superato il *quorum* richiesto per l'approvazione o ha avuto un effetto normativo sull'ordinamento regionale[122].

Quello che si proverà a svolgere in questa PARTE I.2 è proporre una – quantomeno iniziale e *parziale* – mappatura[123], selezionando e ponendo in evidenza quei casi che risultano maggiormente interessanti da presentare, alla luce delle dinamiche più generali del referendum regionale nell'esperienza costituzionale. Lo schema di analisi che si è deciso di perseguire è il seguente: una suddivisione dell'approfondimento dell'istituto nei tre "tipi" maggiormente presenti nel nostro ordinamento costituzionale (abrogativo, consultivo e propositivo)[124], in cui all'elemento della prassi si aggiungono, anche questa volta, dati di contesto, cercando di far calare maggiormente il fenomeno referendario nelle dinamiche materiali degli ordinamenti regionali. L'obiettivo più generale è stato quello di favorire – al di là dell'esclusivo e "asettico" studio delle norme positive – l'emersione delle ragioni di un certo tipo di utilizzo, o di un non utilizzo in determinate situazioni, dei referendum regionali nell'esperienza italiana.

---

[122] Verrà presentata in questa PARTE I.2 una casistica relativa al referendum regionale nell'esperienza costituzionale italiana che riguarda non solo consultazioni effettuate, riuscite o fallite che siano, ma coinvolge anche quelle che sono state "pensate" e promosse, e che poi non hanno trovato realizzazione per i più disparati motivi della vita (istituzionali, di convenienza elettorale, di eccessiva difficoltà pratica nel perseguimento del risultato politico, ecc.).

[123] La difficoltà di raccogliere dati unitari, e non solo parziali, sulle più diverse e intricate vicende referendarie regionali è stata una delle difficoltà con cui ci si è confrontati nel corso della ricerca. Questo pone l'obbligo di presentare tale iniziale ricostruzione con tutti i benefici di inventario del caso e scusandosi per eventuali mancanze o omissioni.

[124] A differenza della scorsa PARTE I.1, in questa sede del lavoro è parso più utile inserire la prassi secondo una differenziazione tipologica dei referendum regionali, seguendo l'adagio di chi ha sostenuto che «è morto il referendum, viva i referendum molteplici e diversificati», F. DELPÉRÉE, *Referendum e ordinamenti costituzionali*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Roma-Bari, 1991, 46. La scelta metodologica si è imposta per meglio valutare l'impatto dell'istituto ed evidenziare le principali questioni di diritto costituzionale che si sono presentate nel corso dell'esperienza repubblicana.

Poste le "regole di ingaggio", non si può che partire con il referendum abrogativo regionale. Un primo blocco di casi di interesse (*referendum sulla caccia*) riguarda alcune proposte di referendum abrogativo avanzate in Piemonte nel 1987, come in Emilia-Romagna nel 1990, contro le legislazioni regionali in materia di caccia. Entrambe le proposte referendarie, infatti, avevano come obiettivo la riforma, in senso riduttivo, delle specie e dei tempi di caccia permessi dalle leggi regionali dell'epoca, a tutela dunque della fauna selvatica e con finalità ambientaliste. Queste, tuttavia, non erano frutto di azioni isolate, ma si legavano a corrispondenti iniziative previste a livello nazionale che, in un primo caso, erano state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale, mentre, nel secondo, i quesiti erano stati ammessi, ma non fu raggiunto il *quorum* partecipativo[125]. I referendum regionali, in questa situazione, nascono non come autonome proposte di rilievo meramente locale, ma come parte di una più generale strategia, intrapresa da alcune associazioni ambientaliste e animaliste, per rivedere la legislazione in materia. Partendo dal secondo caso, quello del 1990 in Emilia-Romagna, l'esito fu più lineare perché i due quesiti presentati erano sostenuti anche dalla maggioranza del Partito comunista italiano in Regione, oltreché dal Partito socialista e dai Verdi, e quindi non ebbero molti problemi a superare il vaglio di controllo di ammissibilità consiliare, nonostante l'esito negativo nelle urne causato dal mancato raggiungimento del *quorum*, che si attestò al 38,10%.

È il secondo caso del Piemonte che, invece, merita maggiore attenzione, perché quella consultazione referendaria non ha visto mai la luce e ha ingenerato una battaglia giudiziaria e politica che è durata più di 30 anni[126]. Senza entrare nei dettagli, i

[125] Nel 1987 l'Associazione verde *Amici della Terra* promosse due quesiti in materia venatoria (poteri inibitori dei proprietari sui fondi e attività di programmazione venatoria delle Regioni), ma vennero dichiarati inammissibili, perché non rispettanti il criterio della omogeneità (Corte cost. sent. n. 28 del 1987). Alla fine degli anni '80, furono riproposti dai Verdi e dai Radicali diversi due quesiti – uno che ampliava i poteri inibitori dei proprietari all'accesso dei fondi, l'altro che interveniva sulla legge-quadro sulla caccia (legge n. 968 del 1978) – che passarono indenni le censure di ammissibilità (Corte cost. sent. n. 63 del 1990) su cui A. CERRI, *Il referendum e la garanzia delle competenze regionali (nota a Corte cost. 2 febbraio 1990, n. 63)*, in *Le Regioni*, 1991, 247 ss., ma non superarono il *quorum* al voto.

[126] Così sinteticamente sviluppatasi: a seguito del riconoscimento della prima ammissibilità del quesito, il Consiglio regionale approvò una nuova disciplina venatoria che solo in parte accoglieva le richieste dei referendari, ma, nonostante ciò, le operazioni referendarie furono dichiarate cessate, essendo mutata formalmente la normativa. Il Comitato impugnò la delibera consiliare prima davanti al TAR, dichiaratosi incompetente, poi davanti al giudice ordinario, che nel 1995 (Corte di Appello) riconobbe le differenze sostanziali tra vecchia e nuova legislazione. Nel frattempo, la Regione aveva approvato una nuova disciplina sulla caccia che innalzava le specie protette, ma non accoglieva le istanze in materia di divieto di caccia la domenica e nei territori nevosi. Grazie alla nuova legge, la Commissione consultiva, incaricata dal Consiglio regionale piemontese, dichiarò cessate nuovamente le operazioni referendarie nel 2002. I referendari impugnarono la delibera anche questa volta, la loro richiesta dopo molti anni fu accolta nel 2010 e la sentenza passò in giudicato, ma la Regione non si attivò a indire tuttavia il referendum. Contestualmente a tale ricorso, nel 2011, fu promosso un giudizio di ottemperanza del giudicato civile davanti al TAR Piemonte, il quale ordinò al Presidente della Regione di indire il referendum e nominò, in alternativa, un commissario *ad acta*. Fu stabilita nel 2012 la data di celebrazione del referendum, ma un mese prima della consultazione, il Consiglio regionale – in frode a qualunque ragione di fatto e di diritto – abrogò *in toto* la legislazione regionale, facendo dichiarare cessate le operazioni di voto. La conseguenza di tale scelta fu di eliminare l'oggetto del referendum per il Comitato (mancava ora proprio la legge regionale), e di far riespandere la normativa nazionale (legge n. 157 del 1992), la quale era molto più permissiva in materia di attività venatoria rispetto a quella regionale contestata.

promotori non avevano intenzione di abrogare l'intera disciplina sulla caccia, per non rischiare di incombere in un motivo di inammissibilità dei quesiti, ma volevano limitare la pratica venatoria a solo alcune specie non protette, e a vietarla la domenica e nelle zone montane. Il quesito, in prima battuta, passò il vaglio del Consiglio regionale, ma l'indizione fu impedita dal varo di una nuova legge regionale che, di fatto, accoglieva solo in parte le richieste dei promotori. In mancanza di una norma equivalente all'art. 39 della legge n. 352 del 1970[127] in ambito regionale, la vicenda ha avuto come oggetto due questioni di grande interesse: *(i)* il "giudice" sull'abrogazione della legge regionale oggetto del referendum, cioè la valutazione sul valore solo formale o sostanziale della stessa, e *(ii)* l'obbligo di indizione del referendum da parte del Presidente della Regione. In questa vicenda sono, in altri termini, emersi la mancanza di un giudice "terzo" in grado di garantire gli interessi del Comitato promotore in materia di recepimento degli interessi referendari e la politica ostruzionistica delle varie Giunte regionali. Quest'ultima si è mostrata sia dal punto di vista legislativo, con interventi strumentali continui in frode al referendum, sia da quello istituzionale, nella forma di continui rinvii per l'indizione da parte del Presidente della Regione, nonostante pronunce giudiziali favorevoli. Il dato di fondo che si è presentato è come la ferma opposizione da parte delle maggioranze consiliari e delle Giunte regionali sia in grado di "bloccare" a tutti gli effetti un'iniziativa referendaria, pur a fronte di tutte le ragioni costituzionali e democratiche a sostegno di quest'ultima. Infatti, a distanza di più di 30 anni, e nonostante i tentativi del Comitato giunti fino alla fine della scorsa decade, le consultazioni non hanno avuto mai modo di essere celebrate, il che rende la vicenda emblematica, se non paradigmatica della storia dei referendum regionali.

A questo iniziale blocco, si sono aggiunti, a cavallo tra la prima e la seconda stagione, quelli relativi al finanziamento alle scuole paritarie in Emilia-Romagna, Veneto e Liguria nei primi anni 2000 (*referendum sulla scuola pubblica*). La questione sottostante era comune alle tre esperienze e riguardava le legislazioni complementari introdotte dalle Regioni, a seguito dell'entrata in vigore della *riforma Berlinguer* (legge n. 62 del 2000), la quale prevedeva un'equiparazione tra scuola pubblica e privata. Le normative regionali, infatti, avevano previsto in nome della realizzazione del diritto allo studio, un contributo economico per gli studenti (*buoni scuola*), da elargire sulla base di una certa soglia minima di spesa scolastica e di un tetto di reddito familiare relativamente alto. La critica, tuttavia, che proveniva dal movimento referendario – composto per lo più da forze di sinistra radicale – era che le norme fossero costruite per finanziare gli studenti delle classi agiate delle scuole private-paritarie, contro la valorizzazione della scuola pubblica e in contrasto con l'art. 33 della Costituzione[128].

[127] Per come interpretata dai giudici costituzionali (Corte cost. sent. n. 68 del 1978), i quali assunsero che occorreva distinguere, in caso di abrogazione per sostituzione di nuova disciplina, se le modifiche erano solo *formali*, tali cioè da mantenere inalterato il quesito referendario; o *sostanziali*, intervenendo sui principi ispiratori della vecchia disciplina. Su tale questioni più diffusamente, A. MORRONE, *La «legge vigente» e il sindacato dell'Ufficio centrale per il referendum*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1999, 297 ss.

[128] In particolare, si criticava che, essendo i finanziamenti regionali legati ad un *minimum* di spese scolastiche, l'obiettivo fosse surrettiziamente di favorire le scuole paritarie e gli studenti di queste. Anche il *range* delle platea dei potenziali beneficiari, che includeva anche famiglie con alto reddito, nutriva la tesi *pro* scuole private delle leggi regionali, sostenuta dal Comitato promotore.

Nel caso dell'Emilia-Romagna, la questione fu parzialmente diversa: la Regione aveva approvato – prima della *riforma Berlinguer* – una legge sul finanziamento alle scuole private (*legge Ridola*)[129], su cui venne promossa l'iniziativa referendaria. Nel frattempo, tuttavia, il Consiglio regionale cambiò la legge[130] e, vista la forte opposizione del Presidente della Regione e della maggioranza consiliare, si giunse a dichiarare cessate le operazioni referendarie e a non vedere celebrato il referendum[131]. In Veneto (2002), come in Liguria (2003), invece, si arrivò al voto del referendum, nonostante la forte opposizione delle maggioranze di centro-destra presenti nelle rispettive Regioni e dell'opinione pubblica cattolica contraria. Nelle due vicende, ad ogni modo, non fu raggiunto il *quorum* richiesto per ottenere l'effetto abrogativo, con la conseguenza di mantenere in piedi le legislazioni *pro* scuole private.

Entrando ora, invece, pienamente nella seconda stagione statutaria, si segnalano alcune esperienze di referendum che hanno riguardato le competenze delle Regioni, in materia di organizzazione degli enti locali (*referendum abolizione enti locali e anti-casta*). Questo filone di referendum è unito sia dal *fil rouge* di tensioni localistiche negli ordinamenti regionali, ma anche da più generali pulsioni *anti-casta* che si sono agitate negli scorsi anni nei contesti regionali dopo la riforma del Titolo V. Si fa riferimento a tre diverse vicende: *(a)* al caso dei 4 referendum sardi del 2003 in materia di riorganizzazione del province, a cui è seguita una ricca tornata referendaria – definita *anti-casta* dagli stessi promotori – nel 2012 (10 quesiti, di cui 5 abrogativi e 5 consultivi), in tema di abolizione di enti provinciali e di taglio delle spese regionali; *(b)* alla vicenda trentina del referendum abrogativo proposto per l'abolizione della Comunità di Valle nel 2012, un ente intermedio che raggruppava 14 comuni di cui si chiedeva la soppressione; *(c)* al caso del Lazio, nel 2014, di una proposta di abrogazione dei vitalizi dei consiglieri regionali, la quale aveva passato i controlli di ammissibilità, ma su cui non fu mai indetto il referendum dal Presidente della Regione Lazio e che non è stato mai celebrato.

Senza dubbio, i casi sono diversi, hanno un risvolto molto particolaristico, ognuno di questi ha avuto matrici ideologiche diverse ed è difficile immaginare un valore politico-costituzionale in termini di riflessi generali. Ma queste esperienze ritrovano un punto di contatto nella contestazione dei costi della politica regionale, che spesso ha preso forma attraverso una valorizzazione "militante" delle competenze regionali in chiave di ordinamenti locali. Nel caso del Lazio, questo elemento antipolitico è evidente – quantomeno *in mente Dei* – considerato lo scarso successo dell'iniziativa referendaria che non è giunta ad essere celebrata, a causa della opposizione della stessa classe politica regionale. Nella vicenda trentina, invece, all'elemento anti-casta, si aggiungeva anche un'opposizione delle forze dell'allora minoranza in Consiglio provinciale (Lega

[129] Legge regionale n. 10 del 1999.

[130] Le modifiche vennero introdotte con la legge regionale n. 26 del 2001.

[131] La battaglia referendaria, a questo punto, si spostò sulle convenzioni comunali fatte con le scuole private, promosse in attuazione delle leggi regionale e statale. Si riuscì, così, ad arrivare all'indizione di un referendum consultivo comunale a Bologna il 26 maggio 2013, promosso dal Comitato *art. 33 Cost.*, contro il finanziamento alle scuole paritarie e per la scuola pubblica, il quale ottenne la maggioranza dei voti dei cittadini, ma a cui le istituzioni comunali non diedero seguito.

Nord, in prevalenza), le quali erano contrarie allo strumento delle Comunità di Valle[132]. Anche in questo caso, tuttavia, in linea con molti dei precedenti di referendum regionali presentati, la consultazione si è svolta, ma non ha visto raggiungere il *quorum* necessario per l'approvazione del risultato. In Sardegna, invece, a fronte del fallimento per scarsa affluenza del corpo elettorale dei 4 referendum del 2003 in materia di abolizione delle province sarde neoistituite (Province di Carbonia-Iglesias, Medio Campidano, Ogliastra e Olbia-Tempio), la seconda tornata ha visto per la prima volta il raggiungimento del *quorum* strutturale (33% degli aventi diritto) e il voto favorevole ai referendum da parte dei cittadini sardi. In questo successivo sviluppo della vicenda, i quesiti presentati erano 10 – di cui solo 5 abrogativi – ed erano stati promossi dal *Movimento referendario sardo*[133]. I quesiti avevano superato il vaglio di ammissibilità e avevano come obiettivo complessivo un taglio *anti-casta*, in quanto – oltre all'abolizione delle quattro province neoistituite con identico oggetto dei referendum del 2003 – si erano aggiunti dei nuovi quesiti[134], di cui alcuni con sapore antipolitico e altri di natura folkloristicamente autonomista. L'esito positivo del voto ha comportato, pertanto, la temporanea abolizione delle nuove province e, quindi, la momentanea vittoria politica del Comitato promotore. Tuttavia, in seguito, quest'ultimo ha visto tradito l'esito referendario, poiché con la legge regionale n. 7 del 2021 si sono riesumate le vecchie province soppresse, tornando ad un assetto provinciale simile al regime antecedente al referendum regionale.

In coda, merita una segnalazione la proposta di referendum abrogativo in materia di sanità, avanzata nel 2023 dalle forze di centro-sinistra in Consiglio regionale lombardo (*referendum sulla sanità pubblica*). L'obiettivo dei referendari era contestare il modello privatistico di sanità lombarda, anche alla luce delle carenze dimostrate durante il periodo della pandemia Covid-19, e spingere ad una trasformazione in senso pubblicistico del servizio sanitario. Il modo attraverso cui si era ritenuto di giungere a tale risultato era stato quello di abrogare, in chiave manipolativa, alcuni parti del Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità (legge regionale n. 33 del 2009), eliminando il sistema di accreditamento tramite la cancellazione di tutti i riferimenti in tema di equivalenza tra ospedali pubblici e privati convenzionati. Anche in questo caso, il referendum non si è tenuto perché ritenuto inammissibile dalla delibera del Consiglio regionale lombardo[135]. Senza entrare nel merito della vicenda, la stessa si evidenzia per

[132] Le Comunità di valle, istituite con la legge provinciale n. 3 del 2006 in sostituzione dei precedenti comprensori, si presentavano come livello istituzionale intermedio tra Provincia autonoma e Comuni, e come strumenti di riorganizzazione degli enti locali della Provincia autonoma di Trento, a cui erano affidate importanti competenze amministrative (ad es. edilizia scolastica, urbanistica, politiche della casa, sociali, ecc.).

[133] Sommatoria di sigle afferenti a movimenti che orbitavano nel campo del centro-destra.

[134] Di natura *abrogativa* in materia di compensi dei consiglieri regionali, e di matrice *consultiva* per abolire le quattro storiche province sarde, per la creazione di convocazione di un'Assemblea costituente per un nuovo Statuto, per l'elezione diretta del Presidente della Regione Autonoma della Sardegna, per la riduzione del numero dei consiglieri regionali e per il taglio delle burocrazie regionali.

[135] Le motivazioni apportate erano legate al fatto che i quesiti – sulla scorta di un'interpretazione *ultra* restrittiva della giurisprudenza costituzionale – erano stati giudicati non chiari, omogenei e non in grado garantire una «parallela univocità delle conseguente abrogative». A queste si sommavano ulteriori argomentazioni che sembravano riecheggiare – un po' confusamente, a dir il vero – una natura

originalità in termini di utilizzo dei referendum in ambito locale e di intelligente "puntello" per la classe politica regionale a rivedere la legislazione in materia della principale competenza di cui le stesse Regioni dispongono dopo la riforma del Titolo V.

Lo studio della prassi ha mostrato come l'esperienza dei referendum abrogativi si possa giudicare modesta e di scarso impatto nelle dinamiche normative e di governo dell'ordinamento regionale. Questo si può dire sia considerando il ristretto numero di referendum abrogativi regionali celebrati in più di 50 anni di storia delle Regioni, sia comparando questi dati con le consultazioni che, invece, si sono svolte a livello nazionale. La tesi del *dio minore*, dunque, trova conferma in questo senso dallo studio dell'esperienza. Inoltre, guardando ai referendum abrogativi regionali che *ci sono stati* o anche, e soprattutto, alle iniziative referendaria "pensate", si conferma il peso specifico notevole da dover assegnare a quella *conventio* antireferendaria presente negli Statuti e nella legislazione di attuazione, che ha materialmente reso molto difficile permettere un'operatività all'istituto, per una notevole mole di "blocchi" giuridico-costituzionali. Da questo punto di vista, per quanto riguarda i referendum celebrati un ruolo importante lo ha avuto l'alto *quorum* richiesto per l'approvazione[136], che spesso si scontra con una tendenza astensionistica anche nazionale dopo gli anni '90, e uno scarso interesse da parte dell'elettorato[137].

A questa problematica, si aggiunge, poi, anche il tema dei controlli, di cui si è visto un'applicazione pratica[138], i quali hanno ostacolato la celebrazione dei referendum, a causa di evidenti conflitti di interesse e di manovre dissuasive prodotte dalla classe politica regionale. In questo senso, quello che si delinea nell'esperienza degli abrogativi regionali è che quella *conventio* antireferendaria non solo ha preso forma nella normativa presente negli Statuti e nella legislazione (PARTE I.1), ma si è materializzata anche in pratiche e comportamenti ostili alle ragioni referendarie, messi in piedi direttamente dalle istituzioni regionali, come lo stesso Consiglio, la Giunta o il Presidente della Regione. Per dirla in maniera più diretta, la *conventio* antireferendaria sulle proposte presentate si è manifestata in un senso più ampio, vale a dire in un'impostazione antireferendaria più generalizzata da parte delle Regioni, la quale ha coinvolto l'atteggiamento complessivo delle istituzioni rappresentative e di governo contro le ragioni della democrazia diretta.

Se questo è l'esito dei referendum che *ci sono stati*, merita qualche considerazione anche il *perché* di questo scarso utilizzo nella storia repubblicana dei referendum abrogativi regionali: ovvero interrogarsi sulle ragioni per cui questi *non ci sono stati*. Provando a rispondere a questo complesso quesito, si potrebbero abbozzare due motivi, uno di *statica* costituzionale e un altro di *dinamica* del sistema politico. Sul primo di

costituzionalmente necessaria delle leggi in materia di sanità regionale, Delibera Cons. Reg. Lomb. n. XII/61/2023.

[136] Si fa riferimento ai referendum sulla caccia in Emilia-Romagna nel 1990, ai referendum per la scuola pubblica in Liguria e in Veneto nel 2001 e 2002, e ai referendum anti-casta ed enti locali in Sardegna nel 2014.

[137] Non è un caso che, delle vicende presentate, quello che abbia avuto successo sia stato quello sardo del 2012, in cui il *quorum* costitutivo era del 33%.

[138] I referendum sulla caccia piemontese del 1987 e il referendum sulla sanità pubblica lombarda del 2023.

statica costituzionale, si potrebbe dire che a questo risultato ha contribuito l'«insostenibile leggerezza» della legislazione regionale. Non ci sono stati molti referendum abrogativi nella democrazia regionale, probabilmente perché la legge regionale non ha mai assunto quel carattere politico-programmatorio[139] a cui era destinata, in grado di intervenire su questioni che riuscissero a garantire un certo grado di mobilitazione delle masse su questioni di rilievo civile o sociale. A questo ha, sicuramente, contribuito la tendenza delle Regioni italiane che più che enti di governo, hanno assunto le sembianze di grandi enti amministrativi decentrati *pre* e *post* Titolo V del 2001[140]. Questo è un *trend* che si è confermato sia nella prima stagione statutaria, in cui le competenze legislative delle Regioni erano obiettivamente più ristrette e pur sempre interferenti o "concorrenti" con quelle statali; sia nella seconda stagione, nella quale il maggiore spazio delle competenze residuali e concorrenti regionale aveva fatto ben sperare per il futuro dei referendum[141]. Ciò non è stato, come sappiamo, per le «tendenze filo-centraliste»[142] con cui è stata interpretata la riforma del Titolo V e anche perché quella rigida separazione per competenze – come è stato sostenuto da più parti – non ha dimostrato di reggere alla prova dell'esperienza[143]. In altri termini, se il referendum abrogativo si doveva giocare a partire dalla legge regionale e dalla sua capacità programmatoria, lo spazio anche dopo il 2001 è rimasto limitato, o, comunque, in questo modo è stato percepito dagli attori politici e sociali regionali. Questo perché le competenze esclusive delle Regioni sono ridotte, non incontrano di gran lunga l'interesse dell'elettorato regionale sulle grandi questioni politico-sociali e, molto spesso, continuano ad intercettare le competenze statali.

Il secondo motivo riguarda la dinamica dei sistemi politici regionali, cioè l'assenza più generale di una cultura politica autonomistica nel contesto italiano[144]. Il

---

[139] Questa è la tesi di R. BIN, *Legge regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX edizione, Padova, 1994, 174, 179 che parla di un originario «modello euclideo» «in crisi» e di «riduzione della legislazione regionale alla disciplina "amministrativa"», poi ripresa e confermata dopo la riforma del Titolo V, in R. BIN, *La legge regionale, tra "ri-materializzazione" delle materie, sussidiarietà e resurrezione dell'interesse nazionale*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4/2009, 439 ss.

[140] Aveva immaginato un problema di sostituzione della legislazione regionale a quella statale dopo la riforma del Titolo V e si era posto il tema del rapporto tra nuove materie legislative regionali e referendum, A. MANGIA, *Il futuro e il passato dei referendum regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 3906.

[141] G. TARLI BARBIERI, *I referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione di cui all'art.123 Cost.*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive, I, La nuova forma di governo delle regioni*, Torino, 2001, 150.

[142] Ne parla anche in relazione agli ulteriori sviluppi del regionalismo italiano alla luce della globalizzazione, della crisi economica e della pandemia, A. MORRONE, *Per la Repubblica delle autonomie dopo la pandemia, in Europa*, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2021, 67.

[143] Sul punto, F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006.

[144] A. MORELLI, *Quale futuro del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 1-2 che parla in questo modo: «In un Paese segnato dalla carenza di una radicata cultura dell'autonomia, com'è stato scritto, lo stesso sistema delle autonomie territoriali (e, in particolare, di quelle regionali) è da sempre una "variabile dipendente del sistema politico nazionale". Pesa, innanzitutto, la struttura centralizzata dei principali partiti, che ha fortemente ostacolato la formazione di classi politiche regionali e ha agevolato la percezione delle elezioni amministrative come vicende da inquadrarsi esclusivamente o prevalentemente nella dimensione delle dinamiche politiche nazionali; ma pesa anche, e soprattutto, la prospettiva "congiunturale" entro cui storicamente è stata vissuta, in Italia, l'esperienza regionalista».

mancato utilizzo dello strumento referendario nella prima e nella seconda stagione, infatti, trova spiegazione nell'esaurimento della spinta partecipativa delle Regioni che avevano avuto all'inizio degli anni '70 e nella mancata creazione di una stabile opinione pubblica regionale[145], capace di svolgere una funzione di *contropotere* nei confronti della classe politica regionale[146]. Nemmeno la riforma costituzionale del 1999, che ha introdotto l'elezione diretta del Presidente della Regione – ovvero un elemento plebiscitario nel sistema – ha cambiato il quadro più generale in senso identitario-oppositivo. Vale a dire neanche quella razionalizzazione maggioritaria è riuscita ad aprire spazi ai referendum abrogativi nella democrazia regionale e a soggetti sociali esterni al circuito istituzionale. A queste considerazioni, si connette un'altra riflessione: la stessa classe politica regionale non si è mai completamente autonomizzata da quella nazionale, ad esempio attraverso la creazione di partiti politici su esclusiva scala regionale, o che comunque ponessero una grande attenzione a tematiche di stampo locale. Come è stato detto, infatti, le cariche elettive regionali sono sempre state viste dalle classi politiche regionali come parte di un più complesso *cursus honorum*[147] che avrebbe poi portato ad accedere alle istituzioni politiche nazionali. In conclusione, questi due elementi – della dipendenza della classe dirigente regionale al livello nazionale e della mancata formazione di un'autonoma opinione pubblica locale – non hanno accompagnato né all'inserimento stabile dello strumento referendario abrogativo nella forma di governo regionale, né all'emersione di tematiche che avessero un certo grado di *appeal* politico nei confronti della popolazione. Da qui il sostanziale fallimento quantitativo e qualitativo del referendum abrogativo nel contesto politico delle diverse Regioni.

4. *I referendum consultivi e spiragli di valorizzazione, ma con alcuni problemi di fondo: il taglio plebiscitario e il nodo dell'unità nazionale*

I referendum consultivi sono stati, di gran lunga, quelli che dei tre "tipi" hanno avuto un maggiore successo nella storia della Repubblica italiana. Guardando al numero di iniziative referendarie consultive, il paragone non tiene con gli abrogativi. Le ragioni di un tale maggiore *appeal* vanno sicuramente ricondotte alla natura più "elastica" e "flessibile" che questi garantiscono rispetto al modello degli abrogativi, ma anche al minor grado di "ingessatura" che – come si è visto – è presente negli Statuti e nella legislazione regionale. Si potrebbe, tuttavia, sostenere, che le logiche che muovono i

[145] M. LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione negli Statuti regionali*, in *Issirfa.Cnr.it*, 2005, 1, che in questo senso afferma: «la classe politica regionale, ancora non sicura della propria stessa identità e della possibilità di costituirsi come entità socio-politica in qualche modo autonoma rispetto alla classe politica statale, non si sentì particolarmente stimolata a sollecitare il confronto con l'opinione pubblica regionale».

[146] Come corollario di questa tesi, in alcuni contesti (i *referendum sulla caccia* e *sulla scuola pubblica*) si è evidenziato come i referendum promossi da soggetti della società si siano scontrati contro la forza della classe politica regionale, che ha osteggiato le iniziative referendarie e il loro fisiologico svolgimento nella forma di governo.

[147] R. BIN, *Legge regionale*, cit., 179 sostiene che «le regioni non [hanno] sviluppato una propria classe politica, perché nella carriera politica le cariche regionali non sono un obiettivo finale, ma una tappa di un unico *cursus honorum*».

due istituti sono sicuramente diverse, e si coglierebbe in parte nel segno[148]. Differente è, invece, il discorso se ci si sposta dalle mole di iniziative al loro fattivo impatto istituzionale, e se si considera complessivamente la produzione di effetti giuridici e politici che queste hanno avuto sugli organi regionali.

Si può affermare con una certa sicurezza, infatti, che l'influenza sulle dinamiche di governo regionali è stata maggiore rispetto a quella degli abrogativi, ma comunque molto spesso è stata di natura indiretta e non in grado di determinare gli equilibri *interni* della democrazia regionale. Si possono citare, in tal senso, il primo precedente italiano di referendum consultivo in Toscana nel 1987 (*referendum Farmoplant*), relativo alla vicenda della chiusura della fabbrica *Farmoplant*. Fu un caso di consultivo *improprio*, che partì con una proposta di legge di iniziativa popolare regionale *ad hoc* per promuovere il referendum, ma che poi prese forma in una consultazione popolare su scala locale, perché si votò solo nei comuni toscani interessati[149]. Nella seconda tornata, un altro filone è quello dei consultivi anti-casta (*referendum anti-casta sardi*) in Sardegna del 2012 – di cui si è fatto cenno nello scorso paragrafo – in cui erano presenti richieste di tagli agli enti provinciali e all'amministrazione regionale, fatta eccezione per alcuni bizzarri quesiti (tra cui l'elezione di un'Assemblea costituente sarda)[150], i quali non ebbero alcun seguito. Oppure, un altro caso è stato un referendum consultivo celebratosi nel 2016 sui fondi pubblici da dover destinare all'aeroporto di Bolzano (*referendum Aeroporto di Bolzano*), le cui indicazioni furono in parte considerate dagli organi della Provincia autonoma. O, infine, c'è stata anche la proposta di un referendum consultivo in Valle d'Aosta sulla modificazione in senso maggioritario della forma di governo e della legislazione elettorale (*referendum maggioritario Valle d'Aosta*)[151]. Questa iniziativa di referendum consultivo non ha avuto esito perché bocciata in punto di ammissibilità dagli organi regionali e su cui, successivamente, è venuto meno

[148] Il referendum regionale abrogativo, infatti, produce diretti effetti normativi, ha un oggetto determinato (leggi, atti amministrativi regionali), un certo numero di materie su cui non può essere promosso e, guardando alla prassi, ha dimostrato di avere una quasi esclusiva iniziativa di natura popolare (*bottom-up*). Al contrario, secondo le ricostruzioni più classiche, il referendum consultivo regionale produce solo effetti politici sul rapporto con gli organi istituzionali regionali, ha un oggetto più ampio e indeterminato, limiti meno stringenti negli Statuti, ed è stato nell'esperienza regionale, prevalentemente, di iniziativa della Giunta o, comunque, della maggioranza consiliare (*top-down*).

[149] La consultazione ebbe successo e spinse il sindaco di Massa a revocare le licenze alla fabbrica, ma successivamente il TAR diede torto all'amministrazione comunale, il che permise di ripartire con la produzione inquinante.

[150] Sul punto è sufficiente ricordare (Corte cost., sent. n. 365 del 2007) che in relazione all'esistenza di un "*Popolo sardo*" e di "*sovranità del Popolo sardo*" sostenne: «Pretendere ora di utilizzare in una medesima espressione legislativa, quale principale direttiva dei lavori di redazione di un nuovo statuto speciale, sia il concetto di autonomia sia quello di sovranità equivale a giustapporre due concezioni tra loro radicalmente differenziate sul piano storico e logico (tanto che potrebbe parlarsi di un vero e proprio ossimoro piuttosto che di una endiadi), di cui la seconda è certamente estranea alla configurazione di fondo del regionalismo quale delineato dalla Costituzione e dagli Statuti speciali».

[151] Interessante è notare come, a seguito della bocciatura qualche tempo prima di un referendum propositivo sul tema, il Consiglio regionale commissionò due pareri sull'ammissibilità del referendum consultivo a due docenti di diritto costituzionale: al Prof. Massimo Luciani, che sposò la tesi dell'inammissibilità della richiesta, e al Prof. Andrea Morrone, che sostenne l'ammissibilità della consultazione referendaria. Questo referendum rappresentava il seguito, dal punto di vista tematico e politico, di alcuni precedenti referendum propositivi – riguardanti la legge elettorale e la forma di governo in Valle d'Aosta – che erano stati indetti nel 2007, di cui si parlerà nel prossimo paragrafo.

l'interesse al perseguimento da parte delle forze politiche di opposizione. Tutto sommato, dunque, una prassi scarna, che non ha ottenuto risultati rilevanti e che non ha portato in grande risalto lo strumento nel versante *interno* dell'ordinamento regionale.

Un diverso uso dei referendum consultivi ha posto più spesso problemi nei rapporti con l'*esterno*, con il livello nazionale per intenderci. Il tema che si è presentato, costantemente, con i referendum consultivi regionali è l'interferenza politica e costituzionale che questi possono produrre nei confronti delle istituzioni nazionali centrali e degli interessi statali, quando ne viene incentivato un utilizzo "strumentale" da parte dagli organi di governo regionale. È qui che si sono concentrate le maggiori riflessioni della dottrina, perché più legate alla sistematizzazione di questi nel più generale ordinamento costituzionale. Anche perché è proprio su questa casistica che si è cristallizzata nel corso nel tempo un'importante giurisprudenza di Palazzo della Consulta[152], la quale la fa da padrona nella prospettiva di uno studio della prassi e per la mole di questioni teoriche ad essa sottesa. Il tema principale posto dai referendum consultivi regionali è quello dei confini costituzionali nelle dinamiche tra Stato e Regioni, vale a dire il rapporto tra centro e periferia, e la relazione tra Regioni e sovranità. Le vicende che verranno analizzate sono: quelle del referendum consultivo del 1989 sulle basi militari Nato in Sardegna (*referendum basi militari Nato Sardegna*)[153]; e quelle che, convenzionalmente, possiamo definire referendum "federalisti", di cui fanno parte le richieste di consultivi in Veneto del 1992, quelle del Piemonte, Lombardia e Veneto del 2000 e, infine, quelle della Lombardia e del Veneto nel 2015[154] (*referendum federalisti*).

Partendo dal caso sardo del 1989, era la prima volta che la questione dei referendum consultivi arrivava davanti alla Corte costituzionale e il debutto riguardava le «grandi questioni di interesse generale»[155]. Lo Stato, infatti, sollevò conflitto di attribuzione nei confronti della delibera di indizione del Presidente della Regione di alcuni referendum consultivi in materia di: *(1)* presenza di basi militari straniere sul territorio sardo, installate a seguito di atti internazionali non sottoposti al controllo parlamentare; *(2)* esercizio di un'iniziativa legislativa sarda da presentare alle Camere in merito ad una legge che vietasse il transito, nella acque territoriali italiane, di navi a portata nucleare; *(3)* una proposta di legge costituzionale che modificasse l'art. 80 Cost.,

[152] Corte cost., sentt. nn. 256 del 1989, 470 del 1992, 496 del 2000, 118 del 2015, ordd. nn. 102 del 2001, 403 del 2001, 444 del 2001.

[153] Non si potrà approfondire – per questioni di spazio – il referendum consultivo sul nucleare e sul deposito di scorie in Sardegna del 2011 (*referendum sul nucleare in Sardegna*), che fu celebrato il 15 e 16 maggio del 2011 e che, sebbene, toccasse un tema interferente con gli interessi strategici statali, arrivò al voto perché non venne sollevato dallo Stato una questione di legittimità costituzionale davanti a Palazzo della Consulta. Non ebbe, successivamente, seguito politico a livello regionale, perché nacque in chiave ancillare a quello nazionale sul nucleare dello stesso anno e, data la vittoria alle urne di quest'ultimo, ne risultò assorbita la ragione referendaria. Per un approfondimento, V. DE SANTIS, *Il referendum consultivo sul nucleare nella Regione Sardegna: concorso di competenze e la necessità di aprire un confronto pubblico*, in *Rivista AIC*, 3/2011, 1 ss.

[154] Questi ultimi sono stati gli unici ad essere celebrati nel 2017, e hanno avuto ad oggetto un ambito più ristretto rispetto ai tentativi precedenti del 1992 e del 2000, perché in tema di autonomia differenziata *ex* art. 116 comma 3 Cost.

[155] E. BETTINELLI, *«Grandi questioni di interesse generale» e referendum regionali*, in *Le Regioni*, 1990, 1292 ss.

per permettere consultazioni popolari per la ratifica di trattati internazionali, quando questi sono soggetti all'autorizzazione parlamentare. Questioni non da poco, dunque, che vedevano contrapposte, da una parte, la Regione sarda e alcuni movimenti popolari di associazioni e comitati di cittadini locali, e, dall'altra, il Governo nazionale che, nel quadro dell'alleanza atlantica, aveva interesse a mantenere gli impegni internazionali assunti. Senza entrare nel merito del problema relativo al potere del Governo di assumere impegni internazionali in forma segreta e senza ratifica del Parlamento[156], la questione che qui emerge è se dei referendum regionali non aventi diretti effetti giuridici, ma con evidenti effetti politici sugli organi costituzionali nazionali, siano costituzionalmente legittimi.

A questa domanda, la risposta della Corte con la sent. n. 256 del 1989 fu netta ed optò per un secco no. Nel ragionamento dei giudici, infatti, se i referendum consultivi «non sono vincolanti […] e, restano, espressione di una partecipazione politica popolare che trova fondamento negli artt. 2 e 3 della Costituzione», essi esercitano una grande influenza costituzionale a livello della consonanza tra la comunità e gli organi pubblici. Per questo motivo, essi non possono esercitarsi *a contenuto libero*, ma è bene che essi trovino dei limiti che attengono direttamente «alle grandi questioni di interesse generale»: gli indirizzi di politica estera e la difesa[157]. Da questo punto di vista, la Corte non lega il campo di azione dei referendum consultivi alle sole e limitate competenze regionali, ma riconosce un'eccedenza dell'interesse regionale, oltre lo schema delle sole competenze delle Regioni. Ad ogni modo, questo interesse regionale trova un blocco in alcuni casi, come quello sottoposto al giudizio, perché si scontra con la presenza di interessi «che riguardano, nella loro essenza unitaria, la collettività nazionale, affidata alle cure dello Stato»[158]. Questo motivo di inammissibilità vale poi sia a livello di referendum consultivi riguardanti materie di legislazione ordinaria, sia su quelle concernenti – a maggior ragione – la legislazione costituzionale. I referendum consultivi, dunque, pensati per legittimare gli organi regionali a adottare su tali materie un progetto di legge costituzionale sono illegittimi perché, in presenza di un interesse unitario statale, viene meno del tutto l'interesse regionale. Ecco qui il primo limite costituzionale posto da questa giurisprudenza: la presenza di un interesse nazionale unitario e infrazionabile, vale a dire, citando testualmente, «il rischio di influire negativamente sull'ordine costituzionale e politico dello Stato».

A questo precedente costituzionale, se ne aggiunge un secondo nel 1992 (il "primo" dei *federalisti*). Questa volta il caso nasce da un giudizio in via principale promosso dallo Stato contro una legge della Regione Veneto che aveva l'obiettivo di indire un referendum consultivo regionale, in materia di ampia autonomia da garantire

[156] V. LIPPOLIS, *Regioni, treaty-making power e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 1206 ss.

[157] Per una riflessione organica sul tema della sicurezza in Costituzione, T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010.

[158] Secondo la Corte, tramite il referendum consultivo, non è ammesso *condizionare* le scelte di politica estera dello Stato, e nemmeno influire indirettamente sull'indirizzo politico nazionale in materia di difesa, visto che essa attiene alla salvaguardia dell'intero territorio nazionale.

all'«ordinamento delle Regioni»[159]. Questa volta, a differenza della vicenda sarda, il referendum consultivo era stato promosso esclusivamente dal Presidente e dalla Giunta del Veneto (Lega Nord), e aveva una finalità strumentale e di taglio plebiscitario: legittimare i vertici regionali a portare avanti contro il Governo nazionale una battaglia di stampo federalista e con venature secessioniste. Siamo sempre nella prima tornata statutaria, e anche in questa situazione la Corte nega la liceità costituzionale a questo tipo di consultazioni con la sent. n. 470 del 1992. Quest'ultima, infatti, ribadendo un suo costante indirizzo[160], non contesta l'esistenza di limiti alle forme di iniziative legislative costituzionali delle Regioni, in quanto riconosce un «interesse qualificato» di ciascuna Regione a vedere realizzata una riforma dell'intero ordinamento giuridico statale in senso regionalista. Il ragionamento principale, invece, si sviluppa in due passaggi consequenziali: «un referendum consultivo […] - per quanto sprovvisto di efficacia vincolante - non può non esercitare la sua influenza, di indirizzo e di orientamento» fino a condizionare scelte discrezionali affidate alla esclusiva competenza di organi centrali dello Stato, e da ciò discende che nella tipicità del procedimento di revisione costituzionale è proibito aggiungere «elementi aggiuntivi non previsti dal testo costituzionale e suscettibili di "aggravare", mediante forme di consultazione popolare variabili da Regione a Regione, lo stesso procedimento». La critica dei giudici costituzionali si concentra, dunque, sul richiamo al limite del turbamento dell'ordine costituzionale e politico dello Stato, ma declinato questa volta rispetto al 1989 in un nuovo peculiare significato: un *aggravamento* del procedimento di revisione costituzionale (il referendum regionale nel caso) è illegittimo, in quanto comporta una violazione del principio di rigidità della Costituzione. È questa la novità di questa pronuncia rispetto al diretto precedente. Una decisione condivisibile che parla, tuttavia, non più di interesse nazionale, ma preferisce assumere la prospettiva alternativa della garanzia di rigidità della Costituzione.

Al terzo *step* di questo filone si giunge agli inizi del nuovo Millennio, con i referendum consultivi (i "secondi" dei *federalisti*) proposti dal Veneto, e solo successivamente anche da Lombardia e Piemonte[161]. Anche in questo caso, la questione arriva in Corte costituzionale, perché viene impugnata dal Governo una legge regionale che voleva indire un referendum consultivo in materia di «forme e condizioni particolari di autonomia» da garantire al Veneto[162]. Il referendum aveva, similmente al passato,

[159] La maggiore autonomia richiesta prevedeva: generale competenza delle Regioni e tassatività di quelle legislative statali; autonomia finanziaria delle Regioni; ampia autonomia statutaria; determinazione della forma di governo e del sistema elettorale regionale; una presenza istituzionale delle Regioni nella Comunità europea.

[160] Corte cost., sent. n. 256 del 1986.

[161] Sottolinea le differenze, rispetto agli altri due, del quesito lombardo, che si riferisce di un trasferimento di competenze non alle Regioni (al plurale), ma alla Regione (al singolare), in linea con una richiesta di apertura ad un regionalismo differenziato, A. PERTICI, *Brevi osservazioni in merito ai referendum consultivi regionali sulla «devolution»*, in *Foro italiano*, 2001, 403.

[162] L'autonomia consisteva in richieste più ampie della tornata precedente: piena attribuzione delle potestà tributarie, con solo un terzo delle entrate fiscali regionali che sarebbero andate allo Stato; il conferimento generale della potestà legislativa alla Regione; l'attribuzione alla Regione delle funzioni di programmazione e di controllo; il potere di stipulare autonomamente accordi di diritto internazionale o di partecipare alla formazione di atti dell'Unione europea; l'autodeterminazione della propria forma di governo e del sistema elettorale regionale.

uno scopo indiretto, ovvero raccogliere un amplissimo consenso a livello popolare – che si sapeva tra l'altro già esistere sul territorio – al fine di permettere agli organi di Governo regionali veneti (Lega Nord) di contestare la riforma costituzionale *regionalista* in quel momento in discussione nel dibattito pubblico italiano, e spingere le istituzioni nazionali a concedere maggiore autonomia alle Regioni del Nord verso il pieno *federalismo*. In questa occasione, la risposta della Corte costituzionale si fa ancora più dura nei confronti dell'utilizzo plebiscitario dei referendum consultivi perché, oltre ai precedenti argomenti, questa volta si usano espressamente le categorie più classiche del diritto costituzionale: si parla di sovranità, di unitarietà del popolo italiano e di esercizio abusivo del potere costituente da parte di una frazione del corpo elettorale. Nella sent. n. 496 del 2000 traspaiono chiaramente, infatti, le teorizzazioni in materia di referendum del suo relatore Carlo Mezzanotte. Questo si nota fin da principio perché – secondo la Corte – per rispondere alla domanda se questa tipologia di referendum consultivi regionali sia legittima o meno «non può prescindersi dalla definizione del ruolo del referendum in genere e dalla sua collocazione nel sistema costituzionale». Da una lettura sistematica del referendum, pertanto, discendono due grandi conseguenze di ordine costituzionale. *(1)* La prima legata all'argomento dell'aggravamento del procedimento di revisione, il quale già evocato in passato, viene letto in questa occasione in una prospettiva diversa: il referendum per non trasmodare in una deriva plebiscitaria, deve rispettare le forme "tipizzate" previste dall'art. 138 Cost., che riservano la primazia alla rappresentanza politico-parlamentare. In questo senso, la partecipazione popolare è ammessa solo nella forma prevista di «istanza di freno, di conservazione e di garanzia, ovvero di conferma successiva, rispetto ad una volontà parlamentare di revisione già perfetta, che, in assenza di un pronunciamento popolare, consolida comunque i propri effetti giuridici». Il popolo, dunque, nella sua totalità non è propulsore dell'innovazione costituzionale e l'intervento di questo nella Costituzione repubblicana non è a *schema libero*, ma è subordinato alle logiche della democrazia rappresentativa. *(2)* La seconda conseguenza è che la legge regionale – istituendo un referendum consultivo di tal genere – evoca il popolo in una sua frazione autonoma insediata in una porzione del territorio nazionale, quasi che esistessero due popoli: un popolo veneto, contrapposto al popolo italiano.

Da qui discende l'illegittimità costituzionale di una "doppia pronuncia", perché il popolo veneto voterebbe due volte: una prima volta, in fase consultiva, scorporato e autonomo da quello italiano; e una seconda, nel referendum costituzionale, come componente dell'unitario corpo elettorale nazionale. Un esercizio di sovranità *abusivo*, dunque, che fuoriesce dagli schemi dell'autonomia, perché investe scelte fondamentali di livello costituzionale, le quali devono essere assunte *secundum Constitutionem* attraverso «le regole procedimentali e organizzative della revisione, che sono legate al concetto di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.)». Un approccio molto netto, quello adottato dalla Corte in tale pronuncia, che allontana qualunque tipo di lettura formalista e "ingentilita" del referendum consultivo, che adotta la tesi del vincolo

politico del risultato referendario[163], e che, infine, riempie di nuovo significato "sostanzialista" i concetti sviluppati nella precedente giurisprudenza. Detto in altri termini, viene assunta un'interpretazione che pone in chiave antitetica il rapporto tra referendum regionali e sovranità, in particolare quando i primi si manifestano con un evidente taglio plebiscitario e sono promossi attraverso un uso distorto dagli organi di vertice regionali.

Fatto sta che, nonostante questo così granitico precedente, qualche tempo dopo la stessa Corte sembrò rimangiarsi la sua impostazione nel caso relativo al similare referendum lombardo[164], aprendo ad un approccio più *soft* e alla possibilità di una consultazione popolare della stessa matrice[165]. La questione non ebbe modo di svilupparsi perché, essendo stata approvata nel frattempo la riforma del Titolo V e alla luce del cambio contestuale del Governo nazionale, la Lombardia e il Piemonte rinunciarono al ricorso[166] e, quindi, anche ad effettuare i loro rispettivi referendum regionali.

L'ultima puntata dei referendum consultivi autonomisti promossi da Veneto e Lombardia (i "terzi" dei *federalisti*) si è avuta, infine, nella seconda stagione nel 2015 e, anche in questa occasione, il centro del dibattito si è concentrato attorno ad una sentenza della Corte costituzionale (sent. n. 118 del 2015). Ad oggetto di sindacato di costituzionalità erano sempre due leggi regionali del Veneto[167], che prevedano dei referendum consultivi per un numero complessivo di 6 quesiti[168]. A differenza della linearità della giurisprudenza del passato, questa sentenza, fin dalla diversa

[163] La Corte afferma testualmente: «l'utilizzazione impropria di un istituto preordinato a rinsaldare i legami tra rappresentanti e rappresentati e che giammai potrebbe risolversi nella semplice manifestazione di opinioni di cui si arricchisce la dialettica democratica, fa sì che l'iniziativa revisionale della Regione, pur formalmente ascrivibile al Consiglio regionale, appaia nella sostanza poco più che *un involucro* (corsivo mio) nel quale la volontà del corpo elettorale viene raccolta e orientata contro la Costituzione vigente, ponendone in discussione le stesse basi di consenso. Ed è appunto ciò che non può essere permesso al corpo elettorale regionale».

[164] Questo era il testo del quesito, presentato in una versione più "addolcita" rispetto all'approccio veneto, ma, comunque, con evidenti affinità di tipo politico con lo stesso: «Volete voi che la Regione Lombardia, nel quadro dell'unità nazionale, intraprenda le iniziative istituzionali necessarie alla promozione del trasferimento delle funzioni statali in materia di sanità, istruzione, anche professionale, nonché di polizia locale, alla Regione?».

[165] Corte cost., ord. n. 102 del 2001.

[166] Corte cost., ord. nn. 403 e 444 del 2001, rinuncia al ricorso che era avvenuta anche da parte dello stesso Governo Berlusconi II.

[167] Rileva che i referendum consultivi dovevano essere indetti con deliberazione regionale, e non legge attraverso un modello in deroga, F. CONTE, *La Corte costituzionale sui referendum per l'autonomia e l'indipendenza del Veneto. Non c'è due senza tre. Anche se...*, in *Le Regioni*, 3/2015, 761 ss.

[168] Nella legge regionale veneta n. 15 del 2015 era prevista una preliminare "negoziazione" tra il Presidente della Regione e il Governo, al fine di definire il contenuto di un referendum consultivo per garantire maggiore autonomia al Veneto. Solo a seguito del fallimento dei negoziati, il Presidente era autorizzato a indire 5 referendum consultivi su tali quesiti: 1) «Vuoi che alla Regione del Veneto siano attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia?»; 2) «Vuoi che una percentuale non inferiore all'ottanta per cento dei tributi pagati annualmente dai cittadini veneti all'amministrazione centrale venga utilizzata nel territorio regionale in termini di beni e servizi?»; 3) «Vuoi che la Regione mantenga almeno l'ottanta per cento dei tributi riscossi nel territorio regionale?»; 4) «Vuoi che il gettito derivante dalle fonti di finanziamento della Regione non sia soggetto a vincoli di destinazione?»; 5) «Vuoi che la Regione del Veneto diventi una Regione a statuto speciale?». La legge regionale veneta n. 16 del 2015, invece, concerneva il sesto restante quesito referendario consultivo, in merito alla volontà dei cittadini di trasformare il Veneto in una Repubblica indipendente e sovrana.

impostazione teorica a cui aderisce, si è caratterizzata per un cambio radicale di approccio e per una linea di discontinuità. I tratti principali di questa diversità si possono riscontrare in due macro-elementi: *(i)* l'adozione di un'alternativa teoria del referendum nell'ordinamento costituzionale, e *(ii)* la preferenza per argomenti più di natura formalista e di diritto positivo, rispetto all'approccio più sostanzialista che aveva caratterizzato le vicende passate, in particolare l'ultima sent. n. 496 del 2000. Soffermandosi sul primo punto, una divergenza evidente si riscontra nella definizione di referendum che assume la sent. n. 118 del 2015: il «referendum è uno strumento di raccordo tra il popolo e le istituzioni rappresentative, tanto che si rivolge sempre all'intero corpo elettorale, il quale è chiamato ad esprimersi su un quesito predeterminato. Inoltre, anche quando non produce effetti giuridici immediati sulle fonti del diritto, il referendum assolve alla funzione di avviare, influenzare o contrastare processi decisionali pubblici, per lo più di carattere normativo».

Una definizione differente rispetto alla vecchia giurisprudenza, che pare incorporare una diversa teoria di inquadramento generale del referendum come istituto della democrazia rappresentativa[169], al posto del precedente approccio più legato al rapporto diretto tra referendum e sovranità, presente vistosamente nella sent. n. 496 del 2000. Da questa diversa definizione, forse, discende anche la preferenza dei giudici costituzionali – e siamo al secondo macro-dato – di argomenti più formalisti e di taglio positivo per analizzare la legittimità costituzionale dei referendum veneti. Hanno un peso importante nell'analisi della Corte il costante riferimento alle norme dello Statuto e della legislazione veneta[170], in termini di limiti di ammissibilità del referendum. Poco o nulla, invece, appare in termini di ragionamenti più sostanzialisti – di pura dottrina dello Stato verrebbe da dire – cosa che era stata la norma nel passato. Non può, pertanto, che condividersi l'opinione di chi ha sostenuto che l'esito a cui si è giunti non fosse per nulla scontato poiché «la sentenza conferma gli approdi della giurisprudenza anteriore; eppure, almeno sul piano teorico, rispetto all'impostazione dei principali precedenti si registra una certa tensione, forse non del tutto risolta»[171].

E l'esito è stato l'annullamento di 5 su 6 quesiti promossi dai referendum consultivi veneti, ma l'ammissibilità di quello relativo alle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia». Anche su questo punto, tuttavia, merita soffermarsi perché la scelta della Corte è parsa in controtendenza sia rispetto alla giurisprudenza passata sui consultivi, sia allo stesso tipico controllo di omogeneità sui quesiti troppo "generici" in materia di referendum abrogativo. In questo caso, infatti, si è scelto di salvare l'ammissibilità del consultivo sull'autonomia differenziata, nonostante questo non

[169] Secondo la nota tesi di M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, Roma-Bologna, 2005, 1 ss. Si rinvia alla PARTE II per maggiori approfondimenti sulle differenti tesi sul referendum.

[170] Fatta eccezione per il quesito relativo alla trasformazione del Veneto in una Repubblica indipendente e sovrana della legge veneta n. 26 del 2015, negli altri 2), 3), 4), 5) della legge n. 25 del 2015 vengono utilizzati, *ad adiuvandum* per dichiararne l'illegittimità, vincoli di inammissibilità presenti nello Statuto veneto: materia tributaria, per i quesiti 2 e 3; rispetto obblighi costituzionali, per il quesito 4 e 5 (violazione art. 119 comma 5 Cost., revisione in materia di Regioni speciali dell'art. 116 Cost.).

[171] D. TEGA, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, in *Le Regioni*, 5-6/2015, 1150.

facesse nessun esplicito riferimento all'art. 116 comma 3 Cost.: norma a cui i giudici "agganciano" la consultazione per ritenerla lecita dal punto di vista costituzionale. Per far ciò, la stessa Corte deve compiere un itinerario argomentativo abbastanza "macchinoso" che si dipana in tre tappe: *(a)* giustificare il collegamento all'art. 116 comma 3 Cost., parlando di «richiamo testuale implicito» nel quesito veneto; *(b)* per non far incombere quest'ultimo nel vizio dell'aggravamento delle forme di produzione normativa tipizzate in Costituzione, si afferma la natura solo legislativa dell'azione del referendum e, contestualmente, si sostiene che l'istituto si colloca «in una fase anteriore ed esterna rispetto al procedimento prestabilito all'art. 116 Cost.»[172]; *(c)* compiere un'interpretazione adeguatrice e razionalizzata del quesito, riempiendo la vaghezza dello stesso e confinandolo alle attribuzioni esplicitamente stabilite dall'art. 116 della Costituzione.

Un atteggiamento di evidente *favor* per la consultazione referendaria regionale e per le ragioni politiche ad esso sottostanti, in cui è sembrato, oltre ogni aspettativa, prendersi sul serio l'obbligo di leale collaborazione in questa materia[173]. Ma che, allo stesso tempo, ha segnato, per la riflessione sui consultivi che qui interessa, un chiaro *cedimento* di quella giurisprudenza costituzionale che, in nome degli interessi dell'unità nazionale e della rigidità costituzionale, aveva da sempre bloccato consultazioni di taglio plebiscitario e con evidenti echi secessionisti[174]. Guardando, infine, al seguito politico della vicenda, questo è noto a tutti. Sulla scorta di questa pronuncia, si sono aperte le porte ai referendum consultivi in Veneto e nella stessa Lombardia[175], che si sono celebrati nel 2017. Questi hanno visto prevalere i voti favorevoli. Ciò ha garantito una legittimazione popolare "supplementare" agli organi politici regionali per compiere le azioni istituzionali necessarie per richiedere al Governo nazionale ulteriori forme di autonomia *ex* art. 116 comma 3 della Costituzione. È stavo avviato così il dibattito sul *regionalismo differenziato e asimmetrico*[176] nel nostro ordinamento costituzionale[177], e

[172] Superando, a parere di chi scrive, la vecchia giurisprudenza che seppur concentrata sul procedimento di revisione costituzionale, aveva da sempre qualificato il consultivo come un aggravio procedimentale illegittimo che tocca il principio di rigidità della Costituzione.

[173] A. PUGIOTTO, *Il principio di leale collaborazione in materia referendaria (preso sul serio)*, in AA.VV, *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, 178 ss.

[174] Offre una comparazione con altri ordinamenti, C. GIRARDI, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nei casi di secessione. Studio a partire dai casi italiano e canadese*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020, 78 ss.

[175] Questo il quesito lombardo: «Volete voi che la Regione Lombardia, in considerazione della sua specialità, nel quadro dell'unità nazionale, intraprenda le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, con le relative risorse, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e con riferimento a ogni materia legislativa per cui tale procedimento sia ammesso in base all'articolo richiamato?»

[176] Per un commento organico alla norma costituzionale, A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007, 139 ss.

[177] Vi erano stati alcuni prologhi prima del 2017: basti ricordare le iniziative (delibere di Giunta) da parte della Regione Veneto e della Regione Lombardia nel 2006 sull'attuazione del regionalismo differenziato, ma è chiaro come solo con il positivo risultato referendario si siano aperte in maniera significativa le porte di questo tema sulla scena nazionale.

su cui il confronto in dottrina rimane particolarmente polarizzato[178]. Nel frattempo, dopo i referendum lombardo-veneti, anche altre Regioni del Nord Italia si sono unite (Emilia-Romagna, seppur in forma diversa) a questa rivendicazione di maggiore autonomia. E si arriva così all'oggi, con l'attuale Governo nazionale in carica, nettamente schierato a favore di questa opzione politica sul regionalismo italiano (la Lega in testa, in qualità di alleato maggiore della coalizione), e all'approvazione di una legge "quadro"[179] sull'art. 116 comma 3 Cost., che ha l'obiettivo di dare attuazione generalizzata alla disposizione costituzionale[180].

5. *Vagiti di legislazione popolare: il referendum propositivo in alcune Regioni speciali, ma il suo scarno utilizzo*

In coda a questo studio della prassi, merita un richiamo anche l'esperienza dei referendum propositivi regionali. Come si è visto, non tutte le Regioni prevedono questa tipologia di referendum e, in più, questi sono comparsi solo nella seconda stagione statutaria grazie all'esplicito richiamo della legge costituzionale n. 2 del 2001. Ad oggi, questi sono disciplinati solo in 3 delle Regioni ordinarie (Lazio, Campania e Molise) e in tutte le Regioni speciali, fatta eccezione per Sicilia e Sardegna[181]. Già da questi dati, dunque, si può capire come la casistica non possa che essere ristretta e temporalmente molto recente. È interessante, tuttavia, presentare questa prassi perché mostra come esistano – seppur in una forma molto *localizzata* e ridotta – esperienze possibili di utilizzo di legislazione popolare (dei *vagiti* si potrebbe dire), che danno corpo al carattere aperto e pluralistico delle disposizioni costituzionali, e che hanno avuto una loro dignità nell'ordinamento costituzionale. A questo proposito, non è un caso che le comunità regionali più attive siano quelle delle Regioni speciali del Nord Italia, tra cui spiccano la Valle D'Aosta e la Provincia di Bolzano, in cui probabilmente ha esercitato un certo peso culturale la vicinanza geografica con la cultura referendaria svizzera e quella germanica[182]. A questo, si può aggiungere anche che le sopracitate realtà regionali sono quelle che al referendum propositivo hanno riconosciuto maggior fiducia ed effetti: ovvero, diretta portata normativa nell'ordinamento giuridico, e non solo obblighi di analisi e discussione della proposta popolare, mascherando con il *nomen iuris* forme di iniziative popolari rafforzate.

---

[178] Per due opinioni differenti in un confronto molto vasto, S. STAIANO, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it*, 7/2023, iv ss.; G. ROLLA, *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un'autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Regioni*, 1/2019, spec. 177 ss.

[179] Legge n. 86 del 2024.

[180] Su questa legge, nel momento in cui si scrive, pendono contemporaneamente dei ricorsi di incostituzionalità sollevati da 4 Regioni (Campania, Puglia, Toscana, Sardegna) e sono stati promossi due quesiti referendari abrogativi (uno totale sull'interna disciplina e uno parziale sulla parte relativa ai livelli essenziali delle prestazioni) da parte di 5 Regioni (Campania, Puglia, Toscana, Sardegna, Emilia-Romagna) e di 1300000 cittadini.

[181] Quest'ultima l'ha previsto nello Statuto ma non ha la disciplina attuativa, vedi nota 76.

[182] Per un'analisi comparata dell'esperienza svizzera e germanica, V. ULERI, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, Bologna, 2003, 203 ss., 305 ss.

La prima esperienza di utilizzo del referendum propositivo in Italia è avvenuta in Valle d'Aosta nel 2007 con 5 quesiti[183] sottoposti al corpo elettorale in materia di forma di governo e di legge elettorale regionale (*referendum delle matite spezzate Valle d'Aosta*). Una pluralità di Comitati promotori, infatti, contrari alla forma di governo regionale di tipo assembleare e con elezione indiretta del Presidente della Regione, avevano costruito 5 quesiti: in materia di legge elettorale, di modifica della legislazione in tema di preferenza unica, di dichiarazione preventiva delle alleanze politiche, di maggiore rappresentanza tra i generi, di elezione diretta del Presidente e della Giunta regionale. L'obiettivo referendario era, pertanto, garantire una trasformazione in senso maggioritario alla forma di governo della Regione, secondo il modello preferenziale della novella costituzionale del 1999. I quesiti superarono indenni i controlli in tema di ammissibilità e non vi furono particolari opposizioni istituzionali all'indizione da parte dei vertici regionali. I referendum, infatti, furono celebrati il 18 novembre 2007. Le indicazioni, date prima del voto, dalle principali forze politiche al governo furono di disertare le urne, adottando la strategia di non far raggiungere il *quorum* costitutivo e di inficiare l'esito del voto. Non a caso, il motto delle forze politiche contrarie al Comitato promotore fu «*pas de sens, pas de vote*», e avevano l'obiettivo di instillare dubbi sul significato della votazione referendaria. La stessa campagna anti-referendaria fu mossa dall'immagine delle *matite spezzate*, simbolo chiaro di un'indicazione di non voto. Chi ha seguito da vicino la vicenda ha parlato di un'eccessiva polarizzazione sulle fazioni politiche contrapposte, la quale non ha favorito la partecipazione e non ha permesso un laico dibattito sui quesiti referendari in sé[184]. L'esito della votazione fu una sconfitta del Comitato promotore, che vide non raggiunto il *quorum* costitutivo, poiché non superò il 30% degli aventi diritto.

Un'ulteriore interessante esperienza di democrazia diretta è rappresentata dal Trentino-Alto Adige, con una prevalenza di utilizzo dell'istituto da parte della Provincia di Bolzano. Il più importante blocco di referendum propositivi nella Regione è stato, infatti, celebrato nel 2009 nella Provincia di Bolzano (*referendum propositivi Bolzano*). In questo primo caso, erano 5 le proposte di referendum propositivo sottoposte all'attenzione degli elettori: la prima in materia di edilizia abitativa agevolata per la popolazione locale; la seconda riguardava la disciplina delle residenze di tempo libero; la terza proponeva una modifica degli istituti di democrazia diretta bolzanini (legge provinciale n. 11 del 2005), tra cui anche l'abbassamento del *quorum* di validità dei referendum; la quarta era una controproposta popolare alla precedente, sempre in tema di democrazia diretta; la quinta si occupava dei finanziamenti pubblici da destinare all'aeroporto di Bolzano. Un "pacchetto" di referendum, pertanto, vario, di cui la prevalenza dei quesiti erano stati proposti dall'*Union für Südtirol* e che, dopo qualche titubanza degli organi regionali e di distanza temporale dal deposito dei quesiti, furono ammessi al voto. Questo ci fu il 25 ottobre 2009. Anche in questa situazione un peso rilevante lo ebbe il non raggiungimento del *quorum* di validità, perché fu molto scarsa

[183] Di cui solo uno, in materia di riduzioni dei costi dell'energia elettrica, venne dichiarato inammissibile dalla Commissione regionale per i procedimenti referendari.

[184] Per un approfondimento sulla vicenda valdostana, R. LOUVIN, *Referendum propositivo regionale: il bilancio della prima esperienza*, in *Astrid-online*, 2008, 1 ss.

l'affluenza dell'elettorato, tra cui in particolare si segnalò l'astensionismo nella città di Bolzano. Tuttavia, il tema della partecipazione popolare rimase "calda" in Alto Adige, tanto che nel 2022 lo stesso Consiglio provinciale votò una nuova legge in materia di istituti di democrazia diretta (legge provinciale n. 22 del 2018), che introdusse, per la prima volta, un referendum approvativo delle leggi provinciali e che abbassò il *quorum* di validità degli altri referendum dal 40% al 25%. A questa legge innovativa e *pro* legislazione popolare, furono poi aggiunte nel 2022 in Consiglio provinciale alcune modifiche in senso peggiorativo: da una parte, sulla disciplina del *quorum* in particolare, il quale venne rialzato; e, dall'altra, sull'abolizione del referendum confermativo. Proprio su queste modifiche fu proposto un referendum confermativo provinciale nel 2022 (*referendum su democrazia diretta Bolzano*) nel quale non era previsto un *quorum* di validità. Prevalendo così i voti contrari, è rimasta in vigore la precedente disciplina. Più ridotto è, infine, l'utilizzo dei referendum propositivi nella Provincia di Trento (*referendum su distretto biologico trentino*), tra cui si segnala una consultazione nel 2021, che aveva ad oggetto un tema ambientalista, vale a dire l'istituzione di un distretto biologico su tutto il territorio agricolo provinciale. Il quesito fu ammesso al voto il 26 settembre 2021, ma, come si è visto già in numerose occasioni, il *quorum* non è stato raggiunto e, quindi, la proposta è stata respinta.

All'esito dell'analisi dell'esperienza italiana dei referendum propositivi regionali si può affermare che questa – come si poteva immaginare – è relativamente recente e non sembra avere un potenziale di sviluppo maggiore a quello che ha già manifestato nell'ordinamento costituzionale, vista la sua ristretta *localizzazione* in solo alcune Regioni speciali italiane. Nulla di paragonabile, pertanto, all'«esempio nordamericano»[185] o al caso svizzero[186] in termini di *popular initiative*. Il dato più generale che se ne può trarre è, dunque, che il modello dei propositivi è presente nel nostro Paese, ma rimane non *esportabile* in termini di teoria generale per allargare ad una valutazione complessiva del funzionamento del referendum regionale nell'esperienza repubblicana. Questo perché – quantomeno nel caso italiano fino ad oggi – quando si parla di referendum regionali, si è registrata una convergenza della *costituzione materiale* a intendere e a valorizzare, *in primis*, il referendum consultivo e, *in secundis*, il referendum abrogativo. Da questi, infatti, bisognerà ripartire per approfondire la prossima PARTE II, quella relativa alla dimensione del dover essere del referendum.

[185] Per uno studio che mette a raffronto il modello americano e quello italiano, M. GORLANI, *Il referendum propositivo e l'iniziativa legislativa popolare: l'esempio nordamericano e la prospettiva delle Regioni italiane*, in *Le Regioni*, 3/2008, 471 ss.

[186] Per una *focus* sull'esperienza svizzera, M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Uno strumento insostituibile per la democrazia semidiretta elvetica: il referendum*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2005, 1367 ss.

PARTE II: IL DOVER ESSERE. PER UN RILANCIO DEMOCRATICO DELL'ISTITUTO

1. *I tre modi di intendere il referendum e la preferenza per la ricostruzione pluralista*

Lo studio dell'esperienza costituzionale italiana ha mostrato come, nella prima e nella seconda tornata statutaria, il referendum regionale abbia avuto uno scarso impatto sulle dinamiche istituzionali regionali. Si è sostenuto che la principale motivazione *diretta* che ha causato questo risultato sia quella *conventio* antireferendaria presente negli Statuti e nella legislazione attuativa in materia di limiti e controlli, che si è allargata anche nella prassi locale ad un atteggiamento ostruzionistico da parte delle istituzioni di governo regionali. A ciò, hanno contribuito anche effetti di "sistema" legati alla giurisprudenza costituzionale[187], la quale non ha di certo aiutato a disegnare uno "statuto" del referendum regionale coerente con la funzione che avrebbe potuto svolgere secondo il disegno dei Costituenti nella forma di governo regionale. Più in particolare, sono sembrate mancare quelle garanzie minime costituzionali che permettessero all'istituto e ai soggetti sociali che se ne facevano promotori di avere degli strumenti di difesa contro gli "abusi" della classe politica regionale. In questo senso, si potrebbe dire che ancora oggi il referendum regionale sembra essere un istituto *in cerca di autore*, mancando un *medium* istituzionale che sia in grado di garantire, e se necessario, di difendere le ragioni della democrazia diretta[188].

A questa considerazione, si aggiunge un'altra motivazione che è spiegata dalla tesi del *dio minore* del referendum abrogativo nazionale. Lo scarso spazio di azione garantito alla legislazione regionale nella trama costituzionale, il ristretto numero di materie e il loro percepito scarso *appeal*, il debole utilizzo della legge regionale come strumento politico e lo sviluppo della Regione come macchina di amministrazione sono tutti fattori concorrenti che hanno influito nello sfavorire l'esplosione «iperpolitica»[189] del referendum regionale, in una maniera equivalente a quello nazionale. Questo perché i maggiori interessi dei movimenti politici e sociali, come anche dell'opinione pubblica generale, hanno visto nel referendum *ex* art. 75 Cost. lo strumento principe per garantire una mobilitazione delle masse (in grado di "scaldare i cuori", si potrebbe azzardare) e non nei referendum regionali, che, in questo senso, non sono riusciti mai ad *autonomizzarsi* pienamente dal primo e a ricavarsi un loro spazio di azione costituzionale. Da qui si spiega il quasi mai raggiunto risultato del *quorum* costitutivo per dare validità al risultato referendario nelle varie vicende analizzate. Esso è dovuto,

[187] Considera questo elemento uno dei problemi principali legati al malfunzionamento dell'istituto, M. SCUDIERO, *Il referendum regionale*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Roma-Bari, 1991, 140 ss.

[188] Il caso del referendum *sulla caccia* piemontese lo testimonia per tutti, ma si potrebbero ricordare anche le vicende sul referendum *anti-casta delle Province sarde*, che poi hanno portato il Consiglio regionale a reintrodurre i vecchi enti intermedi abrogati.

[189] Sia consentito il richiamo testuale a F. MEDICO, *La Corte costituzionale disattiva il plusvalore democratico del referendum. Riflessioni a partire dall'ultima tornata referendaria*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2022, 527.

in prima battuta, alla tendenza della classe politica regionale a voler contenere il referendum entro una "cintura di sicurezza", a fronte dei suoi potenziali effetti sul ciclo politico. E, in seconda istanza, ad una legislazione regionale sui *quorum* che non ha fatto i conti con la generale tendenza astensionistica che si è registrata nel frattempo nella democrazia italiana[190], di cui anche il referendum nazionale ha subito le conseguenze. Se questo è il quadro guardando al referendum, esiste anche una ragione *indiretta* che influisce sulle dinamiche dell'essere dello stesso: vale a dire le sorti del regionalismo italiano. Come è stato sostenuto, infatti, è «l'idea che la sorte del referendum regionale sia legata a quella delle regioni e del regionalismo che si fa strada: solo un nuovo dinamismo regionale, l'uscita delle regioni dalla gabbia della mera gestione amministrativa, il ritorno alla funzione di progettazione e di legislazione potrebbero cambiare qualcosa»[191]. Ebbene, questo slancio non c'è stato, anche dopo la riforma del Titolo V non si sono aperti spazi per un nuovo regionalismo, e, quindi, anche le sorti del referendum regionale ne hanno risentito. Tuttavia, se questa considerazione non può che essere condivisibile, è anche vero che il futuro di un *regionalismo politico*, volendo semplificare, rappresenta una *condizione solo necessaria, ma non sufficiente* ad un rafforzamento dei referendum regionali. Non è detto, infatti, che questi possano svilupparsi solo per causa esterna, potendo tranquillamente il primo (il *regionalismo politico*) realizzarsi solo all'interno dei canali della democrazia rappresentativa regionale e prescindere dall'apporto partecipativo e popolare che i referendum potrebbero consegnare.

C'è bisogno, infatti, di un'autonoma riflessione sul ruolo e sullo "statuto" del referendum nello spazio regionale per permettere un rilancio dello stesso. È solo in questo senso, dunque, che ha un suo pregio scientifico immaginare un'operatività del referendum regionale nella dimensione del dover essere, provando a disegnare una prospettiva di funzionalità dello stesso che possa portare un elemento arricchente alla democrazia regionale e che ne favorisca l'utilizzo, a fronte di tutte le difficoltà che lo studio dell'essere ci ha consegnato. L'obiettivo di questa ultima PARTE II è, pertanto, quella di tratteggiare una proposta di *rilancio democratico* dell'istituto, che faccia tesoro dell'esperienza costituzionale e che evidenzi alcuni elementi che delineino un "posto" costituzionale per i referendum regionali come *dispositivi del pluralismo*. Questa proposta è suddivisa in tre parti: *(1)* individuare quale sia lo statuto teorico più adatto per inquadrare il fenomeno dei referendum regionali e quale delle grandi concezioni del referendum meglio si adatta a questo; *(2)* costruire un "perimetro" costituzionale di agibilità politica dello stesso, sottolineando i limiti ordinamentali con cui lo stesso si trova a doversi confrontare; *(3)* immaginare un utilizzo possibile e auspicabile dei referendum regionali, valorizzando al massimo quello spirito aperto e pluralista delle norme costituzionali e l'idea stessa dei Costituenti, che avevano visto nelle Regioni un possibile *laboratorio* politico di partecipazione popolare.

[190] Fatta eccezione, ad esempio, per Toscana e Valle d'Aosta che hanno abbassato il *quorum* legandolo all'andamento delle ultime elezioni regionali.

[191] M. LUCIANI, *Introduzione*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Roma-Bari, 1991, 11.

Partendo dalla prima parte della proposta, il fine di questa ricostruzione – si badi bene – non è quello di discutere di teoria generale del referendum negli ordinamenti costituzionali, ma è quello di individuare quali delle grandi concezioni del referendum meglio si adatti ad una ricostruzione *costituzionalmente preferibile* del referendum regionale. Provando ad abbozzare i filoni di riflessione dottrinale, si possono individuare tre grandi scuole di pensiero: *(a)* una prima, che considera il referendum un istituto della rappresentanza, inserito come elemento complementare alle logiche della democrazia rappresentativa; *(b)* una seconda, che lega l'istituto come diretta manifestazione della sovranità popolare; *(c)* una terza, che guarda al referendum come dispositivo di democrazia concorrente e paritario di decisione politica, espressione più generale di pluralismo.

Sulla prima grande teoria, questa ha sicuramente una sua versione più datata[192], che vedeva addirittura un'incompatibilità dei referendum con le logiche della democrazia rappresentativa, e una versione più aggiornata ai tempi moderni[193], che ricostruisce lo stesso istituto come un'espressione di partecipazione popolare nella democrazia rappresentativa, ne nega la natura di democrazia diretta, e ne subordina il funzionamento all'interno del paradigma della mediazione politica e partitica. Per intenderci, tale scuola di pensiero non nega la matrice plebiscitaria dell'istituto referendario, in linea con una dottrina che ha ben colto l'elemento secondo cui nelle democrazie moderne coesistono una componente rappresentativa e una plebiscitaria[194]. L'impostazione di tale ricostruzione è diversa: da una parte, quella di valorizzare la componente senza dubbio prevalente nelle democrazie contemporanee, vale a dire quella rappresentativa, la quale nello Stato post-liberale trova con l'avvento dei partiti di massa elementi di plebiscitarismo razionalizzato[195]; e, dall'altra, quella di inserire il referendum come strumento complementare – e in qualche modo subordinato – a quello delle dinamiche della democrazia rappresentativa e dei partiti. Ora, provando ad applicare questa prima teoria al referendum regionale, appare chiaro come questa

[192] B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Le référendum et le parlamentarisme dans les nouvelles constitutions européennes*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 2/1921, 334 e ss. In ambito di dottrina italiana, per tutti, in tema di incompatibilità con un regime parlamentare, A. GUARINO, *Il referendum e la sua applicazione al regime parlamentare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, 53 ss.

[193] M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, cit., 34, 38, 62 il quale parla, rovesciando la tesi di Fraenkel, di paradigma delle democrazie contemporanee basate su di un «(sotto)modello rappresentativo-refendario», in cui è errato sostenere l'esistenza di istituti di democrazia diretta, ma che si debba qualificare i referendum come «istituti di partecipazione». Questo nel senso che «quando si parla di "istituti" di partecipazione non lo si fa casualmente: la partecipazione che caratterizza il sottomodello in questione è, appunto, partecipazione *istituzionale*, e cioè – per un verso – praticata tramite istituti giuridicamente previsti e regolati e – per l'altro – con effetti rivolti direttamente alle istituzioni». Tale ricostruzione parte dal dato più generale che «è questo il tempo della rappresentanza perché il principio rappresentativo traduce in termini istituzionali l'essenziale artificialità della società, che si compone di una pluralità di soggettività, di apporti, di idealità, mentre nel principio democratico-diretto traspare ed è tradotta la presunta naturalità della comunità».

[194] E. FRAENKEL, *Die Repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat* (1958), ora nel volume tradotto in it., *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, Torino, 1994.

[195] Secondo la nota definizione di G. LEIBHOLZ, *Parteienstaat und repräsentative Demokratie, Eine Betrachtung zu Art. 21 und 38 des Bonner Grundgesetzes* (1968), ora nel volume di scritti tradotto in it., *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, 1989, 321.

ricostruzione rischi di scontrarsi con il problema di un completo assorbimento dell'istituto nelle dinamiche rappresentative regionali. Considerare il referendum uno strumento di partecipazione *interno* e *subordinato* alle logiche della rappresentanza potrebbe portare alla conseguenza teorica – ma soprattutto pratica – di depotenziare le virtualità democratiche che lo stesso potrebbe avere. Quello che si vuole dire è che, per come si è sviluppata l'*imperfetta* democrazia regionale, l'applicazione di una tale teoria si presta ad un indebolimento dello strumento referendario, a farlo "declassare" a complemento ancillare nelle dinamiche del sistema politico regionale e a legittimare, in qualche modo, quella *conventio* antireferendaria che riflette un pregiudizio più generale che la classe politica e le istituzioni regionali hanno da sempre dimostrato nei confronti di uno sviluppo fisiologico dei referendum negli ordinamenti locali.

Una seconda scuola di pensiero ha visto il referendum come piena manifestazione di sovranità e forma di democrazia diretta. Anche in questo caso, le matrici di una tale teoria sono diverse[196], ma se ne può isolare una corrente italiana che ha parlato di un'eccedenza del risultato referendario rispetto alle altre forme della decisione democratica. L'esistenza, in altri termini, di un «plusvalore politico»[197] del referendum. Questa ricostruzione ha, quindi, al contrario della prima, contrapposto il referendum alle logiche della democrazia rappresentativa e ha sottolineato l'impossibilità di inserire lo stesso all'interno del sistema delle fonti e delle dinamiche della forma di governo, a causa di una forza materiale della pronuncia referendaria che scardina l'impostazione positivistica del primo e la logica dei poteri costituiti della seconda, attingendo direttamente al piano della sovranità e del potere costituente[198]. Non c'è, quindi, alcun assorbimento possibile del referendum rispetto alla democrazia rappresentativa, ma una sua netta contrapposizione, provocata proprio da due diversi piani su cui gli stessi si muovono. In questo caso, rispetto al precedente filone, questa teoria ribalta l'ordine delle cose: il referendum viene ricostruito come elemento *esterno* e *superiore* rispetto alla democrazia rappresentativa, in grado di superare i limiti dei poteri costituiti e, in qualche modo, di imporsi con un vincolo politico a quest'ultimi. Ebbene, adattata tale tesi al referendum regionale, non può essere accolta, perché entra in contraddizione con la natura di potere costituito del referendum regionale. Come si è ribadito in apertura di questo scritto, uno dei problemi legati al malfunzionamento dei referendum regionali è stato proprio provocato dall'*equivoco* formale e sostanziale secondo cui questi potessero attingere alla sfera della sovranità. Questa confusione ha, infatti, contribuito ad un utilizzo distorto dello strumento e a far "traslitterare" lo stesso dal ruolo istituzionale che dovrebbe e potrebbe assumere nell'ordinamento costituzionale italiano. L'oggetto e

[196] Le due grandi correnti di pensiero sono quella democratica di Jean-Jacques Rousseau e quella di taglio antiparlamentarista di Carl Schmitt. Per quanto riguarda quest'ultimo, il referendum è un istituto di democrazia diretta e di tipo identitario, perché connesso alle forme immediate dell'acclamazione, C. SCHMITT, *Volksentscheid und Volksbegehren* (1927), ora nel volume tradotto in it., *Democrazia e liberalismo. Referendum e iniziativa popolare*, Giuffrè, Milano, 2001. Vedi anche, in chiave diversa, CARRE DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *Revue du Droit Public*, 2/1931, 225 ss.

[197] C. MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, relazione al Convegno AIC su *Democrazia maggioritaria e referendum*, Siena 3-4 novembre 1993, dattiloscritto, 1 ss.

[198] Per un approccio simile sul piano del referendum costituzionale, A. BALDASSARRE, *Il referendum costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1994, 235 ss.

gli effetti sono legati alla dimensione territoriale, e non possono sconfinare oltre questo campo di azione. Per essere più chiari, se per il referendum nazionale la discussione se questo possa essere espressione di diretta sovranità o meno è legittima e ha affollato il dibattito scientifico, si può senza fatica sostenere che questa discussione è esclusa alla radice per il referendum regionale, che è, invece, una manifestazione del principio di autonomia territoriale previsto dall'art. 5 Cost. e che, quindi, non può eccedere quella funzione più ridotta della dimensione regionale – ma non necessariamente meno importante – nell'ordinamento costituzionale.

Infine, una terza tesi ha ricostruito il referendum come uno strumento di democrazia e di decisione politica concorrente[199] alla democrazia rappresentativa, inserito nella trama pluralista disegnata dalla Costituzione italiana[200]. Il punto di riferimento teorico resta per tutti il pensiero di Costantino Mortati[201], che vedeva nel referendum un elemento di razionalizzazione del potere e della sovranità popolare, e una modalità attraverso cui il popolo poteva ergersi a organo legislativo. Anche di questa corrente esistono diverse varianti e sfumature dottrinali[202], però l'elemento comune si ritrova nell'idea del referendum come di un altro modo di decidere politicamente, che si aggiunge ai sistemi della democrazia rappresentativa. Anche in questo caso, pertanto, non c'è un completo assorbimento nelle dinamiche della rappresentanza, o per essere più specifici della democrazia dei partiti, ma c'è un *accostamento aggiuntivo* del meccanismo referendario a questa. È questa la maggiore novità di questa concezione rispetto al problema dell'«innesto»[203] del referendum della forma di governo. Pensare il referendum non come un elemento interno alle logiche della rappresentanza, ma *esterno* e *paritario* ad esse, mai del tutto assorbito e

[199] A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 529, 535, il quale parla di «un altro modo del processo politico democratico» e ne compie una lucida ricostruzione: «il referendum non è stato solo un modo di decidere servente il sistema, ma anche e sempre più spesso un modo di decidere concorrente e alternativo al sistema. Detto diversamente: non tanto un mezzo per assicurare un processo di governo monistico, quanto soprattutto uno strumento del pluralismo per un processo di governo pluralista. Rappresentanza e referendum possono convergere in un unitario sistema di decisione monopolizzato dai partiti e dalle istituzioni di governo, ma possono esprimere due centri di decisione concorrenti e, perciò, in conflitto. Il referendum, attraverso il suggello della deliberazione popolare, è servito tanto per garantire la democrazia rappresentativa, i suoi rapporti di forza, le sue decisioni, quanto per trasformarla, stabilendo nuove leggi, nuovi programmi o nuovi equilibri politici».

[200] A. BALDASSARRE, *Il referendum abrogativo nel sistema costituzionale: un bilancio*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 469 ss.

[201] Di cui solo per citare alcuni dei più rilevanti contributi sul tema, C. MORTATI, *Relazione sul potere legislativo*, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Atti della Commissione per la Costituzione. II. Relazioni e proposte*, 1948, 183 ss.; e anche, C. MORTATI, *Raccolta di scritti, III, Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 357 ss.

[202] A. BALDASSARRE, *Referendum e legislazione*, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Roma-Bari, 1991, 32 ss. che prende a riferimento la tradizione pluralista referendaria degli Stati Uniti d'America; A. MANGIA, *Il referendum*, Padova, 1999, che parla di un rapporto tra referendum e democrazia rappresentativa in chiave di principio di specialità; B. CARAVITA, *I referendum: minaccia o risorsa democratica?*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1998, 151 ss., che sposa la tesi del referendum come di un altro modo di decidere politicamente; E. BETTINELLI, *Referendum abrogativo e riserve di sovranità*, in *Politica del diritto*, 1975, 305 ss., che vede il referendum come manifestazione di pluralismo in grado di non far assorbire la sovranità popolare in quella della maggioranza parlamentare.

[203] C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo in Italia*, cit., 63.

assorbibile dalle logiche del sistema politico e che, se ben utilizzato, può garantire un suo rinnovamento[204]. Detto in altri termini, uno strumento del pluralismo, espressione di un potere costituito che la Costituzione consegna come istituto di decisione democratica autonomo. Con questo non si vuole disconoscere che, nelle dinamiche della forma di governo italiana, il referendum non sia stato utilizzato, anche e in misura importante, dagli stessi partiti[205]. Si vuole, invece, sostenere che solo se il referendum viene ricostruito come elemento esterno e autonomo dai canali della rappresentanza, può svolgere quella funzione di contrappeso e *contropotere* in grado, soprattutto in un contesto come quello odierno di crisi dei meccanismi di mediazione politica, di rinnovare la democrazia rappresentativa. Anche nel massimo periodo di salute dei partiti, infatti, il referendum ha dimostrato sempre uno scarto rispetto alle logiche degli stessi, perché esso garantisce due condizioni che ne garantiscono un'autonomia teorica e materiale: *(a)* la ridefinizione trasversale del sistema politico grazie all'apporto nell'arena pubblica di singole *issues* prima non tematizzate nel dibattito, le quali favoriscono una dialettica democratica, in prima istanza con le stesse minoranze parlamentari, e *(b)* l'accesso nella sfera costituzionale di soggetti politici e sociali esterni ai meccanismi della rappresentanza e che, molto spesso, non esercitano la politica in forma professionale[206]. Non sempre entrambe le condizioni si manifestano allo stesso tempo, ma una delle due tende ad essere presente come costante in qualsiasi processo referendario. Questo discorso, poi, vale *a fortiori* nel generale clima degli ultimi 30 anni in cui abbiamo visto sempre più una crisi della rappresentanza[207] come categoria unificante della democrazia. Se questa è in parte dovuta da una crisi del rappresentato[208], essa può, tuttavia, ritrovare linfa vitale aprendo, tramite questo strumento democratico, dei canali di accesso alla società politica e ai soggetti del pluralismo sociale.

Questa linea di pensiero sembra quella *costituzionalmente preferibile* da applicare anche al referendum regionale. Calando questa teoria al nostro oggetto di studio, si può affermare che questa ricostruzione permette di autonomizzare l'istituto sia dalla logica inglobante della rappresentanza regionale, sia di non identificare in esso una continua epifania di potere costituente. Più laicamente, la tesi che si vuole sostenere è che il referendum regionale va visto come uno strumento della democrazia regionale e del pluralismo sociale e territoriale[209] in essa contenuta, e va interpretato come un

[204] M. VOLPE, *Il referendum tra rinnovamento e declino*, in *Politica del diritto*, 1988, 439 ss.

[205] Per una lettura in tal senso, A. D'ANDREA, *L'impatto dell'abrogazione referendaria sulla forma di governo italiana: una retrospettiva*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2022, 459 ss.

[206] G. U. RESCIGNO, *Referendum e istituzioni*, in *Politica del diritto*, 1978, 626, il quale sostiene che «il referendum non è uno strumento della diretta volontà popolare, ma tutt'al più uno strumento per mettere in crisi le chiusure istituzionali e permettere nuove espressioni interne al corpo elettorale oltre quelle già affermate» e che questo «non può saltare la mediazione dei partiti: può però costringere i partiti a nuove e diverse mediazioni».

[207] A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2008, 853 ss.

[208] 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, 2001, 109 ss.

[209] Su cui in chiave organica, C. BOLOGNA, *Pluralismo*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *La grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 193 ss.

dispositivo autonomo e concorrente in rapporto al sistema politico. In più, esso potrebbe rappresentare un istituto democratico che, contenendo già in sé un elemento plebiscitario, potrebbe svolgere l'aggiunta funzione di equilibrare, dopo la riforma del Titolo V, la stessa forma di governo regionale sempre più concentrata sulla figura del Presidente della Regione eletto direttamente, la cui legittimazione fatica ad essere controbilanciata dalla sola logica della rappresentanza regionale. Un'espressione cioè sia delle stesse minoranze consiliari, sia dello «Stato-comunità»[210]. D'altra parte, questo è stato l'approccio implicitamente sposato dalla stessa Corte costituzionale che, in varie pronunce, ha considerato i referendum regionali «espressione di una partecipazione politica popolare che trova fondamento negli artt. 2 e 3 della Costituzione: manifestazione che ha una spiccata valenza politica ed ha rilievo sul piano della consonanza tra la comunità e l'organo pubblico nonché della connessa responsabilità politica, quale espressione di orientamenti e di valutazioni in ordine ad atti che l'organo predetto intende compiere»[211]. Ma si potrebbe aggiungere, a maggior ragione, una forma di espressione e di partecipazione popolare che rientra nel campo dell'autonomia politica regionale *tout court* che trova il suo "cappello" normativo – oltre che nell'art. 123 Cost. – anche nell'art. 5 della Costituzione. Quest'ultimo delinea un chiaro confine tra istanze dell'unità e istanze del pluralismo regionale: l'indivisibilità della Repubblica, da una parte, e il riconoscimento e la promozione delle autonomie, dall'altra.

2. *Il perimetro costituzionale: l'interesse regionale, la tutela dell'unità nazionale e contro la prassi plebiscitaria*

Se i referendum regionali sono *dispositivi del pluralismo*, questo non significa che essi non abbiano dei limiti all'interno del quadro costituzionale. Altrimenti, non tanto di pluralismo ordinato si potrebbe parlare, quanto di pluralismo disorganico e a tendenze disgregatrici[212]. Esiste, pertanto, un *perimetro costituzionale* in cui i referendum regionali dovrebbero inserirsi, per non eccedere e sconfinare oltre il ruolo a cui vengono destinati dalla trama pluralista della Costituzione. Come si è più volte ribadito nel corso dello scritto, le sorti del referendum regionale vanno di pari passo con la valorizzazione dello spazio dell'autonomia politica delle Regioni. Solo, infatti, se si pongono in connessione i referendum regionali al principio autonomistico e si guarda alla Regione come ente politico, i primi possono avere speranza di mostrare le loro virtualità democratiche inespresse. Al contrario, se le Regioni nell'ordinamento costituzionale vengono ricostruite nella *teoria* e agiscono nella *pratica* solo come grandi enti amministrativi decentrati, pare difficile che i referendum regionali possano svolgere una

[210] E. BALBONI, *Il referendum consultivo nello Stato-comunità: perché vietarlo?*, in *Le Regioni*, 1/2001, 216 ss.

[211] Corte cost. sent. n. 256 del 1989, considerando 5. Una pronuncia che, per la precisione, si riferiva ai referendum consultivi, ovvero a quelle pronunce popolari genericamente considerate di tipo *debole*, senza diretti effetti normativi.

[212] Offre una ricostruzione delle tendenze delle dottrine pluraliste presenti nel pensiero giuridico contemporaneo, e ne evidenzia le diverse matrici, M. LUCIANI, *La Costituzione e il pluralismo*, in P. CAPPELLINI, G. CAZZETTA (a cura di), *Il pluralismo giuridico*, Milano, 2023, 197 ss.

funzione di irrobustimento partecipativo negli ordinamenti locali e nell'ordinamento costituzionale, più in generale. In questo senso, val la pena fare una precisazione: non si vuole sposare l'idea di una netta contrapposizione tra legge e atto amministrativo, considerando solo la prima come espressione di politicità e dell'autonomia politica della Regione, in ossequio ai dettami dello Stato liberale. Si vuole sostenere, invece, che esista un *continuum*, tipico dello Stato costituzionale, tra atti legislativi e amministrativi delle Regioni, i quali sono, in generale e solo con alcune differenze di grado evidentemente, espressione di autonomia politica e su cui lo strumento referendario deve e può intervenire[213]. D'altra parte, il referendum – e quindi anche quello regionale – è uno strumento democratico e di mobilitazione popolare e solo in una dimensione squisitamente *politica* può trovare un adeguato *habitat* di sviluppo.

Da questo punto di vista, viene a supporto una certa giurisprudenza costituzionale che ha da sempre accolto una concezione della Regione come «ente politico» e di «rappresentanza generale degli interessi della collettività regionale»: grazie, infatti, all'art. 5 Cost. si stabilisce il principio fondamentale secondo cui «le autonomie locali costituiscono una parte essenziale dell'articolazione democratica dell'ordinamento unitario repubblicano», a cui si attribuisce «l'adempimento di una serie di compiti fondamentali: compiti che vanno svolti, oltreché attraverso le proprie competenze, nella pienezza delle potenzialità di partecipazione comunitaria di cui ciascuna istituzione è capace e che sono diretti a favorire il più elevato sviluppo della persona umana, della solidarietà sociale ed economica, della democrazia politica, della cultura e del progresso tecnico-scientifico, della convivenza pacifica tra i popoli (artt. 2, 3, 9 e 11 Cost.)»[214]. Questo comporta uno *sganciamento*, dunque, dell'azione della Regione dal mero ambito delle competenze legislative e allarga il campo della stessa verso un'eccedenza di natura costituzionale, vale a dire verso un più ampio «interesse regionale»[215] di natura politica e istituzionale. Questo significa che lo spazio costituzionale dei referendum regionali non deve essere ristretto alle sole competenze legislative che le Regioni esercitano, siano esse ristrette secondo il testo costituzionale (prima del Titolo V), o ampie, solo formalmente, ma non secondo la costituzione materiale (dopo il Titolo V). Esso deve agganciarsi al concetto di interesse regionale – più largo per l'appunto – e può, quindi, esercitare una certa vocazione *politica*, ma che deve rimanere pur sempre inserita nei "confini" della democrazia regionale e del pluralismo territoriale.

A questo proposito, vi è anche da aggiungere che l'interesse regionale e la rappresentanza politica che le Regioni legittimamente esercitano nell'ordinamento costituzionale non è *totale*, la quale spetta solo allo Stato, ma è al tempo stesso *generale* e *parziale*: vale a dire è una rappresentanza *generale* degli interessi della comunità politica regionale, ma è *parziale* di quella porzione di territorio che le stesse

[213] Si condivide, pertanto, l'opinione di chi ha sostenuto che la «vocazione amministrativa» delle Regioni «non contraddice ma postula, al fine di essere raggiunta, la capacità legislativa delle stesse», E. GIANFRANCESCO, *Le Regioni per l'amministrazione… attraverso la legislazione*, in *Le Regioni*, 1/2023, 118.

[214] Corte cost. sent. n. 829 del 1988.

[215] Interpreta in maniera estensiva il concetto di interesse regionale nei referendum consultivi e dei limiti a cui è sottoposto, P. BARRERA, *Referendum consultivo e limiti dell'«interesse regionale»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 1227 ss.

rappresentano. Come è stato sostenuto, infatti, «l'ambiguità della rappresentanza a livello regionale, insomma, sta tutta nel fatto che l'organo che svolge questa funzione rappresentativa esprime la rappresentanza della "totalità" degli interessi della comunità regionale all'interno dell'ambito che la Costituzione gli riserva, ma al di fuori di questo ambito esprime solo interessi che non possono non essere "parziali" se posti in relazione agli interessi della collettività nazionale e che come tali devono essere trattati dall'ordinamento». In questo senso, dunque, l'interesse regionale non può superare alcuni confini perché, a causa di queste ragioni strutturali, si «tratta di una rappresentanza legata ad un territorio che, per l'ordinamento giuridico, assume rilievo solo in relazione a determinate fattispecie di esercizio di potere pubblico, mentre al di fuori di queste ipotesi perde consistenza, fino a divenire pura e semplice porzione del territorio statale, su cui, non a caso, possono dispiegarsi liberamente le prerogative dell'organizzazione statale»[216].

D'altra parte, lo spazio di identificazione dell'interesse regionale e, conseguentemente, dei referendum non è stato solo un problema di natura teorica, ma ha avuto un'intensa applicazione nella giurisprudenza costituzionale in materia di legittimità dei referendum consultivi su scala regionale. È stato questo il cuore del dibattito che si è aperto in merito alle sentenze della Corte costituzionale in materia di consultivi[217], e il *quid iuris* riguardava proprio il *perimetro costituzionale* dei referendum regionali. Il limite, infatti, posto da Palazzo della Consulta è stato quello secondo cui, più in generale, i referendum regionali non possono riguardare questioni che toccano l'interesse nazionale e che attentano all'indivisibilità della Repubblica: in altri termini, il tema dell'*unità nazionale*. Una giurisprudenza, questa, che ha visto una suo perfezionamento e che – come si è mostrato – ha specificato questi concetti in una forma differente nel corso del tempo: *(a)* nel precedente del 1989 sulla Sardegna si è parlato di un interesse regionale che non può toccare i temi riguardanti l'interesse nazionale e «l'ordine politico e costituzionale dello Stato»; *(b)* nel caso del 1992 si è posto l'accento maggiormente sull'aggravio procedimentale che il referendum regionale avrebbe posto sull'iniziativa di revisione costituzionale, in contrasto con il principio di rigidità della Costituzione; *(c)* nella sentenza del 2000 si è sostenuta, in maniera più esplicita e sostanzialista, l'illegittimità di un referendum regionale che toccasse il potere di revisione costituzionale, riservato primariamente agli organi rappresentativi nazionali; *(d)* nel 2015 si sono ribadite, in parte, le ragioni passate, ma si è interpretata la vecchia giurisprudenza in chiave più *soft*, e si è, per la prima volta, permesso un referendum consultivo in materia di art. 116 comma 3 Cost[218].

Un'evoluzione delle argomentazioni della Corte costituzionale che si potrebbe definire *sofferta* in tema di confini tra referendum regionale e unità nazionale, su cui

[216] A. MANGIA, *Regioni, rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, in *Le Regioni*, 4/2010, 766, 767.

[217] Si rimanda al PAR. 4 della PARTE I.2 per la disamina specifica di quella giurisprudenza.

[218] Negando, tuttavia, l'aggravio procedimentale *esterno* al procedimento tipizzato di legislazione ordinaria attuativa della disposizione costituzionale.

non a caso, si sono registrate opinioni favorevoli[219], ma anche forti critiche da parte della dottrina. Alcuni, infatti, hanno sostenuto che dietro la patina dell'argomento formale della "purezza" del procedimento di revisione costituzionale, la Corte costituzionale nascondesse un argomento di natura sostanziale. Vale a dire che essa si fosse posta in esclusiva ottica di tutelare esigenze «di diritto costituzionale materiale», comportandosi da «"guardiana della Costituzione" in senso schmittiano»[220]. Altri hanno evidenziato le contraddizioni presenti nel concetto di aggravamento costituzionale legato al referendum e alla violazione del principio di tipicità[221]. Oppure, si è dubitato in merito alla robustezza dell'argomentazione sull'illegittimità del meccanismo della "doppia pronuncia popolare"[222]. Come anche si è sostenuto che si dovesse discernere tra effetti politici e giuridici dei referendum[223]. O, infine, si è affermato di aver dato eccessivo peso ad una consultazione popolare che non avrebbe prodotto alcun effetto giuridico, sostenendo una mera inopportunità politica del referendum[224].

Ora, provando ad applicare la ricostruzione del referendum regionale come *dispositivo del pluralismo*, non si possono che svolgere alcune considerazioni in relazione al tema dell'unità nazionale. In linea generale, non si può che condividere nelle linee di fondo la giurisprudenza costituzionale sul tema. Legittimare dei referendum regionali su questioni che, direttamente o indirettamente, toccano l'unità nazionale, significa rompere quella logica di pluralismo ordinato in cui si devono inserire i referendum regionali, e aprire ad un pluralismo di taglio disgregante. Non si vuole nascondere che su queste tematiche – tra unità e pluralismo, tra indivisibilità della Repubblica e sviluppo della autonomie – esista una dialettica che fa parte del gioco democratico, e che questa dialettica possa manifestarsi anche in forme conflittuali tra centro e periferia[225]. Questa dialettica deve dunque esistere e permanere. Essa, tuttavia, deve essere contenuta all'interno dei confini stabiliti dall'art. 5 della Costituzione, espressione del principio fondamentale di unità politica della Repubblica. Detto in maniera più esplicita, l'unità nazionale e la presenza di interessi infrazionabili dello

[219] In senso adesivo a questo filone giurisprudenziale, critica la contrarietà di tali referendum secessionisti contro i principi fondamentali repubblicani, S. BARTOLE, *Riforme federali e consultazioni referendarie regionali: un abbinamento discutibile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 3818 ss.

[220] N. ZANON, *I referendum consultivi regionali, la nozione di procedimento e le esigenze del diritto costituzionale materiale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 4268.

[221] A. RUGGERI, *Ancora in tema di referendum regionali consultivi e di teoria delle fonti*, in *Le Regioni*, 1/2001, 229 sostiene «ciò che solo conta è che, in ogni caso, non si abbia (così come, invero, non si ha) alcun indebito aggravamento del procedimento di revisione costituzionale, in conseguenza di un intervento della comunità regionale frutto di autodeterminazione dell'ente Regione e destinato ad esaurire i propri giuridici effetti nell'ambito dell'ente stesso».

[222] N. ZANON, *Il corpo elettorale in sede referendaria non è il propulsore dell'innovazione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 3823 ss., afferma che il popolo veneto potrebbe legittimamente votare in un modo nel primo referendum, e discostarsene nel secondo referendum costituzionale, se l'esito della revisione, dopo le opere di mediazione politico-rappresentative, non lo soddisfacesse.

[223] A. MANGIA, *I referendum regionali e la sovrapposizione tra «diritto» e «politica»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 1670 ss.

[224] L. PEGORARO, *Il referendum consultivo del Veneto: illegittimo o inopportuno?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2001, 126 ss.

[225] Per un'analisi in chiava comparata con l'esperienza federalista statunitense, C. BOLOGNA, *Stato federale e «national interest». Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010.

Stato ad esso connessi[226] non possono essere messi in discussione in un sistema di poteri costituiti, e né il referendum regionale può assurgere a questa funzione. In una chiave di ricostruzione sistematica e pluralista dell'istituto è, perciò, preferibile accogliere la prima giurisprudenza costituzionale del 1989, che si era limitata a parlare di un'invasione di campo del referendum consultivo su questioni di puro interesse nazionale. L'attentato degli interessi statali, dunque, già di per sé giustifica l'illegittimità costituzionale di pronunce referendarie di tal sorta. Questo perché tale argomento ha la naturale tendenza ad assorbire quelli più scivolosi e criticati della giurisprudenza successiva, vale a dire quelli concernenti la violazione dei principi di rigidità della Costituzione e di tipicità dei procedimenti di produzione normativa: i quali, in fondo, non sono altro che corollari logici e applicativi dell'unità della Repubblica[227]. Né, al contrario, aiuta individuare il referendum regionale come manifestazione diretta di sovranità, come avvenuto nella sentenza del 2000. In questo caso, infatti – quasi per paradosso – si tende a schiacciare il referendum regionale sul tema del potere costituente, annichilendone fortemente le virtualità applicative *alternative* che questo può avere. In più, si accosta il referendum su scala regionale a qualcosa a cui non può anelare: la sovranità che resta e deve restare, invece, nelle mani dello Stato. La tesi pluralista del referendum regionale, pertanto, spinge quest'ultimo ad operare e a muoversi nei confini *della* e *nella* democrazia regionale – come espressione di *autonomia politica* – e non di altro.

Spostandosi, in conclusione, dagli argomenti di teoria costituzionale alla prassi applicativa dei referendum consultivi regionali, si può dire che un tratto comune è la tendenza plebiscitaria[228] che li caratterizza. Non a caso, sono tutti referendum che non hanno avuto iniziativa popolare, ma sono spesso stati proposti dagli organi di governo regionale per legittimare iniziative che li stessi potevano assumere autonomamente[229],

---

[226] Come noto, sul concetto in parte coincidente di interesse nazionale le opinioni dottrinali sono diverse, ma tutte riconoscono la portata costituzionale in qualità di principio fondamentale. Di cui i più noti, L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1954, 128 ss., parla di interesse nazionale desunto, in chiave positivista, dalle norme vigenti; T. MARTINES, *L'interesse nazionale come limite alle leggi regionali*, in AA.VV., *La regione e il governo locale, Atti del symposium: Problemi della regione e del governo locale,* III, Milano, 1965, 195, parla di «valori immanenti della nazione»; C. MORTATI, *L'interesse nazionale come limite della legislazione regionale esclusiva*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1960, 1294, che lo identifica con le forze di maggioranza e dagli orientamenti politici contingenti; A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1971, 135 ss., che parla di coincidenza dell'interessa nazionale con le forze egemoni in Parlamento.

[227] Ricostruisce il giudizio in via principale come sede di tutela giurisdizionale oggettiva atta a garantire l'unità della Repubblica nella Costituzione e l'integrità dell'ordinamento nella sua giuridica esistenza, C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica, Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bologna, 2020.

[228] Il taglio plebiscitario non è un dato che è facilmente qualificabile in sé e sfugge all'analisi di categorie dogmatiche in chiave statica, ma necessita, per essere colto, di guardare alla dimensione *dinamica* dei referendum una volta calati nel sistema politico in cui si inseriscono. A sostengo di questa tesi anche, M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, cit., 138, 139, il quale afferma che «sono il clima e l'ambiente politico, insomma, che fanno la differenza e decidono della "*loyauté*" e della "*exactitude*" della votazione popolare, determinando – quindi – il suo destino più o meno plebiscitario» e che «non è sempre semplice identificare in concreto la linea distintiva così in astratto disegnata».

[229] Fatta eccezione per il referendum sardo che sembrava essere dotato di maggiore spontaneità e genuinità, in quanto sollecitato da alcuni associazioni e movimenti sociali su di un tema di sicura

prescindendo dal voto referendario. Questo elemento segnala ulteriormente un utilizzo *distorto* di questi referendum, per due grandi motivazioni: in quanto essi si sono prestati ad un'evidente pratica di scarico di responsabilità politica[230] da parte delle istituzioni locali, e perché hanno avuto la funzione strumentale di garantire un *surplus* di legittimazione non necessaria da parte degli organi regionali. Se, infatti, il potere del referendum si presenta nella possibilità di porre un quesito[231] al voto popolare, la domanda in questo caso era superflua, in quanto i vertici e le maggioranze regionali già avevano il potere di intraprendere iniziative legislative di tipo costituzionale e ordinario, senza coinvolgere i rispettivi corpi elettorali. Per comprendere questo dato a pieno, tuttavia, è necessario che venga compiuta «non solo un'indagine filologica dei testi, ma anche un'analisi dei *contesti* (corsivo mio) in cui gli strumenti della pratica democratica si attualizzano». In questo senso, non si può che aderire all'opinione di chi ha sostenuto che dei referendum consultivi di stampo "federalista" in Italia si è favorito un utilizzo «abusivo», e che, nell'ordinamento costituzionale pluralista non «viene affatto misconosciuto il potere (sancito dal 2° comma dell'art. 121 della Costituzione) di presentare progetti al Parlamento anche di radicale innovazione costituzionale», ma quello che non può essere consentito «è l'alterazione delle responsabilità politiche dei relativi organi di rappresentanza e di governo, attraverso sollecitazioni (mobilitazioni) dei corpi elettorali regionali non a risolvere questioni, ma ad esprimere adesioni (plebiscitarie) nei confronti di scelte istituzionali o politiche sull'opportunità delle quali i rappresentanti sono già assolutamente convinti (e certi del favore dei loro elettori)»[232].

È chiaro, dunque, che esiste – quantomeno nell'esperienza costituzionale e nel *contesto* italiano – una connessione forte tra attentato all'unità nazionale e prassi plebiscitaria, data dall'accostamento improprio e strumentale che spesso si è fatto tra Regioni e sovranità. Non bisogna, in definitiva, pensare al referendum regionale come strumento di pressione e con tagli plebiscitari che deve avere il fine di sclerotizzare il rapporto centro-periferia. Questo elemento di natura sistematica irrobustisce la tesi secondo cui il *perimetro costituzionale* dei referendum regionali come *dispositivi del pluralismo* debba essere dettato dal rispetto del limite dell'unità della Repubblica e dall'utilizzo non plebiscitario degli stessi. Ciò porta a ritenere *costituzionalmente preferibile*, anche in chiave di un'autonomizzazione dei referendum nelle Regioni da quello nazionale, inserire gli stessi nella dimensione della democrazia regionale e del pluralismo territoriale, in quanto manifestazione di autonomia politica, e non oltre questa.

---

influenza sull'interesse regionale, ma che, ad ogni modo, veniva assorbito dagli *arcana imperii* della difesa e della politica estera.

[230] A. DI GIOVINE, *Referendum e responsabilità politica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 1214 ss.

[231] E. W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1985, 236.

[232] E. BETTINELLI, *Testo, contesto, pretesto: referendum mobili e referendum evanescenti*, in *Le Regioni*, 4/2001, 647, 658.

3. *Un altro modo di leggere i referendum nelle Regioni*

In questa parte conclusiva, l'obiettivo che ci si propone è quello di delineare alcune traiettorie costituzionali potenziali di utilizzo dei referendum regionali come *dispositivi del pluralismo* nel contesto della democrazia regionale. Lo sviluppo di quest'ultimi è stato modesto e di scarso impatto nella dimensione dell'essere. Tuttavia, vi sono alcuni elementi emersi durante lo studio che spingono verso *un altro modo di leggere* i referendum nelle Regioni, una modalità non ancora del tutto manifestatasi nell'esperienza costituzionale, ma che non è escluso che possa presentarsi in futuro. I referendum regionali trovano, infatti, una caratterizzazione aperta e pluralista nel testo costituzionale dell'art. 123 Cost.; in Assemblea costituente era evidente il *favor* verso un utilizzo normalizzato di questo istituto come strumento di coinvolgimento popolare nella dimensione del governo locale; sono generale espressione del principio autonomistico *ex* art. 5 Cost.; e si potrebbe aggiungere che possono rappresentare delle forme di manifestazione di partecipazione politica di quei soggetti del pluralismo sociale e territoriale che eccedono l'esclusiva dimensione della mediazione partitica ed istituzionale e che trovano espressione in quel combinato disposto degli artt. 2 e 3 comma 2 della Costituzione. Il dato costituzionale permette, pertanto, di pensare ad una ricostruzione alternativa nella sfera del dover essere dei referendum regionali, che parta da un'interpretazione sistematica degli stessi nella trama pluralista della Costituzione, e che prenda sul serio l'insegnamento di Vezio Crisafulli secondo cui si deve trarre il massimo di contenuto normativo (*magis ut valeat*) da tutte le disposizioni della Costituzione e in tutte le sue parti[233]. Detto diversamente, i referendum regionali posseggono – se ben ricostruiti nel quadro costituzionale – delle virtualità democratiche inespresse[234] che possono contribuire a "vivificare" la forma di governo regionale e ad allargare le basi sociali e politiche di legittimazione delle Regioni, aprendo a soggetti politici e sociali che agiscono e operano nel contesto regionale e locale, oltre le sfere della rappresentanza e della sua crisi.

In questa ricostruzione, è chiaro come non possa nascondersi una preferenza per le iniziative di natura popolare e che provengono dalla società (*bottom-up*) e non dagli stessi organi di governo regionali (*top-down*). Si pensi, soprattutto, alle iniziative che possono discendere dai soggetti del pluralismo sociale e regionale, come le associazioni culturali e politiche, i sindacati, le comunità locali, i comitati di base di cittadine e cittadini, le organizzazioni di volontariato e *no profit*, ecc. Questo perché, come è stato

[233] V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 11, il quale afferma: «una Costituzione deve essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere […] di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici».

[234] Riprendendo M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, 67, nel seguente significato: «attribuendo alle norme costituzionali il massimo di obbligatorietà immediata, già di per ciò stesso le si attualizzava, le si rendeva un sistema vivo e definito nell'ordinamento, una possibilità vicina e doverosa, un punto di riferimento vincolante al cospetto del quale una cattiva realtà doveva giustificarsi e alla stregua del quale era giudicata. Ponendo il problema della loro effettività come problema di dolosa inadempienza ad un comando, si sottolineava la loro non utopia, la possibilità di una loro realizzazione, e cioè la possibilità concreta […] della edificazione di un ordinamento istituzionale diverso in una società diversa».

sostenuto, gli istituti di democrazia diretta «proprio perché collegati ad iniziative dal basso, hanno potuto rappresentare lo strumento attraverso il quale movimenti che operano nella società trasmettono domande trasversali e nuove che non sempre i partiti e le istituzioni rappresentative sono in grado di cogliere (e possono rappresentare a volte essi stessi nella battaglia referendaria fattore di crescita di culture e valori nuovi)»[235]. Al contrario, le esperienze referendarie dall'alto si prestano maggiormente – come si è avuto modo di constatare dallo studio della prassi – ad un utilizzo plebiscitario dell'istituto e di scarico di responsabilità politica da parte della classe dirigente regionale. Non a caso, le ultime hanno avuto maggior fortuna ed eco nazionale. Questo perché, venendo il referendum utilizzato *ex parte auctoritatis* – ovvero in chiave di *surplus* di legittimazione della classe politica regionale verso le istanze del centro – non si sono dovute scontrare con la *conventio* antireferendaria, di cui, all'estremo opposto, hanno subito le conseguenze i referendum *ex parte societatis*[236]. Diverso è, ad ogni modo, il discorso che guarda al referendum regionale come strumento del pluralismo a favore delle minoranze consiliari per contrastare l'indirizzo politico maggioritario, in un circuito diverso e alternativo a quello della rappresentanza. In questo caso, i referendum si manterrebbero nella ricostruzione pluralista perché resterebbero in ambito della società politica regionale e come dispositivi di democrazia paritari e alternativi ai canali della rappresentanza per condurre determinate battaglie politiche e sociali. Sia quest'ultimi, sia quelli più precisamente *ex parte societatis*, insomma, potrebbero apportare un elemento esterno e aggiuntivo alle dinamiche della classe politica regionale strettamente intesa, inserendo nuovi temi e *issues*, non compresi precedentemente all'interno dell'agenda di governo regionale.

Sul piano dei "tipi" referendari e sull'oggetto di questi, l'esperienza costituzionale ha mostrato una maggiore presenza dei referendum abrogativi e dei consultivi su scala regionale. Molto poco c'è – anche dal punto di vista di previsioni normative negli Statuti, ad oggi – per quanto riguarda i referendum propositivi, invece, che restano localizzati e implementati solo in alcune Regioni speciali e sui quali si è manifestata la scarsa tradizione italiana in tema di *popular initiative*, nonostante il loro potenziale impatto pluralista sulla forma di governo regionale[237]. Per questi motivi, in questa traiettoria di valorizzazione dell'istituto nell'ordinamento costituzionale vigente, la riflessione prescinderà da questi, i quali faticano a rientrare in una ricostruzione sistematica se non in termini di puro *iure condendo*, e ci si concentrerà piuttosto sui referendum abrogativi e consultivi.

Secondo la ricostruzione proposta, l'oggetto più generale dei referendum dovrebbe essere legato a questioni del *territorio* e di *governo regionale* e, che, molto spesso, intercettano anche questioni di *governo locale*. Partendo dal referendum abrogativo, questo avrebbe – in una linea interpretativa classica – come oggetto preferenziale la legislazione regionale e su questo potrebbe dispiegare i suoi effetti

[235] A. BARBERA, *Rappresentanza e istituti di democrazia diretta nell'eredità della Rivoluzione francese*, in *Politica del diritto*, 4/1989, 552.

[236] Propone questa differenziazione, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 534.

[237] Molto spesso, come si è visto nella PARTE I.1, neanche di veri propositivi si può parlare, essendo delle forme di iniziative popolari rafforzate.

normativi. Non potendo, infatti, prescindere da un atto, il referendum abrogativo agirebbe nello spazio costituzionale in cui si concentrano, ad oggi[238], le maggiori competenze delle Regioni. A questo proposito, si è sempre detto che il fallimento del referendum regionale fosse lo specchio del fallimento della legge regionale. Se questo dato può essere in parte condiviso, esiste, tuttavia, un potenziale democratico del referendum inespresso sulla legislazione regionale. Questo si potrebbe esercitare, infatti, nei tre grandi macro-settori su cui le Regioni attualmente legiferano: *(i)* la legislazione sociale di sostegno e dei servizi alla persona (istruzione, beni culturali, servizi sociali), di cui da padrona la fa la competenza in ambito di organizzazione della sanità; *(ii)* le leggi in materia di governo del territorio (urbanistica e opere pubbliche, protezione della natura, trasporti pubblici e mobilità sostenibile); *(iii)* le leggi in ambito di sviluppo economico (commercio, turismo, ecc.)[239]. Un campo che – se ci si pensa bene – non è di natura ristretta come si è sempre sostenuto, perché riguarda importanti ambiti che coinvolgono la vita della cittadinanza, e su cui non è difficile immaginare forme di mobilitazione sociale su scala regionale su questioni che intaccano la fruizione e l'accesso di alcuni importanti diritti fondamentali e servizi pubblici garantiti dalla Costituzione. Un esempio virtuoso, che dimostra il fattivo impatto che questi potrebbero avere nella vita della comunità politica regionale, è dato dalla proposta del referendum lombardo in materia di *sanità pubblica* del 2023: se dei quesiti del genere fossero stati ammessi al voto, avrebbero potuto contribuire a modificare l'indirizzo politico regionale lombardo sulla determinazione di quella che è, ad oggi, la principale competenza regionale. Non sarebbe poco, e sarebbe uno spazio *autonomo* – di materie "politiche"[240] – da quello del referendum nazionale.

Stesso discorso si potrebbe compiere, poi, per quanto riguarda l'applicazione del referendum abrogativo regionale in materia di regolamenti e atti amministrativi. In questo caso, l'oggetto del referendum cambia perché non è più la legge, ma diventano alcuni atti della più generale attività di governo (le *policies*) delle istituzioni regionali. Anche in questa situazione esiste un potenziale democratico, minore sicuramente, ma, comunque, inespresso e che parte dalla stessa apertura dell'art. 123 Cost. allo scrutinio referendario di tali atti. Vista, infatti, la caratterizzazione delle Regioni come grandi enti di amministrazione, l'esercizio di questo strumento di partecipazione popolare potrebbe incidere in maniera rilevante su alcuni grandi atti indirizzo politico delle Regioni, i quali impattano sulla effettiva fruizione di alcuni beni e diritti costituzionali. Per far ciò, tuttavia, sarebbe necessario valorizzare un'interpretazione conforme a Costituzione *ex* art. 123 Cost. delle norme statutarie che vada nel verso di permettere la sottoponibilità a

---

[238] Cfr. *Osservatorio sulla legislazione, La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea, Rapporto 2021*, Camera dei deputati, Roma, 2021 e *Osservatorio sulla legislazione, La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea, Rapporto 2022-2023*, Camera dei deputati, Roma, 2023, in www.camera.it.

[239] Compie un'analisi sistematica e complessiva del rapporto tra legislazione nazionale e regionale da cui si riprendono alcune considerazioni in tema, A. MORRONE, *La legge statale e regionale nel 75° della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2/2024, 13 ss.

[240] Sottolinea come sia sempre più difficile parlare di competenze regionali definite schematicamente, ma sia preferibile parlare di politiche, R. BIN, *Primo comandamento: non occuparsi delle competenze, ma delle politiche*, in *Istituzioni del federalismo*, 2/2009, 203 ss.

referendum di tutti gli atti sub-legislativi regionali (amministrativi o regolamentari che siano). Questo, difatti, potrebbe permettere di allargare lo spettro di agibilità politica del referendum regionale, in due differenti significati. Il primo, facendo toccare alcune materie che oltrepassano anche il campo delle competenze esclusive-residuali o concorrenti su cui le Regioni legiferano effettivamente[241]. E, il secondo, permettendo al referendum di intervenire su di una dimensione in cui le Regioni si comportano non come enti legislativi, ma come grandi enti amministrativi attuatori della legislazione nazionale. In questo senso, il referendum regionale potrebbe incidere non tanto sull'*an*, ma sul *quomodo* dell'esercizio del potere normativo regionale e, quindi, conseguentemente su un pezzo dell'indirizzo politico locale. Anche in questo caso, pertanto, una dimensione *autonoma* dal referendum abrogativo *ex* art. 75 Cost. e su cui solo il referendum regionale potrebbe intervenire, e che potrebbe incentivare alcuni soggetti del pluralismo ad utilizzare questa via democratica di contestazione dell'indirizzo politico.

Una diversa valutazione in chiave di interpretazione *magis ut valeat*, invece, potrebbe riguardare anche il referendum consultivo regionale. Si è sempre sostenuto che i referendum consultivi sono referendum non aventi «natura deliberativa»[242] e di tipo debole, in quanto non producono diretti effetti normativi, ma solo un parere non vincolante per gli organi rappresentativi. Tuttavia, se letti nella dimensione della democrazia regionale e non oltre[243], essi potrebbero essere intesi come strumenti di partecipazione popolare in chiave più larga, non rimanendo legati alle sole competenze, ma potrebbero riguardare più ampiamente ambiti diversi di *interesse regionale*. In tale contesto, è chiara l'eccedenza rispetto al referendum abrogativo, e il potenziale sganciamento dal tema delle competenze normative, in cui il referendum consultivo diventerebbe espressione della natura di ente politico della Regione. In questo senso, un esempio di applicazione lo si potrebbe trovare in alcuni esperienze di referendum consultivi su scala regionale (come il referendum sul *caso Farmoplant* o sull'*aeroporto di Bolzano*). O, più diffusamente, su corrispondenti esempi su scala comunale[244], in cui alcuni soggetti del pluralismo e della società civile hanno proposto alcune consultazioni popolari su questioni aventi, per l'appunto, carattere locale, ma molto sentite e cariche di significato politico per le rispettive comunità[245]. Per far ciò, tuttavia, e senza dover riprendere la nota tesi di Mortati secondo cui il popolo non esprime mai pareri ma

[241] Se, invece, gli atti – amministrativi o regolamentari che siano – riguardano materie di competenza regionale, sarebbe chiaro come il referendum abrogativo avrebbe la naturale tendenza a convergere sulla legge regionale.

[242] Per tutti, G. M. SALERNO, *Referendum*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 216 ss.

[243] La prospettiva assunta è, dunque, diversa da quella sostenuta da G. BOGGERO, *Il referendum come "motore" della differenziazione*, in *Diritti regionali*, 2/2019, 1 ss., il quale vede i referendum consultivi come atti di indirizzo politico rivolti stabilmente a dispiegarsi nel rapporto tra centro e periferia, tra Governo nazionale e Giunta regionale.

[244] Sui referendum consultivi locali si registrò un certo successo in dottrina a cavallo tra gli anni '80 e '90 su cui, B. CARAVITA, *I referendum locali tra sperimentazione, orientamenti giurisprudenziali e innovazioni legislative*, in *Politica del diritto*, 1/1989, 23 ss.

[245] Per una disamina di tali vicende e per lo studio della prassi applicativa, F. CONTE, *La partecipazione popolare nell'esperienza dei referendum comunali,* Tesi di dottorato, 2015, in *www.amsdottorato.unibo.it*.

decide[246], in una ricostruzione pluralista dei referendum consultivi regionali, si potrebbe valorizzare la loro natura di atti di *indirizzo politico*[247]. Se intesi in questo modo, infatti, essi non sarebbero solo mere consultazioni senza alcun valore legale e costituzionale, ma il referendum produrrebbe un effetto giuridico e costituzionale[248], consistente nella determinazione della dimensione «teleologica» della decisione democratica, cioè quella di selezione del fine politico da perseguire, mentre resterebbe nella discrezionalità degli organi rappresentativi regionali la fase «strumentale-aggiuntiva», vale a dire «l'autonomia dell'organo attivo resta garantita dalla fase strumentale ed effettuale di concretizzazione dell'opzione nell'atto specifico (la decisione referendaria individua l'obiettivo, l'organo attivo stabilisce i mezzi e le modalità per perseguirlo»[249]. In questo senso, si potrebbe sostenere che i referendum consultivi non producano direttamente *effetti normativi*, cioè la decisione popolare non comporterebbe la piena sostituzione di essa rispetto a quella degli organi di rappresentanza regionale. Ma che, comunque, essi producano *effetti giuridici*, ovvero degli obblighi costituzionalmente rilevanti che si manifestano nel rapporto tra referendum ed enti di governo regionali, i quali non possono ridursi ad una mera presa in considerazione del risultato referendario, ma che stanno nel quadro nella determinazione dell'indirizzo politico regionale complessivo. D'altra parte, esistono già all'interno degli Statuti regionali degli obblighi, in relazione ad un risultato positivo elettorale di un referendum consultivo, che vanno *oltre* la semplice discussione dell'esito del voto popolare, e che includono: l'obbligo di una pronuncia politica degli organi rappresentativi entro una certa data; il vincolo di una delibera consiliare che motivi la possibilità di discostarsene; la pubblicazione nel Bollettino ufficiale regionale dei risultati; l'obbligo di proposizione di un disegno di legge sulla materia del referendum consultivo, ecc.

Questi obblighi giuridici ci mostrano come i referendum consultivi, seppur non in grado di intervenire direttamente in maniera autosufficiente e definitiva nell'ordinamento giuridico, si presentino come atti di indirizzo politico, i quali non possono essere semplicemente disattesi dagli organi di governo regionale, ponendo un vincolo costituzionale su quest'ultimi. Da ciò discenderebbe un obbligo giuridicamente rilevante di collaborazione istituzionale degli organi regionali di assecondare e di perseguire il risultato referendario, oltre al dovere per i legislatori regionali di individuare un *medium* istituzionale adeguato del referendum e di attribuire ad esso i relativi poteri costituzionali. Questa, in definitiva, sarebbe un'interpretazione costituzionalmente preferibile, in linea con una ricostruzione pluralista del rapporto tra decisione referendaria e organi rappresentativi, in cui la prima non è assorbita, ma è autonoma dai secondi e con cui quest'ultimi si devono interfacciare in un'ottica di leale collaborazione. Un incentivo, anche in questo caso, per una maggiore partecipazione dei

[246] C. MORTATI, *Relazione alla II Sottocommissione dell'Assemblea costituente*, 3 settembre 1946.

[247] Su questo punto, E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 139, il quale afferma: «la partecipazione del corpo elettorale alle funzione di indirizzo si manifesta nell'attività elettorale e nell'esercizio degli istituti di democrazia diretta».

[248] In senso adesivo alla tesi sostenuta, P. BARRERA, *Una novità istituzionale: i referendum consultivi (o di indirizzo?) di iniziativa popolare*, in *Le Regioni*, 1987, 1297 ss.

[249] B. PEZZINI, *Il referendum consultivo nel contesto costituzionale italiano*, in *Diritto e società*, 3/1992, 432.

soggetti politici e sociali ad impiegare questo strumento in grado di incidere – seppur in forma diversa – sulle dinamiche di governo regionali.

Queste sono solo alcune traiettorie di utilizzo che il referendum regionale potrebbe assumere nel disegno costituzionale come *dispositivo del pluralismo*. Il senso più generale di questa ricostruzione è stato quello di mostrare come uno strumento democratico, apparentemente poco valorizzato nell'esperienza costituzionale, possa svolgere una sua vita autonoma rispetto al referendum *ex* art. 75 Cost., e come lo stesso abbia delle virtualità applicative inedite che meritano di essere ripensate in una logica sistematica di interpretazione *magis ut valeat* della Costituzione. È chiaro, poi, che il giurista debba fermarsi a studiare il dato normativo-costituzionale e a "mostrare" solamente, quando necessario, queste potenzialità democratiche inespresse. Non può andare oltre. Qui ve ne sono solo alcune tracce iniziali e una specifica applicazione in relazione a questo istituto. Se a queste seguirà una nuova stagione di partecipazione nelle Regioni come *laboratorio politico*, nel modo in cui sembrava emergere dalla volontà dei Costituenti e dalla prima stagione statutaria, non è dato saperlo. Come non è dato sapere se i Presidenti delle Regioni, le Giunte, i Consigli regionali, la classe politica regionale e nazionale contribuiranno a superare la *conventio* antireferendaria e ad inserire stabilmente i referendum nei processi di governo regionali, come *altra espressione politica delle autonomie*.

In conclusione, l'obiettivo più generale di questa ricerca è stato quello di mostrare come, in un contesto di crisi della legittimazione della Costituzione[250], della sua forza prescrittiva e dei principali soggetti politici attuatori (i partiti politici) e delle forme (il regionalismo) che questa ha voluto per la sua realizzazione, la stessa delinei una trama pluralista più ampia e elastica, che include una risposta positiva all'allargamento della dimensione istituzionale del conflitto politico ad un *parterre* più esteso di soggetti sociali e territoriali. In questo senso, i referendum nelle Regioni vanno intesi come un pezzo più ampio di un *puzzle*: un esercizio di autonomia, uno strumento di democrazia e di decisione politica, al servizio di questo disegno.

[250] G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2021.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

POLÍTICA Y PODER JUDICIAL: LA PROBLEMÁTICA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL*

JORGE LOZANO MIRALLES**

SUMARIO: I. I La tensión entre el poder "jurisdiccional" y los representantes de la soberanía popular. – II. El crecimiento de la "jurisdicción" como limite a la democracia. – III. El Poder Judicial: ¿función o poder? – IV. El Consejo General del Poder Judicial: examen de sus funciones para determinar el carácter político o administrativo del órgano de gobierno de los jueces. – V. La "judicialización de la política" y la "politización de la justicia". – VI. Conclusiones. – Bibliografía.

I. *La tensión entre el poder "jurisdiccional" y los representantes de la soberanía popular*

Es conocida la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos que "condenaba" a Chile a modificar su Constitución a fin de ampliar los límites del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión[1], es decir, es un ejemplo de un órgano "jurisdiccional" ordenando a un Estado la reforma de su norma superior a fin de actuar los derechos fundamentales recogidos en un tratado internacional. La sentencia obliga al Estado a poner en marcha, ni más ni menos, que al poder constituyente, máximo representante de la soberanía popular. Un órgano técnico, especializado, sin

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Catedrático e Derecho Constitucional, Universidad de Jaén.

[1] CIDH, Sentencia 15/01/1999. Caso Ultima tentación de Cristo https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf

Para un análisis más extenso de la materia cfr. J.A. AMAYA, *El debate sobre la última palabra: un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, 19/2019, 49–60.

legitimación democrática alguna, "ordenando" reformas en la magna carta., ordenando al poder constituyente que actúe en una determinada y concreta orientación[2].

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos los derechos humanos (*rectius* el sistema de derechos humanos reflejado en los tratados internacionales) son un límite a la acción del poder democrático, sea el poder constituyente, sea el constituido, sea la propia voluntad popular directamente manifestada. Los elementos estructurales del Estado de Derecho son, precisamente, la existencia de un catálogo de derechos fundamentales, el respeto del ordenamiento jurídico y la garantía de su cumplimiento o efectividad, encomendada al Poder Judicial, lo cual conduce de forma directa a una permanente fricción, tensión (incluso ¿choque?) [3] entre la democracia (como valor hoy intrínseco al Estado) y uno de los pilares del Estado de Derecho, el poder "jurisdiccional".

II. *El crecimiento de la "jurisdicción" como limite a la democracia*

Para algunos autores el problema del límite democrático que conlleva el ejercicio de la jurisdicción se resolvería democratizando el Poder Judicial, es decir, introduciendo mecanismos mediante los cuales los jueces fueran elegidos por el pueblo[4].

---

[2] Otro ejemplo es la Sentencia "Gelman contra Uruguay" dictada por la Corte Interamericana que señala que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza *per se* el respeto del derecho internacional de los Derechos Humanos, y que la aprobación popular en una democracia de una ley incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos no le concede legitimidad ante el derecho internacional. Hay que subrayar que la participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley lo fue mediante el uso de dos instrumentos de ejercicio directo de la democracia: referéndum y plebiscito. (https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345)

[3] En el número monográfico de la Revista de Estudios Políticos que tiene como título *Los jueces en el espacio de la política* la Coordinadora del mismo, la profesora Marian Ahumada, inicia su presentación con una cita clásica y recurrente (la encontramos en manuales del Derecho Constitucional) de Hans Kelsen en la que alude al conflicto con Carl Schmitt acerca de los límites de la justicia: "No puede negarse que la pregunta planteada por Carl Schmitt acerca de los "límites" de la justicia, en general, y de la justicia constitucional, en especial, es absolutamente legítima… si se quiere restringir el poder de los tribunales y con ello el carácter político de la función[..] entonces debe restringirse al máximo el margen de la libre discrecionalidad que las leyes conceden a su aplicación [...] pues en otro caso existe el peligro de un desplazamiento de poder, que la Constitución no persigue y que políticamente es extremadamente inoportuno, del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede convertirse en exponente de fuerzas políticas distintas de las que se expresan en el Parlamento".

M. AHUMADA, *Presentación: Jueces en el espacio de la política*, en *Revista de Estudios Políticos*, 198/2022, 14.

[4] Cfr. entre otros, F. CAAMAÑO, *El casco de Hades y la independencia judicial*, en *Revista de Estudios Políticos*, 198/2022, 69-91.

La elección popular de los jueces es un tema de gran actualidad (y preocupación), como lo demuestra el caso mexicano, en donde se ha procedido a reformar la Constitución para "democratizar" el poder judicial el 11 de septiembre de 2024. El sistema de elección, que deberá ser desarrollado legislativamente para su implementación, y que afectan a todos los niveles territoriales, circuito federal y circuitos estatales, se concentra en el art. 96. Obtenible en:
https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5738985&fecha=15/09/2024#gsc.tab=0

La reforma ha producido un fuerte rechazo pues se entiende que es una forma de favorecer el poder del Presidente. La polémica reforma fue recurrida ante la Corte Suprema, quien ha resuelto sobre la validez de la misma (por 7 de los 11 jueces) , lo que ha ocasionado un recurso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que está siendo debatido en estos momentos (noviembre 24), si

Esta es una hipótesis que partiría de la idea de que un poder se ha de limitar con otro poder y, en consecuencia, esos poderes deben ser similares en su constitución.

Nosotros no compartimos esta premisa, básicamente, por dos razones: la primera, porque eso abocaría a un régimen presidencial ya que los tres poderes deberían de ser elegidos con las mismas premisas y procedimientos; la segunda, por que los ejemplos de sistemas judiciales donde los jueces son elegidos democráticamente (algunos Estados de USA) ni representan ni son ejemplo de un mejor funcionamiento de la justicia y, además, tampoco ejercen con mayor autoridad/funcionalidad el control sobre los otros dos poderes. Además, como señalaremos más adelante, el poder que ejerce el Poder Judicial es un poder muy escaso (Montesquieu lo definía como "nulo" o "neutro") limitándose más a una función ("la boca que pronuncia la ley") que a el ejercicio de la formación y ejecución de una determinada voluntad, que sí es lo caracteriza la naturaleza del poder.

El análisis lo centraremos en cómo inciden las instituciones democráticas y, básicamente, el Parlamento (como exponente o representación máxima de la actuación de la democracia) en la organización o determinación del Poder Judicial. El tema no es, desgraciadamente, ni muy original ni muy imaginativo, pues los problemas se repiten incansablemente[5].

Tenemos que subrayar, también, que la irrupción de la jurisdicción constitucional ha incrementado el rol y la importancia de la "jurisdicción", como consecuencia de la existencia de un límite expreso al poder legislativo mediante el control de constitucionalidad de las leyes. El Parlamento, el soberano, el representante del pueblo ya no puede hacer lo que quiera puesto que tiene un límite que está establecido por la Constitución y, en el supuesto de que exceda ese límite, será jurisdiccionalmente sancionado.

Aunque el Tribunal Constitucional (español) no es Poder Judicial, la aparición de la jurisdicción constitucional ha reforzado sobremanera el rol de la jurisdicción ordinaria, pues ambos ejercen la misma función, la "jurisdiccional". Y es también palmario que la "jurisdicción" (sea constitucional sea judicial) incide en la actividad política ordinaria, pues el poder "jurisdiccional" se ha constituido en un límite efectivo del poder legislativo y del poder ejecutivo. Como ya hemos señalado, el poder jurisdiccional sigue reafirmándose y manteniéndose como límite del Ejecutivo desde los inicios del siglo XX, como se pone de relieve en la obra *Escritos sobre justicia*

---

bien el partido MORENA, promotor de la reforma, ha descalificado a la CIDH y a la Organización de Estados Americanos (OEA), a los que considera instrumentos al servicio de las élites conservadoras, por lo que una sentencia contraria a la reforma posiblemente no sea acatada.

Cfr sobre el tema A.M. ALTERIO, *Simposio "Reforma Constitucional al Poder Judicial Mexicano", Introducción*, IberICONnect, 30 de septiembre de 2024. Disponible en: https://www.ibericonnect.blog/2024/09/simposio-reforma-constitucional-al-poder-judicial-mexicano-introduccion/

[5] Un botón de muestra es la encuesta que sobre el Poder Judicial realizó la Revista *Teoría y realidad constitucional* en el año 2016 (n. 38/2016) y la que acaba de realizar en 2022 (n. 50/2022): en la segunda encuesta realizada seis años más tarde se puede observar que no hay grandes avances en el tema la denominada politización del Consejo General del Poder Judicial, "ocupado" por el Parlamento. Tampoco aparece ninguna solución novedosa: el tiempo pasa y los problemas permanecen.

constitucional de Hans Kelsen del año 1931: casi un siglo de fricción (¿o de equilibrio?) entre los dos poderes.

En el ámbito del Poder Ejecutivo la jurisdicción ordinaria controla prácticamente todos los espacios discrecionales del mismo, dejando un estrecho margen de libertad al gobernante para la ejecución de sus políticas. En un sistema como el español, aunque teóricamente no está configurado como un sistema presidencialista, en la práctica las elecciones legislativas lo son para elegir al futuro Presidente del Gobierno, por lo que desde esta perspectiva todavía cobra más relevancia e importancia el rol que desempeña el Poder Judicial sobre la actuación del Poder Ejecutivo, pues el Presidente tiene un fuerte respaldo directo de la ciudadanía, sobre todo cuando representa a mayorías parlamentarias holgadas.

Otro hecho que incrementa la presencia del Poder Judicial en la actividad pública es la aparición, expansión y consolidación del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental procesal. Este derecho fundamental tiene como 'único' destinatario -pasivo- a los jueces, pues sus efectos van más allá de los conflictos entre ciudadanos para calar o ahondar en los conflictos entre ciudadanos y poderes públicos. La tutela judicial efectiva viene así a intensificar o reforzar el papel de los jueces en la vida pública.

III. *El Poder Judicial: ¿función o poder?*

Aquí podríamos distinguir entre el sistema anglosajón y el sistema continental; en el primero, el poder judicial reúne más características de poder que en el segundo; en el sistema continental el poder judicial se representa o se concibe más como el ejercicio de una función que consiste en aplicar el derecho en caso de conflicto por parte de unos jueces funcionarios.

En nuestra opinión, como ya hemos anticipado, el Poder Judicial no es realmente un poder, pues lo que hace es ejercer una función técnica, aunque muy poderosa, pues esa función no solo incide en la realidad diaria de las personas, sino también en la realidad política. No es un poder por distintas razones que podríamos sintetizar básicamente en:

La *primera*, el Poder Judicial no puede actuar de oficio, lo que lo distingue radicalmente del Ejecutivo y Legislativo. Es más, no solamente no puede actuar de oficio, sino que tiene obligación de resolver todos aquellos asuntos que se plantean, por lo que no puede actuar por acción ni, tampoco, por omisión[6], cosa que sí que pueden hacer los otros dos poderes.

[6] El artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en este sentido que "los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver *siempre* sobre las pretensiones que se les formulen", reiterando así lo ya establecido en el Código Civil (desde el siglo XIX) en el art. 1.7 "Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".

La *segunda*, es un Poder conformado por el Legislador: solo puede hacer aquello que haya establecido el Legislador[7]. Es un poder moldeable y modulable por el Parlamento.

La *tercera*, es que el Poder Judicial es un poder difuso, es más, es un poder "muy difuso", en tanto y en cuanto el titular del mismo lo es cada juez u órgano jurisdiccional[8]. En el año 2021 se dictaron un total de 1.669.163[9] sentencias entre todos los órganos y jurisdicciones, correspondiendo tan solo 4920 sentencias al Tribunal Supremo, por lo que la función de armonización o unificación de doctrina vía jurisprudencia es más bien escasa: 0,0029%[10]. Lo cual significa que la función unificadora del Tribunal Supremo es cuantitativamente ínfima.

Un poder difuso y con un margen estrechísimo para actuar de manera unitaria lo convierte en un poder que actúa en forma de "plaga" pero en ningún caso de forma constructiva o finalista, es decir, un poder aleatorio pero no determinante de una determinada finalidad política.

El 'gran' poder o el poder efectivo del Poder Judicial es el de la interpretación, en tanto y en cuanto a los jueces corresponde la determinación de la aplicación de la norma al caso concreto; además cada caso es distinto, por lo que el margen de interpretación aumenta. Por otra parte, cuanto más complicado o complejo sea el ordenamiento jurídico o cuanto más indeterminada esté la norma aprobada por el legislador mayor espacio de poder se otorga al juez.

Y, por último, la tutela judicial efectiva en su vertiente "igualdad" reduce de manera drástica el margen de discrecionalidad del juez al caso concreto, pues la igualdad, convertida en derecho procesal, disminuye drásticamente el ámbito decisorio al perseguir la uniformidad en las decisiones adoptadas. Es decir, la aplicación de la

[7] Este es el sentido del art. 2.2 de la LOPJ que establece que "Los Juzgados y Tribunales *no ejercerán más funciones* que las señaladas en el párrafo anterior [juzgar y hacer ejecutar lo juzgado], y las demás que *expresamente les sean atribuidas por ley* en garantía de cualquier derecho"; y luego se señala que la función de juzgar está también acotada por el ordenamiento jurídico al establecerse en el artículo 9.1 que "Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley".

[8] En este sentido es tajante la LOPJ al establecer en su artículo 12 que:

"1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son *independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.*

2. *No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores* en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

3. *Tampoco podrán* los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial *dictar instrucciones*, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, *sobre* la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional".

[9] Los datos se refieres al año 2021, pues la Estadística 2022 todavía no está (a 10/03/2023) en la base de datos del CGPJ; la Estadística 2021 se puede obtener en:

https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/

[10] La incidencia de la casación en el orden civil es del 0,0012%, en el orden penal del 0,0019% y en el contencioso-administrativo sube al 0,0117%.

norma al caso concreto tiende a uniformarse, uniformidad jaleada por los medios de comunicación, para los cuales las sentencias dispares son objeto de titulares[11].

Hablamos de Poder Judicial cuando en realidad deberíamos de hablar del servicio público de la Administración de Justicia o incluso simplemente de Administración de Justicia[12]. Sería más apropiado en la medida en que es un poder carente de poder o, de manera más figurativa, es un poder "castrado", pues la apariencia externa no se corresponde con la realidad interna.

El papel social que cumple es de enorme relevancia, pero su relevancia no lo convierte necesariamente en poder, pues el papel social que cumplen otros servicios públicos como la sanidad o la educación también son de enorme relevancia. El rol del Poder Judicial es extremadamente relevante pues, aunque son muy escasas sus actuaciones en relación con el poder público, éstas suelen ser de enorme actualidad y con gran repercusión social; esas escasas actuaciones lo que hacen -hay que recordarlo- es controlar al poder público. La paradoja es que los jueces limitan al poder público en el concreto ámbito de la sumisión de la actuación de éste al ordenamiento jurídico y lógicamente lo hacen de acuerdo con un ordenamiento jurídico que ha sido creado por el poder legislativo y desarrollado por el poder ejecutivo.

Y es en este punto donde se va a criticar al Poder Judicial sobre la base de que esa limitación viene impuesta por un juez carente de legitimación democrática, cuyo único valor es el de tener conocimientos técnicos en la materia. Se dice que la democracia es sustituida así por la técnica.

Nos encontraríamos ante una situación en la que el poder público, que es quien tiene la capacidad para limitar el Poder Judicial mediante la aprobación de las correspondientes leyes no lo hace y, sin embargo, critica aquellas decisiones judiciales que aplican el ordenamiento jurídico aprobado por el propio Parlamento. Si un juez "condena" a un político o anula una política pública ejecutada por el Gobierno la defensa sistemática será la de aludir a una persecución o bien a un entendimiento

---

[11] A. RODRIGUEZ VERGARA, *Encuesta*, en *Teoría y realidad constitucional*, 38/2016, 28: "la independencia judicial es mucho más necesaria mientras más amplias sean las facultades del juez y más discrecional pueda ser el ejercicio de la actividad jurisdiccional, una ampliación de facultades inescindible de la propia evolución del Estado constitucional, que obliga al juez a ensanchar las posibilidades de interpretación de las normas cuando es necesario adaptarlas a los términos constitucionales, lo que en ocasiones le puede obligar, incluso, a apartarse de su texto. En definitiva, el imperio de la Constitución conduce inevitablemente a un incremento de la labor creadora del derecho por los jueces".

[12] En este sentido Tommaso E. Frosini señala que "es preciso retornar al espíritu y la letra de la Constitución [italiana], que define el poder judicial como un orden y no como un poder", T.E. FROSINI, *El gobierno de los jueces. Una historia italiana*, en *Teoría y realidad constitucional*, 50/2022, 614.

Sin embargo, Serra Cristóbal mantiene una posición ligeramente diferente: "No podemos negar el carácter político del CGPJ, pues se define como el órgano de gobierno del poder judicial. Pero, en su caso, solo puede hacer «política judicial». Y debemos entender por «política judicial» aquélla que López Guerra describía como la dirección de la política judicial, entendida ésta como «conjunto de actuaciones de dirección y gestión, relativas tanto a la posición de jueces y magistrados concretos como al conjunto orgánico que integra el poder judicial, que no pueden considerarse como la mera ejecución de preceptos legales»"; la referencia es a L. LÓPEZ GUERRA, *Consejo General del Poder Judicial y política de la justicia*, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Prof. Rubio Llorente*, Madrid, 2022, 1010; R. SERRA CRISTÓBAL, *La elección de los miembros del CGPJ. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 31/2013, 318.

equivocado de la realidad social y política por parte del juez, incluso una falta de sensibilidad[13].

El poder judicial es un poder escaso, puntual, un poder más semántico que efectivo, pero cuyas decisiones o actuaciones pueden tener unas consecuencias fuertes[14] en el ámbito del juego democrático.

Los puntos de fricción de los que vamos a hablar son aquellos donde inciden las instituciones democráticas y, básicamente, el Parlamento en la organización o determinación del Poder Judicial. El punto de choque es, evidentemente, el del control judicial sobre la actuación política como consecuencia de estar en un Estado (ahora, también, constitucional) de Derecho. Pero conviene recordar o subrayar como premisas o condicionantes, que ese control no es de oficio, está limitado por lo que piden las partes y está sometido a los estrictos márgenes del principio de la tutela judicial efectiva; además, es un poder difuso, distribuido entre los más de 5000 jueces y magistrados españoles que lo componen, los cuales acceden al cargo mediante oposición y su carrera judicial, básicamente, se realiza en base a la antigüedad. El Poder

[13] Sobre la incidencia de la Justicia en la voluntad popular véanse las recientes declaraciones de miembros del Gobierno y del partido Podemos que forman coalición de gobierno con el PSOE. La Ministra de Igualdad, Irene Montero y la Delegada del Gobierno contra la Violencia de Género, Victoria Rosell, han afirmado que la reducción de penas en algunos casos de condenados por agresión sexual como consecuencia de la aprobación de la denominada *Ley del Solo si es sí* (Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual) se debe no a un problema de la ley sino a que hay jueces que "*están incumpliendo la ley*" por "*machismo*".

Jaume Asens, presidente del grupo de Unidas Podemos en el Congreso y referente de los Comunes: "El problema no está en la ley, está en la justicia. Los jueces no pueden suplantar al legislador interpretando lo que no dice la ley. Hay que hacer pedagogía y reforzar la formación en violencia machista en la justicia".

Ione Belarra, Ministra de Derechos Sociales y Agenda 2030, ha abundado en esa tesis de que el problema no es la ley, sino los jueces que la están aplicando: "Una parte de los jueces de este país se ha erigido como oposición al Gobierno de coalición y especialmente al Ministerio de Igualdad, que está llevando los avances más lejos que nunca. Están aplicando mal la ley solo sí es sí y siguiendo el ejemplo del CGPJ".

Irene Montero, Ministra de Igualdad: "Miren, lo que está ocurriendo aquí es que hay jueces que no están cumpliendo la ley. Nos ha pasado con regímenes de visitas para maltratadores en la ley de infancia y nos ocurre ahora también con la ley solo sí es sí. Naciones Unidas, el comité CEDAW [Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer], ya nos alerta de esta situación, nos dice que los estereotipos, el machismo pueden comprometer la imparcialidad y la integridad de los sistemas de justicia y que esos mismos estereotipos, ese machismo, puede hacer que haya jueces que apliquen erróneamente la ley o que la apliquen de forma defectuosa, por tanto, lo que haremos será en cumplimiento de la ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual reforzar la formación obligatoria a todo el personal que opera en la justicia y como ha dicho el presidente confiamos también que los tribunales unifiquen su criterio en defensa de los derechos de las mujeres y para garantizar que no hay impunidad para los agresores"

Todas las anteriores manifestaciones obtenidas en https://elpais.com/espana/2022-11-16/irene-montero-acusa-a-los-jueces-de-incumplir-la-ley-por-machismo-al-rebajar-penas-por-la-ley-del-solo-si-es-si.html

[14] Recuérdese, por ejemplo, la incidencia que tuvo la sentencia del denominado Caso Gürtel en el resultado de la moción de censura que elevó a Presidente del Gobierno a Pedro Sánchez. Una descripción del devenir de la moción de censura se puede consultar en https://www.elmundo.es/espana/2018/10/14/5bc23f20e2704e04a98b4576.html

Y si se quiere insistir en el protagonismo de la justicia en el cambio del Gobierno véase del mismo diario la noticia aparecida un año después: https://www.elmundo.es/espana/2019/04/02/5ca35da221efa057638b459a.html

Judicial en España se configura, así, como un "poder" de carácter administrativo, un poder más semántico que efectivo.

Sin embargo, un carácter menos "administrativo" y con un talante o contenido de mayor calado político lo podemos ver en la designación de los magistrados del Tribunal Supremo, magistrados que son nombrados por el Consejo General del Poder Judicial. Y es aquí donde sí se produce el choque con el Parlamento tal y como veremos a continuación.

IV. *El Consejo General del Poder Judicial: examen de sus funciones para determinar el carácter político o administrativo del órgano de gobierno de los jueces*

Constitucionalmente el Consejo General del Poder Judicial tiene entre sus competencias mínimas las de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario (art. 122.2 CE), la de informar el nombramiento del Fiscal General del Estado (124.4 CE) así como la del nombramiento de dos magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159.1 CE) y se deja la posibilidad de atribuirle otras funciones mediante su Ley Orgánica.

Las funciones adicionales que le han sido atribuidas son la de informar los anteproyectos de ley[15] y la de presentar una memoria anual ante el Congreso de los Diputados. A continuación, examinamos esas funciones para determinar el carácter del "órgano de gobierno" de los jueces.

A) La presentación de la Memoria Anual. La presentación de la Memoria Anual no plantea grandes problemas de calado político, salvo los "tradicionales" problemas reivindicativos por falta de recursos personales, materiales y financieros que se suelen plantear en este tipo de actos. La presentación de la memoria es más un acto más formal[16] que un acto con contenido material y político concreto. De hecho, la

[15] El art. 561 de la LOPJ establece que "Se someterán a informe del Consejo General del Poder Judicial los anteproyectos de ley y disposiciones generales que versen sobre las siguientes materias:

1.ª Modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.ª Determinación y modificación de las demarcaciones judiciales, así como de su capitalidad.

3.ª Fijación y modificación de la plantilla orgánica de jueces y magistrados.

4.ª Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados.

5.ª Estatuto orgánico de los Letrados de la Administración de Justicia y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia.

6.ª Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales.

7ª Normas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales.

8.ª Leyes penales y normas sobre régimen penitenciario.

9.ª Cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna."

[16] El art. 181 LOPJ señala que "1. Al inicio del año judicial se celebrará un acto solemne en el Tribunal Supremo.

2. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo presentará en dicho acto la Memoria anual sobre el estado, funcionamiento y actividades de los Juzgados y Tribunales de Justicia.

presentación de la Memoria ante el Congreso carece -hasta el momento- totalmente de trascendencia.

B) La función consultiva. Respecto de la función de informar proyectos de ley que eleva el Consejo al Gobierno en la tramitación de una ley tampoco parece una función de alto contenido político, salvo puntualmente cuando afecte a materias penales o procesales que tengan que ver con algún derecho fundamental. Los informes emitidos hasta el momento no han sido objeto de gran debate entre los medios de comunicación, aunque sí han podido tener un mayor calado entre los estudiosos y conocedores de la materia [17]. Recuérdese además que los informes, aunque preceptivos no tienen carácter vinculante por lo que su valor es más el que pueda ser utilizado por los medios de comunicación que por su valor jurídico intrínseco. Y, en general, a los medios de comunicación no les gusta dar noticias sobre hechos cuya conclusión sea muy posterior en el tiempo, por lo que estos informes no tienen un gran eco.

C) La inspección. Tampoco han planteado problemas las inspecciones ordinarias que se llevan a cabo por los inspectores del Consejo o incluso por los Tribunales Superiores de Justicia, aunque la inspección pueda ser usada torticeramente para apartar o favorecer a determinados magistrados. Sin embargo, desconozco que esta función haya sido utilizada políticamente; sí que ha sido usada de manera indebida, pero para fines personales[18], lo cual no es objeto de la materia de este análisis.

D) La función de nombrar a los dos vocales Magistrados del Tribunal Constitucional. Entendemos que tampoco es una función de fuerte contenido político por cuánto esta se produce cada 9 años, por lo que atendiendo a la duración (teórica) del mandato del CGPJ de cada 3 Consejos solo le correspondería nombrarlo a 1 y atendiendo a que el Consejo no sé forma junto con el Congreso de los Diputados parece que la falta de correspondencia entre las mayorías parlamentarias y el Consejo es más un elemento de contrapeso o equilibrio de poderes qué un demérito o déficit democrático. Salvo casos puntuales, cómo el que ocurrió en el último nombramiento (2022) la designación de estos dos vocales no ha suscitado problemática alguna.

Lo que sí que interesa subrayar en este último nombramiento es que la problemática provenía de que el nombramiento lo efectuaba un órgano constitucional que no estaba renovado, es decir, se entendía que carecía de la necesaria legitimación para proceder al nombramiento. Hay que advertir que la duración indebida del Consejo

---

3. El Fiscal General del Estado leerá también en este acto la Memoria anual sobre su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la Justicia".

[17] Por poner un ejemplo reciente, el informe que se llevó a cabo en relación con la denominada *Ley del solo sí es sí* (Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual) puso en evidencia aspectos que fueron objeto de comentario común cómo el de la dificultad que implicaba la determinación del consentimiento expreso, la técnica legislativa o la especialización de los órganos judiciales, sin que estas objeciones tuvieran un fuerte eco político. Un resumen del Informe puede consultarse en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual y el texto completo en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual .

[18] https://elpais.com/diario/1993/12/24/espana/756687605_850215.html

en funciones es una consecuencia de la incapacidad del parlamento para proceder a su renovación. La problemática del nombramiento no es consecuencia del Consejo en sí mismo pues proviene de la parálisis de un Parlamento que es incapaz de renovar el Consejo; el CGPJ lo que hizo fue ejercer sus prerrogativas, aunque se encontrara en funciones.

E) El nombramiento de jueces y magistrados. Tampoco plantea problemas cuando se trata de organizar la forma de ingreso de los jueces en la carrera, pero sí que plantea más problemas cuando se trata del nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo, al tratarse de un nombramiento que se aleja del sistema tradicional de progresión en la carrera qué es el de la mera antigüedad e intervenir el criterio de mérito que ofrece un margen de discrecionalidad. Aquí radica el problema, pues hay dos jurisdicciones judiciales que son las encargadas de controlar de manera directa a los políticos en cuanto personas (me estoy refiriendo a la jurisdicción penal) cómo a las políticas que desarrolla el Gobierno en su función ejecutiva (jurisdicción contencioso administrativa).

La descripción de las funciones que lleva a cabo el Consejo General del Poder Judicial refuerza la idea de que este es un órgano que, aunque se denomine constitucional, en realidad es un órgano con funciones muy técnicas y de gestión y con escasa relevancia constitucional[19]; sin embargo, la realidad es otra y esto seguramente es debido al juego al que nuestros representantes políticos han querido asignar (o han dejado) al Poder Judicial.

Si estamos ante un Poder que de poder solo tiene el nombre y si mantenemos que el órgano de gobierno de ese servicio público es un órgano de gestión por qué últimamente se escuchan (y con más frecuencia de la deseada) las siguientes dos frases: "la justicia está politizada" y "la política está judicializada". Ambas contienen las mismas palabras, pero sus significados son radicalmente distintos y una es, probablemente, la causa de la otra. En ambos casos, son expresiones con un matiz peyorativo.

V. *La "judicialización de la política" y la "politización de la justicia"*

La primera expresión supone trasladar la acción política de la arena del consenso, del dialogo, del entendimiento, del pacto a la arena de lo jurídico, convirtiendo al juez (ordinario o constitucional) en el árbitro de la disputa y de la diferencia natural de las posiciones políticas.

La política, por propia naturaleza, es contraste, es lucha, es competición cuyo resultado final tras un arduo juego de envites y de órdagos es el entendimiento basado en una relación en la que no hay un vencedor absoluto, pero tampoco un perdedor absoluto. Llevar ese juego a la arena judicial supone declarar vencedores y perdedores

[19] En palabras de J.L. GOMEZ COLOMER, "parece un simple, aunque de altísimo nivel, órgano de *gestión* (…) En realidad, implica formalmente el autogobierno (más bien la *gestión) judicial* por un órgano constitucional", (*Sobre el nombramiento del Presidente y de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común*, en *Teoría y realidad constitucional*, 44/2019, 211).

absolutos, lo cual, como acabamos de señalar, es contrario a la propia esencia de la política, de la política parlamentaria en una sociedad democrática que es el entendimiento, el dialogo.

La segunda expresión, la "politización de la justicia", supone en términos teóricos la entrada de la política en el universo del "poder" judicial, algo que teóricamente no es negativo ni, *a priori*, malo.

Sin embargo, cuando se habla de "politización de la justicia" lo es en un contexto o sentido peyorativo, puesto que implica la entrada de los políticos en el universo judicial para poder intervenir en él, liberándose así de los controles a los que los políticos están sometidos.

Y, desgraciadamente, ambas frases están vinculadas: la politización de la justicia es consecuencia de la judicialización de la política, pues si a los jueces se le atribuyen la determinación de la ilegalidad o ilicitud de un acto político o de una ley, lo mejor es ocupar el espacio de la independencia judicial (que es el espacio necesario para asegurar la imparcialidad de la decisión judicial) para convertir ese espacio neutral en un lugar dependiente, donde la decisión pueda ser favorable a los intereses que en ese momento correspondan.

En pocas palabras, "la politización de la justicia" tiene un fin concreto: la clase política[20] trata de conseguir que las resoluciones que dicten los jueces (los ordinarios y, también, el constitucional) sean favorables a sus intereses, sean resoluciones penales, sean de carácter legislativo o, como vemos últimamente[21], de carácter procedimental (me refiero al procedimiento legislativo, aunque el "problema" aquí no es el Poder Judicial sino el Tribunal Constitucional); y el problema es que esos intereses de la clase política están más allá de lo que marca el ordenamiento jurídico penal o administrativo

[20] Para Rafael Jiménez Asensio "el órgano de gobierno del Poder Judicial en España es una *institución colonizada* por los partidos políticos. Son éstos los que deciden quiénes toman asiento en tal órgano y quienes no", R. JIMÉNEZ ASENSIO, *El (des)gobierno del Poder Judicial*, Agenda Pública de 11 de noviembre de 2018, https://agendapublica.elpais.com/noticia/14600/des-gobierno-poder-judicia

J.L. GOMEZ COLOMER, *Sobre el nombramiento del Presidente y de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común*, en *Teoría y realidad constitucional*, 44/2019, lo describe como "que el Consejo ha sido *uno de los mayores objetos de deseo* de todos los gobiernos democráticos que España ha tenido desde 1978" (p. 212); "las reformas legales en materia de Poder Judicial demuestran que ambos sectores cuando han gobernado han querido lo mismo, controlar el poder judicial" (p. 230). R. BUSTOS GISBERT, *Encuesta*, en *Teoría y realidad constitucional*, 38/2016, 28: "El sistema de 1985 está absolutamente desprestigiado por el uso vergonzoso de la política de cuotas realizado por los partidos políticos".

[21] El 14 de septiembre de 2022 el Grupo Parlamentario Popular presentó un recurso de amparo contra la forma adoptada por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados para la tramitación parlamentaria de los preceptos que modifican la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al haber sido introducidos en la "Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso", mediante dos enmiendas a las misma (61 y 62) y que fueron, así, aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados de 15 de diciembre de 2022, con lo que se evitaba el trámite de informes preceptivos, así como el debate parlamentario, afectando ambas enmiendas a un tema sensible como es el de la composición del Tribunal Constitucional. Cfr. Auto 177/2022, de 19 de diciembre de 2022 (Recurso de amparo 8263-2022) que admite a trámite y acuerda la suspensión cautelar del procedimiento parlamentario.

y, en su caso, constitucional. Y, entiéndase bien, esos intereses de la clase política no tienen que ser necesariamente negativos o espurios.

Es por ello que el Consejo General del Poder judicial (CGPJ) cobra una especial importancia, en la medida que entre sus facultades tiene la de designar a los magistrados del Tribunal Supremo correspondiendo a los magistrados del Tribunal Supremo (sea en vía penal, sea en vía contencioso-administrativa) la primera y la última palabra en decisiones importantes que afectan directamente a la actuación de una parte de la clase política. Es una parte mínima, puntualísima, pero con gran repercusión como hemos examinado.

Esto explica el retraso de cuatro años en el nombramiento de los vocales del CGPJ y eso también explica porque ahora también el propio CGPJ retrasó el último nombramiento de los dos magistrados del Tribunal Constitucional. Hay una mayoría y no se quiere cambiar o (en palabras más suaves) se quiere retrasar al máximo su renovación, pues el tiempo de la prórroga juega a favor de la parte que los ha designado.

En términos muy vulgares, lo que no se consigue en las urnas se puede conseguir en los tribunales. Pero ojo, no en cualquier tribunal, sino principalmente en dos: el Constitucional y el Supremo. Esa es la razón a la renuencia a proceder a sus renovaciones, renovaciones que son obligadas constitucional y legislativamente, por lo que su incumplimiento es una vulneración del ordenamiento jurídico, no sirviendo de excusa la invocación a bienes o intereses superiores.

La vigente regulación constitucional y legislativa busca que las distintas sensibilidades políticas (nos gusten o nos disgusten, sean de nuestra cuerda o lo contrario) estén representadas en el CGPJ, por lo que no hacerlo supone una vulneración del ordenamiento jurídico y, en este caso, sin control jurídico, pues el sistema carece de mecanismos frente a la inacción.

Así nos encontramos en estos momentos con un CGPJ caducado/prorrogado que ha tenido que nombrar a dos Magistrados del Tribunal Constitucional, cuyos mandatos también ya estaban caducados o prorrogados.

Este choque entre el Parlamento y el Poder Judicial[22] pone en evidencia (una vez más, aunque que cada vez el impacto de la colisión es mas fuerte) la resistencia del poder a ser controlado y la solución es difícil pues corresponde su reparación, precisamente, a quien se resiste a ser controlado, es decir, el Ejecutivo y la mayoría parlamentaria que le apoya. Aquí queremos insistir en la descripción de ese poder que se resiste a ser controlado (el Ejecutivo y su mayoría parlamentaria) puesto que, en España, el sistema parlamentario instaurado se ha convertido materialmente en un sistema semi presidencialista. Las elecciones legislativas en España no solo sirven para conformar la mayoría de gobierno, sino principalmente para elegir al Presidente del

[22] Sobre el tema cfr. los editoriales, desde distintos puntos de vista, de A. CARMONA CONTRERAS, *Cuando el fin no justifica los medios*, en *Diario El País*, 13 de diciembre de 2022; M. ARAGÓN REYES, *Un ataque frontal al Tribunal Constitucional y al Estado de Derecho*, en *Diario El Mundo*, 14 de diciembre de 2022; J.A. MONTILLA MARTOS, *Ser juez y parte: ¿puede un magistrado sentenciar sobre sí mismo y pretender ser imparcial?*, en *EFE*, 18 de diciembre de 2023; E. ARANDA ALVAREZ, *Juez y parte: el fallo del Constitucional que empuja a dos magistrados a apartarse del recurso del PP*, en *El Diario.es*, 17 de diciembre de 2022, https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/choque-poderes_129_9803721.html.

Gobierno; el sistema de partidos ha desaparecido y reinan los liderazgos fuertes. Y, como es bien sabido, los liderazgos fuertes tienen una tendencia innata al autoritarismo, autoritarismo que se basa en el supuesto interés del votante y del que se erigen en su representante único.

Una *solución* legislativa al problema es difícil por causa de los actores que intervienen y por el tipo de política (populista) que impera en estos momentos; aunque es extremadamente fácil resolver el problema que origina este choque entre Parlamento y Consejo General del Poder Judicial: que se cumplan las leyes[23].

No hay que hacer nada, simplemente, cumplir las leyes; aunque esa solución, extremadamente fácil, depende de la voluntad de los actores que han de llevarla a cabo y parece que en este partido los jugadores están inventando y reinventando las reglas continuamente. Es un juego casi infantil: "porque tu no cumples, yo no cumplo; porque tú te pasas, yo me paso; porque no me gusta el resultado no cumplo; porque me gusta el resultado no hago nada...". En definitiva, reclamar honestidad, reclamar decoro, reclamar educación, reclamar integridad, reclamar coherencia[24]. Pero estas características no son las que imperan en estos momentos en la sociedad, por lo que el juego de infantiles tramposos seguirá, mucho me temo, funcionando.

VI. *Conclusiones*

Cumplir las leyes significa dejar las cosas como están, lo cual es una posición que cabe entender conservadora si bien creo que es lo que corresponde en tiempos de crisis o al menos de dudas sobre los modelos representativos que deben ser adoptados para encauzar las nuevas demandas de participación de los ciudadanos en el ámbito de lo

[23] P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y J.F. LÓPEZ AGUILAR, *Encuesta*, en *Teoría y realidad constitucional*, 38/2016, 32 y 28, respectivamente, señalan: "Si se cumple la Constitución y la Ley Orgánica y los grupos parlamentarios se esfuerzan en elegir como vocales a miembros de la carrera judicial caracterizados por su buen hacer y a juristas de prestigio profesional reconocido y lo hacen buscando coincidir en positivo en vez de repartirse cuotas, en especial cuotas ciegas, creo que se habría acabado la ya vieja y recurrente controversia" y López Aguilar subraya que desaparecería la sombra de falta de independencia de la justicia española "como consecuencia de la polémica en torno al Consejo General del Poder Judicial, [mediante] una convención que neutralizara políticamente este órgano por el simple procedimiento de cumplir la Constitución".

[24] Esta es también una de las soluciones que propone Gómez Colomer "llegar a un nuevo gran acuerdo moral general por el que todos los políticos y demás intervinientes se obliguen a proponer para el Consejo General del Poder Judicial solo a profesionales creyentes en la justicia, intachables, competentes, valiosos, de trayectoria profesional incontestable y, con sentido de Estado, lo que afectaría especialmente a la propuesta sobre su Presidente", J.L. GOMEZ COLOMER, *Sobre el nombramiento del Presidente y de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común*, en *Teoría y realidad constitucional*, 44/2019, 232.

De una manera menos grandilocuente pero con la misma idea, Pablo Lucas señala que "la ya larga polémica en torno al Consejo (…) es un problema esencialmente político que afecta a los equilibrios de poder y, como tal, debe recibir una solución política que sólo puede provenir del consenso, de la consecución de una convención constitucional que, por fin, neutralice políticamente la formación de los órganos constitucionales de garantía y, en general, asiente una cultura de respeto institucional", P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, en *Teoría y realidad constitucional*, 40/2017, 368.

público (donde, por cierto, la representación popular en el ámbito judicial es prácticamente inexistente).

Estando plenamente de acuerdo en que hay que mejorar los mecanismos de participación, también soy un firme sostenedor de que hay que mejorar los mecanismos de control del poder. Y, aunque obvio, conviene recordar que el poder, desde que es poder, se niega a ser controlado[25]; este punto de partida no lo podemos perder de vista en ningún momento, pues actualmente el poder está más cerca de la ciudadanía, el poder está más controlado que nunca, la participación tiene más cauces de instrumentación. Pero no debemos olvidar que ese poder cercano, controlado y participativo tiende a evadir cualquier forma de control. Desde esta perspectiva entiendo que no hay que introducir modificaciones en la forma de elección del Consejo General del Poder Judicial (ni en otras leyes)[26] pues la modificación o modificaciones que se proponen lejos de ayudar a la siempre lenta construcción del Estado de Derecho podrían llevar a su lenta destrucción o (si no queremos ser tan tremendistas o fatalistas) a una progresiva debilidad del mismo.

En definitiva, el Estado de Derecho sigue siendo el mejor instrumento de freno del poder y por lo tanto también del poder ejercido a través de las instituciones, aunque este poder sea democrático. Un puntal básico del Estado de Derecho es la jurisdicción y, en concreto, la que es ejercida por el Poder Judicial. Sin embargo, asistimos a disfunciones importantes cuyo origen está en la institución democrática y no en la judicial. La disfunción es consecuencia de que las fuerzas parlamentarias mayoritarias proceden materialmente de forma distinta a la establecida de la ley, subvirtiendo la finalidad de la norma y sin que esa "subversión" de la norma pueda tener control, quedando patente así la dificultad de controlar el ejercicio del poder[27].

---

[25] Sobre el tema cfr. la demoledora monografía de R. JIMENEZ ASENSIO, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Barcelona, 2016; de manera sintética para expresar la dificultad para el control del poder el Prof. Jiménez Asensio reproduce la frase de Alain "*todo poder sin control enloquece"* (ALAIN, -pseudónimo de Émile-Auguste Chartier- *El ciudadano contra los poderes*, Madrid, 2017).

[26] El Prof. Gómez Colomer propone, incluso, la reforma de la Constitución para explicitar estrictamente las funciones y el procedimiento para los nombramientos de la manera más alejada posible al control político por el poder, si bien él mismo reconoce que siendo una propuesta seria y rigurosa jurídicamente también es ingenua por la complejidad situación política de nuestro ordenamiento. J.L. GOMEZ COLOMER, *Sobre el nombramiento del Presidente y de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común*, en *Teoría y realidad constitucional*, 44/2019, pp. 232.

No es partidario de una reforma constitucional Pablo Lucas Murillo de la Cueva: "La superación de la ya larga polémica en torno al Consejo y de las consecuencias deslegitimadoras que ha supuesto *no* pasa necesariamente, salvo en el aspecto de su tamaño, por la reforma de la Constitución", P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, en *Teoría y realidad constitucional*, 40/2017, 367.

[27] El problema no es nuevo. Sobre el tema y por no ir más atrás, cfr. entre otros muchos, P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales (comentarios sobre la actualidad)*, en *Parlamento y Constitución*, 13/2010; C. PAUNER CHULVI, *Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos. Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, 2010 o F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *El problema de la renovación de los órganos constitucionales*, en *Revista de Derecho Político*, 77/2010.

El *spoil system* viene practicándose en España desde finales del siglo XX. Una visión más reciente del "mismo" problema en M.T. GONZÁLEZ ESCUDERO, *La elección parlamentaria de miembros de órganos constitucionales y otros cargos públicos. Crónica de un fracaso*, en *Asamblea, Revista parlamentaria de*

La solución, desde esta perspectiva, no pasa por reformar la ley, basta con aplicarla correctamente. Ahora bien, para aplicarla, ¿Qué se puede hacer?

A nuestro juicio caben dos soluciones:

Una primera (que me disgusta, pero que sería posible) es la de que el tema sea zanjado por otra instancia "jurisdiccional", el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estando esta vía abierta por la doctrina sentada en relación con Portugal y la consideración del juez nacional como juez europeo[28].

Una segunda, la reforma de los Reglamentos parlamentarios con la finalidad de "automatizar" los procedimientos que conducen a los nombramientos, de forma que cumpliéndose los plazos de las renovaciones de los órganos (y esto serviría para todos los órganos de designación parlamentaria) el procedimiento parlamentario quedase como un trámite de gestión pero no de carácter político, así, por ejemplo, vencido el plazo y existiendo candidaturas la Mesa del Parlamento debe proceder a la convocatoria de la correspondiente audiencia publica y votación del candidato[29].

Bibliografía

AA.VV., *Encuesta*, en *Teoría y realidad constitucional*, 50/2022 (Rafael Bustos Gisbert, Luis E. Delgado Del Rincón, Ángela Figueruelo Burrieza, Juan Fernando López Aguilar, Luis María López Guerra, Pablo Lucas Murillo de la Cueva, María Gema Rosado Iglesias, Rosario Serra Cristóbal).

AA.VV., *Encuesta*, en *Teoría y realidad constitucional*, 38/2016 (Rafael Bustos Gisbert, Juan Fernando López Aguilar, Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Ángel Rodríguez-Díaz Vergara).

M. AHUMADA, *Presentación: Jueces en el espacio de la política*, en *Revista de Estudios Políticos*, 198/2022, 14, doi: https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.01

J.A. AMAYA, *El debate sobre la última palabra: un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, 19/2019, 49–60. https://doi.org/10.17561/rej.n19.a3

la Asamblea de Madrid, 43/2022, 55 ss. También, A. CARMONA CONTRERAS, *Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica*, en *Revista De Las Cortes Generales*, 113/2022, 245-273; y A. CUENCA MIRANDA, *La intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos*, en *Revista de las Cortes Generales*, 113/2022, 275-303.

[28] N. MAGALDI, *La construcción de un Poder Judicial europeo y las garantías de su independencia*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125/2022, 128-157.

Una buena síntesis actualizada del anterior se puede encontrar en B. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *La independencia judicial en la jurisprudencia del TJUE más reciente*, en *Boletín Informativo de Juezas y Jueces para la Democracia*, 89/2023. Cfr. también D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO y E. ARNALDOS ORTS, *La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Revista de Estudios Políticos*, 198/2022, 122-151; y M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea, en Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65/2020, 11-31.

[29] L. LÓPEZ GUERRA, Vexata quaestio*: sobre las dilaciones parlamentarias en la designación de titulares de órganos constitucionales*, en *Revista de las Cortes Generales*, 108/2020. También, M. CARMENA, *CGPJ: diputados, senadores, ¡a votar!*, en *Diario El País*, 22 de noviembre de 2022.

A.M. ALTERIO, *Simposio "Reforma Constitucional al Poder Judicial Mexicano", Introducción*, IberICONnect, 30 de septiembre de 2024. Disponible en: https://www.ibericonnect.blog/2024/09/simposio-reforma-constitucional-al-poder-judicial-mexicano-introduccion/

M. ARAGÓN REYES, *Un ataque frontal al Tribunal Constitucional y al Estado de Derecho*, en *Diario El Mundo*, 14 de diciembre de 2022.

E. ARANDA ALVAREZ, *Juez y parte: el fallo del Constitucional que empuja a dos magistrados a apartarse del recurso del PP*, en *El Diario.es*, 17 de diciembre de 2022, https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/choque-poderes_129_9803721.html

R. BUSTOS GISBERT, *Encuesta*, en *Teoría y realidad constitucional*, 38/2016.

F. CAAMAÑO, *El casco de Hades y la independencia judicial*, en *Revista de Estudios Políticos*, 198/2022, 69-91, https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.03

M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65/2020, 11-31. https://doi.org/10.18042/

A. CARMONA CONTRERAS, *Cuando el fin no justifica los medios*, en *Diario El Pais*, 13 de diciembre de 2022.

A. CARMONA CONTRERAS, *Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica*, en *Revista De Las Cortes Generales*, 113/2020, 245-273. https://doi.org/10.33426

M. CARMENA, *CGPJ: diputados, senadores, ¡a votar!*, en *Diario El País*, 22 de noviembre de 2022.

A. CUENCA MIRANDA, *La intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos*, en *Revista de las Cortes Generales*, 113/2022, 275-303. https://doi.org/10.33426/rcg/2022/113/1699

T.E. FROSINI, *El gobierno de los jueces. Una historia italiana*, en *Teoría y realidad constitucional*, 50/2022, 605-615.

J.L. GOMEZ COLOMER, *Sobre el nombramiento del Presidente y de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común*, en *Teoría y realidad constitucional*, 44/2019, 209-236.

M.T. GONZÁLEZ ESCUDERO, *La elección parlamentaria de miembros de órganos constitucionales y otros cargos públicos. Crónica de un fracaso*, en *Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 43/2022, 55 ss.

R. JIMENEZ ASENSIO, *El (des)gobierno del Poder Judicial*, en *Agenda Pública*, 11 de noviembre de 2018, https://agendapublica.elpais.com/noticia/14600/des-gobierno-poder-judicial

R. JIMENEZ ASENSIO, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Barcelona, 2016.

L. LÓPEZ GUERRA, *Vexata quaestio*: sobre las dilaciones parlamentarias en la designación de titulares de órganos constitucionales, en *Revista de las Cortes Generales*, 108/2020, https://doi.org/10.33426/rcg/2020/108/1480

J.F. LÓPEZ AGUILAR, *Encuesta*, en *Teoría y realidad constitucional*, 38/2016.

P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, en *Teoría y realidad constitucional*, 40/2017.

P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Encuesta*, en *Teoría y realidad constitucional*, 38/2016.

P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos Constitucionales (comentarios sobre la actualidad)*, en *Parlamento y Constitución*, 13/2010.

N. MAGALDI, *La construcción de un Poder Judicial europeo y las garantías de su independencia*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125/2022, 128-157. https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.05

J.A. MONTILLA MARTOS, *Ser juez y parte: ¿puede un magistrado sentenciar sobre sí mismo y pretender ser imparcial?*, en *EFE*, 18 de diciembre de 2023.

C. PAUNER CHULVI, *Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos. Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, 2010.

A. RODRIGUEZ VERGARA, *Encuesta*, en *Teoría y realidad constitucional*, 38/2016.

B. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *La independencia judicial en la jurisprudencia del TJUE más reciente*, en *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, 89/2023

F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *El problema de la renovación de los órganos constitucionales*, en *Revista de Derecho Político*, 77/2010.

D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO y E. ARNALDOS ORTS, *La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en *Revista de Estudios Políticos*, 198/2022, 122-151. https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.05

R. SERRA CRISTOBAL, *La elección de los miembros del CGPJ. Una propuesta de consejo más integrador e independiente*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 31/2013, 277-322.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

LA (SOSTENIBILE?) LEGGEREZZA DELL'ESSERE. DIALOGO CON IL LEGISLATORE E "DEBOLEZZA" NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ[*]

ALESSIO RAUTI[**]

SOMMARIO. – 1. Dalla "crisi del parlamentarismo" alle difficoltà di legittimazione delle Corti costituzionali: andata e ritorno. – 2. Il costituzionalismo politico di J. Waldron e la critica "basata sui diritti". – 3. *Segue*: la chiusura al sindacato forte di costituzionalità ed il possibile ruolo del controllo "debole". – 4. Il sindacato debole di costituzionalità: il significato "originario" della categoria e i dubbi sulla coerenza interna del modello. – 5. Allargamento semantico della distinzione tra "forza" e "debolezza" nel controllo sulle leggi: il problema del *come*. – 6. La legittimazione della Corte costituzionale italiana. – 7. L'ordinanza di rinvio a data fissa (la c.d. doppia pronunzia). – 8. *Segue*: l'intensità del monito e gli spazi di intervento del legislatore dopo la decisione di accoglimento. Dal "caso Cappato" alla sentenza n. 135 del 2024. – 9. Le due successive "doppie pronunce". – 10. Conclusioni. Dal sindacato "debole" alla doppia pronunzia. Le condizioni di una (sostenibile) leggerezza.

1. *Dalla crisi del parlamentarismo alle difficoltà di legittimazione delle Corti costituzionali: andata e ritorno*

Il ruolo centrale che nel costituzionalismo contemporaneo i giudici e le Corti costituzionali ricoprono in ordine al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti è il frutto di almeno tre fattori.

Il primo è certamente la presenza di una Costituzione composta in prevalenza da princìpi, anche in ordine alla disciplina dei diritti. In particolare, un diritto formulato in termini di principio è, tendenzialmente, una sorta di macro-diritto, che contiene o può

[*] Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Testo rielaborato ed ampliato dell'intervento al Convegno italo-spagnolo del "Gruppo di Torino" su *L'indipendenza della giustizia costituzionale sotto esame* (Madrid 21 marzo 2024).

[**] Professore Associato di *Diritto costituzionale* e docente di *Diritto costituzionale II*, *Minori stranieri e tutela multilivello dei diritti*, *Clinica legale di Diritto dell'immigrazione* nell'Università *Mediterranea* di Reggio Calabria.

racchiudere al suo interno diverse situazioni soggettive, o, se si vuole, *posizioni elementari*[1]. Si pensi al modo in cui il diritto alla salute si traduce, allo stesso tempo, nella pretesa ad ottenere determinati trattamenti sanitari, alla libertà di *non sottoporsi* a tali trattamenti – in quanto soggetti adulti capaci di intendere e di volere – nonché nella pretesa ad essere informato sulla natura e gli eventuali rischi del trattamento sanitario proposto all'interno della relazione medico-paziente.

In particolare, il c.d. dovere di *non liquet* si attiva per il giudice anche nel caso in cui questi nutra un dubbio sulla capacità di un principio-diritto costituzionale – dunque, di un'istanza di valore già positivizzata – di offrire copertura ad una nuova e peculiare domanda di giustizia che non trovi adeguato rimedio nella legislazione. In questo caso, la scelta di rigettare semplicemente la domanda, senza rivolgersi alla Corte costituzionale, sembra tradire il ruolo del giudice nel sistema accentrato di costituzionalità, perché *impedisce* al Giudice delle leggi di pronunciarsi. Eventualmente, sarà quest'ultimo a decidere *se* una pronuncia nel merito determini una invasione della discrezionalità del legislatore.

Dalla natura bivalente dei princìpi costituzionali – direttive politiche fondamentali e norme giuridiche – deriva tanto la giuridificazione della politica, quanto l'intrinseca politicizzazione (in senso non partitico) della giurisdizione[2], riversandosi nel giudizio l'eccedenza assiologica di quei principi. A maggior ragione, ciò accade nell'ipotesi prima ricordata, ove nuovi diritti privi di riconoscimento legislativo (c.d. "diritti senza legge") vengano derivati, in modo più o meno intuitivo e argomentato, da quelli già espressamente sanciti dal testo costituzionale[3].

A volte, poi, il ricorso al giudice può costituire l'unica possibilità di tutela per quelle categorie di soggetti – si pensi agli stranieri – che, rimanendo normalmente fuori dalle dinamiche della rappresentanza, non possono neppure utilizzare il voto quale strumento di pressione per ottenere modifiche di eventuali leggi che limitano i loro diritti. Peraltro, tali casi costituiscono solo alcuni fra quelli nei quali l'applicazione del principio di eguaglianza e/o del canone della ragionevolezza complessivamente amplifica la centralità dell'operato delle Corti.

La crescita di tali "nuove domande" di giustizia costituzionale – che si innesta su un fenomeno ben noto, derivante dall'avvento dello Stato sociale e dai movimenti per l'accesso alla giustizia[4] – è poi fortemente condizionata sia da uno sviluppo in senso marcatamente individualistico dei rapporti sociali che dalle evoluzioni tecnologiche, le quali peraltro incidono sulla interpretazione e attuazione/applicazione dei medesimi princìpi costituzionali. Ciò contribuisce nel tempo ad allargare il campo del

---

[1] Sulle *posizioni elementari* secondo Hohfeld – *pretesa* (ad un *facere* o *non facere*), *libertà*, *potere* e *immunità* – v. ora, per alcuni sviluppi, v. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 81 ss.

[2] Su tale aspetto, v. L. D'ANDREA, *La natura giurisdizionale della Corte costituzionale tra rappresentanza politica ed esigenza di chiusura del sistema*, in E. BINDI, M. PERINI e A. PISANESCHI (a cura di), *I princìpi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, spec. 345 ss.

[3] Cfr. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, I/2015, 1 ss.

[4] M. CAPPELLETTI, *Giustizia, accesso alla*, in *Enciclopedia della scienze sociali*, Roma, 1994, in www.treccani.it. Di recente, cfr. C. NARDOCCI, *Il "diritto" al giudice costituzionale*, Napoli, 2020, *passim*.

costituzionalmente rilevante, spostando regolarmente in avanti il confine della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive di fronte ai giudici.

Un secondo fattore che contribuisce alla centralità della funzione giurisdizionale nello Stato costituzionale contemporaneo è senz'altro l'apertura delle Costituzioni al diritto internazionale e il processo di *costituzionalizzazione*. Tale fenomeno ha trasformato quest'ultimo in una rete di Carte e Trattati sui diritti e nel nostro continente ha posto in un rapporto di necessario dialogo – e, talvolta, di conflitto – le Corti costituzionali con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e, sia pure in mancanza finora di uno strumento di dialogo simile al rinvio pregiudiziale (ma si vedano i punti di contatto con lo strumento previsto dal Protocollo n. 16), con la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il ruolo decisivo svolto dal Giudice delle leggi all'interno di tali rapporti non si spiega solo nella prospettiva della massima espansione dei diritti attraverso la mutua integrazione interpretativa. Egualmente rilevante, infatti, è la funzione, talora meno visibile e più conflittuale, di presidio degli equilibri peculiari della Costituzione statale di fronte all'intervento di Corti comunque "esterne" all'ordinamento italiano, che si potrebbe ricondurre alla c.d. terza "ondata" negli sviluppi del giudizio di costituzionalità[5].

Infine, il terzo elemento è comunemente rinvenuto nella crisi della rappresentanza politica. È affermazione diffusa che l'inerzia del legislatore abbia addossato alla Consulta un compito di vera e propria "supplenza" nella garanzia dei diritti e nella loro individuazione, cui la stessa ha fatto fronte ricorrendo all'utilizzo di decisioni manipolative. Ma la questione travalica evidentemente i confini nazionali, come dimostra la presenza di poderosi studi comparatistici sulle Corti costituzionali come legislatori positivi[6].

I motivi di tale sviluppo sono molteplici. Già un secolo addietro, C. Schmitt denunciava la crisi della radice liberale del parlamentarismo – il suo «fondamento spirituale» – rinvenuto, oltre che nella divisione dei poteri, nella *pubblicità* e nella *discussione*[7], in breve: nella dialettica pubblica delle opinioni contrapposta al semplice

[5] Cfr. in tal senso D. LUSTIG-J.H.H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world. Retrospective and prospective*, in *I•CON* (2018), Vol. 16, No. 2, 315 ss., che, riprendendo in chiave aggiornata l'analisi comparativa di M. Cappelletti, segnalano il susseguirsi di tre "ondate" relative al sindacato di costituzionalità. La prima riguarda la diffusione e la progressiva qualificazione di tale strumento come elemento essenziale dello Stato costituzionale. La seconda attiene, invece, al processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale, che – soprattutto a partire dal secondo dopoguerra – ha portato all'applicazione giudiziaria delle norme internazionali ed all'espansione del numero dei Tribunali internazionali o sovranazionali. Infine, la terza, i cui contorni non sarebbero ancora nettamente definiti, ingloberebbe, fra l'altro, le scelte delle Corti nazionali volte a salvaguardare lo Stato di diritto, la democrazia e l'identità costituzionale anche, eventualmente, *contro* il diritto internazionale.

[6] Cfr. A.R. BREWER-CARIAS (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, Cambridge, 2011.

[7] C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923-1926), trad.it. a cura di G. Stella, Torino, 2004, spec. 45 ss. (ma v. pure ID., *Verfassungslehre* (1928), trad.it a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, spec. 416 ss.). Come noto, il concetto schmittiano di democrazia come *identità* (omogeneità di natura sostanziale) fra governati e governanti (p. 17, nt. 6) trova la sua fisiologica espressione nell'*acclamatio* – in quanto «il popolo esiste solo nella sfera della pubblicità» – e si basa sull'idea della «eguaglianza fra gli uguali», risultando incompatibile con la logica del parlamentarismo nella democrazia di massa, in cui ogni adulto – per ciò solo, al di fuori, dunque, di un elemento di

calcolo degli interessi ed alle decisioni assunte più o meno in segreto[8]. Quella critica si fondava sulla constatazione per cui, con l'avvento della democrazia delle masse, l'argomentazione in senso proprio, elemento caratteristico dell'autentica discussione, veniva a scomparire, lasciando posto agli appelli propagandistici agli interessi[9].

Se quel giudizio era storicamente legato all'avvento dei partiti di massa, la contemporaneità è invece segnata dal venir meno della loro forma originaria – pur permanendo fenomeni corruttivi dentro le istituzioni – e dalla trasformazione e frammentazione del "rappresentato"[10]. Il risultato complessivo ci restituisce un evidente crollo della loro legittimazione, attestata, in Italia, dai numeri davvero preoccupanti dell'astensionismo elettorale, che non irragionevolmente si può ritenere legato a motivi di protesta. Si aggiungono poi ulteriori processi, anche fra loro eterogenei, come l'asservimento della politica all'economia, l'espansione delle attribuzioni dell'Unione Europea, lo spostamento del baricentro del potere politico verso l'Esecutivo e verso forme alternative di regolazione, interna o esterna.

Pure all'interno di ordinamenti, come quello italiano, in cui la Corte costituzionale gode nel complesso di una buona legittimazione, la caratterizzazione dello Stato costituzionale contemporaneo in senso sempre più giurisdizionale è stata oggetto di diverse critiche, riaccese in relazione agli sviluppi dell'ultimo decennio.

Spesso esse si appuntano sulla creazione pretoria di nuove tecniche decisorie, con le quali, a seconda dei casi, la Corte porrebbe sotto stress o addirittura violerebbe le norme sul processo costituzionale, magari per tener conto delle "ragioni" del legislatore o delle conseguenze economiche sulla garanzia dei diritti sociali che potrebbero derivare da una eventuale decisione secca di incostituzionalità; oppure mostrerebbe, al contrario, un'indebita propensione a marcare la *judicial supremacy*, varcando il confine della discrezionalità legislativa e spingendo sempre più in avanti, nella risposta alla questione o al ricorso, il confine della materia costituzionale, con ciò erodendo sensibilmente la caratura politica delle norme della Carta, in nome di una sorta di pangiuridicismo[11].

La prima critica ha come bersaglio il ragionamento della Corte eccessivamente orientato alle conseguenze delle proprie decisioni e del ruolo da essa rivestito nella forma di governo. La seconda, invece, denuncia una sorta di sostituzione arbitraria alle decisioni politiche e l'uso "ideologico" dell'inerzia del Parlamento come ragione giustificativa di tale caratura politica del giudizio costituzionale. Si potrebbe infatti ritenere che l'inerzia non corrisponda necessariamente ad una mera omissione, potendo

---

identità/omogeneità, può rientrare nella comunità politica. Su tale concezione, v., fra gli altri, le riflessioni critiche di G. AZZARITI, *Critica alla democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005.

[8] In tal modo è possibile far emergere anche eventuali opinioni minoritarie maggiormente corrette e/o adeguate (relativamente "vere"), sottraendo la deliberazione parlamentare alla mera logica dell'autorità e connettendo insieme il parlamentarismo, la democrazia e la garanzia delle libertà fondamentali, in specie, di quelle "negative" (di parola, di stampa, di riunione, etc.).

[9] C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 8.

[10] Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON e F. BIONDI, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, Milano, 2001, 109 ss.

[11] Di «funzione onnivora della politicità costituzionale» discorre, ad esempio, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, 180.

invece derivare da una diversa valutazione del Parlamento sull'esistenza stessa di un diritto, sul modo di interpretare la coscienza sociale, sui tempi più opportuni per intervenire, etc.

Talvolta, la posizione della dottrina si mantiene entro l'auspicio di un *minimalismo giudiziario* nell'affrontare le singole questioni di costituzionalità, ovvero di un approccio *progressivo* della Corte – *one case at time* – e non *per salti*. Riconoscendo il peso del "contesto" istituzionale nell'attività della Consulta, si individuano gli ambiti particolari in cui – e le tecniche decisorie con le quali – i giudici costituzionali sembrano attenersi ad una particolare e opportuna "moderazione"[12]. In altri casi, la soluzione sottesa alle critiche parrebbe sfociare, in chiave prescrittiva, in una sorta di *superminimalismo* del sindacato di costituzionalità delle leggi, che cambia non di poco la visuale di tutto l'operato della Corte[13].

Per approfondire il senso delle critiche rivolte alla Corte costituzionale, fuoriuscendo dal perimetro dell'ordinamento italiano, nei §§ 2-3 richiameremo alcuni assunti del c.d. *political constitutionalism* – che, in un certo senso, si oppongono frontalmente al *de profundis* del parlamentarismo pronunciato (in modo non disinteressato) già da Schmitt[14] – soffermandoci sulle tesi di Waldron e, in particolare, sulle sue critiche al sindacato di costituzionalità. Di seguito, nei §§ 4-5 analizzeremo i diversi significati della distinzione fra sindacato "forte" e sindacato "debole" di

[12] Cfr. M. MASSA, *Corte costituzionale e minimalismo*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 53 ss.; ID., *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2023.

[13] In tal senso, ad esempio, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II,* cit., 197 ss., sottopone a serrata critica anche alcune tecniche decisorie e/o argomentative che altri (M. MASSA, *Minimalismo giudiziario*, cit., 272 ss.) hanno considerato possibili espressioni di moderazione giudiziaria (si pensi agli ambiti rispetto ai quali la Corte ha deciso di limitare il suo sindacato all'eventuale esistenza dei c.d. vizi manifesti, nonché alla c.d. doppia pronuncia inaugurata con il c.d. "caso Cappato", sui cui ritorneremo in chiusura). La critica è legata, nel primo caso, alla natura asseritamente retorica dell'aggettivo "manifesto" (o "evidente") per qualificare il vizio su cui la Corte potrebbe intervenire senza eccessiva compressione della discrezionalità legislativa (si pensi all'evidente mancanza delle circostanze di urgenza per il decreto-legge). Nel secondo caso, invece, si contesta la tendenza della Consulta ad instaurare il dialogo del legislatore attraverso una ordinanza che, in sostanza, consegna al primo un quadro di princìpi già oltremodo definito (come nel Caso Cappato, su cui si ritornerà). Di recente, dello stesso A., v. *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in *Rivista AIC*, 3/2024. 186 ss. Sulla necessità di particolare moderazione della Corte costituzionale nella "concretizzazione" della Carta e sull'attribuzione al solo legislatore del compito di "intercettare" le evoluzioni della coscienza sociale, cfr. N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2015, 919 ss.; ID., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021. 86 ss.

[14] Oltre a J. Waldron, su cui si dirà più avanti, v. per tutti R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, 2008. In tema, nella letteratura italiana, per lo più con accenti critici, cfr. M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il "Political" e il "Popular" Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2010, 733 ss.; ID., *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 10/2010, 337 ss.; ID., *Two internal critiques of political constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law,* 2013 (Vol. 10) No. 4, 926 ss.; ID., *Constitutional Reasoning According to Political Constitutionalism: Comment on Richard Bellamy*, in *German Law Journal*, 6 marzo 2019; C. PINELLI, *Interpretazione costituzionale e deliberazione politica nel recente dibattito angloamericano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2012, 1015 ss.; R. BIN, *Diritti, giudici e poteri*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2013, 1049 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 201 ss.

costituzionalità, esaminando anche il funzionamento e gli istituti del c.d. *New Commonwealt Model of Constitutionalism* e distinguendo fra un profilo *strutturale* ed uno *funzionale* della c.d. *weak form of judicial review*. Infine, nei §§ 6-8 ci soffermeremo sulla legittimazione della Corte costituzionale italiana e sulla più recente tecnica dell'ordinanza (motivata) di rinvio a data fissa, al fine di verificarne il fondamento e, soprattutto, la possibilità di considerarla una reale espressione di "debolezza" del giudizio di costituzionalità.

2. *Il costituzionalismo politico: Waldron e la critica "basata sui diritti"*

Il costituzionalismo politico, ancorché gemmato soprattutto nel contesto del Regno Unito, nei suoi sviluppi più recenti presenta notevoli punti di contatto con il c.d. *popular constitutionalism* (volto a contestare soprattutto il predominio interpretativo – quasi "imperialistico" – della Corte suprema statunitense, predicando il passaggio ad un sistema che affidi al popolo l'ultima parola sul significato della Costituzione)[15].

A dispetto del c.d. *legal constitutionalism* (o neo-costituzionalismo), tali correnti di pensiero rivendicano, in chiave normativa, l'indispensabile ruolo del Parlamento nella decisione sui diritti – sebbene talvolta non prestando adeguata attenzione alla ricostruzione del concetto di rappresentanza politica – contestando l'esistenza stessa del controllo di costituzionalità o quantomeno il fatto che le Corti abbiano l'ultima parola, soprattutto in materia di diritti non espressamente previsti nel testo costituzionale o sulla cui interpretazione/attuazione esistono accese controversie nella società.

Nella forma pura ed estremamente coerente del *political constitutionalism*, tale critica si estende alla costituzionalizzazione *tout court* dei diritti – e, dunque, al concetto di *constitutional precommitment* – che costituirebbe un presupposto decisivo della c.d. *Juristocracy*[16]. Difatti, in un modello puro di *parliamentary supremacy* il riconoscimento dei diritti dovrebbe aversi unicamente attraverso la legge.

Tuttavia, ai nostri fini sono più interessanti i tentativi di contestare la c.d. *judicial supremacy* – potrebbe dirsi: il diritto all'ultima parola delle Corti nel processo di interpretazione e attuazione dei diritti – in presenza di una Costituzione rigida, che garantisce i diritti tendenzialmente – ma non solo – in forma di princìpi[17].

---

[15] Cfr. per tutti L. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004.

[16] C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *From democracy to juristocracy*? *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, 2002 (ma in tema v. già A. STONE SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, 2000). La formula "juristocracy" è ripresa in particolare da R. HIRSCHL, *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge, 2004. Su tutti, già prima: R. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of Law*, New York, 1990; ID., *Il giudice sovrano. Coercing Virtue*, Milano, 2006.

[17] Pur considerandosi *presupposti* i diritti fondamentali, «poiché l'atto fondativo dell'ordinamento è la Costituzione, se ne ha che, senza o al di fuori di questa, non possono esservi diritti propriamente "fondamentali"»: così, da ultimo, A. RUGGERI, *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, in C. PANZERA e A. RAUTI (a cura di), *Attualità di diritto pubblico*, III, Napoli, 2024, 55 ss. Sicché, i diritti socialmente apprezzati come fondamentali per la loro *sostanza* – gli interessi o bisogni che soddisfano – richiedono la necessaria *forma* (la rigidità della fonte che ne offre il riconoscimento e la garanzia) per «la

Tuttavia, anche in quest'ultima ipotesi il processo di positivizzazione non si esaurirebbe affatto: sia perché si aprirebbe la fase dell'*attuazione* legislativa dei princìpi, sia in quanto la coscienza sociale potrebbe far emergere nuove istanze che premono per la loro realizzazione attraverso la garanzia di nuovi diritti fondamentali che si "agganciano" alla lettura evolutiva delle disposizioni della Carta. Del resto, il fatto che alcuni diritti risultino socialmente apprezzati come tali *prima* ancora che intervengano le *forme* del diritto non elimina – anzi postula – la necessità della loro *positivizzazione.* Per il costituzionalismo politico, dunque, l'ultima parola su tale doppio processo – attuazione dei diritti costituzionali e riconoscimento di nuovi diritti – dovrebbe essere rimessa al solo Parlamento.

Jeremy Waldron costituisce senz'altro uno dei principali e più prolifici esponenti del costituzionalismo politico[18]. La sua tesi muove dalla critica alla concezione di Dworkin che considera i diritti sempre e comunque come "carte vincenti" (*trump cards*) sulla decisione politica relativa al bene pubblico e che, dunque, intravede una contraddizione interna nel rimettere le scelte sugli stessi diritti alla decisione della maggioranza politica. Ma, in modo peculiare, la sua critica ai diritti pretende di essere *fondata sulla stessa esigenza di più adeguata tutela dei diritti stessi*.

La tesi è per lo più di carattere *normativo*, ma si fonda anche su alcune asserzioni di tipo *descrittivo*.

Egli parte dall'individuazione delle c.d. *circostanze della politica* e, in particolare, dalla probabile – a tratti, inevitabile – presenza nelle attuali società pluralistiche di un disaccordo sulle questioni morali relative ai diritti, che la politica ha il compito di rappresentare per giungere ad una decisione a maggioranza, che non può essere fondata sul mero *standard* degli utilitaristi, perché la sola dimensione *quantitativa* del grado di soddisfazione dell'interesse complessivo potrebbe indurre a ritenere che un interesse modesto, ma comune ad una vasta maggioranza, debba prevalere su un interesse importante di una minoranza, fino a considerare quest'ultima come mezzo e non come fine[19].

Si contesta inoltre l'idea che, di fatto, nella decisione politica a maggioranza entrino in gioco *solo* interessi, più o meno egoistici o di partito. Se fosse davvero solo questo, allora i diritti dovrebbero essere concepiti come strumenti riconosciuti al singolo per "resistere" a tali decisioni (come vere e proprie *trump cards*).

Segnatamente, nella realtà l'azione orientata al proprio interesse è solo una delle prospettive che animano il comportamento dei rappresentanti politici e degli elettori. Ne esiste tuttavia un'altra, che ha a che fare con le *opinioni*, secondo cui il disaccordo sui diritti non maschera necessariamente un conflitto di interessi[20].

Nel complesso, per quanto spesso la realtà offra invece scenari sconfortanti, gli elettori non solo *devono esprimere*, ma *di fatto esprimono anche* opinioni che

---

salvaguardia della dignità della persona che ne è titolare e per la integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo» (p. 61).

[18] Per i contributi monografici, v. J. WALDRON, *Law and disagreement*, Oxford, 1999; ID., *The dignity of legislation*, Cambridge, 1999, che costituiscono in realtà una ripresa e rielaborazione di diversi saggi.

[19] Cfr. J. WALDRON, *Rights in Conflict*, in *Ethics*, 1989 (Vol. 99), No. 3, 508.

[20] J. WALDRON, *Rights and Majorities: Rousseau Revisited*, in *Nomos*, 1990 (vol. 32), 53.

costituiscono una «personale convinzione circa il modo migliore per promuovere il bene generale»[21]. Quando ciò si verifica ed anche l'opinione minoritaria viene presa correttamente in considerazione al pari delle altre, il fatto che prevalga un'altra opinione non ha nulla di tirannico. Così, «finché il legislatore risponde a tale modello non si deve pensare a diritti individuali e alla democrazia maggioritaria come necessariamente antitetici tra loro»[22].

La teoria di Waldron prospetta un preciso modello di riferimento per la necessaria "dignità della legislazione", fondato su due punti centrali: l'autonomia morale della persona, da un lato, e l'eguaglianza politica (o eguaglianza nell'autonomia politica) dei cittadini.

La prima costituisce il punto di connessione fra l'idea stessa dei diritti e l'esistenza del disaccordo teorico, presupponendosi in ciascuno la capacità non solo di adottare decisioni sulla propria vita e di esercitare i propri diritti, ma, più in generale, di esprimere giudizi morali e opinioni sul bene comune e sul contenuto dei diritti stessi. L'eguaglianza politica costituisce lo strumento e la garanzia dell'autonomia politica, dovendo in teoria assicurare che ogni opinione sui diritti venga complessivamente presa in considerazione in modo corretto e con pari peso.

L'eguaglianza politica risulterebbe compromessa dalla presenza di un controllo *forte* di costituzionalità sulle leggi in materia di diritti – da intendersi come sindacato che ne consente l'annullamento o la disapplicazione[23] – perché tale attribuzione delle Corti, del tutto sganciata da qualsiasi collegamento con l'autonomia politica dei cittadini, non solo non garantisce un livello più alto di tutela, ma finirebbe per erodere lo spazio di decisione parlamentare sul contenuto e sulla stessa individuazione dei diritti, che può fare emergere in modo diretto e franco il relativo conflitto fra giudizi morali, mentre le Corti sono tenute a mantenere (e, un certo senso, nascondere) tali giudizi nella struttura dell'interpretazione costituzionale[24].

Non essendo i Tribunali costituzionali rappresentanti politici, l'autonomia politica dei cittadini non avrebbe alcun peso nelle loro decisioni sui diritti. Anzi, un tale sindacato potrebbe costituire un *pull factor* per l'inerzia degli organi di indirizzo politico e, indirettamente – con una punta di esagerazione – per la stessa partecipazione alle elezioni. In particolare, Waldron intravede il pericolo di determinare una netta cesura fra l'esercizio dei diritti politici e l'espressione democratica sull'individuazione e le modalità di tutela *degli altri diritti* (civili e sociali), cesura che contraddice la blindatura fra autonomia morale e autonomia politica tipica dello Stato *liberal democratico* e finisce per costituire l'ennesimo fattore di disaffezione alla partecipazione politica[25].

---

[21] J. WALDRON, *Rights and Majorities*, cit., 55.

[22] J. WALDRON, *op. ult. cit.*, 71.

[23] J. WALDRON, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006 (Vol. 115), No. 6, 1370.

[24] J. WALDRON, *The Core*, cit., 1376.

[25] Ancora sulla critica al sindacato "forte" di costituzionalità, v. soprattutto *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in *Supreme Court Law Review*, 23, 2004, 9 ss.; *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in *Nomos*, 2011 (Vol. 50), 3 ss.; *Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts*, in *The Yale Law Journal*, 123, 6 (2014), 1692 ss.; *Control de Constitucionalidad y Legitimidad*

3. Segue: *la chiusura al sindacato forte di costituzionalità ed il possibile ruolo del controllo "debole"*

Waldron non riprende formalmente la nota formula di Bickel sulla c.d. "difficoltà contro-maggioritaria", ritenendo anzi che tale formula possa essere fuorviante, visto che anche le Corti possono decidere (e spesso decidono) a maggioranza e perché il fuoco del discorso non riguarda la maggioranza parlamentare ma i diritti politici *di tutti gli elettori* – anche quelli le cui opinioni risultano minoritarie in Parlamento, ma ivi possono essere ritenute degne al pari delle altre – e la discussione morale sui diritti.

Al riguardo, egli non ignora affatto che a volte proprio l'intervento risoluto delle Corti costituzionali abbia costituito la garanzia per l'effettività dell'autonomia politica e dell'eguaglianza politica di una parte dei cittadini. Così come sembra pure ritenere possibile che talvolta il giudizio sulle leggi in qualche modo può costringere l'opinione pubblica e la stessa politica ad affrontare questioni che prima non si volevano "vedere". Si aggiunge poi il dato per cui è fisiologico che il legislatore incontri difficoltà nell'individuare questioni relative a diritti che possono emergere in sede di applicazione concreta.

Tuttavia, affidare ai giudici costituzionali *l'ultima* parola – quella che si esprime con l'annullamento di una legge (o, ma in modo minore, con la disapplicazione) – su questioni relative ai diritti potrebbe in un certo senso chiudere, anziché aprire il dibattito presente in società, con effetti negativi sull'impegno per i diritti e sulla formazione di una diffusa cultura in materia.

Il c.d. "*core case*" della sua critica al sindacato "forte" di costituzionalità si fonda su quattro assunti, che ne costituiscono altrettante condizioni[26]: 1) il buon funzionamento delle istituzioni democratiche[27]; 2) la presenza di un potere giudiziario indipendente e in buono stato di salute[28]; 3) un forte impegno all'idea dei diritti individuali e delle minoranze, ovvero il fatto che la maggior parte della società non solo crede nella regola di maggioranza come principio generale della politica, ma accetta «that individuals have certain interests and are entitled to certain liberties that should not be denied simply because it would be more convenient for most people to deny them»[29], assumendo anche, per essere più concreti, che questo impegno abbia portato

---

Politica, in *Díkaion*, 27, 1 (2018), 7 ss.; *The rule of law and role of courts*, in *Global Constitutionalism,* 2021 (10, 1), 91 ss.; *Rights and the Domain of Weak form Review*, in *NYU School of Law*, Working paper NO. 21-47, September 2021.

[26] V. J. WALDRON, *The Core of the Case*, cit., 1359 ss.

[27] … e, in particolare, la presenza di assemblee rappresentative e legislative che deliberano e votano su questioni di pubblico interesse, procedure adeguate di *lawmaking*, presenza di varie garanzie, come il bicameralismo, la presenza di molteplici livelli di dibattito, la presenza di partiti politici come strumenti per rendere più ampia ed effettiva la rappresentanza delle opinioni e, soprattutto, l'eguaglianza politica (che si traduce nella "equità" della rappresentanza).

[28] … con previsione di appello, collegi con un adeguato numero di componenti, con giudici non elettivi, con ampia preparazione e garanzie di indipendenza, che agiscono solo sulla base di una domanda esterna e su un caso concreto, capaci di offrire adeguate garanzie al *rule of law*.

[29] Cfr. J. WALDRON, *The Core of the Case*, cit., 1364.

all'adozione di una Carta dei diritti[30]; 4) la generale presenza di disaccordi morali e politici sui diritti – sul modo di concepirli e di applicarli – che in larga parte non riguardino questioni di stretta interpretazione e sollevino problemi di considerevole rilevanza pratica.

Waldron parte dall'idea che tali condizioni siano *normalmente presenti* nelle liberaldemocrazie e, nondimeno, che in un certo Stato una di queste possa comunque non darsi. Occorre, dunque, porsi anche il problema dell'eventuale *transizione* verso una *non core society*, nella quale, cioè, uno degli assunti *non risulti più realizzato* e, a suo dire, si potrebbe immaginare il ricorso al sindacato forte di costituzionalità, ammesso che, in base allo stato delle cose, questa scelta costituisca davvero un rimedio o, piuttosto, non riproduca o addirittura aggravi il problema[31].

Si potrebbero immaginare scenari diversi: una legge elettorale appositamente studiata per limitare al massimo l'effettività dell'eguaglianza politica, la totale mancanza di democraticità nei partiti politici, l'adozione di leggi che palesemente minano l'indipendenza della magistratura o privano alcune minoranze di diritti essenziali, l'indisponibilità a cogliere l'emergere nella coscienza sociale di una chiara e forte opzione per il riconoscimento di diritti legati a nuovi bisogni fondamentali.

Non interessa qui verificare se in tutti questi casi – alcuni dei quali evocano scenari per nulla inverosimili rispetto al nostro ordinamento – Waldron riscontrerebbe la realizzazione di una tale transizione, per quanto le condizioni ch'egli pone sono sufficientemente generiche per ricomprenderli. Ci si può limitare a sottolineare l'evidente vizio logico per cui – salvo la schmittiana manifestazione del sovrano-custode nello stato di eccezione – non è dato capire *a chi spetterebbe il compito di rilevare il venir meno dei presupposti*, compito che, invece, il funzionamento del suo stesso modello parrebbe a rigore richiedere come attività *ordinaria* e non legata all'*eccezione*.

---

[30] In verità, in diverse sedi Waldron critica l'approvazione di una Carta dei diritti, ove intesa come un vero e proprio *precommitment*. Il richiamo al *Bill of Rights* come specificazione concreta del terzo assunto, relativo all'impegno per i diritti, sembra piuttosto operata proprio al fine di escludere che esista comunque una necessaria connessione fra l'esistenza di una Carta dei diritti e l'introduzione di un controllo "forte" di costituzionalità. Nel medesimo saggio, comunque, precisa che «the bland rhetoric of the Bill of Rights was designed simply to finesse the real and reasonable disagreements that are inevitable among people who take rights seriously for long enough to see such a bill enacted»: J. WALDRON, *The Core of the Case*, cit., 1369. In questo senso, quelli consacrati nel *Bill of Rights* sarebbero pur sempre «bland commitments», la cui «forza gravitazionale» consentirebbe di attrarre e ricomprendere qualsiasi lato del disaccordo. In presenza, poi, di un giudizio di costituzionalità, questo sarebbe un «field day» per gli avvocati. Sulla critica ai *constitutional constraints*, v. il § 4.

[31] Per J. WALDRON, *The Core of the Case*, cit., 1405, occorre, in altri termini considerare se tale intervento e tale pratica rendano più facile o più difficile rimediare alle disfunzioni del processo democratico, citando, a proposito, la nota sentenza della Corte Suprema statunitense *Brown vs. Board of Education* (1954) – con cui fu superato per gli studenti di colore il principio del *separate but equals* nelle scuole pubbliche – e rimarcando come alla fine fu comunque necessario un intervento legislativo, il *Civil Rights Act* del 1964, che costituì in tale ambito il rilevante elemento di discontinuità nel rapporto fra Federazione e Stati membri. Tuttavia, proprio la vicenda *Brown* sembra invece dimostrare come spesso in relazione a questioni in tema di diritti la c.d. ultima parola delle Corti richieda, comunque, la *cooperazione*, anche nel tempo, dei diversi poteri dello Stato, ciascuno mediante l'esercizio delle proprie attribuzioni.

Del resto, a fronte di una tale eventuale trasformazione, il sindacato forte di costituzionalità potrebbe essere paradossalmente introdotto solo da quelle stesse istituzioni democratiche che, in tesi, non funzionerebbero più in modo adeguato o magari sarebbe destinato a operare in un contesto in cui l'indipendenza dell'ordine giudiziario risulti compromessa.

In conclusione, la critica radicale alle forme "forti" di controllo di costituzionalità non sembra possa davvero funzionare, perché elimina il controllo di costituzionalità dall'orizzonte della vita ordinaria dell'ordinamento, lasciando il campo aperto *senza limiti* all'idea secondo cui è «meglio che un diritto sia meno tutelato, anziché lo sia dal potere sbagliato»[32], con la conseguente, potenziale tirannia della maggioranza e, dunque, la perdita di qualsivoglia garanzia.

Di certo, l'eventuale introduzione di modelli *unicamente* "deboli" di controllo costituzionale – che, fra le altre opzioni possibili, non consentano, cioè, l'annullamento o la disapplicazione delle leggi – non recherebbe con sé adeguate garanzie di arginare una tale eventuale deriva.

Tuttavia, quando, più di recente, Waldron riconosce che la giurisdizione costituzionale possiede una forma propria di legittimazione, diversa da quella *democratica*, egli sottolinea come, per le sue conseguenze ad alto impatto, il sindacato forte di costituzionalità richiede una prudenza particolare delle Corti, sotto almeno tre aspetti.

In primo luogo, occorre attenzione a non scambiare la superiorità, formale oltre che assiologica, della Costituzione per superiorità dei Tribunali costituzionali rispetto al Parlamento, operazione concettuale che, logicamente, finisce per negare la prima. Così accade quando i custodi dei *limiti* nei confronti del legislatore – in particolare, dei diritti *non negoziabili* – nascondono dietro l'attività ermeneutica una vera e propria riscrittura delle disposizioni costituzionali.

In secondo luogo, la Corte potrà anche avere in casi particolari l'ultima parola, ma in un sistema costituzionale equilibrato essa deve tenere in debito conto le interpretazioni costituzionali eventualmente offerte dal legislatore in modo attento, in quanto espressione di una sintesi offerta dalla rappresentanza politica cui è fisiologico che spetti la *prima parola* sui diritti. In altri termini, dal fatto che le Corti godono di una propria legittimazione – fondata principalmente sul rispetto e la garanzia della Costituzione come norma suprema – «non deriva necessariamente che il problema democratico scompaia»[33], se consideriamo quest'ultimo legato alla ragionevole aspettativa che, in presenza di un disaccordo morale sui diritti, i rappresentanti del corpo elettorale abbiano il concreto potere di esprimere una decisione sull'interpretazione e attuazione delle disposizioni relative a tali diritti, decisione che si può considerare quantomeno *politicamente* ragionevole in quanto adottata nel dialogo fra le diverse posizioni presenti nella società.

[32] Così, criticamente, G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 26.

[33] J. WALDRON, *Control de Constitucionalidad*, cit.,19.

Infine, la c.d. "preoccupazione" democratica: 1) dovrebbe indurre la Corte a valutare la possibilità concreta di ricorso a tecniche di dialogo con il Parlamento e, più in generale, a *forme deboli di sindacato di costituzionalità*, per una migliore strategia di garanzia complessiva dei diritti; 2) può essere debitamente tenuta in conto prevedendo una maggioranza aggravata per annullare una legge; 3) presuppone che il riconoscimento di un nuovo diritto o di sue specifiche implicazioni dovrebbe essere adeguatamente argomentato dai giudici costituzionali, così da indicare in modo rigoroso il percorso che ha portato alla sua individuazione[34].

Concludendo, nel suo nucleo duro, la posizione di Waldron finisce in sostanza per assecondare una pura *parliamentary supremacy*, nonostante il punto di partenza sia invece una questione relativa ai diritti e ancorché egli apra a forme deboli di controllo di costituzionalità. Tuttavia, è possibile trarre dalle sue riflessioni alcuni spunti utili anche per il sistema italiano di giustizia costituzionale.

Innanzitutto, con un maggiore sforzo di realismo, potrebbe recuperarsi il riferimento ai presupposti del *core case* prima ricordati all'interno di una giurisdizione costituzionale di annullamento, considerandoli quali fattori *di contesto* le cui trasformazioni nel tempo intrattengono un peculiare rapporto con il giudizio di costituzionalità.

Essi dovrebbero essere tendenzialmente oggetto di valutazione da parte della Corte al fine di valutare, nel dialogo con il legislatore e con i giudici "comuni", i margini concreti di modulazione dell'intensità del proprio intervento sulle leggi. In tal senso, il contesto istituzionale *condiziona* dinamicamente la stessa situazione in cui viene, suo malgrado, a trovarsi il Giudice delle leggi. Si pensi al modo in cui è cambiato nel tempo il rapporto fra la Corte costituzionale italiana e i giudici "comuni", ai quali la prima ha richiesto una collaborazione sempre più intensa man mano che questi ultimi mostravano nel loro complesso una maggiore sensibilità ai princìpi del nuovo quadro costituzionale. Oppure, ancora, si consideri il contesto che ha portato alla discussa sentenza n. 1 del 2014, che per la prima volta ha parzialmente annullato la legge di elezione delle Camere.

In secondo luogo, l'auspicio di "innesti" di forme deboli di controllo in un sindacato forte di costituzionalità presuppone, come si vedrà meglio più avanti, la necessità di affiancare al rispetto dei confini fra poteri (difficoltà contro-maggioritaria) – compito che richiede talvolta un atteggiamento di *self restraint* – la necessità di valutare le vie percorribili per l'ottimale e complessiva tutela dei diritti, la cui cifra peculiare ci sembra la *cooperazione* del Tribunale costituzionale con il legislatore, per quanto tale conclusione non sia affatto scontata e meriti ulteriori argomentazioni. Spesso, infatti, la questione decisiva non è tanto se il legislatore o il sindacato di costituzionalità assicurino una pari tutela del singolo diritto fondamentale, quanto l'importanza che sia *prioritariamente* il Parlamento a fissare in modo democratico un punto di bilanciamento fra più diritti in gioco, che potrà poi essere comunque sottoposto al controllo del Tribunale costituzionale.

[34] J. WALDRON, *op. ult. cit.*, 23 ss.

Infine, se la questione centrale (e controversa) rimane la scelta di affidare in generale ai giudici costituzionali l'ultima parola sui diritti, non meno importanti sono il *modo* e la *progressione* con quali essa arriva eventualmente a pronunciarla, nonché la capacità di *argomentarla.* A ciò andrebbe ovviamente aggiunto il dato evidente per cui anche il problema dell'ultima parola risulta almeno in parte sdrammatizzato *a valle*, ovvero in conseguenza del fatto che, in un certo senso, le Corti al più… *vivono di sole parole*, visto che l'esecuzione/attuazione delle loro decisioni solitamente è affidata ad altri organi[35].

4. *Il sindacato debole di costituzionalità: il significato "originario" della categoria e i dubbi sulla coerenza interna del modello*

Prima di concludere con alcune osservazioni finali sulla Corte costituzionale italiana, può essere utile spendere qualche parola in più sul concetto di sindacato "debole" di costituzionalità.

In generale, sotto il profilo *strutturale* si deve distinguere fra un sistema di controllo "debole" di costituzionalità – nel quale le Corti non hanno un potere di annullamento o di disapplicazione di una legge già entrata in vigore o, quantomeno, non lo possiedono in un certo ambito o, ad esempio, in relazione alla garanzia dei diritti – e un eventuale meccanismo di flessibilizzazione (e/o riequilibrio) di un sindacato "forte" di costituzionalità, che può essere previsto come obbligatorio per alcuni tipi di giudizio e di oggetto[36] oppure come strumento facoltativo – eventualmente anche "creato" in via pretoria – cui le Corti costituzionali *possono* ricorrere quale via di mezzo fra la soluzione più severa dell'annullamento secco (che, ad esempio, potrebbe creare un vuoto ancora più incostituzionale) e il mero rigetto o l'inammissibilità della questione o del ricorso[37].

Questa differenza non sembra adeguatamente tenuta in conto, ad esempio, nei lavori di S. Gardbaum, che alla categoria delle forme deboli di *judicial review* riporta quello che lui definisce *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*[38]. Si tratta di un "modello" enucleato dai tratti comuni dei meccanismi di controllo di costituzionalità previsti a seguito dell'"ondata" di Carte dei diritti introdotte in alcuni Stati nelle due decadi precedenti la fine del millennio (o subito dopo). Si pensi, in particolare, alla Carta canadese dei diritti e delle libertà (1982), al *New Zealand Bill of*

[35] Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[VII], Torino, 2022, 19.

[36] Si pensi, per l'ordinamento italiano, al giudizio in via principale sulle leggi regionali svolto dalla Consulta in via preventiva fino alla riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001).

[37] Esiste anche la possibilità che un controllo di costituzionalità sia svolto, dal medesimo organo, *in via preventiva* e *in via successiva*, come mostra l'esperienza della Repubblica francese dopo lo storico e recente "innesto" della seconda tipologia di giudizio. È chiaro che il controllo preventivo, per le sue caratteristiche intrinseche, è da considerarsi un meccanismo debole di sindacato costituzionale dal punto di vista *strutturale* (ricorrendo al significato di tale termine precisato nel testo).

[38] Cfr. S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, in *Ius Politicum*, 13/2014, 1 ss.; ID., *The Case for the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *German Law Review*, Vol. 14 (2013), No. 12, 2229 ss.

Rights Act (1990, d'ora in poi: NZBORA) e, nel Regno Unito, allo *Human Rights Act* (1998, d'ora in poi: HRA), che ha incorporato nel diritto nazionale gran parte dei diritti garantiti dalla CEDU.

Le espressioni principali di tale modello sarebbero:

1) la c.d. *notwithstanding clause* (Sez. 33 della Carta canadese dei diritti), ovvero la clausola che il legislatore, federale o provinciale, può espressamente introdurre in un atto, dichiarando con la stessa che quest'ultimo o una sua disposizione si applicherà nonostante – ovvero, contro – una disposizione inclusa nella Carta (in particolare, nella sezione 2 o in una delle sezioni da 7 a 15). Questo consente di riproporre una legge già dichiarata incostituzionale o di blindarla rispetto a un futuro giudizio di costituzionalità[39]. La clausola cessa di avere effetti dopo un periodo massimo di cinque anni (salvo un periodo più breve stabilito) e può essere prorogata. Si ritiene che tale clausola realizzi uno strumento di dialogo con il legislatore, che consente a quest'ultimo di riproporre una legge annullata, ma, allo stesso tempo, innesca un dibattito pubblico sui diritti della Carta.

2) il dovere di interpretazione della legge in modo conforme alle disposizioni sui diritti [Regno Unito, art. 3 HRA («nella misura del possibile»); Nuova Zelanda, art. 6 NZBORA)][40];

3) il potere di dichiarare incompatibili le leggi in contrasto con le disposizioni della Carta sui diritti, senza che ad essa si accompagni l'invalidità o la produzione di effetti vincolanti per le parti o per lo stesso legislatore (Regno Unito, art. 10 HRA). Piuttosto, in questo caso – ma anche laddove sia intervenuta una decisione della Corte EDU che rileva il contrasto di una misura nazionale con la Convenzione – un Ministro può, tramite *Remedial Order* modificare (o abrogare), con procedimenti differenti a seconda che vi sia o no urgenza, la normativa al fine di superare l'incompatibilità riscontrata.

Si può dubitare che i casi appena ricordati siano riconducibili ad un preciso "modello" di sindacato debole. Rimanendo nell'orizzonte della garanzia dei diritti, mentre in Nuova Zelanda e nel Regno Unito il sindacato di costituzionalità sui diritti è solo "debole", in Canada la *notwithstanding clause* è uno strumento che nei fatti sospende temporaneamente lo *strong judicial review* su una determinata legge in relazione al rispetto della Carta dei diritti, peraltro con l'eccezione di una serie di diritti, come quelli espressamente definiti "democratici" (diritto di elettorato attivo e passivo), suggerendo per altra via quanto si era rilevato a proposito delle tesi di Waldron: il sindacato debole è talvolta possibile e utile, ma a condizione, fra l'altro, che un sindacato forte assicuri i presupposti essenziali del processo democratico.

---

[39] Sui rapporti fra l'adozione della Carta e il nazionalismo del Québec, cfr. S. CHOUDHRY, *Not a New Constitutional Court: The Canadian Charter, the Supreme Court and Quebec Nationalism*, in G. PASQUINO e F. BILLI (a cura di), *The Political Origins of Constitutional Courts*, Roma, 2009, 39 ss.

[40] In Nuova Zelanda si aggiunge anche la previsione di un controllo endoprocedimentale svolto dall'*Attorney-General* al fine di portare all'attenzione dell'Assemblea ogni disposizione di un progetto di legge che appaia in contrasto con la Carta (*sect.* 7A, NZBORA). Cfr. F. DURANTI, *La nuova circolazione dei modelli costituzionali negli ordinamenti di matrice anglosassone*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 Giugno 2010, spec. 3 s.

Si aggiunga che la Carta canadese sui diritti ha una precisa radice storico-istituzionale e la clausola in parola aveva il particolare scopo di consentire un meccanismo di flessibilizzazione a vantaggio della minoranza francofona e cattolica del *Quebec*, a fronte di una Carta che segna la rivincita della prospettiva dei diritti su quella per molto tempo preponderante dei rapporti interistituzionali. Questa peculiare condizione per cui i diritti delle minoranze si proteggono attraverso non la *forza* (la rigidità ed il controllo forte di costituzionalità) ma la *debolezza* (o deferenza nei confronti del legislatore) spiega innanzitutto perché fin qui la clausola sia stata utilizzata dalle sole Assemblee legislative provinciali. Inoltre, rende chiaro il motivo per cui essa non sia apponibile per superare il contrasto con i diritti linguistici, scelta che evidentemente si appalesa come una chiara *difesa* contro eventuali scelte in senso contrario del Parlamento centrale. Infine, ai sensi della Sezione 27, la Carta deve essere interpretata in maniera conforme da preservare e valorizzare il patrimonio multiculturale dei canadesi.

È dunque significativo che uno strumento flessibile e dialogico sia previsto da una Carta dei diritti parte di una Costituzione che contempla un generale sindacato diffuso "forte". Allo stesso tempo, però, si potrebbe dire che ciò costituisce il contraltare della chiusura che una decisione di annullamento determina in materia di diritti, mentre il sindacato "forte" in tema di riparto di competenze – laddove previsto – non genera, fino in fondo, un'analoga "blindatura" nei confronti del processo democratico, determinando al più un concreto "spostamento" di potere *da un legislatore ad una altro*. Ma anche tale distinzione non pare valida in assoluto, potendo in generale accadere che proprio la garanzia dei diritti spinga a decidere in un certo modo un conflitto.

Siamo dunque di fronte a esperienze assai diverse di sindacato in tema di diritti, fondati su uno (Nuova Zelanda) o più istituti (Regno Unito) "deboli", oppure principalmente su un meccanismo di flessibilizzazione del sindacato forte (Canada), che complessivamente condividono, sia pure in modo affatto peculiare e differenziato, il concetto (innanzitutto, prescrittivo) di *costituzionalismo collaborativo*, all'interno del quale le Corti e gli organi di indirizzo politico contribuiscono, ciascuno con competenze diverse, alla garanzia dei diritti[41].

Il grado di tale collaborazione può ovviamente variare a seconda dei contesti, al punto che si è parlato di una implicita «instabilità» del sindacato debole di costituzionalità, ovvero di una potenziale oscillazione del pendolo tra "forza" del controllo sulle leggi e completa "deferenza" delle Corti nei confronti del legislatore[42].

[41] Con particolare riferimento al Regno Unito, da ultimo cfr. A. KAVANAGH, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, 2024.

[42] Così, M. TUSHNET, *Weak Courts,* cit., 11. Nel quadro della sua tesi abbastanza radicale, tale instabilità contribuisce a lasciare inalterato il giudizio negativo nei confronti del controllo di costituzionalità, ben evidenziato, del resto, in un'altra sua nota e precedente monografia: *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999, nella quale si contesta il suo rendimento effettivo, la sua concreta utilità – visto che i *checks and balances* risulterebbero sufficienti – nonché, infine, l'asserita conseguenza di impedire che il popolo ritorni pienamente ad occuparsi della Costituzione e, dunque, dell'azione politica.

Se questa possibilità rende comprensibili le preoccupazioni relative all'effettività della garanzia dei diritti all'interno di tali modelli[43], passando dal piano prescrittivo a quello descrittivo la realtà delle cose offre tuttavia interessanti esempi di funzionamento virtuoso di costituzionalismo collaborativo nel senso del possibile raggiungimento di un equilibrio.

Quanto al Canada, ancorché la clausola rimanga uno strumento potenzialmente dirompente – anche perché invocabile rispetto, ad esempio, allo stesso diritto alla vita e già fin qui apposta su leggi riguardanti, fra l'altro, la laicità e il diritto di sciopero – l'uso parco che se n'è fatto finora, da parte delle sole Assemblee legislative provinciali (specialmente quella del Québec), ne attesterebbe la natura di eccezionale *valvola di sfogo* e di riequilibrio del sistema.

Si è sostenuto inoltre che tale clausola costituirebbe uno dei quattro meccanismi mediante i quali la stessa Carta agevola e regolamenta il dialogo fra Corti e Parlamento, causando un dibattito pubblico all'interno del quale i diritti da essa garantiti hanno un ruolo rilevante[44]. Peraltro, la possibilità di apporre tale clausola spingerebbe il legislatore a rimodellare quella esistente per raggiungere obiettivi simili senza violare i diritti della Carta, anche se esistono, comunque, limiti o *barriere* al dialogo. Si pensi al caso in cui risulti incostituzionale l'obiettivo stesso voluto dal legislatore o la questione sia talmente controversa – politicamente, socialmente o moralmente – da rendere ardua una risposta del Parlamento (come, ad esempio, nel caso della disciplina sull'aborto)[45].

Inoltre, se pure gli ultimi anni hanno mostrato la tendenza ad un uso strumentale della clausola – spesso meramente annunciata/minacciata populisticamente o applicata per blindare limitazioni talora molto discutibili dei diritti riconosciuti dalla *Carta* rispetto a determinate categorie di persone (ad esempio, in relazione ai minori

[43] Per T. GROPPI, *La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010, 133, «soltanto la presenza di un'opinione pubblica costituzionale attenta e vigile e di un legislatore dotato di elevata sensibilità costituzionale può evitare che si determini lo svuotamento di una delle conquiste centrali del costituzionalismo, ovvero la garanzia delle minoranze nei confronti delle maggioranze politiche».

[44] Cfr. P. HOGG-A.A. BUSHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 35 (1997), No. 1, spec. 82 ss., secondo cui gli strumenti della Carta che facilitano tale "dialogo" sarebbero: 1) la ricordata Sezione 33 (la *notwithstanding clause*); 2) la Sezione 1, secondo cui "The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society"; 3) la previsione di c.d. diritti *qualificati*, ovvero la cui garanzia è sottoposta a particolari condizioni (ad esempio, la Sezione 9 garantisce il diritto a non essere "detenuto o imprigionato", purché in modo arbitrario); 4) la clausola antidiscriminatoria di cui alla Sezione 15, 1, che, se utilizzata come parametro per una dichiarazione di incostituzionalità, lascia comunque diverse possibilità al legislatore (ad esempio, allargare la platea dei titolari di una prestazione ad una categoria prima esclusa o eliminare completamente il beneficio). Sulla questione del dialogo fra Corte costituzionale e Assemblee democratico-rappresentative, v. S. GEROTTO, *Giustizia costituzionale e democrazia: premesse metodologiche per un'analisi dei rapporti tra giudice costituzionale e poteri democraticamente legittimati* e M. NICOLINI, *"Dialogo", "tensione" e* supra-majoritarian difficulty: *per una lettura dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, in D. BUTTURINI e M. NICOLINI (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, Vol. I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bologna, 2017, rispettivamente 11 ss. e 49 ss.

[45] Cfr. P. HOGG, A.A. BUSHELL, *Ivi*, 92 ss.

transgender)[46] – allo stesso tempo, vi sono state clausole apposte su leggi e poi abrogate, a seguito, fra l'altro, di accese proteste (v., ad esempio, in materia di sciopero, il *Keeping Students in Class Repeal Act*, entrato in vigore in Ontario nel 2022 e poi abolito). In breve: esiste il rischio di un uso strumentale di tale istituto, ma non va sottostimata la possibile reazione dell'opinione pubblica, generale o settoriale.

È stato, invero, obiettato che clausola non introdurrebbe realmente una netta flessibilizzazione del controllo forte, in quanto il legislatore non contesterebbe l'interpretazione del parametro offerta dalle Corti e non condivisa, ma, partendo, proprio da quella interpretazione costituzionale introdurrebbe la clausola del *notwithstanding* ritenendo che, in base alla *propria* interpretazione della legge, non vi sia una reale violazione dei diritti[47]. Non sembra tuttavia da assolutizzare tale rilievo. Il legislatore ha mostrato di affrontare complesse questioni di bilanciamento dei diritti tramite tale clausola, che peraltro consente anche di allargare la valutazione oltre i confini della Carta[48].

Quanto al Regno Unito e alla Nuova Zelanda, il fatto che tali forme di controllo debole sui diritti risultino previste da leggi ordinarie e non da una Costituzione scritta e rigida – che manca in tali Paesi – pone una questione ulteriore e specifica. In particolare, quanto al primo – a parte la necessità che un'eventuale modifica o abrogazione intervenga in forma esplicita – è stato obiettato che, politicamente, non tutti gli *statutes* sono uguali e che, una volta introdotte tali forme di controllo, esistono ostacoli politici notevoli alla loro abolizione, potendosi anzi formarsi una *Convention* in tal senso[49].

In realtà, nel Regno Unito sembrano fronteggiarsi sull'argomento almeno due "culture": la prima, fermamente ancorata alla tradizione della sovranità parlamentare, mostra a tratti ciclici insofferenza anche rispetto a talune forme "deboli" di controllo costituzionale. La seconda, invece, si sostanzia nell'allarmata risposta sociale ai tentativi di ritorno indietro rispetto allo HRA e rivela come, effettivamente, l'introduzione di un *Bill of Rights* quantomeno agevola il consolidamento di una cultura dei diritti. Anzi, in un certo senso, proprio in quanto il rango ordinario e non costituzionale dello HRA non

---

[46] Cfr. M. ALTOMARE, *La* Notwithstanding Clause c*ome l'«arma» dei governi provinciali di maggioranza. Il dibattito sui difficili equilibri tra Corti e legislativi nel sistema di protezione dei diritti*, in *Nomos*, 3/2018, 1 ss.; A. FIORENTINO, *Nuovo anno, vecchie questioni: il Canada tra le riforme delle* Rules *del Senato e lo spettro della clausola* notwithstanding, in *Nomos*, 1/2024, 3 s.

[47] M. TUSHNET, *Weak Courts,* cit., 33.

[48] Cfr. D. SNOW, *When Rights Clash. The notwithstanding clause and Saskatchewan's pronoun policy*, Macdonald-Laurier Institute, 2023.

[49] J. WALDRON, *Rights*, cit., 7. Sul sistema di giustizia costituzionale nel Regno Unito, v. F. ROSA, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 4/2000, 679 ss.; EAD., *I Paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi*, in M. OLIVETTI e T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, 393 ss.; A. TORRE, *La giustizia costituzionale nel Regno unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2008, 317 ss. Per B. GUASTAFERRO, *Magna Carta, Common Law Constitutionalism e mutamenti della funzione giurisdizionale*, in *Diritti comparati*, 9 novembre 2015, le ricordate modifiche introdotte nel Regno Unito – alle quali si aggiunge l'istituzione della *Supreme Court* che assume le funzioni giudicanti prima esercitate dalla *House of Lords* – hanno consentito ai giudici di esercitare comunque una "interferenza" sul potere legislativo attraverso le decisioni di incompatibilità e si sta complessivamente riaffacciando l'idea – sottesa alla stessa *Magna Charta* – che si diano diritti preesistenti al potere.

assicura un'adeguata "blindatura" giuridica delle conquiste raggiunte, un fondamentale rimedio nei confronti di eventuali regressioni tentate da legislatori poco sensibili rimane il controllo da parte di un'attenta opinione pubblica.

Anche l'interpretazione conforme – c.d. *interpretative mandate* – potrebbe finire col rinnegare la base di partenza del c.d. sindacato debole, ovvero la necessità di rimettere totalmente la scelta al Parlamento in relazione all'interpretazione ed ai giudizi morali in materia di diritti. Difatti, il giudice offre, per quanto possibile, un'interpretazione della legge conforme al *modo* in cui esso interpreta le disposizioni sui diritti. In un certo senso, poi, l'interpretazione conforme potrebbe tendere ad una forzatura del testo legislativo *proprio perché manca un sindacato forte di costituzionalità*, in quanto il giudice che ritenga di non poter interpretare la legge in modo conforme ai diritti, non avrebbe altro rimedio che la dichiarazione di incompatibilità, la quale per le parti in causa equivale ad un rigetto e si riduce all'aspettativa che la legge venga emendata dallo stesso organo che ha prodotto l'atto.

Non a caso, di recente l'insofferenza mostrata nel Regno Unito dagli organi di indirizzo politico sembra riguardare perfino lo stesso dovere di interpretazione della legge in modo conforme allo HRA, a maggior ragione nella misura in cui questa diventa un veicolo per le interpretazioni estensive della stessa Corte EDU – a partire dalla considerazione della Convenzione europea quale "strumento vivente" – e, dunque, per decisioni creative, dall'effetto complessivo più "robusto" della stessa dichiarazione di incompatibilità[50]. Difatti, ai sensi dello stesso HRA, quando una Corte o un tribunale decide una questione sorta in relazione ad un diritto previsto dalla Convenzione deve tenere conto, fra l'altro, di qualsiasi sentenza, decisione, dichiarazione o parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo [Sez. 2, § 1, lett. (a)].

Si comprende dunque l'origine del *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024*, con il quale si è proceduto a dichiarare non applicabili diverse parti dello HRA in un ambito particolare del diritto dell'immigrazione. Ad esempio, si stabilisce che la Sezione 2 dello HRA – relativa all'interpretazione dei diritti sulla base della giurisprudenza della Corte EDU – non si applica nel caso in cui una corte o un tribunale stia valutando se la Repubblica del Ruanda sia oppure no un Paese sicuro in cui una persona possa essere trasferita in base a qualsiasi disposizione o stabilita ai sensi delle leggi sull'immigrazione [Sez. 1, lett. (a)], ferma restando la possibilità di decidere – anche in appello – che tale Paese non sia sicuro specificamente *per il ricorrente*, sulla base di prove convincenti relative alla sua particolare condizione.

Venendo poi alla dichiarazione di incompatibilità, diventa ancora più palpabile la complessiva collaborazione fra Corti e organi di indirizzo politico. Tale strumento non è strutturalmente antagonista alla *sovereignty of Parliament*. Piuttosto, esso consentirebbe alle Corti di svolgere la funzione di *alert* nei confronti del Parlamento, simile a quella svolta dal "canarino nelle miniere di carbone"[51], lasciando tuttavia la parola ultima al processo democratico.

---

[50] Cfr. B. BARBISAN, *Il nuovo British Bill of Rights e la public ownership dei diritti nel Regno Unito*, in *Diritti comparati*, 3/2022, 791 ss.

[51] V.J. WALDRON, *Ivi*, 14.

In realtà, tale dichiarazione ingenera nei fatti una aspettativa di emendamento, per cui un governo che volesse confermare la legge sarebbe indotto ad argomentare i motivi della sua importanza o la possibilità di interpretarla in modo conforme allo HRA, anche per scoraggiare ricorsi alla Corte europea. In tal senso, si è affermato che dalla correttezza di tale aspettativa dipende se il sistema *funziona* – pur essendo, comunque, *strutturalmente* debole – come *weak* o come *strong*[52].

Al riguardo, il *report* del Ministro della Giustizia, del 13 novembre 2013 – "Responding to human rights judgments: 2022 to 2023" – fa emergere alcuni dati significativi[53].

Innanzitutto, dall'entrata in vigore dello HRA si registra un numero decisamente contenuto di dichiarazioni di incompatibilità (47), le quali presuppongono, come ricordato, la sperimentata impossibilità di procedere ad una interpretazione conforme. Peraltro, alcune di tali decisioni di incompatibilità sono state rovesciate dalla Corte d'Appello[54] o dalla Corte suprema[55], non ravvisando una incompatibilità fra la norma di

[52] M. TUSHNET, *Weak Courts,* cit., 31.

[53] Il *report* è consultabile in https://www.gov.uk/government/publications/responding-to-human-rights-judgments-2022-to-2023.

[54] A titolo di esempio, può ricordare l'annullamento, da parte della Corte di Appello, della decisione di incompatibilità adottata dell'Alta Corte di Giustizia [*Queen's Bench Division (NI); (2021) NIQB 97, 1 Novembre 2001*], avente ad oggetto l'art. 6(1) del *Rehabilitation of Offenders (Northern Ireland) Order* del 1978, il quale stabilisce che qualsiasi condanna a una pena detentiva superiore a 30 mesi non può mai essere scontata ed è soggetta alla "lifetime disclosure". Nella dichiarazione di incompatibilità l'Alta Corte aveva ritenuto che da tale articolo discendesse per il ricorrente una serie di difficoltà e conseguenze negative, ad esempio, nell'ottenere un impiego e un'assicurazione, la Corte dichiara l'articolo sopra ricordato incompatibile con l'articolo 8 della CEDU a causa della mancata predisposizione di un meccanismo mediante il quale il ricorrente possa presentare domanda affinché la condanna venga considerata scontata, indipendentemente dal trascorrere del tempo e dalle sue circostanze personali. In particolar modo, si ritiene praticabile e proporzionato introdurre un sistema di revisione amministrativa che consenta a persone come il ricorrente di presentare domanda affinché la condanna venga considerata scontata e che implicherebbe la considerazione di questioni quali le circostanze della condanna, la durata della pena, il periodo di tempo trascorso dalla condanna, la condotta dell'individuo dopo la condanna e le sue attuali circostanze personali. A seguito di ricorso presentato dal Dipartimento di Giustizia dell'Irlanda del Nord, il 3 maggio 2023, la Corte d'appello ha annullato la dichiarazione di incompatibilità, ritenendo che la disposizione impugnata «riflette l'area discrezionale di giudizio di cui gode il legislatore in una sfera in cui deve essere riconosciuto un ragionevole margine di apprezzamento e quindi resiste alla contestazione sollevata dal convenuto». Peraltro, nelle more della seconda decisione, il Ministro della Giustizia dell'Irlanda del Nord si era impegnato pubblicamente a rivedere la legislazione *de qua*, al fine di aumentare la gamma di condanne che possono essere scontate, introducendo uno strumento che può essere implementato tramite legislazione secondaria.

[55] Fra gli altri casi, si può ricordare l'annullamento, ad opera della Corte suprema, della dichiarazione di incompatibilità adottata dalla Corte di Appello nel caso *R contro Marks, Morgan, Lynch e Heaney* [*Court of Appeal* (NI); (2021) NICA 67; 22 dicembre 2021]. La dichiarazione ha ad oggetto la sezione 30 del *Counter-Terrorism and Sentencing Act* del 2021 – che ha allineato l'Irlanda del Nord a Inghilterra, Galles e Scozia, estendendo le scelte di politica criminale sottese al *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Act (TORER)* del 2020 – il quale prevedeva l'applicazione (retroattiva) ai terroristi già condannati e detenuti della norma secondo cui quanti fra essi in precedenza avevano diritto al rilascio automatico già a metà della loro condanna dovevano invece a tal fine scontarne due terzi, oltre alla prescrizione per cui il rilascio deve essere approvato dalle autorità per la libertà vigilata. La Corte d'appello ritiene tale sezione – nella parte in cui poteva applicarsi retroattivamente – incompatibile con l'art. 7 della CEDU. Il 19 aprile 2023 la Corte Suprema [*Supreme Court of United Kingdom,* UKSC 14] ha annullato la dichiarazione di incompatibilità, ritenendo che la legislazione non modificava retroattivamente la pena imposta dalla Corte, incidendo piuttosto sulla modalità della sua esecuzione o applicazione.

legge e la CEDU o riconoscendo l'esistenza nel caso di specie di uno spazio di discrezionalità in capo al legislatore. Particolarmente significativo, comunque, è il dato secondo cui le dichiarazioni di incompatibilità adottate o confermate dalle Corti superiori hanno avuto tendenzialmente il seguito atteso, ovvero un emendamento volto a rimuovere l'incompatibilità riscontrata.

Nel complesso, dunque, può concludersi che, in un sistema realmente orientato alla correttezza ed alla collaborazione fra Corti e organi di indirizzo politico – che non riduce eccessivamente gli spazi del conflitto politico[56] – anche una forma *strutturalmente* debole di sindacato costituzionale può *funzionare* come adeguato strumento di tutela dei diritti.

Ovviamente, tale schema potrebbe rientrare unicamente in un concetto di controllo di costituzionalità riformulato in termini molto ampi – probabilmente troppo estesi rispetto alle premesse del neo-costituzionalismo – inteso come complesso di attività che assicura o rende altamente probabile, anche o soprattutto attraverso la collaborazione degli organi di indirizzo politico, la rimozione di atti o disposizioni incostituzionali o che quantomeno – si pensi al ruolo dell'interpretazione conforme – evita l'applicazione di norme incostituzionali (o in contrasto con un *Bill of Rights*).

Senonché, il modo in cui complessivamente possono funzionare gli strumenti di sindacato "debole" di costituzionalità dipende da molti fattori, fra i quali l'autorevolezza delle Corti, la cultura politica ed il grado di legittimazione degli stessi partiti. Non da ultimo, poi, quanto al Regno Unito, non va dimenticato il "peso" che – in caso di mancato seguito – può avere nei confronti del legislatore l'eventuale ricorso alla Corte EDU[57]. Ma anche al riguardo, è evidente come le stesse decisioni di tale Corte risultano, pur sempre, *strutturalmente deboli* – non incidendo, trattandosi di un giudice "esterno", sull'efficacia degli atti interni in contrasto con la Convenzione – ancorché ad alto impatto sotto il profilo *funzionale*.

5. ***Allargamento semantico della distinzione tra forza e debolezza: il problema del* come**

Si è visto come meccanismi *strutturalmente* deboli di controllo costituzionale possano *funzionare* anche in modo "forte", ancorché il significato originario della stessa distinzione fra *Weak Form* e *Strong Form* di controllo sulle leggi riguardi unicamente il profilo *strutturale* e, in particolare, il modo in cui un giudizio viene disciplinato in via normativa. Del resto, mentre quest'ultima accezione è strettamente giuridica, quella *funzionale* rischia di scivolare sul piano della sociologia giuridica.

[56] Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2006, 1643 ss.

[57] Del resto, il peso del c.d. controllo di convenzionalità è tale da "sostituire" completamente in alcuni ordinamenti quello di costituzionalità. Così, ad esempio, in base all'art. 120 della Costituzione dei Paesi Bassi del 2018, la costituzionalità di atti del Parlamento non potrà essere controllata dalla Corte mediante decisioni di annullamento e neppure mediante una dichiarazione di mera incompatibilità. Nondimeno, l'art. 94 statuisce che non possono essere applicate leggi in conflitto con le disposizioni di trattati che sono vincolanti per tutte le persone o con le risoluzioni di istituzioni internazionali.

La precisazione è ancora più necessaria in quanto la distinzione tra "forza" e "debolezza" nel giudizio di costituzionalità è stata altresì ripresa per altri fini, con classificazioni riconducibili, comunque, al piano *funzionale*.

Si pensi al *modo* ed alle *tecniche decisorie* con le quali le Corti "scelgono" di esercitare i loro poteri, lasciando maggiore margine di azione agli organi politici elettivi per la definizione di questioni costituzionali (posizione *minimalista* o *dialogica*) o, al contrario, riducendolo al minimo (posizione *massimalista*). Su tale fronte può essere interessante verificare se, eventualmente, specifiche tecniche decisorie "deboli" e/o "dialogiche" siano utilizzate – o addirittura "create" dalle Corti – come strumenti di moderazione o "minimalismo", magari in certi ambiti o a certe condizioni.

Ancora: talvolta si chiama in causa la posizione di "forza" o "debolezza" istituzionale complessiva che il Tribunale costituzionale detiene, al di là del fatto che il controllo sulle leggi previsto dalla Costituzione (o, talvolta, dalle stesse leggi) sia *debole* o *forte*. Si tratta di un concetto *descrittivo* della legittimazione delle Corti, relativo al loro grado di autorevolezza e credibilità.

Di certo, fra i diversi significati della distinzione tra forza e debolezza esistono evidenti connessioni.

È chiaro, ad esempio, che pur in presenza di un sindacato strutturalmente forte di costituzionalità, la "forza" o "debolezza" e la legittimazione complessiva di una Corte può dipendere da molti fattori: la stessa effettività della Costituzione, l'indipendenza del collegio e l'imparzialità dei suoi membri, la sua capacità di *rendere giustizia costituzionale*, la coerenza nell'applicazione e nella stessa interpretazione delle disposizioni processuali, l'assenza di plateali discostamenti rispetto alle proprie competenze anche nella scelta delle tecniche decisorie disponibili o nella creazione di nuove. Peraltro, quando nuove tipologie decisorie emerse in via pretoria risultano periodicamente "sistematizzate" attraverso l'adozione di atti di auto-normazione, in un certo senso si crea un ulteriore punto di contatto fra i due distinti profili della distinzione fra controllo forte o debole di costituzionalità: quello *funzionale*, legato alla *condotta* processuale della Corte e quello *strutturale*, imperniato sul modo in cui le norme processuali modellano il giudizio costituzionale.

In particolare, poi, si può concordare sul fatto che «Powerful courts may be able and willing to issue more robust or "coercive" judgments on certain issues than weaker, more constrained ones»[58]. Nondimeno, per certi versi, proprio una Corte "forte" potrebbe decidere di ricorrere in modo più frequente ad una pronunzia "debole", di dialogo con il legislatore, perché è più facile – anche se non scontato – che ottenga un solerte seguito legislativo. Peraltro, realisticamente tale sintonia confermerebbe e/o accrescerebbe la sua legittimazione.

Si pensi, ad esempio, al fatto che proprio il Tribunale costituzionale tedesco – che pure ha il potere di dichiarare nulle le leggi ed è annoverato fra le Corti più "forti", per motivi legati non solo alla storia della R.F.T., ma anche all'ampio novero di competenze ed al modo in cui, attraverso la decisione sui ricorsi diretti, è stata riconosciuta come

[58] S. GARDBAUM, *Weak form review*, cit., 934.

giudice dei diritti[59] – ha "creato" una nuova tecnica decisoria, la "dichiarazione di incompatibilità" (e non nullità) della legge (*Unvereinbarkeitserklärung*), solo in seguito formalizzata mediante l'introduzione di un preciso riferimento nel § 31, II, *BVerGG*.

È vero che tale tipologia di pronunzia non sembra fino in fondo un meccanismo del tutto "debole" sotto il profilo *strutturale*, considerato, fra l'altro, che in base al § 31 il legislatore non può approvare una norma con lo stesso contenuto di quella dichiarata incompatibile e che, a differenza dell'omologo strumento decisorio presente nel Regno Unito, dalla dichiarazione di incompatibilità discende qui l'impossibilità per i giudici di applicare la legge, salvo diversa indicazione della stessa Corte (c.d. ordine di validità ultrattiva) o predisposizione nella stessa pronunzia di una disciplina transitoria.

Nondimeno, si tratta di una soluzione meno "invasiva" della nullità – dunque: *relativamente* più debole – uno strumento cui più volte il Tribunale costituzionale federale ha fatto ricorso in presenza soprattutto di una pluralità di soluzioni la cui scelta è da rimettersi al legislatore, anche in materia di eguaglianza, e quando l'eventuale pronunzia di nullità potrebbe creare un vuoto ancora più incostituzionale, ottenendo un'attenzione governativa e un seguito legislativo complessivamente soddisfacenti[60].

6. *La legittimazione della Corte costituzionale italiana*

Il giudizio di costituzionalità in Italia non è affatto privo di elementi di "debolezza", che sembrano tuttavia in larga parte emersi in via pretoria, dunque: da precise scelte del Giudice delle leggi. Da tempo, infatti, la Corte ricorre a strumenti che valorizzano la prospettiva del c.d. "privilegio del legislatore", l'opportunità della "prudenza" e della "progressione" prima di addivenire ad un eventuale giudizio forte di costituzionalità. S

Sono diverse, infatti, le tecniche decisorie *strutturalmente deboli* utilizzate dalla Corte: dalle decisioni di inammissibilità contenenti auspici di revisione legislativa o veri e propri moniti, fino alle decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata ed alle sentenze di costituzionalità "provvisoria". Nel complesso, però, tali tipologie decisorie hanno esibito una evidente debolezza anche sul piano "funzionale", registrandosi normalmente una disattenzione cronica del legislatore nei loro riguardi. Altre tecniche decisorie, invece, pur essendo "strutturalmente forti", riconoscono comunque un ampio spazio alla discrezionalità del legislatore, sicché si potrebbe discorrere di tipologie "ibride": si pensi alle c.d. additive di principio o, con alcune necessarie precisazioni sulle quali torneremo più avanti, la nuova forma di "doppia pronuncia".

---

[59] Sulle differenze, cfr. A. VON BOGDANDY-D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, 9 ss.; M. MASSA, *Minimalismo giudiziario*, cit., spec. 199 ss.; N. FIANO, *Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale*, Milano, 2022, *passim.*

[60] In realtà, a volte è pure accaduto che metà delle dichiarazioni di incompatibilità rimanesse priva di seguito. Cfr. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspiflicht *nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002, 67. Su tale tecnica decisoria v. da ultimo N. FIANO, *Il fattore "tempo"*, cit., spec. 90 ss.

Se, nonostante la sua riconosciuta autorevolezza, il Giudice delle leggi non ha potuto contare fin qui su una marcata disponibilità del Parlamento nel seguito "legislativo" richiesto o presupposto dalle sue decisioni, nondimeno, non sembra mai cessata la sua ricerca di un "dialogo" con il legislatore, anche di recente giustificata soprattutto con il richiamo alle esigenze di leale collaborazione. Ma si può trovare un fondamento a tale dovere?

È certamente corretto affermare che la Corte costituzionale, come organo di garanzia, abbia una legittimazione *meta-democratica – in base alla (sola) Costituzione* – che contribuisce insieme a quella *democratica* delle Assemblee legislative ad una legittimazione generale della democrazia costituzionale[61].

Le Consulta non ha, invece, una funzione di rappresentanza politica *in senso stretto*, non essendo peraltro la stessa eletta dal corpo elettorale o – tranne una parte dei giudici – da Assemblee a loro volta rappresentative. Peraltro, di diversa natura è altresì la sua capacità (o necessità) di cogliere l'evoluzione della coscienza sociale e tenerne conto nella lettura del parametro costituzionale. Allo stesso modo, non è in senso tecnico rappresentativa la funzione, per così dire, "idealtipica" della questione di legittimità costituzionale nel giudizio incidentale, all'interno del quale – nella prospettiva di un eventuale annullamento *erga omnes* – essa assume la veste della "parte per il tutto", delineando i tratti di un problema di costituzionalità che può porsi analogamente in altri casi e che può riguardare intere categorie di cittadini[62].

Nondimeno, quest'ultima prospettiva può utilmente fornire una sorta di cartina di tornasole del modo in cui la Corte, di volta in volta, si mantiene in equilibrio fra le specificità del caso e la prospettiva generale legata agli effetti delle sue decisioni di accoglimento. Difatti, tendenzialmente, nel giudizio incidentale la moderazione della Consulta passa proprio attraverso l'opportuna scelta di modulare la sua risposta in modo da non impegnarsi più di quanto la questione e le connesse esigenze di giustizia costituzionale non richiedano, a maggior ragione, evitando, salvo casi eccezionali, l'adozione di sentenze di "pedagogia costituzionale". Si pensi, ad esempio, al ruolo che, in tal senso, può svolgere la sottoposizione al suo giudizio di questioni subordinate in

---

[61] Cfr. in tal senso – in un poderoso contributo di risposta alle tesi di Waldron – R.H. FALLON jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, Vol. 121 (2008), n. 7, 1716. Per A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di* legittimazioni *del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 1 ss., «La *pluralità* di legittimazioni (…) si traduce almeno, come si accennava, in una "triplice legittimazione" del potere: accanto alla legittimazione dal basso (popolare o *democratica*), si deve riconoscere, dunque, anche un principio di legittimazione dall'alto, nella duplice forma della legittimazione *scientifica*, o secondo competenza, e *costituzionale*, ossia secondo valori superiori, in parte persino metagiuridici. (…) la presenza soltanto di una delle tre forme di legittimazione ricordate porterebbe a evidenti patologie che trasformerebbero, rispettivamente: la legittimazione solo popolare in *oclocrazia/demagogia*, quella solo scientifica in *tecnocrazia* e quella solo costituzionale in *aristocrazia/clericocrazia* dei giudici costituzionali, alla stregua di arbitrari sacerdoti della Carta» (p. 4).

[62] Per R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino 1999, 107, «… in base soprattutto a come il giudizio di costituzionalità viene sussunto dalla Corte, non nella sua specificità e particolarità concreta, bensì nella sua "tipicità", come caso cioè che viene a rappresentare, non solo e non tanto gli interessi presenti nel giudizio principale, quanto quelli dell'intera collettività o di una intera categoria di cittadini».

linea gradata, formulate appositamente dal giudice *a quo* in modo da passare dalla più "impegnativa" per la Corte a quella "minimale", ancorché egualmente adeguata a fornire una risposta utile per il giudizio principale[63].

Tuttavia, talvolta il tentativo di "confezionare" l'abito (la soluzione) sugli esatti lineamenti del soggetto (il caso del giudizio *a quo*) potrebbe portare ad un *deficit* insostenibile di "generalità" della risposta che rischia di produrre conseguenze inopportune e incoerenti o, addirittura, vere e proprie discriminazioni, come si dirà meglio più avanti.

La questione si fa ancora più delicata quando sussiste l'inerzia del legislatore, la quale, evidentemente, non può trovare giustificazione nei casi in cui essa impedisca di garantire adeguatamente un diritto o un interesse costituzionale. Tale omissione trova di fronte a sé la scelta del Costituente di una Corte kelseniana (un giudice-custode della Costituzione) per la garanzia di «una Carta non kelseniana», ovvero di compromesso, strutturata prevalentemente *per principia* (o, se si vuole, con disposizioni interpretate come espressioni di princìpi)[64]. In particolare, specie di fronte a questioni aperte del diritto costituzionale, si fa consistente il paradosso in base al quale, per essere davvero *giudice* – cui non è consentito eludere la domanda di giustizia costituzionale, sia pure «nei limiti delle sue competenze»[65] – la Corte deve *prendere posizione* sulle eventuali relazioni fra la questione, i gradi di sviluppo di un principio e il senso dei "silenzi" della Costituzione, anche se in tal modo la sua decisione finisce per rispecchiare *l'eccedenza politica* della Carta stessa.

Entro certi limiti, dunque, tale eccedenza viene assorbita e fatta propria dalla *funzione di controllo* affidata alla Corte. In particolare, se quest'ultima può essere definita come *applicazione* di una norma giuridica data, va riconosciuto che nel nostro ordinamento il controllo di costituzionalità non si limita all'applicazione di regole, ma assume spesso la fisionomia della *concretizzazione* di princìpi e clausole generali in relazione ad una data questione, attività in sé non poco complessa.

Nonostante tale trasformazione e perfino nelle contestate vesti di "legislatore positivo", la Corte conserva alcuni tratti che la rendono irriducibile al ruolo di vero co-legislatore, non potendo essa fino in fondo appropriarsi di quel tipo di potere normativo che, pur chiamato all'attuazione dei princìpi costituzionali, può muoversi per proprio impulso e conservare un certo grado di *libertà nel fine*, potere tradizionalmente appartenente ai soli organi di indirizzo politico.

Con una necessaria precisazione.

È evidente che i confini del c.d. spazio vuoto di diritto costituzionale (sent. n. 172/1999) tendono a restringersi in conseguenza della natura stessa di una Carta ricca di princìpi dal contenuto indeterminato e aventi efficacia giuridica, che in molti modi può

[63] Solo per un esempio, cfr. la sent. n. 223/2013.

[64] M. MASSA, *Minimalismo giudiziario*, cit., 233.

[65] Per M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo* posto, Milano, 2023, 221, non v'è «alcuna possibilità di immaginare un "bilanciamento" tra il principio di garanzia della Costituzione e il principio di separazione dei poteri, ché questo non è un problema di princìpi, ma di competenze».

rendere costituzionalmente rilevante un ambito materiale[66]. Tuttavia, a differenza del legislatore, la Corte può produrre norme: 1) solo in base ad un impulso esterno e mai *in base ad un mero atto di volontà*, con la sola eccezione dell'auto-rimessione, che pure, comunque, presuppone la sussistenza di un giudizio costituzionale, quale giudizio *a quo*[67]; 2) con l'obbligo di motivare la sua decisione. Inoltre, in linea di principio ad essa non spetta ordinariamente «stabilire *se* decidere o meno, *su che cosa decidere*, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno», nonché «*quando* occuparsi di un determinato tema»[68]. In un certo senso, però, le stesse norme processuali, per così dire, *relativizzano* quest'ultimo confine: si considerino, fra l'altro, i poteri di *agenda setting*, la mancanza di un elenco tassativo di motivi che legittimano l'adozione di una pronunzia di inammissibilità, la possibilità di adottare decisioni di illegittimità conseguenziale, etc. Talvolta, dunque, la discrezionalità della Corte sembra poter estendersi anche ad alcune delle scelte da ultimo ricordate senza necessariamente varcare il confine ultimo delle sue attribuzioni, a condizione che a guidarla rimangano oggettive esigenze di garanzia costituzionale, comprensive anche del compito di custodire la propria legittimazione..

Alla luce di tali premesse, anche la c.d. "legislazione positiva" del Tribunale costituzionale, pur condividendo l'effetto *erga omnes* della legge, non è mai il frutto della *volontà* di un vero *legislatore*, per cui l'eventuale *supplenza* della Corte o la sua "produzione" normativa non dovrebbe essere equiparata – con un accostamento linguistico che non aiuta a cogliere la realtà – ad una sorta di competenza legislativa *concorrente*. Se *concorrenza* c'è, essa rimane al più atipica, in quanto relativa a *funzioni che rimangono fra loro disomogenee e, dunque, non sovrapponibili*, *quantunque il loro esercizio possa spiegare il medesimo effetto,* specie nello spazio.

Per gli stessi motivi, il concetto di *concretizzazione* dei princìpi della Carta ad opera del Giudice costituzionale è ancora distinguibile da quello della loro *attuazione* legislativa, pur esibendo oggettive differenze rispetto alla tradizionale *applicazione* giurisdizionale – in specie, logico-sussuntiva – di *regole*.

Non sembra dunque abbia perso smalto l'affermazione di Kelsen secondo cui la rimozione del dubbio è normalmente insita nell'attività interpretativa connessa all'applicazione del diritto e, dunque, nella stessa funzione giurisdizionale. In particolare, poi, «Si può dubitare sull'opportunità di affidare ad un tribunale indipendente la determinazione del contenuto di una legge *costituzionale* dubbia e

---

[66] Cfr. G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e* giurisdizione, in *Sistema penale*, 17 maggio 24, 5. Sulle diverse modalità con le quali un certo ambito materiale può essere "attratto" nel campo del "costituzionalmente rilevante", sia consentito rinviare al nostro *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli 2020, spec. 76 ss., dove distinguiamo il concetto di *materia costituzionale in senso stretto* da quello, più ampio, di *rilevanza costituzionale* di un ambito materiale, che può essere *diretta* oppure *indiretta* (trasversale).

[67] Sulla prassi delle auto-rimessioni, v. ora lo studio aggiornato di A. PUGIOTTO, P. FARAGUNA, *Corte costituzionale e autorimessione: una radiografia giurisprudenziale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2024, 373 ss.

[68] Cfr. V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo* costituzionale, Milano, 1990, 305, ripreso da 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 Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3028.

controversa sotto questo profilo, e si può per varie ragioni, preferire che di ciò si occupino il governo e il parlamento. Ma è impossibile ritenere che la funzione di un tribunale costituzionale non sia giurisdizione quando la norma che esso è chiamato ad applicare abbia un contenuto dubbio e la sua sentenza si risolva quindi nella determinazione di questo contenuto»[69].

Del resto, è significativo che il costituzionalismo politico si agganci alla *prima* delle considerazioni appena riportate, non alla *seconda*. Anzi, come si è visto con Waldron, normalmente gli studiosi ascrivibili a tale corrente di pensiero ritengono che debba essere il Parlamento a occuparsi dell'*attuazione costituzionale* e della garanzia/individuazione dei diritti in quanto ritengono che effettivamente le Corti costituzionali siano *meno adatte* proprio in quanto organi non elettivi che svolgono una funzione *giurisdizionale*[70], cioè *determinata* dal fine della garanzia costituzionale, non legata ad una legittimazione democratica e vincolata per lo meno ad alcuni essenziali elementi procedurali e sostanziali.

Tuttavia, quale senso può avere la prima delle affermazioni di Kelsen (*si può dubitare…*)? La questione si lega al *grado* di discrezionalità affidato alle Corti, che lo stesso giurista praghese ammette possa divenire eccessivo se il controllo di costituzionalità ha come parametro disposizioni costituzionali – a partire da quelle sui diritti fondamentali – formulate in termini troppo generici e contenenti «parole d'ordine vaghe» (come «libertà», «giustizia», etc.). In questo caso, egli afferma, «c'è il pericolo di uno *spostamento di potere*»[71], che non si riferisce in generale al potere legislativo – del resto, per Kelsen la Corte stessa ne è titolare in senso negativo – ma al compito del Parlamento di primaria *attuazione* dei princìpi costituzionali a contenuto altamente indeterminato.

Riconoscere, dunque, che il Costituente ha comunque scelto la strada del sindacato giurisdizionale di costituzionalità per *questo* tipo di Costituzione non consente di ignorare la cautela di Kelsen e le avvertenze di Waldron, soprattutto di fronte alla chiara esistenza di questioni *aperte* di diritto costituzionale, proprio perché – per i motivi già ricordati – una Corte costituzionale non è nelle condizioni *strutturali* e *funzionali* di "volere" allo stesso modo di un organo di indirizzo politico.

In particolare, in presenza di questioni assai complesse, con soluzioni plurime e articolate che richiederebbero un intervento organico del legislatore, la prospettiva generale del controllo sulle leggi può risultare inopportunamente schiacciata sulle esigenze limitate e specifiche del giudizio principale, così rispondendo, certo, alle necessità di quest'ultimo, ma a costo di confinare una risposta *erga omnes* ad un *particolare* letto di Procuste. Ecco perché talvolta il ricorso a forme di dialogo con il legislatore sembra necessario per provare a recuperare, attraverso il suo intervento, un adeguato *standard* di "generalità" nella risposta ai problemi di giustizia costituzionale, ma anche per consentire il confronto fra la più ampia gamma di opinioni in tema

[69] H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, 246.

[70] Non sembra, peraltro, che le differenze fra i diversi modelli di giustizia costituzionale ostino in modo decisivo alla considerazione svolta nel testo.

[71] H. KELSEN, *Ivi*, 254.

soprattutto di diritti e di questioni sulle quali v'è un disaccordo morale in Parlamento e nella società.

Tale condotta non è ovviamente richiesta *dalle* (o direttamente fondata sulle) *norme processuali*, ma risponde ad esigenze sistemiche connesse al ruolo stesso di garanzia della Corte, esigenze che talvolta spingono ad individuare nel dialogo con il Parlamento la forma particolare di leale collaborazione che costituisce la migliore strategia di ottimizzazione del compito di garanzia costituzionale.

Tale dovere di responsabilità può fondarsi su una sorta di razionalità sia rispetto al principio democratico che a quello di adeguata tutela dei diritti fondamentali. In particolare, poi, una tale scelta si giustifica innanzitutto in relazione al *quia*, l'imperativo della migliore garanzia che spinge la Corte a muoversi in tal senso in base al proprio ruolo, ma anche, in linea di massima, rispetto all'*ut* – come azione razionalmente capace di conseguire lo scopo – sempre che non appaia del tutto improbabile la *collaborazione* del legislatore. È la differenza che passa fra chi, unicamente *spinto* dall'affetto, si getta in un fiume con minime possibilità di riuscire a salvare una persona cara ma non potendo fare altrimenti e chi compie lo stesso gesto confidando nel successo della sua impresa.

La prima forma di legittimazione/razionalità permane anche in caso di fallimento. Dunque, per la Corte: anche in assenza di un adeguato seguito legislativo. Ma anche la razionalità rispetto all'*ut* non è affatto irrilevante, come proveremo a spiegare più avanti.

7. *L'ordinanza di rinvio a data fissa (la c.d. doppia pronuncia)*

A partire dal c.d. "caso Cappato" – riguardante un caso di suicidio assistito – la Corte costituzionale ha inaugurato una nuova e articolata tecnica decisoria, che si snoda, nell'ambito del medesimo giudizio, in *due diverse pronunzie*.

La *prima*, da più parti definita come ordinanza "di incostituzionalità prospettata"[72], si articola su tre pilastri: 1) il solo accertamento (senza dichiarazione) dell'incostituzionalità, anche solo parziale, della norma – o di una delle norme – oggetto di giudizio, insieme al riconoscimento della necessità di riservare la scelta al legislatore, sussistendo una pluralità di soluzioni possibili di fronte alle quali l'annullamento rischierebbe di determinare un *vulnus* altrettanto o maggiormente insostenibile rispetto ai princìpi costituzionali; 2) la presenza di una motivazione assai più ampia di quella "succinta" richiesta per le ordinanze, con l'individuazione di direttive/principi, più o meno numerosi e dettagliati, rivolti al legislatore; 3) il rinvio dell'udienza pubblica ad

[72] La formula, riferita all'ordinanza del "caso Cappato", è utilizzata per la prima volta nella *Relazione* del Presidente della Consulta Giorgio Lattanzi alla riunione straordinaria del 21 marzo 2019, 13. Si ritiene qui preferibile ad un'altra – "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" – in quanto nella dottrina con quest'ultima si fa normalmente riferimento ad altra e differente tipologia decisoria (con la quale, fra l'altro, non si rinvia *necessariamente* l'udienza in attesa dell'intervento del legislatore). Sulle altre, diverse, qualificazioni, v. C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum* di *Quaderni costituzionali*, 7 giugno 2019, 1 ss.

una data successiva – tendenzialmente: un anno (o poco meno), salvo la scelta di un nuovo rinvio – operato in spirito di leale collaborazione istituzionale affinché il Parlamento (ma nulla toglie che uno schema del genere possa riguardare anche un Consiglio regionale) possa approvare una disciplina in linea con i princìpi indicati.

Per un verso, tale decisione ha il contenuto tipico di una decisione che *accerta* l'incostituzionalità *ma non la dichiara*. Per l'altro, tuttavia, è una pronunzia interlocutoria che non chiude il giudizio, ma consente alla Corte di modulare la decisione "finale" alla luce della risposta (o dell'inerzia) del legislatore.

La *seconda* decisione – che completa tale forma di "doppia pronunzia" – è quella che "chiude" il giudizio e che ha assunto, a seconda dei casi, la veste della sentenza di accoglimento (secco o manipolativo, delle diverse questioni sollevate o solo di alcuna di esse), laddove sia mancato il seguito legislativo, oppure quella dell'ordinanza di restituzione degli atti per le verifiche dovute, nel caso in cui il legislatore sia intervenuto con una modifica complessiva della disciplina interessata che abbia inciso immediatamente sul nucleo delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione (ord. n. 227/2022).

Rinviando al successivo paragrafo l'approfondimento di due profili riguardanti il contenuto di tali decisioni, ci soffermiamo da subito su alcune caratteristiche della tecnica decisoria[73].

Fin qui la doppia pronunzia ha avuto una scarsa applicazione, riguardando tre giudizi in sei anni[74]. Il dato può spiegarsi in molti modi: la peculiarità delle questioni che vi hanno dato origine, soprattutto la prima, il possibile effetto dissuasivo spiegato dalle diverse critiche avanzate da parte della dottrina, nonché la circostanza per cui in due dei tre casi l'ordinanza di incostituzionalità prospettata è rimasta priva di seguito.

Su quest'ultimo aspetto, in realtà, si può anche, per così dire sospendere il giudizio. Difatti, considerando la delicatissima materia su cui intervenuta la prima doppia pronuncia – la punibilità del suicidio assistito in casi particolari – potrebbe anche

[73] Evitiamo in tale contributo di riportare l'enorme bibliografia prodotta sulle singole soluzioni di merito adottate dalla Corte, limitandoci a richiamare di volta in volta alcuni contributi relativi agli aspetti processuali della tecnica inaugurata dalla Corte, sulla quale, invero, si sono avuti in dottrina giudizi discordanti, ma, nel complesso, più critici che favorevoli. In particolare, proprio la complessità delle questioni implicate – e, talvolta, la presenza di disaccordi politici e morali – renderebbe oltremodo arduo immaginare che il Parlamento riesca ad intervenire entro il termine fissato. Per alcuni contributi relativi alle questioni poste già dalla prima delle doppie pronunzie, cfr. E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 luglio 2019; A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, I/2019, 92 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 644 ss.; C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 giugno 2019; R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 24 aprile 2020, 1 ss. Per una panoramica "finale", v. N. PETTINARI, *Le nuove «ordinanze ad incostituzionalità prospettata» in Italia*. *Riflessioni a margine di una tecnica decisoria "peculiare"*, Napoli, 2024, spec. 41 ss.

[74] In particolare: 1) ord. n. 207/2018 - sent. n. 242/2019 (ma v. pure, per una questione relativa all'interpretazione di una delle condizioni poste dalla doppia pronunzia, sent. n. 135/2024); 2) ord. n. 132/2020 – sent. n. 150/2021; 3) ord. n. 97/2021 – ord. n. 122/2022 (secondo rinvio) – ord. n. 227/2022 (restituzione degli atti).

affermarsi che l'unico seguito non sia stato del tutto irrilevante, sebbene esso si sia avuto per mano del Governo ad inizio della nuova legislatura, attraverso l'adozione di un decreto-legge i cui presupposti di necessità e di urgenza venivano individuati proprio nei moniti rivolti dalla Corte costituzionale ed il cui contenuto riprendeva salvo alcune modifiche quello di progetti di legge già in fase avanzata di discussione nella precedente legislatura e poi decaduti in conseguenza dello scioglimento anticipato delle Camere.

Ovviamente, la questione del seguito non si riduce alla prospettiva della disciplina relativa ai rapporti inter-istituzionali, coinvolgendo la stessa cultura e il funzionamento dei partiti politici, le strategie del consenso, nonché, non di rado, la caratura morale e civica dei rappresentanti. Il problema non sembra dunque interamente risolvibile, ad esempio, limitandosi a stabilire che le decisioni relative ad atti legislativi statali debbano essere comunicate anche al Governo – anziché unicamente alle Camere (secondo quanto già previsto dall'art. 136 Cost.) – investendolo dunque anche formalmente del problema e confidando nella sua forza propulsiva. Nondimeno, una tale modifica potrebbe sortire un qualche effetto utile nei casi in cui non vi siano insuperabili ostacoli in seno alla maggioranza parlamentare.

Si tratta di questioni eterogenee, ma tutte riguardanti la materia penale e diritti, talvolta "inviolabili" come il diritto alla salute e il diritto alla reputazione o "pietre" miliari della democrazia, come la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di critica e di cronaca, fino al diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU che, nel terzo gruppo di pronunzie, entra in gioco in relazione alle possibilità di risocializzazione del condannato all'ergastolo per reati di mafia e di contesto mafioso.

8. Segue: *l'intensità del monito e gli spazi di intervento del legislatore dopo la decisione di accoglimento. Dal "caso Cappato" alla sentenza n. 135 del 2024*

Se guardiamo all'intera "doppia pronunzia", *nel complesso* è difficile affermare che in essa vi sia una forma di "deferenza" nei confronti del Parlamento paragonabile a quelle presenti nel "modello" di sindacato debole di Gardbaum. Del resto, il principio di leale collaborazione viene pur sempre richiamato senza rinunciare a mettere sul piatto, nell'ambito dello stesso giudizio, l'esercizio del sindacato forte di costituzionalità.

Tuttavia, è evidente la presenza di due diverse anime, i cui segni si avvertono nella non perfetta coerenza fra l'ordinanza[75] – in cui la Corte riconosce che solo il legislatore ha gli strumenti adatti per affrontare organicamente la questione e che, dunque, l'individuazione della soluzione deve essere rimessa alla sua discrezionalità – e l'eventuale decisione finale nella quale la Consulta può eventualmente pronunziarsi sul merito della q.l.c.

La prima anima è data dalla *flessibilizzazione dei tempi endoprocedimentali*, che può costituire un meccanismo sufficientemente *debole* e *dialogico* – e consentire una

[75] Si tratterebbe, per G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., 10, di una «*deference* a tempo, per ovviare alla mancanza di un apposito strumento processuale atto a raggiungere lo stesso scopo, come avviene in altri ordinamenti».

adeguata emersione in Parlamento delle diverse opinioni e, ove occorra, dei conflitti morali su temi etici – solo a due condizioni, fra loro strettamente connesse: 1) che le direttive rivolte al legislatore siano molto generali e ridotte al minimo necessario; 2) che perduri un chiaro ed ampio spazio di intervento per il legislatore anche dopo la successiva sentenza di accoglimento adottata in mancanza di seguito entro il periodo indicato.

Quanto al primo punto, è nella prima ordinanza di incostituzionalità prospettata (n. 207/2018), relativa al suicidio assistito, che la Corte, come noto, scende in profondità, stabilendo il ricorso di quattro condizioni sostanziali, il cui accertamento consente, nella sostanza, di rendere non punibile la condotta di chi aiuta un altro soggetto nella realizzazione del proprio intento suicidario: 1) la sussistenza di una malattia irreversibile; 2) la capacità di intendere e volere del malato; 3) la presenza di dolori che l'interessato giudica insopportabili; 4) la sottoposizione a terapie di sostegno vitale.

Si trattava, è vero, di una questione aperta e delicata di diritto costituzionale, rispetto alla quale la Corte ha cercato, per quanto possibile, un aggancio (abbastanza controintuitivo, per la verità) al diritto alla salute ed alla sua precedente giurisprudenza in tema di consenso informato. In particolare, quanto all'ultima condizione, essendo già riconosciuto il diritto di interrompere tali terapie – come l'idratazione, alimentazione e ventilazione artificiali – con la conseguente morte nell'immediato del soggetto, il riconoscimento, alle condizioni previste, della possibilità di richiedere la prescrizione del farmaco letale – e la non punibilità di chi lo aiuta nel suo intento suicidario – si fonda sulla necessità di evitarne la possibile agonia, dopo diversi giorni, qualora egli sia solo *parzialmente* dipendente da tali terapie e non disposto a sottoporsi alla sedazione profonda.

Invero, abbiamo già segnalato il corto circuito per cui, da un lato, la Corte fa leva sulla necessità di evitare che l'agonia conseguente all'interruzione del trattamento vitale – ove il paziente non accetti la sedazione profonda (che per alcuni poteva essere la soluzione più naturale alla tragedia) – possa durare *per giorni*, in quanto l'interessato dipendeva solo *parzialmente* (non in modo continuo) da un supporto vitale. Dall'altro lato, la condizione posta dalla Corte deve considerarsi invece soddisfatta anche (o, a maggior ragione) nell'eventuale caso di una dipendenza *continua* da trattamenti di sostegno vitale, sebbene in tal caso la loro interruzione possa invece, almeno in teoria, indurre la morte *immediata* (e non dopo diversi giorni) del paziente[76].

Comunque sia, laddove l'ordinanza di incostituzionalità prospettata rivolga diverse e stringenti direttive al legislatore, una volta adottata la decisione finale di accoglimento parziale in conseguenza del mancato seguito legislativo, potrebbe non essere chiaro fino a che punto l'eccesso di *concretezza* che sta dietro la soluzione della Corte finisca per condizionare il Parlamento che decidesse di legiferare sul punto. Così, l'interpretazione più rigorosa sostenibile immediatamente a valle della sentenza

[76] Sia consentito rinviare al nostro *La vita dignitosa nel processo del morire*, in T. CERRUTI (a cura di), *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*, Napoli, 2023, spec. 342 ss.

manipolativa che ha chiuso il giudizio – rendendo la scriminante *anche* di tipo procedurale[77] – ha portato a ritenere che tale condizione fosse riferita alle *tradizionali* terapie di sostegno vitale e limitasse il novero dei soggetti che possono avviare la procedura unicamente a quanti fossero giunti alla fine della vita *ed inseriti in un processo medicalizzato*[78].

Tuttavia, in diverse decisioni i giudici di merito hanno emblematicamente ampliato la portata semantica di quella condizione, fino a ricomprendervi anche la sottoposizione a (ulteriori) trattamenti sanitari farmacologici o addirittura *assistenziali*[79].

Un tale allargamento delle maglie caratterizza anche la recente sentenza n. 135 del 2024 (interpretativa di rigetto)[80], nella quale, pur confermando formalmente la centralità di tale condizione, la Corte ha pure ritenuto – qui con un netto *revirement* – che la stessa risulti soddisfatta non solo quando il paziente chiede l'interruzione delle "terapie" alle quali è già sottoposto, ma anche laddove *rinunci* ad esse. In altri termini, per quanto il

---

[77] Come noto, la sentenza n. 242 del 2019 dichiara l'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, *sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.* Sulle c.d. scriminanti procedurali – particolarmente approfondite dalla dottrina tedesca – v. A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale,* Tomo I, Torino, 2022, 330 ss. In particolare, il ricorso a tale forma di scriminante implicherebbe «l'abbandono della tradizionale logica binaria del diritto penale vietato/consentito al fine di calarsi nelle peculiarità (nonché nella drammaticità) del caso concreto e degli interessi di volta in volta in rilievo. E, qualora divenga inevitabile, affidando ad un altro soggetto, il giudice, il meno impegnativo compito di verificare *ex post* l'avvento rispetto della procedura» (p. 331).

[78] Cfr. C. SALAZAR, *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, 578, secondo cui, peraltro, «trattandosi di pazienti medicalizzati, la Corte ha buon gioco nell'immettere nel novero dei parametri l'art. 32 Cost.».

[79] Ad esempio, per la Corte d'Assise di Massa, sent. 27 luglio 2020, «ciò che ha rilevanza sono tutti quei trattamenti sanitari – sia di tipo farmaceutico, sia di tipo assistenziale medico o paramedico, sia, infine, con l'utilizzo di macchinari, compresi la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale – senza i quali si viene ad innescare nel malato "un processo di indebolimento" delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte». Nel caso di specie, colui che era stato assistito nel proprio intento suicidario dipendeva non da una macchina, ma da due forme di sostegno vitale: una farmacologica – la cui interruzione, secondo la difesa, «avrebbe comportato uno scompenso cardio-circolatorio e un aggravamento della sintomatologia invalidante ed algica», con probabile decesso per infarto o ictus cerebrale» – e una meccanica, da individuarsi nella funzione evacuativa manuale delle feci, «senza la quale si sarebbe giunti ad un quadro occlusivo meccanico con conseguente morte del paziente». Va peraltro ricordato il caso di una paziente oncologica (nome di fantasia riportato: "Gloria") sottoposta a chemioterapia, che è stata ritenuta per ciò stesso dipendente da una "terapia di sostegno vitale" (ed alla quale, peraltro, la Asl del Veneto ha fornito, come richiesto, non solo la prescrizione del farmaco, ma anche il macchinario per l'autosomministrazione. Sul contributo della giurisprudenza in materia, v. ora I. RUGGIU, *Il ruolo dei giudici nell'elaborazione del diritto ad una morte dignitosa*, in T. CERRUTI (a cura di), *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa*, cit., 127 ss.

[80] In tal senso, ad esempio, laddove «l'evacuazione manuale dell'intestino del paziente, l'inserimento di cateteri urinari o l'aspirazione del muco dalle vie bronchiali si rivelino in concreto necessarie ad assicurare l'espletamento di funzioni vitali del paziente, al punto che la loro omissione o interruzione determinerebbe prevedibilmente la morte del paziente in un breve lasso di tempo, esse dovranno certamente essere considerate quali trattamenti di sostegno vitale, ai fini dell'applicazione dei princìpi statuiti dalla sentenza n. 242 del 2019».

paziente possa rinunciare a cure già avviate, così interrompendo un processo di medicalizzazione in atto, il fatto di considerare rilevante ai fini del suicidio assistito la rinuncia *ab origine* ad un trattamento sanitario parrebbe rendere meno determinante l'esistenza di una precisa *fenomenologia* del processo di *medicalizzazione* ai fini della riconduzione della questione all'art. 32 Cost.

Sembra poi delinearsi una condizione di ulteriore incertezza derivante da una contraddizione nella motivazione. Dapprima, infatti, la Corte sembra svincolare il Parlamento dal rispetto di tale condizione quando afferma che quest'ultima «svolge, *in assenza di un intervento legislativo*, un ruolo cardine nella logica della soluzione adottata con l'ordinanza n. 207 del 2018, poi ripresa nella sentenza n. 242 del 2019»[81]. Si tratta, fra l'altro, di una considerazione che conferma quanto già ricordato: che una Corte costituzionale non può "volere" allo stesso modo e negli stessi termini di un organo di indirizzo politico.

Tuttavia, nel prosieguo della motivazione si precisa che il compito del Tribunale costituzionale «non sia quello di sostituirsi al legislatore nella individuazione del punto di equilibrio in astratto più appropriato tra il diritto all'autodeterminazione di ciascun individuo sulla propria esistenza e le contrapposte istanze di tutela della vita umana, sua e dei terzi; bensì, soltanto, quello di fissare il *limite minimo, costituzionalmente imposto* alla luce del quadro legislativo oggetto di scrutinio, della tutela di ciascuno di questi principi, restando poi ferma la possibilità per il legislatore di individuare soluzioni che assicurino all'uno o all'altro una tutela più intensa».

Tale rilievo può essere letto nel senso che la griglia di condizioni poste dalla Corte, più che un elemento rimovibile dal legislatore, costituisca la cornice (appunto, il limite minimo, costituzionalmente imposto) che vincola la sua discrezionalità nella ricerca di un punto di equilibrio. O, se si vuole, che le condizioni poste, comprese quella relativa alla sottoposizione a trattamenti sanitari o assistenziali, costituiscano unicamente delle *clausole generali* che poi il legislatore potrà concretizzare attraverso le sue scelte.

In tal senso, si può ipotizzare che il nucleo centrale non valicabile della condizione relativa alle terapie di sostegno vitale sia proprio l'esistenza di un processo di medicalizzazione inteso in senso molto lato, quel tipo di processo che ordinariamente accompagna la persona nella fase terminale della sua malattia. Di tale processo la relazione medico-paziente costituirebbe chiaramente la componente essenziale, mentre il riferimento a singoli trattamenti farmacologici e/o assistenziali esprimerebbe la concreta, variegata ed *esemplificativa* fenomenologia[82]. Ovviamente, sempre che si

[81] Cfr. § 7.1 del *Considerato in diritto* (nostri i c.vi).

[82] Va tuttavia ricordato che nella ordinanza n. 207 del 2018 la Corte aveva ritenuto che «una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima» (§ 10 *Cons. dir.*). In

ritenga tale nucleo minimo sufficiente a salvaguardare la "cintura di protezione" dei più fragili – a ciò concorrendo anche le altre condizioni – ed a riportare il suicidio assistito all'interno dell'art. 32 della Carta.

Lo stato di incertezza derivante dalla sentenza appena richiamata riflette la difficoltà della Corte nel gestire simili problemi aperti di diritto costituzionale ed è espressione del modo in cui le questioni si fanno più difficili quando manca l'intervento prioritario del legislatore. Peraltro, tale quadro potrebbe rendere ancora più difficile un intervento del Parlamento volto ad assicurare un diverso tipo di equilibrio fra i princìpi implicati, purché ragionevole e idoneo a salvaguardare l'esigenza di protezione dei soggetti vulnerabili sottesa all'art. 580 c.p. Il punto di fondo riguarda, in particolare, la concreta possibilità di distinguere in ordine alle condizioni sostanziali poste dalla Corte quanto debba essere considerata una "rima obbligata" e quanto, invece, costituisca una condizione "sostituibile" o riformulabile dal legislatore. Su questo punto torneremo nelle osservazioni finali.

Ovviamente, laddove il legislatore intenda davvero affrontare il problema e riaprire i giochi nonostante le incertezze poc'anzi rammentate, il riavvio del fisiologico rapporto fra la scelta legislativa *a monte* e l'eventuale, successivo controllo di costituzionalità *a valle* potrebbe contribuire a riportare chiarezza.

9. *Le due successive "doppie pronunce"*

Il monito rivolto al Parlamento con l'ordinanza n. 132 del 2020 si caratterizza con evidenza per la sua minore "estensione" rispetto alla decisione "apripista" del "caso Cappato", sebbene nella prima la questione implicata fosse, chiaramente, priva dei medesimi risvolti etici e indubbiamente meno complessa, consentendo alla Corte di limitarsi a poche indicazioni di principio.

Nella decisione può leggersi che il punto di equilibrio fra diritto di cronaca e diritto alla reputazione non è fisso e immutabile, ma cambia in relazione alla rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni.

In particolar modo, la Corte ritiene oramai inadeguato il bilanciamento sotteso alle norme del codice penale e in quelle della vigente legge sulla stampa – e in particolare negli artt. 595 c.p. e 13 della legge n. 47 del 1948 – che si impernia sulla previsione, in via rispettivamente alternativa e cumulativa, di pene detentive e pecuniarie a carico del giornalista che offenda la reputazione altrui, travalicando i limiti del legittimo esercizio del diritto di cronaca o di critica di cui all'art. 21 Cost. Ciò può dirsi anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU, che, salvo ipotesi eccezionali, considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive, ancorché sospese o in concreto non eseguite, nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la

altri termini, tale inscrizione parrebbe per i giudici costituzionali opportuna ma non costituzionalmente imposta.

reputazione altrui, al fine di evitare un effetto di dissuasione che impedirebbe lo svolgimento di una funzione essenziale per la democrazia.

Tuttavia, come affermato, tale delicato bilanciamento spetta al legislatore, gravato della responsabilità di evitare indebite intimidazioni dell'attività giornalistica e, altresì, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale. Il prosieguo della motivazione, preso isolatamente, farebbe "felice" anche il più tenace assertore del costituzionalismo politico: «Il legislatore, d'altronde, è meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco». Al contrario, «il compito naturale» della Corte è la verifica *ex post*, cui la stessa non vuole sottrarsi, ma in questo caso essa «sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisori».

Si rimette, dunque, al centro il Parlamento, che per i giudici costituzionali potrà affiancare alle sanzioni pecuniarie anche efficaci misure di carattere disciplinare ed eventualmente sanzionare con la pena detentiva unicamente le condotte che assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio.

Ma la scelta dell'ordinanza di incostituzionalità prospettata in luogo della decisione di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore viene qui "agganciata" all'esistenza di vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa che risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere. Sicché la Corte ritiene opportuno, *in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni*, rinviare la decisione a successiva udienza, in modo che il legislatore possa intervenire nel rispetto dei princìpi costituzionali e convenzionali indicati.

Mancando anche qui il seguito legislativo atteso, con la sentenza n. 150 del 2021, la Corte è riuscita a tener debitamente distinte le soluzioni *sostituibili* dal legislatore e la necessità, per così dire, *non disponibile*, che l'eventuale futuro intervento legislativo bilanci in modo equilibrato i diritti in gioco.

Sotto il primo aspetto, è stato annullato l'art. 13 della legge sulla stampa e, in via conseguenziale, l'art. 30, IV c., della legge n. 223/1990 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), in quanto consentono – per il reato di diffamazione, rispettivamente realizzato a mezzo stampa o mediante trasmissione televisiva – la commistione di detenzione e multa.

Quanto al secondo aspetto, i giudici hanno fatto ricorso ad una sentenza interpretativa di rigetto sulla questione relativa all'art. 595 c.p., ritenuta non fondata in quanto quest'ultimo prevede la possibilità di una condanna alla detenzione solo *in alternativa* alla multa, a condizione che – e qui sta l'interpretazione "sanante" – l'eventuale applicazione della pena detentiva sia intesa come limitata ai casi di *eccezionale gravità*.

Senonché, avvertenza ribadita dalla stessa Corte, questa è solo *una delle soluzioni* consentite al legislatore, è una sorta di rima *possibile* tratta in via interpretativa, quella più agevole da realizzare per la Consulta, sebbene essa evidentemente sconti il problema

dell'eventuale mancanza di seguito giudiziario. Il Parlamento, invece, potrà anche decidere di *non* mantenere la sanzione detentiva per i casi più gravi, ma nel complesso gli si chiede una complessiva riforma volta a rimodulare la risposta sanzionatoria in modo da bilanciare con maggiore equilibrio il diritto di cronaca e critica con il diritto alla reputazione. Nel complesso, la porta resta, più che aperta, spalancata e il legislatore può ancora «disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco».

L'ultima "doppia pronuncia" riguarda il c.d. ergastolo ostativo. Nell'ordinanza n. 97 del 2021 – richiamando anche la giurisprudenza della Corte EDU, fino alla sentenza *Viola c. Italia*[83] – la Consulta ha ritenuto incostituzionale (senza ovviamente dichiararla tale) la regola secondo cui ai condannati all'ergastolo per i reati di cui all'art. 416-bis c.p. – delitti di associazione mafiosa o di "contesto mafioso" – non può essere concessa la liberazione condizionale ove non collaborino con la giustizia[84].

L'illegittimità non riguarda la presunzione *in sé*, la quale anzi appare ragionevole, considerato che il vincolo di appartenenza ad una associazione di stampo mafioso, per le sue peculiari caratteristiche, può permanere anche dopo lunghi periodi di detenzione, finché non il soggetto non compia una scelta di netto e radicale distacco, come quella normalmente espressa dalla collaborazione con la giustizia. Piuttosto, il vizio attiene al carattere *assoluto* della presunzione, che impedisce a chi non collabora di provare il suo ravvedimento e l'avvenuta recisione dei legami con la criminalità organizzata.

Un tale automatismo finisce per comprimere in primo luogo l'orizzonte del finalismo rieducativo della pena, in quanto, sottolinea la Corte, «impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto (sentenza n. 149 del 2018) – l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.». Al contrario, la generalizzazione sottesa alla presunzione deve essere superabile mediante una valutazione *in concreto* di tale percorso, svolta a seguito di un lungo periodo di espiazione della pena.

Non va dimenticato come l'ergastolo sia stato giudicato in passato dalla Consulta compatibile con l'art. 27, c. 3, Cost. – e, analogamente, la Corte EDU abbia ritenuto che esso non viola l'art. 3 della Convenzione – a condizione che esso risulti in astratto e in concreto una pena *riducibile*, sebbene, come si è affermato, in tal modo si finisca per «validare uno spostamento del piano delle argomentazioni costituzionali dalla dimensione statica della pena edittale a quella dinamica della esecuzione»[85]. Al riguardo, la Corte aveva già ritenuto che la liberazione condizionale costituisse «l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo», al punto a

[83] *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16. Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di ergastolo si rinvia ad A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2/2022, spec. 84 ss.

[84] Oggetto della questione sono, in particolare, gli artt. 4-bis e 58-ter della legge sull'ordinamento penitenziario (n. 354/1975), nonché l'art. 2 del D.L. n. 152/1991, convertito con modificazioni nella l. n. 203/1991, ma unicamente in riferimento ai soggetti condannati per delitti mafiosi o di contesto mafioso.

[85] Così, A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo*, cit., 106, ma v. pure in tal senso A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 marzo 2013, 4.

deve ritenere incostituzionale la "pena perpetua" anche qualora la riammissione alla misura fosse totalmente preclusa, in via assoluta, a seguito di uno o più esperimenti negativi (sent. n. 161/1997).

Ciò che più rileva tuttavia qui sottolineare è, per così dire, la "frenata" della Corte nel passaggio da tale premessa motivazionale alla scelta di una tipologia decisoria ben diversa dalla (discussa) pronunzia manipolative a rime non obbligate n. 253 del 2019[86], nella quale i giudici costituzionali avevano dichiarato illegittimo l'identico automatismo assoluto previsto per l'accesso ai permessi premio, introducendo però per i condannati ad un delitto mafioso o di contesto mafioso, anche se non collaboranti, un onere probatorio qualificato, dovendosi a tal fine acquisire elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, che il pericolo del loro ripristino.

La diversa opzione dei giudici costituzionali per l'ordinanza di incostituzionalità prospettata viene giustificata, innanzitutto, in diversi modi, in relazione alla 'apicalità' delle questioni in gioco. A differenza, infatti, dei permessi premio, la liberazione condizionale ha come tendenziale epilogo l'estinzione della pena. Da un lato, la Corte ha scartato la soluzione della sentenza di accoglimento secco che avrebbe reso irrilevante la scelta di collaborare, ritenendo invece che debba comunque accordarsi il giusto peso a tale scelta. Dall'altro lato, traspare la riluttanza dei giudici costituzionali a mutuare lo schema della ricordata sentenza del 2019, adottando una sentenza manipolativa in assenza di rime obbligate che avrebbe creato ulteriori incoerenze o asimmetrie, come ad esempio la sopravvivenza dell'automatismo per l'accesso alle misure intermedie, quali il lavoro all'esterno e la semilibertà. Inoltre, si sarebbe creata un'ulteriore asimmetria rispetto alla diversa condizione dei condannati all'ergastolo per uno dei reati di prima fascia di cui all'art. 4-bis ma non legati alla mafia o alla criminalità organizzata. Tutte disarmonie che avrebbero richiesto ulteriori dichiarazioni manipolative di illegittimità conseguenziale.

Ora, a fronte della complessità della posta in gioco e delle critiche imputate alla Corte per avere con la sentenza del 2019 sostanzialmente creato, in assenza di rime obbligate, il contenuto dell'onere probatorio differenziato, non sembra irragionevole la scelta dei giudici costituzionali di chiamare in causa il Parlamento.

Innanzitutto, perché diversi fattori – fra i quali la presentazione di progetti di legge – mostravano come la necessità di un intervento organico in materia fosse, «in prima battuta, oggetto di una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa».

In secondo luogo, il monito della Corte lascia ampio spazio alle scelte del legislatore.

In particolare, quanto ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 416-bis c.p. – ferme restando l'incostituzionalità dell'automatismo assoluto e la necessità di accordare ancora un peso alla collaborazione con la giustizia – le diverse misure

[86] Per E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021, «l'ordinanza appare caratterizzata ad un ampio, prolungato 'crescendo', al quale segue un inopinato 'pianissimo'».

ipotizzabili per fronteggiare la perdurante presunzione di pericolosità costituiscono per il Giudice delle leggi oggetto di tipiche scelte di politica criminale e non sono costituzionalmente vincolate nei contenuti. La Corte si limita, dunque, ad esemplificare alcune possibilità per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani, a integrazione della valutazione sul suo sicuro ravvedimento ex art. 176 cod. pen.: «scelte fra le quali potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione»[87].

La vicenda relativa all'ergastolo ostativo offre la possibilità di ulteriori considerazioni.

La Corte viene spesso criticata per le sue sentenze manipolative adottate in assenza di rime obbligate. L'ordinanza di incostituzionalità prospettata, invece, può assolvere, come in questo caso, alla necessità della Consulta di evitare di provvedere in tal senso, nel presupposto che solo un intervento organico del legislatore potrebbe assicurare una disciplina priva di incoerenze interne, ferma restando la praticabilità di un intervento *ex post* dei giudici costituzionali.

Senonché, rimettere la scelta al Parlamento non implica necessariamente – una volta rilevato un vizio di illegittimità – far dipendere completamente la garanzia costituzionale da una sua scelta nell'*an*. È qui che si coglie il carattere bifronte di tale doppia pronunzia. In altri termini, il fatto che il legislatore sia chiamato a decidere il *come* non comporta anche che la sua decisione – o concreta incapacità – di *non intervenire* immediatamente a fronte di una prospettazione di incostituzionalità possa chiudere la partita, impedendo una decisione finale nel merito della Corte[88].

In relazione, poi, al *quando*, ovvero il rispetto dei "tempi" del Parlamento, proprio questa terza vicenda ha attestato che la ricerca della Consulta della collaborazione del legislatore sia reale, visto che, alla luce degli sviluppi parlamentari nella discussione dei progetti in materia, con la successiva ordinanza n. 102 del 2022 i giudici costituzionali hanno nuovamente rinviato – dal primo termine del 10 maggio al nuovo termine dell'8

[87] Cfr. § 9 del *Cons. dir.*

[88] Non ci sembra dunque totalmente condivisibile quanto affermato da A. SIMONCINI, *Verso l'elaborazione di un diritto ad una morta dignitosa nell'esperienza europea. Alcuni spunti di riflessione*, in T. CERRUTI (a cura di), *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa*, cit., 359, secondo cui «… se la Corte riconosce questa pluralità di strade e dunque la libertà dell'organo legislativo nella scelta, deve rispettare tale libertà, compresa l'opzione di non scegliere», almeno se la si intende nel senso che l'esistenza di tale pluralità *nel quomodo* comporti per la Corte l'impossibilità di intervenire per rimediare ad un problema di costituzionalità che il legislatore decida di non affrontare. Inoltre, secondo l'A. il nostro sistema di giustizia costituzionale cambierebbe «la propria natura» laddove la Corte ricorra a tecniche decisorie che consentono di accertare in via potenziale l'incostituzionalità della norma oggetto di giudizio, «affidando la concreta eliminazione al Parlamento». In particolare, «(…) si potrebbe dire che in questo modo la giustizia costituzionale italiana passa da un modello "forte", ad un modello "debole", del tipo Canada o Regno Unito». Si coglie in tal modo un fenomeno reale, che tuttavia non sembra completamente predicabile in relazione all'ordinanza di incostituzionalità prospettata, visto che, a differenza della dichiarazione di incompatibilità presente nel Regno Unito e degli altri strumenti "strutturalmente" deboli, tale decisione non chiude il giudizio, ma lascia aperta la porta ad una eventuale decisione di accoglimento. Nel complesso, dunque, il ricorso a tale tipologia decisoria non pare aver determinato un vero e proprio cambio di natura del sistema di giustizia costituzionale.

novembre dello stesso anno – la data dell'udienza pubblica per la trattazione della causa[89].

Una ulteriore considerazione attiene al seguito del secondo rinvio. Come noto, un progetto di legge in materia, approvato alla Camera, è decaduto a causa dello scioglimento anticipato delle Camere, ma ad inizio della nuova legislatura il Governo, con il decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 (conv. in l. n. 162/2022), ne ha ripreso i contenuti, ravvisando i presupposti di straordinaria necessità e urgenza previsti dall'art. 77 Cost. nei «moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l'adozione di una nuova regolamentazione dell'istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione», nonché nella «imminenza della data dell'8 novembre 2022, fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore».

Ritenendo che la nuova normativa, ancorché in fase di conversione, abbia inciso immediatamente (e sostanzialmente) sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione[90], con l'ordinanza n. 227 del 2022 la Corte ha restituito gli atti alla Cassazione per una rinnovata valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza. Tale esito non solo induce certamente a riconsiderare attentamente il ruolo del Governo nel "seguito" legislativo alle sentenze della Corte, ma ridimensiona nel complesso il pessimismo sulle reali possibilità di "dialogo" con il legislatore.

L'ultima osservazione attiene al "costo" di tale doppia pronunzia. In effetti, il prolungamento dei tempi del giudizio costituzionale ha inciso in questo caso in modo assai pesante sulla già difficile condizione della parte principale del giudizio *a quo* e su tutti coloro i quali, pur non collaboranti con la giustizia, avrebbero voluto accedere alla liberazione condizionale dimostrando l'assenza di legami con la criminalità e di un pericolo di ripristinazione degli stessi. In tal modo, si è ritenuto che l'art. 3 della CEDU – che costituisce un diritto inderogabile, ai sensi dell'art. 15, § 2, della Convenzione – continua ad essere violato[91].

Sul punto, tuttavia, si devono svolgere alcune considerazioni ulteriori.

Innanzitutto, rischia di incorrere in una contraddizione logica chi critica la sentenza del 2019 per il suo carattere manipolativo in assenza di rime obbligate – ritenendo dubbio che la Corte si sia mantenuta all'interno delle sue competenze istituzionali – e ugualmente critica il Giudice delle leggi per non aver voluto utilizzare

[89] Sulla plausibilità di ulteriori rinvii – nella prospettiva di una effettiva collaborazione con il legislatore – v. già, a commento della prima ordinanza, M. MASSA, *La terza incostituzionalità*, cit., *passim.*

[90] In particolare, come ricorda la Corte, «quanto ai detenuti e agli internati per delitti di contesto mafioso e, in generale, di tipo associativo, i benefici possono essere loro concessi purché dimostrino l'adempimento delle obblig3azioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o "l'assoluta impossibilità di tale adempimento", nonché alleghino elementi specifici – diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza – che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile, nonché, ancora, la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa».

[91] Cfr. E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale*, cit., § 10.

nuovamente quello schema anche in relazione alla liberazione condizionale[92]. Insomma, si finisce con il rimproverare al Tribunale costituzionale il fatto di non aver voluto cadere nel medesimo "errore", in presenza, peraltro, di una «triplice apicalità dei profili che, posti alla sua attenzione in questa occasione, fanno la differenza»[93].

In secondo luogo, quella richiesta alla Corte non sarebbe stata una scelta davvero coerente rispetto al ricordato precedente, nel quale, lo si rammenta, i giudici costituzionali non hanno preso in considerazione la possibilità di estendere in via conseguenziale la dichiarazione di illegittimità parziale in modo da superare l'analogo problema relativo alla liberazione condizionale ed alle misure intermedie.

Certo, quest'ultima scelta può essere spiegata con la tendenza alla moderazione, che induce spesso il Giudice delle leggi a non impegnarsi in una risposta che trascenda eccessivamente la questione di legittimità costituzionale. A maggior ragione, però, di fronte ad una serie complessa e articolata di valutazioni – che peraltro eccedevano ampiamente e sotto diversi aspetti la q.l.c. – la medesima esigenza di autolimitazione ha sorretto questa volta la ricerca di un dialogo con il legislatore, trovando anche un ulteriore, ancorché non decisivo, punto di appoggio nella natura *sistematica* della violazione dell'art. 3 della CEDU rilevata dalla Corte EDU nella sentenza *Viola.*

10. *Conclusioni. Dal sindacato "debole" alla doppia pronunzia. Le condizioni di una (sostenibile) leggerezza*

Dalle considerazioni fin qui svolte possono trarsi alcune osservazioni conclusive, necessariamente provvisorie.

La prima. La Corte *apre davvero* in modo collaborativo alla valutazione del Parlamento quando decide di vincolare il Parlamento nella misura minore possibile e la questione le consente di farlo con un livello di generalità possibilmente pari o superiore – certo, non inferiore – allo *standard* delle additive di principio. Una direttiva di tal genere potrebbe consentire di "riavviare" lo schema tradizionale, richiamato dalla Consulta, per cui il legislatore produce norme ed il controllo interviene *ex post* sulla compatibilità di queste con la Costituzione.

La concreta possibilità di tale *reductio* dipende ovviamente dalla peculiarità della questione, dalla sua complessità, dall'ambito materiale cui la stessa attiene. Di certo, però, quanto più ciò si concretizza, tanto più viene a ridursi e pare giustificabile la

[92] In tale errore sembra incorrere E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale*, cit., sebbene effettivamente rimanga aperta la questione sull'individuazione di criteri adeguatamente affidabili per distinguere i casi in cui la Corte ritenga di poter *direttamente* adottare una decisione additiva in assenza di rime obbligate e quelli nei quali invece essa ricorra in prima battuta ad una ordinanza di incostituzionalità prospettata.

[93] Così, F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/*2021, in *Questione giustizia*, 27 maggio 2021, § 3. La questione presenterebbe una «triplice apicalità» in quanto riguardante i «condannati per reati di criminalità organizzata mafiosa, per i quali sia stata inflitta la massima pena prevista dall'ordinamento (l'ergastolo) e che domandino la liberazione condizionale, il più ampio beneficio concedibile, quello in grado di sostituire al "fine pena mai" una fine della pena».

distanza – comunque esistente – fra l'ordinanza di incostituzionalità prospettata e l'"ordinario" esercizio dei poteri di *agenda setting*.

La seconda. La doppia pronunzia è una tipologia decisoria *a virtualità multiple*, capace di incorporare elementi di (almeno parziale) *debolezza* non solo nell'ordinanza di incostituzionalità prospettata, ma anche nella decisione finale conseguente ad un mancato seguito legislativo. In particolare, è emblematico che il risultato complessivo di apertura al legislatore raggiunto con la sent. n. 150 del 2021 abbia richiesto, accanto ad una decisione di accoglimento, una interpretazione costituzionalmente conforme, ovvero un classico meccanismo di controllo *strutturalmente* "debole" di costituzionalità. Quanto più viene preservato nella decisione finale questo elemento di "debolezza", tanto più si riduce l'incoerenza rispetto all'affermazione, che accompagna l'ordinanza di incostituzionalità, secondo cui la presenza di una pluralità di soluzioni e la limitata portata degli "attrezzi" in mano alla Corte impongono di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore.

La terza. La doppia pronunzia ha i suoi "costi", fra i quali il perdurante dovere per i cittadini di osservare la norma oggetto di giudizio e la possibilità che la norma oggetto di giudizio venga applicata in altri giudizi. Peraltro, anche il possibile allungamento dei tempi del processo costituzionale – e, di riflesso, del giudizio *a quo* – per quanto non in grado di raggiungere gli estremi censurati dalla Corte EDU[94], deve comunque risultare *ragionevolmente* giustificabile secondo quanto ricordato poc'anzi. Questo significa che l'eventuale proroga del rinvio può essere tollerabile – e talvolta opportuna – quando si tratti di lasciare condurre in porto l'approvazione di progetti di legge in fase avanzata di discussione.

A maggior ragione, la Corte dovrebbe valutare attentamente il rischio che i pretesi "benefici" si trasformino in costi, ovvero che tale decisione, anziché funzionare da potente sollecito, si riveli un ottimo alibi per il legislatore, il quale, «messo spalle al muro (…) non si slancerà in avanti, ma dietro il muro si riparerà», un pericolo che sembra tanto più reale quanto più la Corte rende stretto al legislatore il passaggio necessario per l'atteso seguito[95].

Riteniamo dunque che, oltre alla natura minimale delle direttive al Parlamento, il ricorso alla doppia pronunzia richieda la presenza di problemi aperti di diritto costituzionale, su cui si registra un profondo disaccordo morale nella società o,

[94] Si tratta dei limiti allo *standard* di maggiore elasticità utilizzato nell'intendere la ragionevole durata del processo ove riferita ad un Tribunale costituzionale: cfr. M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2/2021, 8, nt. 34.

[95] Cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 207 ss., che individua il rischio che il rinvio a data fissa si risolva «in una sorta di preventiva assoluzione del legislatore» (p. 215), mentre, al contrario, «sul piano sistematico una declaratoria di incostituzionalità "secca" responsabilizza il legislatore» (p. 217). L'A. individua sei possibili tipologie decisorie alternative alla doppia pronunzia, fra le quali l'accoglimento secco ad efficacia differita o ad effetto immediato «ma con indicazione della necessità dell'intervento del legislatore e la parallela indicazione, nelle more, ai giudici comuni, dei paradigmi per l'applicazione della disciplina derivante dalla pronunzia di accoglimento» (p. 219). Chiaramente, nel "caso Cappato", difficilmente la Corte avrebbe potuto adottare una decisione "secca" di accoglimento della questione relativa all'art. 580 c.p., considerando tale disposizione attualmente espressiva di una *ratio* apprezzabile, ovvero – non il fine per il quale fu originariamente prevista, ma – la tutela dei soggetti vulnerabili.

quantomeno, che risultino di particolare importanza rispetto ai diritti fondamentali ed alla dignità della persona e che potrebbero essere "affrontati" solo in parte (e non nel migliore dei modi) con una decisione di accoglimento, anche manipolativo, della Corte[96].

In un certo senso, quindi, il Giudice delle leggi non può invocare la razionalità rispetto al *quia* – i princìpi costituzionali che la *spingono* ad avviare il dialogo con il legislatore – se non in presenza di una peculiare questione e sempre che i limiti fissati nell'ordinanza di rinvio a data fissa non siano talmente dettagliati da rendere più difficile la risposta del legislatore o predeterminarne un alibi (razionalità rispetto all'*ut*).

La quarta. Laddove il legislatore non intervenga nello spazio di tempo individuato dalla Corte – anche mediante un ulteriore rinvio – diventa esiziale la chiarezza nella distinzione, in sede di decisione finale di tipo manipolativo, fra i limiti insuperabili dal legislatore – che costituiscono una soluzione costituzionalmente obbligata – e le scelte della Consulta che sono invece "sostituibili". In altri termini, è necessaria una "segnaletica" idonea a non confondere le "rime obbligate" e le c.d. "rime possibili"[97].

Come noto il richiamo alle rime obbligate è stato notoriamente accolto da buona parte della dottrina come un segno di moderazione dei giudici costituzionali o quantomeno come uno strumento concettuale il cui significato è quello «di distinguere il modo di operare della Corte rispetto a quello del legislatore» e di rimarcare in particolare l'esistenza di una riserva in capo al legislatore in ordine alle scelte discrezionali, delle quali i parlamentari si assumono la responsabilità politica di fronte ai cittadini[98]. In effetti, le "rime obbligate" hanno costituito un riferimento rilevante nel contesto di giustificazione delle sentenze additive, sebbene anch'esse caratterizzate da una evidente evanescenza sul piano della loro effettiva esistenza, individuazione e utilizzabilità nel contesto di decisione.

Al contrario, le c.d. "rime possibili" – alle quali la Corte fa ricorso ormai da alcuni anni, soprattutto in tema di dosimetria penale[99] – possono essere ricavate in molti modi,

---

[96] Per A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 130 s., la Corte potrebbe ricorrere a tale «ardita ed aggressiva» tecnica decisoria unicamente in presenza di quattro «condizioni minime indispensabili»: 1) il principio di leale cooperazione esige che la Corte prepari *gradualmente* il Parlamento. Quindi, almeno in "tre tappe": prima, se è possibile, con un'esplicita decisione "monito" senza indicazione di tempo preciso di scadenza; poi con un'ordinanza di "rinvio a data fissa"; e solo infine intervenendo in via sostitutiva con l'accoglimento; 2) la decisione che supera le "rime obbligate" deve essere praticabile non in via ordinaria, ma solo in situazioni *eccezionali*; 3) devono essere in gioco situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette riconosciute come chiaramente *fondamentali* e, dunque, solo nel caso di *gravissime violazioni costituzionali*; 4) la decisione di accoglimento va presa *esclusivamente* quando, in sua assenza, si incorrerebbe in un *danno irreversibile*, che soltanto la rigida tempistica indicata dalla Corte consente di evitare.

[97] La formula si deve a S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, 183 ss.

[98] Così. R. ROMBOLI, *Relazione conclusiva*, in G. GRASSO e A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87 del 1953*, cit., 659 s.

[99] In particolare, secondo la Corte, «ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene incontra il *proprio limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria, sia in relazione alle pene previste per altre figure di reato* (…), *sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato* (…). Il limite in parola esclude, più in particolare, che la severità della pena

non tutti legati all'uso del *tertium comparationis*. Esse rifuggono l'aura sacrale insita nella *individuazione* – in realtà, spesso, *creazione* – delle (uniche) rime obbligate per aggrapparsi, invece, ad un aggancio legislativo, così lasciando analogamente (o forse ancor più) rispettata la linea di confine concettuale fra i poteri della Corte e quelli del legislatore e svelando semmai una limitata discrezionalità in capo alla prima nella scelta non *delle* ma *fra le* rime possibili. Sotto tale aspetto, fra le diverse «forme poetiche», le *rime possibili* o *adeguate*, oltre a presentare una maggiore elasticità[100], possono rivelarsi non meno «euclidee» di quelle *obbligate*[101], per quanto il tasso di discrezionalità rivendicato dalla Corte si mostri talvolta davvero eccessivo nel "comporre e ricomporre" pezzi di disposizioni[102].

Al netto di tali criticità, le decisioni additive "a rime possibili" presentano una natura bifronte. Da un lato, il loro innegabile carattere paranormativo ci riporta al dibattuto schema della Consulta come legislatore positivo. Dall'altro lato, esse risultano in fondo più vicine all'idea della debolezza nel giudizio costituzionale, nel senso che – a differenza della chiusura determinata dalle rime obbligate – esse lasciano spazio in futuro a diverse scelte legislative. Ovviamente, ben diverso è il caso in cui esse siano *suggerite* sul piano interpretativo come soluzione ermeneutica costituzionalmente conforme, così com'è accaduto per la vicenda della diffamazione a mezzo stampa. Qui siamo di fronte ad uno strumento "strutturalmente" – e dunque, completamente – "debole".

La quinta. Le condizioni fin qui enunciate si risolvono, allo stato, in un "auto-limite" il cui rispetto è rimesso alla stessa Corte costituzionale, sebbene si avverta da

---

comminata dal legislatore possa risultare manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato: il che accade, in particolare, *ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata*, vincolando così il giudice all'inflizione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità» (sentenza n. 63 del 2022).In tema, v. per tutti O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, 2022.

[100] … che peraltro caratterizza pure la definizione crisafulliana delle rime obbligate, in sostanza aperta anche alle soluzioni già presenti nell'ordinamento, pure se «a livello latente». Lo ricorda di recente M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in G. GRASSO e A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87 del 1953*, cit., 354. Si accoglie, dunque, nel testo una definizione ampia di "rime possibili" o "adeguate", capace di ricomprendere tanto le decisioni additive da tempo diffusamente impiegate dalla Corte nelle quali l'incostituzionalità *discende* dal raffronto con un *tertium comparationis*, quanto le più recenti pronunzie in materia penale con le quali la Consulta accerta *direttamente* l'incostituzionalità come vizio di incoerenza intrinseca della legge, ricorrendo al *tertium* unicamente al fine di individuare la nuova soluzione sanzionatoria. Per tale differenza, v. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 145, che per la seconda categorie discorre di decisione «a versi sciolti». Per G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale prosegue la ricerca dell'unità in base ai princìpi*, lettera AIC dell'8/2024, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nell'aggettivo "adeguate" la Corte ha condensato «il senso profondo di un'opera di integrazione unitaria dell'ordinamento giuridico nel senso della maggiore concretizzazione possibile dei princìpi costituzionali».

[101] Si scompongono nel testo i termini della nota definizione delle "rime obbligate" come «la più euclidea delle forme poetiche»: così R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 89.

[102] Per un esempio, v. la sentenza n. 40 del 2023 e il commento critico di R. PINARDI, *Una pronuncia a rime "possibili", ma anche "parziali". Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2023, 119 ss.

tempo un'esigenza di razionalizzazione normativa delle tecniche decisorie attraverso una modernizzazione della l. n. 87/1953[103]. Ma, in un certo senso, entra in gioco in questi casi il modo in cui la Corte decide di spendere concretamente la sua autorevolezza, eventualmente mostrando come, a volte, la vera "forza" consista nell'offrire la propria "debolezza".

[103] Da ultimo, v. G. GRASSO, *La storia della legge n. 87 del 1953: le aspettative sui futuri giudizi della Corte costituzionale e lo "spirito" della legge, 70 anni dopo*, in G. GRASSO e A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*, Napoli, 2024, spec. 92 ss.

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

IL DIRITTO A UN'ESISTENZA DIGNITOSA NEL RAPPORTO TRA CONTRASTO ALLA POVERTÀ E LAVORO: QUADRO GENERALE E RECENTI SVILUPPI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI*

VINCENZO CASAMASSIMA**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Povertà e poveri: questioni definitorie. – 3. Contrasto alla povertà, Costituzione, lavoro. – 4. Alla ricerca delle basi costituzionali del "diritto al minimo vitale". – 5. Diritto ad una vita dignitosa e dovere di concorrere al progresso della società. – 6. Il difficile rapporto tra contrasto alla povertà e lavoro nei più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali. – 6.1. La riforma delle misure di contrasto alla povertà del 2023: l'abbandono dell'universalismo selettivo. – 6.2. Il contrasto alla povertà e gli obblighi di attivazione (sociale e) lavorativa: l'irrigidimento workfaristico della "condizionalità". – 6.3. Il duplice volto delle misure di contrasto alla povertà e le sue implicazioni: notazioni a partire da recenti sviluppi giurisprudenziali.

1. *Introduzione*

Nel presente saggio si intende soffermare l'attenzione sul dovere di contrasto alla povertà nell'ordinamento italiano, evidenziando in modo particolare, nel ricostruire le basi costituzionali di tale dovere posto in capo ai poteri pubblici, il ruolo che, accanto ad altri principi costituzionali, svolge il principio lavoristico. Pare doveroso, in via preliminare, ricordare che le questioni concernenti la povertà e il dovere di contrastarla, a lungo abbastanza trascurate, come specifico oggetto di studio, anche da parte della dottrina giuspubblicistica più attenta ai profili concernenti la garanzia dei diritti sociali, sono da qualche tempo al centro della considerazione di diversi studiosi e studiose di diritto pubblico e costituzionale. Basti qui richiamare, tra gli altri, Filippo Pizzolato, Chiara Tripodina, Rosanna Fattibene, Claudio Franchini e Quirino Camerlengo, i cui

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi del Sannio di Benevento.

studi, insieme a contributi prodotti dalla dottrina giuslavoristica, hanno costituito per il sottoscritto un riferimento imprescindibile[1].

In relazione all'angolo visuale da cui questo lavoro principalmente guarda ai temi oggetto di attenzione, si avrà modo di constatare che tra lotta alla povertà e lavoro gli intrecci sintonici non mancano, così come non mancano anche delle distonie, che si palesano tanto, potenzialmente, sul piano della composizione del quadro dei principi, quanto, in maniera forse ancora più accentuata, su quello degli orientamenti seguiti dal legislatore[2]. Proprio tali intrecci la riflessione che qui si intende svolgere porrà al centro dell'analisi. A spingere in questa direzione non è soltanto l'esigenza di una completa e corretta ricostruzione delle coordinate costituzionali entro cui collocare, ove ritenuto sussistente, e delineare nei suoi tratti distintivi un "diritto a non essere poveri", in vista della cui garanzia sia orientato il sopra ricordato dovere. Rileva infatti anche la constatazione del consolidato orientamento delle politiche pubbliche (nazionali ed euro-unitarie) a configurare le misure di contrasto alla povertà come misure "miste": alla previsione dell'erogazione monetaria è affiancata, cioè, quella del necessario adempimento, posto come "condizione" dell'accesso alla prima, di obblighi di attivazione finalizzati all'inserimento/reinserimento lavorativo (e sociale). Dato che la mancanza di un'occupazione (ove non adeguatamente compensata da redditi diversi da quelli da lavoro) costituisce uno dei principali fattori in grado di determinare una condizione di povertà (concetto che per il momento richiamiamo senza approfondirne l'analisi), l'individuazione nello svolgimento di un'attività lavorativa della via maestra da seguire per tenersi lontani/uscire dalla povertà non può naturalmente stupire, né può stupire che, conseguentemente, i percorsi di reinserimento lavorativo svolgano un ruolo rilevante nell'ambito di interventi finalizzati a contrastare la povertà. Il rapporto tra lavoro e povertà non è però così lineare ed univoco come ad un primo sguardo potrebbe apparire. Per un verso, il lavoro può non bastare a preservare dalla povertà, nel caso si tratti di un lavoro scarsamente retribuito e/o discontinuo[3], ragion per cui potrebbe risultare necessario non riservare l'applicazione di misure di contrasto alla povertà a persone prive di occupazione, ma estenderla ai "lavoratori poveri"; per un altro, può risultare problematica, per non dire fortemente discutibile, la previsione della preclusione (o limitazione) dell'accesso a misure di contrasto alla povertà per coloro che, in quanto "abili al lavoro", siano perciò reputati non meritevoli di sostegno; infine,

[1] Tra le opere degli autori richiamati nel testo si possono qui citare: F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, 2004; C. TRIPODINA, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013; R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, Napoli, 2020; C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021; Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio costituzionale*, 1-2/2019, 7 ss.

[2] Mi fa piacere qui richiamare il seminario sul tema "La povertà e il lavoro tra sintonie e distonie", svoltosi a Benevento il 23 febbraio 2023 presso di Dipartimento DEMM dell'Università degli Studi del Sannio, coordinato dal prof. Rosario Santucci, al quale ho preso parte con un intervento che mi ha fornito il primo spunto per le riflessioni poi trasfuse in questo scritto.

[3] Cfr. sul punto C. SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, 2015, *passim*. Cfr. anche V. FERRARIS, *Una lettura economica del lavoro povero*, in *Lavoro e diritto*, 1/2019, 51 ss., e, nella dottrina giuslavoristica, tra gli altri, P. BOZZAO, *Poveri lavoratori, nuovi bisogni e modelli universalistici di welfare: quali tutele?*, in *Lavoro e diritto*, 4/2018, 657 ss..

può altresì risultare discutibile la subordinazione della fruizione di misure di contrasto alla povertà all'assolvimento di rigidi obblighi di attivazione lavorativa.

Tali sintetici richiami ad alcuni dei modi in cui le questioni concernenti la povertà (e il suo contrasto) possono intrecciarsi con quelle riguardanti il lavoro non solo evocano, sin da queste prime pagine introduttive, la già evocata intersezione, nella materia qui esaminata, tra istanze riferibili ad una pluralità di principi costituzionali, ma tratteggiano altresì aspetti rilevanti di misure di contrasto alla povertà introdotte e applicate nell'ordinamento italiano. In particolare, come si vedrà più avanti, tra i principali profili di criticità evidenziati dagli interventi legislativi che si sono susseguiti nel corso del tempo quelli relativi al rapporto tra (contrasto alla) povertà e lavoro rivestono un ruolo centrale. Prima però di soffermarsi su tali aspetti, è il caso di affrontare, alla luce degli orientamenti desumibili dalla Carta costituzionale, alcune questioni definitorie.

2. *Povertà e poveri: questioni definitorie e dati di fatto*

Il punto di partenza di una riflessione sul tema della povertà dal punto di vista del diritto costituzionale (italiano) non può che consistere nel tentativo di definire la povertà. Usandolo insieme ad un complemento di specificazione, ci si riferisce con tale termine ad una carenza/mancanza/privazione di qualcosa e dunque, potenzialmente, ad un bisogno. Si scrive «potenzialmente» perché, come è stato rilevato, il riferimento ai bisogni «indica una dimensione "negativa", per cui il bisogno costituisce la mancanza di qualcosa, non soltanto di tipo materiale», ma – si aggiunge – «con "bisogno" si intende una mancanza "qualificata": ciò che manca è ritenuto (dalla persona stessa, in primo luogo) come fondamentale/necessario/utile»[4], così coniugandosi le dimensioni oggettiva e soggettiva della mancanza. Quando invece si usa il sostantivo povertà senza un complemento di specificazione, si richiama, nel linguaggio comune, l'idea di una particolare carenza, cioè quella di risorse economiche: povertà, dunque, come condizione economica caratterizzata da scarsità di risorse economiche, dalla quale deriva la difficoltà o l'impossibilità per chi di tale condizione è portatore di condurre un'esistenza che, in base a determinati criteri, possa considerarsi accettabile, in quanto non caratterizzata dalla necessità di fare a meno di beni o servizi di cui è considerato necessario avere la disponibilità al fine di "vivere bene".

Questa definizione generalissima, formulata senza alcuna pretesa di precisione e completezza, fa già emergere due rilevanti connotati della condizione di cui si parla: in primo luogo, la definizione si riferisce ad una carenza di risorse finanziarie mediante cui poter acquisire quanto necessario a soddisfare esigenze personali e/o familiari di vario genere, connesse ad una pluralità di dimensioni dell'esistenza umana; in secondo luogo, il riferimento a "criteri" in base ai quali riconoscere e valutare la sussistenza di una condizione economica "accettabile" (e, dunque, l'assenza di povertà) pongono in evidenza l'elemento della pluralità dei possibili modi di intendere (e di misurare) la

[4] E. ROSSI, *Bisogni, diritti e Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2024, 306.

povertà. In altri termini, allorché si pensa alla povertà, si tende a pensare ad una povertà *economica* e a mostrare una, più o meno chiara, consapevolezza dell'impossibilità di attribuire un significato univoco, valido in ogni circostanza e in riferimento ad ogni contesto, ai termini "povertà" e "povero".

Lasciamo qui da parte le questioni connesse alla possibilità di una povertà volontariamente scelta, in coerenza per esempio con un cristianesimo vissuto in conformità con i principi fondamentali del francescanesimo. La "povertà volontaria" si colloca infatti in una dimensione diversa da quella della "mancanza" (o della "carenza") come presupposto di un bisogno a cui fornire una risposta: non è, in altri termini, una povertà da contrastare mediante interventi finalizzati a garantire il diritto ad una vita dignitosa in quanto non povera, dal momento che, anzi, la povertà è in questo caso scelta alla luce di un'idea di dignità che la riconosce come valore, anziché come disvalore. Quanto invece alla povertà non scelta, ma subita, che è quella di cui qui ci si occupa, essa si configura come una condizione che, per essere compresa e definita, richiede di essere letta in rapporto ad un contesto (ambientale, sociale, economico ecc.) e si presta ad essere considerata sia da un punto di vista oggettivo (la povertà come è), sia da uno soggettivo (la povertà come è percepita dalle persone). Mentre i profili riferibili a quest'ultimo punto di vista, il quale attiene alla sfera della percezione individuale (il sentirsi o meno poveri), tendono a restare normalmente in secondo piano, sebbene possano svolgere un ruolo concretamente non trascurabile (in ordine, per esempio, ai livelli di effettiva fruizione di misure accessibili su richiesta dell'interessato), a venire principalmente in rilievo è la dimensione oggettiva del fenomeno in esame.

Concentrare l'attenzione su quest'ultima non apre in ogni caso la strada ad un'agevole soluzione della questione definitoria. Per definire la povertà risulta infatti necessario operare rilevanti scelte relative agli elementi da prendere a tal fine in considerazione. Si tratta di scelte che possono comportare, tra l'altro, la necessità di andare oltre la definizione che, in via di prima approssimazione, è stata più sopra riportata. Una volta messi da parte i profili concernenti la percezione che si può individualmente avere della propria condizione, soffermarsi sulla configurazione oggettiva della povertà richiede, in via preliminare, di distinguere tra una considerazione, per così dire, astratta del fenomeno in esame ed una concreta, che ponga al centro la situazione della singola persona povera, nella sua specificità che la distingue da quella di altre persone ad essa accomunate dall'essere povere.

La povertà (economica) come fenomeno astrattamente considerato, cioè considerato a prescindere dalle differenze tra le condizioni in cui complessivamente versano le singole persone povere, richiede di essere definita (e misurata) mediante l'individuazione di elementi a tal fine rilevanti, costituiti essenzialmente, con riferimento agli individui o ai nuclei familiari[5], dai livelli reddituali (ed eventualmente

[5] Va peraltro rilevato che anche scegliere di considerare i nuclei familiari anziché i singoli individui che li compongono produce conseguenze di non poco momento, essendo evidentemente importante considerare come le risorse economiche siano distribuite e usate all'interno delle famiglie e quali implicazioni sulle scelte di lavoro e di vita dei componenti di un nucleo familiare possa avere, in rapporto a tale profilo, la configurazione di un intervento di contrasto alla povertà.

anche patrimoniali) oppure dalla capacità di spesa. È quanto avviene attraverso le indagini statistiche, compiute nel nostro Paese dall'Istat, finalizzate a produrre dati concernenti la "povertà relativa" e la "povertà assoluta" in Italia[6].

I dati sull'incidenza della prima forniscono informazioni importanti sul livello di diseguaglianza che si registra in un determinato contesto, ma non forniscono informazioni dirette sulle condizioni di vita dei (relativamente) poveri. Potendo la soglia di povertà relativa variare, verso l'alto o verso il basso, in conseguenza di cambiamenti delle condizioni economiche generali della popolazione, determinati individui o nuclei familiari possono, da un anno all'altro, trovarsi al di sopra o al di sotto di tale soglia senza che la propria capacità di spesa sia sostanzialmente mutata[7]. I dati sull'incidenza della povertà assoluta forniscono invece informazioni sull'ampiezza della fascia di popolazione che vive in condizioni che possono reputarsi di forte disagio economico, in ragione dell'incapacità di acquisire quanto necessario ad una vita (ritenuta) dignitosa. Tale misura della povertà – è stato rilevato – presenta il limite della tendenziale invarianza del paniere di beni essenziali di cui si tiene conto ai fini della definizione della soglia[8], cosicché «la condizione di povertà viene definita indipendentemente dal progresso della società», mentre, al contempo, un suo pregio è costituito dal fatto che «non dipende dalla condizione degli altri componenti della comunità, e quindi è anche più sensibile a variazioni nel tempo»[9].

Come si vedrà meglio più avanti, è il riferimento alla povertà assoluta, eventualmente (e auspicabilmente) arricchito da quello ai risultati della misurazione di altri fattori incidenti sulla condizione economica individuale e/o familiare, a risultare particolarmente utile in vista della predisposizione di interventi di contrasto alla povertà, finalizzati a garantire il diritto ad una vita dignitosa e a preservare dal rischio di esclusione sociale. È stato a tal proposito notato che, sebbene versare in condizioni di povertà assoluta sia un fattore che può concorrere in maniera determinante a generarla,

[6] Si parla di povertà *relativa*, secondo i parametri adottati dall'Istat, al fine di definire la condizione di una famiglia di due persone con una spesa per consumi inferiore o pari alla spesa media per consumi pro-capite (apposite scale di equivalenza sono utilizzate in rapporto a famiglie di diversa ampiezza). A differenza della povertà relativa, che fa comparativamente riferimento al livello medio della spesa riscontrabile in un determinato contesto geografico, la povertà *assoluta* definisce la condizione di chi non è in grado di acquisire un paniere di beni ritenuti essenziali al conseguimento di uno standard di vita minimamente accettabile. A tali nozioni si aggiunge quella elaborata, a livello europeo dall'Eurostat, a cui dobbiamo l'enucleazione del concetto di "rischio di povertà". Secondo la definizione elaborata dall'Eurostat sono a rischio di povertà gli individui che vivono in famiglie con un reddito netto equivalente inferiore al 60% del reddito mediano di un determinato contesto (per esempio un Paese). Il riferimento al rischio di povertà è integrato da quello al rischio di esclusione sociale, contraddistinto dalla sussistenza di condizioni di bassa intensità lavorativa e di grave deprivazione materiale e sociale, misurate con riferimento ad una serie di parametri.

[7] Al fine di comprendere il significato e le caratteristiche della misurazione della povertà relativa, si pensi a come, in seguito a un rilevante deterioramento delle condizioni economiche generali, degli individui possono perfino "uscire dalla povertà" a fronte di un peggioramento delle proprie concrete condizioni di vita, mentre, per altro verso, un miglioramento significativo del livello generale della spesa per consumi può "far diventare poveri" individui le cui condizioni di vita (rispecchiate dalla spesa per consumi) non sono peggiorate o, addirittura, sono migliorate.

[8] Si tratta di un limite il cui impatto può essere attenuato mediante frequenti aggiornamenti della composizione del paniere.

[9] M. BEZZE, *Povertà e poveri*, in FONDAZIONE EMANUELA ZANCAN, *Una costituente per un nuovo welfare. La lotta alla povertà. Rapporto 2023*, Bologna, 2023, 13.

l'esclusione sociale è cosa diversa dalla povertà e «denota situazioni nelle quali all'estremo bisogno economico si accompagna la mancanza di condizioni di carattere culturale e sociale (come ad esempio l'alfabetismo, l'essere capace di colloquiare in un ordinato contesto sociale, di accedere ai mezzi di comunicazione, di accedere ai canali formativi e alle politiche di occupazione e così via) tali da comportare l'emarginazione della persona o della famiglia dal contesto sociale nel quale è inserita»[10]. L'esclusione sociale aggrava fortemente la condizione di una persona economicamente povera, contribuendo a connotare tale condizione come meno accettabile e, al tempo stesso, meno agevolmente superabile, in ragione delle conseguenze fortemente penalizzanti generate dall'esclusione da reti relazionali (oltre che lavorative), la quale è in grado di aggravare e "cronicizzare" lo stato di povertà e di disagio sociale[11].

È facile comprendere, alla luce di quanto appena affermato, che, se si sposta l'attenzione dalla povertà astrattamente considerata ai poveri come soggetti (e persone), risulta necessario prendere atto dell'inadeguatezza, ai fini di una piena comprensione dell'impatto del fenomeno, di un approccio staticamente basato sul mero esame dei risultati di una misurazione della sua incidenza, eventualmente arricchita da una della sua intensità[12]. Concentrare l'attenzione sui poveri richiede di confrontarsi con la complessità della loro esistenza, individuale e relazionale, e con l'insieme di fattori che determinano, in maniera differente e dinamicamente variabile, le condizioni di vita delle persone povere. Richiede dunque, tanto più se si muove dalla convinzione che la povertà vada contrastata (e, se possibile, eliminata) e non rassegnatamente accettata, di approfondire la conoscenza dei diversi fattori e processi i quali concorrono a produrre

[10] V. CERULLI IRELLI-A. GIURICKOVIC DATO, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Rivista italiana di Scienze Giuridiche*, 11/2020, 195, i quali notano altresì, al fine di evidenziare ulteriormente la distinzione tra i due concetti richiamati nel testo, che «anche situazioni di estrema povertà non necessariamente comportano esclusione sociale, soprattutto se si tratta di situazioni di povertà temporanea, mentre situazioni di per se stesse non ascrivibili a quelle di povertà assoluta, e in qualche caso, anche di povertà relativa, possono dar luogo ad esclusione sociale ove, appunto, risultino prive di quei fondamentali strumenti che consentono alle persone l'inserimento in un determinato contesto sociale». Cfr. anche C. DRIGO, *La dimensione sociale dell'Unione Europea. Il diritto ad un'esistenza dignitosa nelle politiche di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale*, in M. D'AMICO-B. LIBERALI-A. PÉREZ MIRAS EDOARDO-C. RAFFIOTTA-S. ROMBOLI-GERMÁN M. TERUEL LOZANO (a cura di), *Europa società aperta. Diritti, Corti e pandemia*, Vol. II, 783, la quale afferma che «al di là dell'(in)disponibilità economica e dei dati relativi al consumo, il concetto di esclusione sociale coinvolge coloro che sono in stato di abbandono o che sono senza tetto27, così come coloro che patiscono «*social deprivation*» e «*incomplete participation*» alle principali istituzioni sociali perché non hanno più accesso a, o sono privi degli, strumenti fondamentali (soprattutto culturali) che consentono l'inclusione in uno specifico contesto sociale».

[11] C. SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, 2015, 28-29, richiama la rilevante distinzione, operata da Serge Paugam «tra forme di povertà "integrata", tipica di molte aree del Sud Europa, cioè situazioni di povertà così diffusa che chi è povero non si sente diverso, o escluso, rispetto a coloro che fanno parte della sua comunità più prossima; forme di povertà "marginale" sperimentata, viceversa, in contesti in cui la povertà è poco diffusa, ma proprio per questo i poveri sono percepiti (e in parte si percepiscono) come marginali, esclusi, quando non devianti; forme di povertà "squalificata", sperimentata in contesti in cui l'esistenza della povertà è riconosciuta e i poveri assistiti, a patto che accettino di rinunciare a parte dei diritti a dire e decidere di sé (per esempio, se rifiutare o meno un lavoro, accettare di essere sottoposti a controllo sul proprio comportamento e così via)».

[12] L'incidenza misura la diffusione della povertà (la percentuale della popolazione che si colloca al di sotto della soglia di povertà), mentre l'intensità misura quanto la spesa mensile dei poveri si collochi in media al di sotto della linea di povertà (in altri termini, indica, per così dire, quanto poveri sono i poveri).

una condizione economicamente disagiata, nonché delle differenti manifestazioni e conseguenze del vivere in povertà, nel loro intrecciarsi con la pluralità di dimensioni dell'esistenza umana. Guardare alla condizione dei poveri, anziché, in astratto, alla povertà, conferisce a quest'ultima un profilo molto più articolato e complesso di quello consentito da uno sguardo guidato da un approccio monodimensionalmente economicistico. Approcci monodimensionali, che richiamano come rilevante un solo fattore (normalmente, il reddito o la spesa per consumi), pur ponendo in evidenza profili certamente essenziali della povertà, considerata anche la rilevanza costituzionale delle questioni concernenti la produzione e l'impiego del reddito (e della ricchezza)[13], risultano inadatti a consentire una piena comprensione delle correlazioni degli aspetti strettamente economici con le molteplici dimensioni in cui la fragilità della persona in condizioni di povertà può esprimersi.

È noto – ci si deve qui limitare ad un mero cenno a prospettive analitiche estranee alle competenze di chi scrive – che un approccio multidimensionale alla povertà è stato elaborato dall'economista e filosofo Amartya Sen, in coerenza con e alla luce del più generale approccio delle capacità. Si tratta di un approccio, quest'ultimo, che «diversamente dalle prospettive che si concentrano su utilità e risorse» – come si può rilevare – «misura il vantaggio individuale in ragione della capacità che ha la persona di fare quelle cose a cui, per un motivo o per l'altro, assegna un valore»[14]. Per «capacità», al plurale, devono intendersi le libertà sostanziali della persona di fare tali cose, cioè di convertire beni e risorse in «funzionamenti» (come, per esempio, essere nutrito a sufficienza, non soffrire di malattie evitabili, essere in grado di partecipare alla vita sociale, avere rispetto di sé)[15]. Una diversa declinazione dell'approccio delle capacità è quella sostenuta da Martha C. Nussbaum[16]. Pur nella comunanza dei presupposti di fondo dell'approccio, Nussbaum si differenzia da Sen, tra l'altro, in ragione della sua opzione favorevole all'individuazione di un elenco di «capacità centrali» quali «sfere di libertà talmente fondamentali che la loro rimozione renderebbe una vita non all'altezza della dignità umana»[17]. Mentre, a proposito dell'approccio in esame, in altri termini, – afferma Nussbaum – «a volte Sen tratta l'argomento come se tutte le capacità fossero preziose zone di libertà e come se il compito della società dovesse essere la

[13] Cfr. a tal proposito C. BUZZACCHI, *Reddito e Costituzione. La* cifra *smarrita*, Milano, 2022.

[14] A. SEN, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, 241.

[15] A. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 2010, 117, mette in discussione «la supposta adeguatezza, ai fini di una valutazione della giustizia orientata verso la libertà, di tale focalizzazione sui mezzi per la libertà, anziché sul *grado* di libertà che un individuo possiede», rilevando che, «poiché la conversione di questi beni primari e risorse in libertà di scelta su combinazioni alternative di funzionamenti ed altre acquisizioni può variare da persona a persona, l'eguaglianza nel possesso di beni primari o di risorse può coesistere con gravi diseguaglianze nella libertà effettivamente goduta dagli individui» e concludendo che, conseguentemente, «nella valutazione della giustizia basata sulle capacità, le situazioni individuali non devono essere giudicate sulla base delle risorse e dei beni primari che ciascuno possiede, ma sulla base della libertà effettivamente goduta di scegliere la vita che si ha motivo di apprezzare».

[16] Si vedano, tra gli altri contributi della studiosa tradotti in italiano, M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002 e M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Bologna, 2012.

[17] M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità*, cit., 38, la quale nelle pagine successive (pp. 39-40) elenca dieci capacità centrali.

massimizzazione della libertà stessa» e «parla di una "prospettiva di libertà" – come se la libertà fosse un bene sociale generale, polivalente, di cui le singole capacità sarebbero semplici esempi», la versione dell'approccio delle capacità propugnata dalla filosofa statunitense «non procede in questo modo ma punta al contenuto, utilizzando la lista di dieci capacità centrali come base per un'idea di diritti politici fondanti e di leggi costituzionali»[18]. Si tratta di una versione che si nutre di una sensibilità, che potremmo definire di impronta costituzionalistica, per l'esigenza di distinguere tra un piano in cui si collocano libertà (connesse a capacità) fondamentali, da proteggere anche dal potere delle maggioranze, ed un piano diverso, sul quale si collocano libertà non qualificabili come fondamentali, la cui garanzia potrebbe non solo non giovare ma, in alcuni casi, addirittura nuocere alla garanzia del nucleo di valori costitutivi di un'idea di giustizia e di vita dignitosa, soprattutto se ci si pone dal punto di vista dei soggetti in condizioni di debolezza (variamente configurata)[19].

Nell'ottica propria dei sostenitori dell'approccio delle capacità, comunque esso sia specificamente declinato, a incidere, per quel che qui interessa, sulla definizione della povertà, intesa come "incapacitazione", sono diversi fattori, attinenti alla situazione individuale e al contesto ambientale e sociale in cui la persona si colloca, che si aggiungono alla mera scarsità di risorse finanziarie disponibili[20]. È facile comprendere infatti come alla medesima quantità di risorse disponibili possano corrispondere situazioni complessivamente diverse (e anche molto diverse), a seconda del contesto ambientale e familiare in cui si vive, delle condizioni di salute (e di quelle connesse ad un'eventuale disabilità), del livello di istruzione, del profilo professionale, della condizione occupazionale, della condizione abitativa ecc.[21]. Si tratta di fattori, quelli elencati, insieme ad altri, rispetto a cui possono evidenziarsi rilevanti criticità, in grado di generare forme di vulnerabilità ulteriori rispetto alle difficoltà di tipo economico[22],

[18] M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità*, cit., 72.

[19] Così M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità*, cit., 74, la quale afferma che «nessuna società che aspiri all'uguaglianza o a un'ampia soglia minima di garanzia sociale può evitare di restringere la libertà in vari modi, e precisamente: quelle libertà che non sono buone, che non fanno parte del pacchetto di titoli e diritti fondamentali richiesti dall'idea di giustizia sociale e che, per molti versi, addirittura nuocciono a quegli stessi diritti fondamentali».

[20] A. SEN, *L'idea di giustizia*, cit., 264-265. Nella dottrina costituzionalistica, anche all'esito di una riflessione di taglio storico-giuridico, rileva come la sussistenza o meno di una condizione di povertà non possa valutarsi mediante il mero riferimento alla disponibilità di beni/risorse M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Diritto pubblico*, 2/2011, 396, il quale afferma che «la povertà si viene delineando come condizione esistenziale, di impotenza, di 'incapacitazione', legata ad una pluralità di fattori e non traducibile esclusivamente nello stato di estrema indigenza determinato dall'assenza totale o pressoché totale del *dominium* sui beni essenziali».

[21] Come rilevato a tal proposito da A. SEN, *La diseguaglianza*, cit., 156, «forse, la cosa più importante da porre in evidenza è il fatto che il grado di adeguatezza dei mezzi economici non può essere giudicato indipendentemente dalle effettive possibilità di "conversione" dei redditi e delle risorse in capacità di funzionare», dovendosi quindi affermare che «essenzialmente, la povertà è caratterizzata dall'assenza di certe capacità a un livello minimamente adeguato, per quanto sia anche legata, fra l'altro, all'inadeguatezza dei mezzi economici di un individuo (i mezzi che potrebbero prevenire il fallimento a livello di capacità».

[22] La sovrapposizione e l'interconnessione tra difficoltà economiche ed altri fattori di vulnerabilità personale e familiare che possono contraddistinguere la condizioni dei poveri emerge molto bene dai

vulnerabilità le quali, se non affrontate efficacemente, possono a loro volta alimentare processi di "cronicizzazione" della povertà[23].

La consapevolezza della complessità di un fenomeno che non può essere adeguatamente conosciuto e compreso sulla base della sola lettura di dati numerici descrittivi, in termini generali, delle condizioni economiche della popolazione di un paese (o comunque di un determinato contesto territoriale) emerge anche dalle stesse pagine dei report dell'Istat, contraddistinti da un'attenzione non trascurabile, per quanto dallo specifico (e limitato) punto di vista proprio dell'analisi statistica, per l'impatto sulla diffusione della povertà del ricorrere di una pluralità di fattori. I più recenti dati disponibili sulla povertà assoluta in Italia, cioè quelli relativi al 2023, desumibili dal report dell'Istat reso pubblico il 17 ottobre 2024[24], mentre ci parlano, su un piano generale, di un'incidenza elevatissima di tale tipo di povertà, pari all'8,4% della popolazione per quanto riguarda i nuclei familiari e pari al 9,7% per quanto concerne gli individui[25], cresciuta peraltro in modo molto rilevante nel corso dell'ultimo ventennio[26], consentono infatti di prendere in considerazione anche ulteriori aspetti significativi del fenomeno in esame. Nel succitato rapporto viene svolta, in particolare, un'analisi più approfondita dell'incidenza della povertà assoluta, che focalizza l'attenzione su specifiche porzioni della popolazione, dalla quale emerge la condizione comparativamente più svantaggiata delle famiglie numerose (con cinque o più componenti), per le quali l'incidenza della povertà assoluta si attesta al 20,1%, e di quelle in cui sono presenti minori, per le quali si attesta al 12,4%. Molto elevata (pari al 13,8%) risulta poi l'incidenza della povertà assoluta su base individuale tra i minorenni[27]. Comparativamente migliore risulta la condizione delle famiglie con persona di riferimento anziana (l'incidenza della povertà assoluta si attesta al 6,3%).

---

rapporti della Caritas sulla povertà in Italia, tra cui si veda, da ultimo, CARITAS ITALIANA, *La povertà in Italia secondo i dati della rete Caritas. Report statistico nazionale 2024*, Roma, 2024, in partic. 18-22.

[23] La tendenza delle condizioni più gravi di povertà a cronicizzarsi è posta in evidenza da C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit., 29. Per uno sguardo su una pluralità di dimensioni della povertà (e, in particolare, quelle della povertà abitativa, energetica ed alimentare), considerate alla luce della prospettiva della transizione ecologica e delle potenzialità dell'economia circolare, si vedano i saggi pubblicati in B. BRANCATI-E. MALFATTI (a cura di), *Economia circolare, riduzione delle povertà e tutela delle nuove generazioni*, Torino, 2024.

[24] Il Report dell'Istat e le allegate tavole che contengono i dati riportati nel testo del presente contributo, oltre a consentire ulteriori e più specifici approfondimenti, sono reperibili all'URL https://www.istat.it/comunicato-stampa/la-poverta-in-italia-anno-2023/.

[25] In numeri assoluti si tratta, rispettivamente, di 2.217.000 famiglie e di circa 5.694.000 individui.

[26] Si consideri che nel 2005 l'incidenza della povertà assoluta era pari al 3,6% per quel che riguarda i nuclei familiari (in numeri assoluti 819.000 famiglie) e al 3,3% per quanto riguarda gli individui (in numeri assoluti 1.911.000 individui).

[27] Sul punto cfr. F. DE LAUSO, *La povertà in Italia, tra bassa crescita, tensioni geopolitiche e inverno demografico*, in CARITAS ITALIANA, *Fili d'erba nelle crepe. Risposte di speranza. Rapporto su povertà ed esclusione sociale in Italia 2024*, Roma, 2024, 20-21, laddove, a commento dei dati del rapporto Istat sulla diffusione della povertà assoluta tra i minorenni, si afferma che «lo svantaggio dei minori è da intendersi ormai come endemico nel nostro Paese visto che da oltre un decennio la povertà tende ad aumentare proprio al diminuire dell'età: più si è giovani e più è probabile che si sperimentino dunque condizioni di bisogno. Complessivamente si contano 1milione 295mila bambini poveri: quasi un indigente su quattro è dunque un minore. Le famiglie in povertà assoluta in cui sono presenti minori sono quasi 748mila, e rappresentano il 34% di tutte le famiglie in povertà assoluta. Lo sfavore delle famiglie con minori oggi come in passato tende ad aumentare al crescere del numero dei figli e nelle famiglie mono-genitoriali».

Significativo è poi il dato dell'incidenza della povertà assoluta su base individuale tra i giovani di età compresa tra i 18 e i 34 anni, che è pari all'11,8%. Accanto alla rilevanza del fattore costituito dall'età, rispetto al quale si registra una significativa e preoccupante diffusione della povertà tra i minori e, in generale, uno sbilanciamento dei dati a sfavore delle classi di età meno anziane, non si può trascurare l'elevatissimo divario tra l'incidenza della povertà assoluta per le famiglie composte solo da stranieri (35,1%) e quelle composte solamente da cittadini italiani (6,3%). Molto elevata è inoltre la diffusione della povertà assoluta tra le famiglie che vivono in abitazioni in locazione (21,6%, a fronte del 4,7 % per le famiglie che vivono in abitazioni di proprietà)[28]. E tutt'altro che trascurabile (nonché particolarmente importante dal punto di vista di questo saggio), è infine l'elevata incidenza della povertà assoluta tra le famiglie con persona di riferimento occupata, la quale si attesta all'8,1%, in crescita rispetto al 7,7% del 2022 (crescita ancora più accentuata, dall'8,3 al 9,0% per le famiglie con persona di riferimento con lavoro dipendente). Si tratta di un dato inferiore al dato generale relativo al complesso della popolazione e a quello relativo alle famiglie con persona di riferimento in cerca di occupazione (che è pari al 20,7%), ma comunque molto rilevante e capace di aprire lo sguardo sull'ampiezza del fenomeno dei c.d. *working poors*, di coloro, cioè, che, pur lavorando, restano al di sotto della soglia di povertà (assoluta). È stato poi, a tal proposito, sottolineato che l'incidenza della povertà assoluta tra coloro che svolgono un lavoro da operaio o assimilato è particolarmente elevato e non molto distante da quella concernente i disoccupati, con uno scarto che si è fortemente assottigliato rispetto al periodo pre-pandemico, affermandosi che si tratta di un «segno emblematico di una debolezza del lavoro che smette di essere fattore di tutela e di protezione sociale»[29].

3. *Contrasto alla povertà, Costituzione, lavoro*

La povertà economica, la cui gravità e diffusione emerge dai dati su cui ci si è soffermati nel precedente paragrafo, e le forme di vulnerabilità che, in relazione ai fattori più sopra richiamati, possono accompagnarla (e pressoché inevitabilmente, in numero variabile, la accompagnano) possono agevolmente essere collocati tra gli «ostacoli di ordine economico e sociale» al «pieno sviluppo della persona umana» e all'«effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» che l'art. 3, co. 2, Cost. impegna la Repubblica a rimuovere,

[28] Dal rapporto Istat emerge inoltre che le famiglie povere che vivono in affitto sono circa un milione, pari al 46,5% delle famiglie in povertà assoluta, mentre, facendo riferimento al totale della popolazione italiana, a vivere in affitto è il 18,1% delle famiglie residenti in Italia nel 2023. Sulle questioni concernenti l'impatto della questione abitativa sulla povertà cfr., ampiamente, F. NUGNES, *Povertà abitativa e Costituzione. Nuovi itinerari di ricerca*, Torino, 2024.

[29] F. DE LAUSO, *La povertà in Italia*, cit., 21, la quale afferma, in riferimento all'incidenza della povertà assoluta, che «se si ha una posizione da dirigente, quadro o impiegato l'incidenza si attesta al 2,8% (dal 2,6% del 2022), mentre balza al 16,5% (dal 14,7% del 2022) se si svolge un lavoro da operaio o assimilato» e che «se si confronta l'incidenza della povertà di operai/assimilati e quella dei disoccupati lo scarto è di soli 4 punti percentuali (16,5 a fronte del 20,7%); erano 8,5 nel pre-pandemia (10,6% a fronte del 19,1%)».

contenendo (e, possibilmente, annullando) la loro attitudine a limitare «di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini». Tale collocazione della povertà nel più ampio contesto degli «ostacoli» di cui si è appena detto, considerati in ragione della loro capacità, anche sinergica, di precludere il pieno sviluppo della persona e minare le basi di un'effettiva cittadinanza democratica, trova conferma nel richiamo delle condizioni di disagio economico all'interno delle disposizioni finalizzate a garantire diversi diritti previsti dalla prima parte della Costituzione. Essa viene infatti in rilievo appunto come ostacolo all'esercizio di specifici diritti (sociali), quali il diritto alla salute (art. 32), il diritto all'istruzione (art. 34), il diritto-dovere dei genitori di provvedere alle necessità dei figli (art. 31 Cost.), il diritto all'azione e alla difesa in giudizio dei non abbienti (art. 24), nonché, in maniera più diretta, in riferimento al diritto del lavoratore «ad una retribuzione […] in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa» (art. 36) e a che siano «assicurati mezzi adeguati alle […] esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria» (art. 38, co. 2) e al diritto «al mantenimento e all'assistenza sociale» da assicurarsi ad «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» (art. 38, co. 1).

Manca un richiamo espresso del *nomen* povertà ad opera della Carta e la corrispondente *res* non è presa in considerazione come oggetto di una specifica politica settoriale (e di un connesso diritto), bensì con riguardo alle sue implicazioni negative in ordine alla tutela di una pluralità di situazioni giuridiche soggettive di vantaggio. Conseguentemente, i poveri non costituiscono, dall'angolo visuale della Costituzione, una "categoria" (distinta da altre categorie) di persone a favore delle quali apprestare interventi rivolti, puramente e semplicemente, a colmare la loro carente disponibilità di mezzi finanziari. Destinatarie di attenzione sono le persone in quanto tali con riguardo alla garanzia di diritti il cui esercizio può essere ostacolato da una grave carenza di risorse finanziarie, con conseguente limitazione della concreta possibilità di sviluppare pienamente la propria personalità, realizzando i propri progetti di vita, e di partecipare alle differenti dimensioni dell'organizzazione del Paese, in conformità con il dettato dell'art. 3, co. 2, Cost..

La Costituzione, in altri termini, esprime e richiede attenzione non per i poveri come parte di uno specifico insieme di individui, separabili in un certo senso dagli altri, da proteggere e da mantenere a galla, per evitare che anneghino, ma per ciascuna persona che incontri gravi ostacoli economici sulla via dell'effettivo godimento dei diritti, i quali danno articolatamente corpo alle istanze sottese ai principi fondamentali della Carta stessa. È stato efficacemente affermato che «"povertà, nella Carta costituzionale repubblicana, è, in definitiva, - seppure nell'omissione del termine –, soprattutto situazione la cui presenza rifluisce – negandola – su quella dignità sociale e quello sviluppo della persona (anche nella sua dimensione partecipativa) che campeggiano, combinatamente e finalisticamente, nei due commi che compongono l'articolo 3 Cost.»[30], giungendosi a sostenere l'apprezzabilità e la lungimiranza della

[30] R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, cit., 33. Cfr. anche C. DRIGO, *Lotta alla povertà e all'esclusione sociale: una questione di dignità? Il panorama europeo*, in Liber amicorum *per Pasquale*

scelta del Costituente di non nominare in maniera specifica la povertà, la quale ha evitato che di quest'ultima fosse accolta una visione restrittiva[31]. Se si può senz'altro ammettere che la scelta di non richiamare in maniera espressa la povertà non incide negativamente sull'attitudine della Carta costituzionale a prendere in considerazione i bisogni dei poveri e può, per le ragioni esposte dalla dottrina sopra richiamata, essere anche ritenuta opportuna, risulta, cionondimeno, non agevole, guardando (solo) alle disposizioni contenute nella Parte prima della Costituzione, reperire le basi costituzionali di un diritto di portata generale a non essere poveri o, detto in altri termini, di un diritto di ogni persona, in quanto tale, ad un'esistenza dignitosa in quanto libera da un grave bisogno economico.

È stata rilevata, proprio a partire dalla considerazione delle sopra citate disposizioni, «una configurazione dei diritti sociali ad "arcipelago", i quali, proprio per la loro funzione congenitamente redistributiva, non possono spettare in eguale misura a tutti – a differenza dei diritti civili correlati a un'idea di uguaglianza astratta e dei diritti politici "figli" dell'uguaglianza formale – pena la rescissione del loro legame genetico con il principio di uguaglianza in senso sostanziale»[32]. Con l'appena descritta natura dei diritti sociali risulterebbe poco coerente – si afferma – l'introduzione, da altri in dottrina reputata invece semplicemente *praeter constitutionem*[33], di un reddito di base destinato a tutti i cittadini, a prescindere dalle condizioni socio-economiche in cui versino[34]. Di tale argomento pare suggerirsi una validità estesa anche in riferimento a forme di reddito minimo destinate, universalisticamente (ma al contempo selettivamente), a tutti i

---

Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione. IV. I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista, in *Consulta online*, 2020, 62, la quale afferma, nel quadro di un'analisi dei profili definitori del concetto di povertà, che «la povertà ci mostra […] due aspetti complementari: da un lato l'insufficienza delle risorse economiche che preclude una vita dignitosa, per sé stessi e per la propria famiglia; dall'altro la difficoltà di partecipare alla vita pubblica, che implica la difficoltà di assicurare alla comunità cui si appartiene il proprio contributo per la realizzazione del bene comune e del progresso della comunità».

[31] R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, cit., 66-67, afferma, a tal proposito, che «la sua inclusione nel dettato costituzionale, per l'intrinseca "forza selettiva" della scrittura, ne avrebbe […] fatto emergere il solo significato più comune e pressante di privazioni materiali ed alla staticità della parola sarebbe sfuggita la complessità delle dinamiche di vita, plurime e non generalizzabili, che, di fatto, intervengono a determinare i singoli destini e le molteplici diseguaglianze».

[32] M. BENVENUTI, *Quali misure per assicurare un'esistenza libera e dignitosa? Lavoro e reddito in una prospettiva costituzionale*, in M.P. IADICICCO-V. NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, Napoli, 2016, 173.

[33] Così C. TRIPODINA, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa*, cit., 227, la quale afferma che la previsione di un reddito garantito a tutti, non subordinato all'accertamento di una condizione di bisogno economico, costituirebbe «un'estensione di tutela *praeter constitutionem*, simile a quella che portò alla previsione per via legislativa di un Servizio sanitario nazionale globale nelle prestazioni, universale nei destinatari, uguale nei trattamenti, nonostante la Costituzione prescrivesse solo "cure gratuite agli indigenti».

[34] A proposito del reddito di cittadinanza, nel suo significato proprio di reddito di base fruibile da tutti i cittadini a prescindere dalle condizioni in cui versino, si può certamente affermare che non si configura come costituzionalmente necessario e che, qualora introdotto, deve essere strutturato in maniera tale da non penalizzare i più svantaggiati, come affermato da F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale*, cit., 80-81, il quale richiama per esempio l'attenzione su come la fissazione di un importo molto basso del reddito, allo scopo di assicurarne la fruizione a tutti i cittadini, possa risolversi in una lesione del diritto al minimo vitale delle persone povere. Sulle caratteristiche del reddito di base e sulle differenze tra reddito di base/reddito di cittadinanza e reddito minimo, cfr. E. GRANAGLIA-M. BOLZONI, *Il reddito di base*, Roma, 2016 e S. TOSO, *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?*, Bologna, 2016.

poveri in quanto tali, dal momento che esso viene enucleato prendendo le mosse dall'interpretazione dell'art. 38, co. 1, Cost. (disposizione sulla quale si tornerà ampiamente in seguito). Bisogna, però, ritenere che in maniera sensibilmente diversa debba porsi la questione in relazione alle misure di contrasto alla povertà indirizzate a persone in gravi condizioni di disagio economico, secondo un approccio improntato all'"universalismo selettivo", rispetto a quanto può farsi con riguardo a interventi caratterizzati da un universalismo "puro". Quando vengono in rilievo misure non categoriali destinate ai soli poveri, infatti, proprio alle istanze sottese all'affermazione del principio di eguaglianza sostanziale si correla agevolmente un intervento della Repubblica in vista dell'adempimento del compito di cui all'art. 3, co. 2, Cost., un intervento che, come si avrà modo di argomentare in seguito, può, anzi, essere considerato costituzionalmente necessario. In altri termini, volendo continuare ad adoperare l'immagine dell'arcipelago, si può affermare che le succitate istanze richiedono di costruire ponti tra le isole, così da impedire che coloro i quali non abbiano a disposizione imbarcazioni sicure per spostarsi tra un'isola e l'altra siano costretti a viaggiare su imbarcazioni di fortuna, con tutti i rischi del caso.

Accanto all'esigenza di confrontarsi con la struttura del sistema di garanzia dei diritti (sociali) e con le formulazioni adoperate dalla Carta nelle disposizioni che li enunciano, nell'ambito di una riflessione sul tema del contrasto alla povertà, risulta centrale, come già accennato, la questione del ruolo da riconoscere al lavoro (e al principio lavorista). Al fine di porre in evidenza il rapporto tra povertà e lavoro, pare, innanzitutto, opportuno distinguere tra povertà considerata dal punto di vista, per così dire, collettivo, in relazione cioè alle condizioni complessivamente considerate della popolazione residente in un determinato contesto geografico, e povertà come condizione propria di ciascuna persona che si trovi a sperimentarla. Si tratta di profili evidentemente interconnessi, dal momento che è la sua diffusione come condizione individuale tra un elevato numero di persone a determinare la rilevanza della povertà a livello collettivo (e quindi anche sul piano statistico), ma che richiedono di essere considerati con approcci differenti ed esigono che si guardi da punti di vista, almeno in parte, diversi anche al ruolo del lavoro.

Sul primo versante, quello della povertà come fenomeno di rilevanza generale, alla luce della cui analisi si può parlare, per esempio, di Paese, più o meno, povero, ci si riferisce alla diffusione (e all'intensità) della povertà in un determinato contesto territoriale come prodotto di una pluralità di fattori tra loro concorrenti. Tra questi ultimi, accanto a quelli di natura strettamente economica, dipendenti dalle azioni e interazioni tra i diversi attori economici, si collocano quelli connessi all'elaborazione ed all'attuazione di politiche pubbliche, in grado di incidere tanto sulla produzione di beni e servizi (attraverso forme di intervento pubblico, indiretto o diretto, in economia), quanto sulla redistribuzione delle risorse finanziarie attraverso la garanzia dei diritti sociali e il complessivo funzionamento del sistema di welfare. In quest'ottica, di lavoro si deve parlare, in rapporto alla povertà, innanzitutto allorquando si esaminano le cause della diffusione di quest'ultima, tra le quali possono richiamarsi gli elevati livelli complessivi di disoccupazione e inoccupazione e la diffusione di forme di lavoro

"povero"[35] e, per altro verso, si concepiscono e predispongono gli interventi finalizzati ad incidere sul contesto socio-economico al fine di «promuove[re] le condizioni che rendano effettivo» il diritto al lavoro, come la Repubblica è tenuta a fare ai sensi dell'art. 4, co. 1, Cost..

Sul secondo versante, cioè quello della povertà come condizione propria di singole persone (con pressoché inevitabile proiezione sulla condizione del nucleo familiare), considerata dunque nella sua capacità di precludere, se particolarmente grave, la possibilità di condurre una vita dignitosa, il lavoro viene in rilievo come attività attraverso il cui svolgimento poter conseguire risorse materiali (e, *in primis*, finanziarie) necessarie per sé e per la propria famiglia, oltre che come rilevante strumento di inclusione sociale. Può configurarsi, per altro verso, come oggetto di interventi miranti a prevenire la povertà o a rimediare agli effetti della stessa mediante politiche attive e passive del lavoro[36], che si traducono in misure di sostegno normalmente di durata temporanea, destinate a coloro il cui rapporto di lavoro risulti sospeso per un determinato periodo oppure sia cessato. In una posizione peculiare si collocano misure di contrasto alla povertà finalizzate a rispondere ad esigenze di individui o nuclei familiari poveri, a prescindere dalla qualità (attuale o passata) di lavoratori dei loro beneficiari, e inclusive della previsione di obblighi di attivazione lavorativa, con la conseguenza di far emergere, in maniera come vedremo non priva di problematicità, accanto al profilo del lavoro come diritto (art. 4, comma 1, Cost.), anche – si tratta di un profilo che sarà approfondito più avanti – quello del lavoro come dovere che trova un suo radicamento nell'art. 4, co. 2, Cost..

Nel prosieguo di questo scritto, si concentrerà l'attenzione prevalentemente sulla povertà considerata da tale secondo angolo visuale, con il fine di individuare le basi costituzionali di un diritto ad una vita dignitosa (e di un corrispondente dovere dei pubblici poteri di intervenire per assicurarne la garanzia), soffermandosi in modo particolare sul ruolo che, in relazione ed interazione con tali basi, svolgono le norme costituzionali in materia di lavoro. Come si è avuto modo di rilevare in precedenza, in mancanza di un espresso riferimento della Costituzione alla povertà e dell'enucleazione di un diritto della persona in quanto tale ad una vita libera dal (grave) bisogno economico, risulta necessario rivolgere uno sguardo complessivo alla Carta in vista dell'individuazione di fondamenta costituzionali per il diritto appena richiamato. Emerge in questo modo la questione, già più sopra evocata, se i singoli diritti sociali rispetto ai quali può venire in rilievo l'ostacolo economico siano o meno, per così dire, integrati da un "generale" diritto all'esistenza (si usa talvolta in proposito la locuzione latina *ius existentiae*). Si tratta di una questione estremamente rilevante, che attiene in ultima analisi alla configurazione del rapporto tra persona e poteri pubblici, riguardata dall'angolo visuale di situazioni di grave bisogno economico. Queste ultime, investendo

[35] Per lavoro "povero" si intende un lavoro non in grado, per il livello inadeguato della retribuzione e/o di altri suoi connotati (a cominciare dalla discontinuità/precarietà), di proteggere lavoratori/lavoratrici e relative famiglie dal rischio di povertà.

[36] Le politiche attive sono finalizzate a promuovere l'inserimento (o il reinserimento) lavorativo di chi risulti privo di un'occupazione, mentre quelle passive a garantire forme di sostegno al reddito (i c.d. ammortizzatori sociali).

nella loro globalità la vita di chi ne è toccato, mettono pesantemente a rischio la possibilità di condurre un'esistenza dignitosa. Ci si deve chiedere, in altri termini, se il contrasto alla povertà, come oggetto di un dovere costituzionale posto in capo alle pubbliche autorità, si esaurisca in quello indubbiamente realizzato attraverso la garanzia di singoli diritti sociali oppure richieda invece che ci si faccia carico anche delle conseguenze, per così dire, costituzionalmente "innominate" della povertà, in grado di ledere in maniera molto grave i presupposti di un pieno sviluppo della persona e di una partecipazione attiva alle diverse dimensioni della vita associata.

Se si concentra l'attenzione sul testo costituzionale con l'obiettivo di individuare i punti di possibile ancoraggio di un intervento di contrasto alla povertà di portata non settoriale, la centralità del ruolo del lavoro si profila immediatamente. Quest'ultimo infatti, qualificato dall'art. 4, co. 1, Cost. come diritto, da garantire promuovendo le condizioni che lo rendano effettivo, e, al contempo (e, anzi, prioritariamente), come fondamento della Repubblica democratica, si configura come via maestra attraverso cui prevenire il rischio di povertà. In quest'ottica, vengono in rilievo, innanzitutto, fuori dalla parte della Costituzione dedicata ai principi fondamentali, i già citati artt. 36 e 38 Cost.. Il primo richiama, al comma 1, la necessità che la retribuzione del lavoratore, oltre che «proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro», sia «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa», obiettivo al cui conseguimento, che implica senza dubbio libertà dal peso di un grave bisogno economico, concorrono, tra l'altro, garanzie previste, dagli altri commi dell'art. 36 e dall'art. 37 Cost.[37]. Sulla scia di tali previsioni si colloca l'art. 38, co. 2, Cost., il quale stabilisce che «i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria». Si tratta di una disposizione che, richiamando varie situazioni che possono determinare l'impossibilità di prestare la propria opera (ed ottenerne una retribuzione), conferisce ai lavoratori un diritto a conseguire «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita», locuzione di cui è stata evidenziata la «contiguità semantica» con quella usata dal primo comma dell'art. 36[38].

Ne emerge l'immagine di un lavoro concepito come attività umana attraverso cui conseguire quanto necessario ad un'esistenza libera e dignitosa, con proiezione di tale garanzia anche in riferimento alle fasi della vita in cui la persona non può lavorare. È senz'altro vero poi, come è stato notato[39], che gli artt. 36, 37 e 38 Cost. si riferiscono in modo particolare ad una tipologia di lavoratori, cioè ai lavoratori "dipendenti" (in senso

[37] A. APOSTOLI, *Il miraggio dell'esistenza libera e dignitosa*, in *Costituzionalismo.it,* 3/2023, 40, nota che il riferimento alla libertà e alla dignità dell'esistenza del lavoratore di cui parla l'art. 36 Cost., «impone la necessità che il lavoro, in tutte le sue forme e applicazioni, sia accompagnato da garanzie minime relative alla durata massima dell'attività lavorativa – che, addirittura, deve essere identificata dalla legge e non dalle fonti contrattuali –, al riposo – settimanale e annuale – e alla retribuzione», profilo quest'ultimo che è l'unico in ordine al quale il testo costituzionale richiama la connessione con la sufficienza ai fini di un'esistenza libera e dignitosa.

[38] C. BERGONZINI, *Come un gioco di specchi. Sulle tracce dell'«esistenza libera e dignitosa» nella giurisprudenza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it,* 3/2023, 71.

[39] M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2009, 5.

formale o sostanziale)[40], ma l'art. 35, co. 1, Cost., statuendo che «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni», induce ad aprire lo sguardo oltre tali confini e «imprime all'ordinamento una spinta verso un'opera di costante "costituzionalizzazione del lavoro", inteso quest'ultimo come "categoria" dotata della massima estensione, così da poter abbracciare i lavoratori subordinati e quelli autonomi, ma anche "gli occupati, i sottoccupati, gli inoccupati e coloro che perdono o rischiano di perdere il loro posto"»[41].

Si tratta di una lettura della nozione di "lavoratori" che attinge alle virtualità interpretative degli artt. 1 e 4 Cost.: l'art. 1, oltre ad essere indicativo di un «rovesciamento» rispetto ai valori fondativi del costituzionalismo liberale[42], in ragione dello spodestamento ad opera del lavoro di altri impliciti fondamenti dell'assetto costituzionale[43], ed espressivo di una forte (e permanente) carica emancipatrice rispetto ad assetti dei rapporti socio-economici contraddistinti da rilevanti squilibri[44], si connette strettamente al personalismo egualitario radicato nell'art. 3, co. 2, Cost. (da leggersi

[40] Il riferimento ad una dipendenza sostanziale vuole evocare tutte le forme di lavoro, attualmente molto diffuse, formalmente collocabili nell'area del lavoro autonomo o parasubordinato, ma contraddistinte di fatto da quell'accentuato sbilanciamento dei rapporti di forza a svantaggio di una parte, perciò qualificabile come sostanzialmente dipendente dalla/subordinata all'altra.

[41] C. SALAZAR, *La Costituzione interpretata dalle parti sociali*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, 13, la quale richiama, citandolo testualmente, un passaggio di uno scritto di Gaetano Silvestri.

[42] Così G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013, 13, il quale afferma che «quello che, all'inizio della storia, era un criterio di discriminazione dalla vita politica – l'essere lavoratore – è diventato fondamento della vita comune, della *res publica*» e «il principio dell'inclusione», rilevando come tale rovesciamento possa comprendersi soltanto tenendo conto del dato storico dell'ascesa politica delle masse popolari, dei lavoratori prima tenuti ai margini della vita politica, in ciò ponendosi sulla scia di C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1975, 12, il quale rileva, a proposito del lavoro quale fattore fondativo della Repubblica, che «porre a fondamento dell'assetto sociale un determinato valore si risolverebbe in vana formula se non si avesse riguardo alle forze sociali portatrici degli interessi ad esso collegati e pertanto sollecitate ad operare a suo sostegno e difesa», interessi storicamente corrispondenti, sebbene assunti dalla Costituzione in una prospettiva non restrittivamente classista (ma volta a valorizzare ogni genere di lavoro), agli interessi di quella «parte della popolazione che, pur più numerosa, rimaneva assoggettata da una situazione di inferiorità, bene espressa dalla denominazione di "proletariato" che la contrassegnava».

[43] C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano, 2019, 14, la quale rileva che «con la Costituzione repubblicana si è […] transitati dal binomio illuministico del cittadino proprietario al binomio repubblicano del cittadino lavoratore», cosicché «il nuovo Stato repubblicano e democratico non si sarebbe più fondato sulla proprietà privata e sul suffragio censitario, bensì sull'integrazione politica e sulla missione sociale dell'eguaglianza sostanziale». Analogamente, A. CIERVO, *Il lavoro fuori dalla Costituzione. Un percorso di lettura nella più recente dottrina costituzionalistica*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 23, nota come debba evidenziarsi «un dato di fondo del nostro ordinamento, ossia che per la prima volta – e tra l'altro in maniera singolare nella storia stessa del costituzionalismo novecentesco, fatta eccezione *mutatis mutandis* per il testo weimariano –, una Costituzione pone a fondamento della forma Stato non più la proprietà, bensì il lavoro».

[44] I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012, 6, nell'evidenziare l'esistenza, a proposito del lavoro, di «un nucleo di senso profondo che sta alla base dell'intero modello costituzionale», rileva che, se originariamente il riferimento della Costituzione ai «lavoratori» nelle disposizioni del Titolo III della sua Parte prima evocava senz'altro i lavoratori subordinati (e, in primo luogo, gli operai) come soggetti collocati, per antonomasia, in posizione economicamente svantaggiata, «oggi, più in generale, si dovrebbe dire che sono tutti coloro che prestano il proprio lavoro in condizioni di dipendenza socio-economica, al di là della forma giuridica in cui ciò avviene, una dipendenza sociologica più che giuridico-formale, dal momento che molti rapporti di lavoro sono oggi costruiti su un'autonomia giuridico-formale, ma non sostanziale».

insieme all'art. 2)[45], in considerazione del quale si comprende pienamente la scelta di collocare a fondamento della Repubblica democratica le dimensioni del bisogno, della necessità e dello sforzo faticoso, legate alla nozione di lavoro[46]; l'art. 4, per parte sua, pone in rilievo, al comma 2, per così dire, una dimensione socio-economica della cittadinanza democratica, laddove sancisce il dovere per il cittadino di «svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società», dimensione permeata anch'essa, oltre che delle istanze proprie del principio lavorista (nella sua declinazione doveristico-solidaristica), di quelle personalistiche ed egualitarie di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost., così come al primo comma della medesima disposizione, contenente un riferimento alla «pari dignità sociale» di tutti i cittadini, che contribuisce ad orientare verso quella lettura non restrittiva del termine "lavoratori" di cui più sopra si è detto[47].

In relazione al nesso tra istanze lavoristiche e personalistico-egualitarie, si è affermato, facendo sintesi in un certo senso degli elementi del quadro appena delineato, che «in questo incrocio di finalità (l'eguaglianza, la pari dignità sociale) e di strumenti (il lavoro), la Costituzione ritrova il senso più profondo della sua esperienza normativa

---

[45] Come notato da T. GROPPI, *«Fondata sul lavoro». Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 3/2012, 679-680. Si veda, analogamente, A. APOSTOLI, *Considerare il lavoro come diritto è ancora possibile*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 10-11, la quale afferma che l'assunzione delle articolate virtualità interpretative dell'art. 1, co. 1, Cost. nella parte in cui individua il lavoro come fondamento della Repubblica «è già di per sé sufficiente per comprendere come il fondamento lavorista riveli la prospettiva nella quale va inquadrato l'intero ordinamento costituzionale, che è poi quella della tutela concreta e "contestualizzata" della persona umana e della sua dignità sociale nell'ambito di una nuova concezione dello Stato», aggiungendo che «il fatto che l'assetto repubblicano si regga sull'attività antropologica che meglio esprime la dimensione sociale dell'agire umano offre pertanto una chiave di lettura formidabile per orientare l'interpretazione complessiva dei principi fondamentali e per comprendere l'intera architettura costituzionale».

[46] Così M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 3/2010, 632 e 634-635, pagine, queste ultime, ove si afferma, a proposito del richiamo al lavoro nell'art. 1 Cost., che vi si riconosce «la volontà di *fondare la Repubblica su un elemento profondamente egalitario e addirittura universalistico*, su un dato insuperabilmente *umano*», aggiungendosi che «la fondazione sul lavoro, insomma, non si collega solamente al riconoscimento del diritto al lavoro da parte del successivo art. 4 […], ma anticipa il riconoscimento del principio di eguaglianza da parte dell'art. 3 e fa di questo la logica conseguenza della scelta fondativa compiuta *in apicibus*», affermazione che vale «sia per il profilo dell'eguaglianza formale di cui al primo comma (in quanto il fondamento sul lavoro […] ha un significato addirittura universalista), sia per il profilo dell'eguaglianza sostanziale di cui al secondo comma (perché è solo con l'emancipazione dei lavoratori che il progetto di società "nuova" disegnato dalla Costituzione può essere realizzato)».

[47] Cfr. C. SALAZAR, *Giustizia sociale e poteri pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, I Tematici, V, *Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 195, la quale nota che i «lavoratori» di cui parla il secondo comma dell'art. 3 Cost. sono coloro che concorrono a costruire la Repubblica con la loro attività quotidiana, cioè «non soltanto mediante un lavoro in senso stretto, ma anche attraverso un qualunque *facere* non egoistico idoneo a contribuire al progresso materiale o spirituale della collettività, così che tale impegno è sufficiente perché chiunque possa *sentirsi* (ed *essere riconosciuto come*) *parte* della stessa, che diviene massimamente inclusiva (art. 4 comma 2 cost.)». Cfr. anche A. APOSTOLI, *Considerare il lavoro come diritto*, cit., 18-19, la quale afferma che «tramite il lavoro […] l'individuo è inserito in un contesto relazionale che lo rende pienamente partecipe della vita sociale, tanto più che, proprio mediante il lavoro, la persona "restituisce alla società (in termini di progresso generale) ciò che da essa ha ricevuto e riceve in termini di diritti e di servizi", in conformità sia al vincolo descritto in termini generalissimi dall'articolo 2 (segnatamente, con riferimento ai "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale") sia allo stesso fondamento lavorista richiamato nell'articolo 1 della Carta».

e sociale, che è quello di "realizzare la libertà nell'eguaglianza"; e il suo stesso fondamento assiologico, racchiuso nella formula di apertura dell'art. 1»[48]. La rilevanza, e si potrebbe dire la centralità, della «pari dignità sociale» all'interno di tale contesto è stata posta molto bene in evidenza da chi ne ha rilevato la qualità di clausola non finalizzata soltanto a porre argini rispetto a trattamenti discriminatori, in ciò saldandosi con il principio di eguaglianza formale, bensì anche a fondare l'esigenza di un intervento attivo delle istituzioni «perché la pari dignità sociale sia reale, indipendentemente da determinazioni normative in ipotesi discriminatorie o degradanti»[49]. La succitata clausola si pone così in stretta correlazione funzionale con il compito assegnato alla Repubblica dal secondo comma dell'art. 3 Cost. in vista della garanzia effettiva dei diritti fondamentali, potendosi affermare che la stessa «getta, dunque, un ponte tra i due commi, che non pochi, specie in passato, avevano reputato quali elementi in contraddizione reciproca»[50].

La più sopra richiamata lettura della nozione di "lavoratori", illuminata dai principi fondamentali della Costituzione nei termini appena delineati, avrebbe potuto fondare un'attuazione delle disposizioni costituzionali in tema di diritti sociali in grado, per così dire, di "riempire gli spazi" riscontrabili tra gli ambiti di rispettiva pertinenza delle stesse, al fine di assicurare, in maniera piena (e universalistica), la garanzia della "libertà dal bisogno". Si è andati però in una direzione diversa. È prevalsa infatti, come è noto, lungo il percorso di edificazione del sistema di protezione sociale, in particolare, un'attuazione dell'art. 38 Cost. improntata ad una impostazione marcatamente categoriale delle tutele, con riferimento tanto al pilastro previdenziale del succitato sistema (ancorato al comma 2), quanto a quello assistenziale, radicato nel primo comma dell'art. 38, secondo cui, come sappiamo, «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale»[51]. In riferimento alla protezione dal rischio di disoccupazione involontaria, si è così strutturato un sistema di misure (i c.d. "ammortizzatori sociali") finanziate, pur non

[48] A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in *Rivista AIC*, 4/2021, 81, il quale rileva altresì che «l'eguaglianza "del lavoro" è qualcosa di più e di diverso dalla solidarietà verso i soggetti più deboli e svantaggiati sul piano economico; è l'eguaglianza che si costruisce attraverso l'impegno emancipante dei suoi stessi destinatari, è appunto "dignità sociale", sintesi di pieno sviluppo della persona (effettivamente libera dal bisogno) e di partecipazione alla vita sociale, politica ed economica del Paese».

[49] Q. CAMERLENGO, *Pari dignità sociale e solidarietà: per un effettivo inveramento del principio di eguaglianza*, in L. CASSETTI-F. FABRIZZI-A. MORRONE-F. SAVASTANO-A. STERPA (a cura di), *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Vol. III, Napoli 2024, 2370, il quale rileva che, ponendo l'esigenza di un intervento attivo della Repubblica in correlazione con una «domanda di costituzione» espressa dalla società italiana alla fine della seconda guerra mondiale non in termini di mero divieto di discriminazioni, «si riesce ad intuire il legame che avvince la pari dignità sociale al principio di eguaglianza sostanziale consacrato nel secondo comma dell'art. 3».

[50] Q. CAMERLENGO, *Pari dignità sociale e solidarietà*, cit., 2371.

[51] S. GIUBBONI, *Il reddito di cittadinanza tra diritto e politica*, in *La Cittadinanza europea*, 2/2019, 84, rileva che, pur non essendo questa una scelta che potesse ritenersi obbligata, «tutto lo sviluppo post-costituzionale del sistema di protezione sociale italiano nell'area della tutela della disoccupazione involontaria, e più in genere dello stato di bisogno derivante dalla mancanza di lavoro e dei mezzi necessari per vivere, si è ben presto incanalato lungo le strettoie di un esasperato categorialismo neo-corporativo, consentaneo alla visione dominante delle forze politiche e sociali, che ha correlativamente emarginato – nei fatti, prima ancora che nelle ricostruzioni teoriche e dottrinali – qualunque apertura verso autentiche logiche universalistiche».

senza scostamenti dalla purezza di tale schema, prevalentemente da contributi sociali, parametrati sul reddito da lavoro dei beneficiari, e di durata temporalmente limitata. Un simile assetto, come è facile comprendere, non è in grado di soddisfare pienamente le esigenze di tutti coloro che si vengono a trovare senza un lavoro, tra cui i "disoccupati involontari" strettamente intesi e gli "inoccupati" (coloro che non hanno mai svolto un'attività lavorativa e sono in cerca di prima occupazione). Penalizza infatti fortemente, oltre agli inoccupati (i quali non accedono a tutele di carattere previdenziale ma soltanto, eventualmente, a protezioni assistenziali di natura categoriale), molti disoccupati, soprattutto se disoccupati di lungo periodo e/o che hanno percepito in precedenza bassi redditi da lavoro. Non viene inoltre presa in considerazione la condizione di coloro i quali lavorano, ma sono "lavoratori poveri", espressione reputata indicativa di un ossimoro il cui possibile inverarsi nella realtà socio-economica si riteneva *a priori* scongiurato, quanto meno con riguardo ai lavoratori subordinati, dalla necessaria attuazione della più sopra richiamata previsione, di cui all'art. 36 Cost., relativa alle caratteristiche della retribuzione.

Che sia stata operata una scelta di questo tipo in ordine ai principi di funzionamento del sistema di protezione sociale non può peraltro meravigliare molto e trova agevolmente una sua spiegazione: la società e il mondo del lavoro che i Costituenti avevano in mente (e che intendevano concorrere a costruire) erano incardinati, al netto delle ricadute di un certo modello sociale e familiare sui livelli di occupazione femminile (modello che relegava le donne nel ruolo di responsabili pressoché esclusive del lavoro di cura endo-familiare), sulla "normalità" del lavoro stabile e quindi sulla presenza di un'amplissima platea di soggetti tra cui poter ripartire, secondo una logica previdenziale, il rischio sociale, attraverso meccanismi basati sul versamento di contributi da parte dei lavoratori (e, nel caso di lavoratori dipendenti, anche dei datori di lavoro). Fino a quando è sopravvissuto tale assetto del mondo del lavoro e dei rapporti socio-economici, per quanto non mancassero vuoti di tutela generati dall'elevato livello di frammentarietà e categorialità delle misure previste in ambito tanto previdenziale quanto assistenziale, il sistema ha retto e il contrasto alla povertà è rimasto affidato sostanzialmente all'operatività delle dinamiche di funzionamento del mercato del lavoro e del sistema di previdenza sociale (e della famiglia come "ammortizzatore sociale implicito"), salvi gli effetti indiretti del consolidarsi del principio universalistico con riferimento, soprattutto, ai settori dell'istruzione e della sanità. A mano a mano che la situazione è andata mutando[52], sono

[52] P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in G.G. BALANDI-G. CAZZETTA (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio. Ferrara 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, 57, afferma in proposito che «con la società post-industriale il lavoro cessa di essere il tramite privilegiato della cittadinanza sociale: cessa la (tendenziale) coincidenza fra lavoratore e cittadino e viene meno il perno su cui il vecchio Stato sociale incardinava la sua azione equalizzatrice» con la conseguenza che «occorre dunque, in questa prospettiva, ripensare la cittadinanza sociale in una situazione in cui il lavoro ha perduto la sua valenza (socialmente) "generalista" per occupare una posizione settoriale (anche se non marginale)».

andati emergendo i limiti di un sistema di protezione sociale tra i meno efficaci in Europa per capacità di contrasto alla povertà[53].

A fronte di ciò, si è tentato di valorizzare anche ai fini dell'attuazione delle disposizioni del Titolo III della Parte I, relativo ai «rapporti economici», della Costituzione, recuperando in un certo senso potenzialità semantiche restate sino ad allora per lo più latenti sul piano pratico, il senso che al sostantivo "lavoratori" deve assegnarsi con riferimento all'art. 3, co. 2, Cost., laddove il termine evoca, in senso molto ampio, la (rinnovata) cittadinanza democratica delineata dall'art. 1 e tende dunque in sostanza a sovrapporre il suo campo semantico a quello di pertinenza del sostantivo "cittadini". Soprattutto (sebbene non solo) ad opera di una parte della dottrina giuslavoristica, la nozione di "lavoratori" è stata così intesa, anche ai fini della strutturazione di un sistema di protezione sociale tale dal colmare i vuoti lasciati dalla frammentarietà delle tutele costruite nel corso del tempo, come riferita non ai soli lavoratori attuali, bensì a tutti i cittadini non inabili al lavoro che lavorino attualmente o siano invece in cerca di occupazione. Coerentemente con tale impostazione, potrebbero essere ricondotti alla nozione di disoccupati involontari di cui all'art. 38, co. 2, Cost. anche gli inoccupati: a questi ultimi dovrebbe essere garantito, come a tutti i disoccupati strettamente intesi (coloro, cioè, che hanno perso un'occupazione e sono alla ricerca di un nuovo lavoro), l'accesso a misure di sostegno (monetarie e non) in grado di assicurare «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita»[54]. In quest'ottica, sono stati valorizzati in dottrina il «carattere aperto del precetto di cui all'art. 38 Cost.»[55] e la sua connessione con l'art. 4 Cost. al fine di reperire un fondamento costituzionale per l'introduzione di forme di reddito minimo fruibili, fuori dalla logica previdenziale, da persone abili al lavoro e prive di occupazione, sul presupposto della loro disponibilità a

[53] E. RANCI ORTIGOSA, *Politiche di contrasto alla povertà e reddito minimo di inserimento*, in W. RINALDI (a cura di), *Giustizia e povertà. Universalismo dei diritti, formazione delle capacità*, Bologna, 2008, 155-157, rileva che «di buona parte delle risorse così erogate beneficiano famiglie con livelli di reddito medio e anche alto, e solo poco più del 50% va a beneficio dei decili di famiglie più povere». Sulle carenze del sistema italiano di welfare nel contrastare la povertà e sui progressi comunque compiuti in questo campo cfr. E. RANCI ORTIGOSA, *Contro la povertà. Analisi economica e politiche a confronto*, Milano, 2018 e C. GORI, *Combattere la povertà. L'Italia dalla social card al Covid-19*, Bari-Roma, 2020.

[54] M.A. GLIATTA, *Il reddito di cittadinanza nella prospettiva costituzionale. Aspetti problematici di una misura necessaria*, in *Democrazia e diritto*, 1/2019, 73, ha rilevato che una linea interpretativa favorevole ad una lettura estensiva del riferimento dell'art. 38, co. 2, alla disoccupazione involontaria sarebbe confortata, guardando ai lavori dell'Assemblea Costituente, «dalle parole di Dossetti nei lavori della I Sottocommissione sull'art. 36 Cost. in cui si sottolineava come il diritto di avere i mezzi per un'esistenza libera e dignitosa non deriva «dal fatto di essere uomini, ma dall'adempimento di un lavoro, *a meno che* non si determinino quelle altre condizioni da cui derivi l'impossibilità di lavorare per i motivi che saranno indicati negli articoli concernenti l'assistenza e la previdenza (seduta I SC per la Costituzione dell'8 ottobre 1946)».

[55] Traendo ispirazione anche da risalenti riflessioni di C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Diritto del lavoro*, 1/1954, 149 ss., P. BOZZAO, *Reddito minimo e* welfare *multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 4/2011, 622, secondo cui il richiamato carattere dell'art. 38 Cost. – che non esclude la possibilità, per il legislatore ordinario, di delineare figure speciali di intervento sociale, secondo un modello "atipico" rispetto a quelli tradizionali delineati dai primi due cc. della stessa norma «tale strada potrebbe essere tecnicamente sostenuta se il rischio della disoccupazione involontaria, di cui al secondo c., fosse inteso quale evento connesso non a semplici scelte individuali, quanto piuttosto alle «condizioni oggettive del mercato», in modo tale da ampliare gli schemi protettivi fino a ricomprendervi non solo il lavoratore in sé, ma anche il nuovo soggetto, che è "colui che vuole lavorare"».

inserirsi/reinserirsi nel mondo del lavoro o, comunque, a svolgere attività utili per la collettività[56].

Contro tale prospettazione sono stati avanzati diversi argomenti. Ad un'argomentazione, per così dire topografica, connessa alla formulazione della disposizione in esame (che affianca quello alla disoccupazione involontaria a riferimenti ad altre situazioni senza dubbio concernenti lavoratori strettamente intesi), la quale renderebbe difficile immaginare che solo uno dei rischi indicati possa essere considerato diversamente con riguardo al profilo soggettivo, ne sono state aggiunte altre. È stata infatti reputata discutibile l'enucleazione del presupposto della mera disponibilità a lavorare (o "laboriosità") ai fini dell'accesso alle misure di supporto ai disoccupati involontari di cui all'art. 38, co. 2, Cost.: tale criterio di identificazione – si è affermato – risulterebbe «scarsamente discretivo e quindi inutile», dal momento che – si è detto – «finisce per coincidere con la nozione di cittadinanza "abile", ovvero ad introdurre un *tertium genus* – tra gli "inabili" e i "laboriosi": gli "abili" non disponibili al lavoro – dai confini quanto mai incerti»[57]. Inoltre, è stata evidenziata la differenza tra il livello di adeguatezza richiesto dalle misure di carattere previdenziale (tutte quelle di cui all'art. 38, co. 2, Cost., secondo la sua lettura più consolidata) e quello riferibile a misure di natura non previdenziale, integralmente finanziate, perciò, mediante risorse derivanti dalla fiscalità generale, tra le quali si collocherebbero, totalmente o comunque in via ampiamente prevalente, gli interventi in favore degli inoccupati o dei disoccupati con modesti versamenti contributivi[58]. È, come noto, ben radicata, d'altra parte, nella giurisprudenza costituzionale la necessità di distinguere tra «mezzi adeguati alle […] esigenze di vita» di cui all'art. 38, co. 2, e "minimo vitale" (a cui corrispondono i «mezzi necessari per vivere» di cui parla l'art. 38, co. 1, Cost. come fondamento del «diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» degli inabili al lavoro)[59], di modo che l'accoglimento della prospettazione imperniata sulla valorizzazione della laboriosità richiederebbe in ogni caso un'ibridazione in senso assistenziale di un sistema di misure di carattere essenzialmente previdenziale.

---

[56] Così P. BOZZAO, *Reddito minimo e* welfare *multilivello*, cit., 621-622, la quale afferma che «in un sistema in cui il raggiungimento della piena occupazione è divenuto ormai un obiettivo remoto, la predisposizione di misure di reddito minimo rivolte agli abili involontariamente privi di lavoro potrebbe rinvenire un solido fondamento giuridico nella norma da ultimo richiamata e, in particolare, in quel "dovere del lavoro" enunciato nel suo secondo c., da assolversi con l'esercizio di ogni attività ritenuta utile per la collettività».

[57] G.G. BALANDI, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito*, in *Lavoro e diritto*, 4/2018, 584, secondo il quale «in questo modo si cerca di mantenere coerenti […] i lavoratori del 3.2 e del 38, forzando quest'ultimo», ritenendosi invece la laboriosità «più utilmente invocabile come criterio di condizionalità […] di prestazioni riferite alla collocazione nel mercato del lavoro».

[58] F. RAVELLI, *Natura e inquadramento costituzionale del reddito di cittadinanza*, in S. GIUBBONI (a cura di), *Reddito di cittadinanza e pensioni: il riordino del welfare italiano. Legge 28 marzo 2019, n. 26. Commentario aggiornato ai decreti "Cura Italia" e "Rilancio"*, Torino, 2020, 27.

[59] Si può citare per esempio un passaggio della sent. n. 173/1986, in cui si afferma che «mezzi adeguati alle esigenze di vita da assicurare non sono solo quelli che soddisfano i bisogni elementari e vitali ma anche quelli che siano idonei a realizzare le esigenze relative al tenore di vita conseguito dallo stesso lavoratore in rapporto al reddito ed alla posizione sociale raggiunta in seno alla categoria di appartenenza per effetto dell'attività lavorativa svolta, con conseguente possibile determinazione di prestazioni previdenziali quantitativamente diversificate».

Al di là dei termini del dibattito sulla lettura dell'art. 38, co. 2, appena richiamata, a spingere verso il superamento dei confini di un sistema di garanzie incardinato su basi prevalentemente previdenziali pare la stessa locuzione adoperata dal secondo comma dell'art. 38 Cost.: come possono infatti reputarsi effettivamente «adeguati alle esigenze di vita» dei «mezzi» forniti per un tempo limitato ed, eventualmente, di consistenza molto ridotta, in quanto parametrata su retribuzioni molto basse e/o "intermittenti"? A tal proposito, risulta però difficile reperire nella giurisprudenza della Corte costituzionale un ancoraggio per la definizione dell'adeguatezza alle esigenze di vita che non si risolva nel sostanziale rinvio a quanto previsto, con un'altra formula generale già richiamata, dall'art. 36, co. 1, Cost. con riguardo alla retribuzione dei lavoratori[60]. Conseguentemente, la condizione di molti disoccupati risulta spesso di grave disagio economico ed evoca innegabilmente la questione del contrasto alla povertà e l'esigenza di integrare con un rilevante "pilastro assistenziale" quello previdenziale del sistema di sicurezza sociale. A ciò aggiungasi che le garanzie di carattere previdenziale riservate ai lavoratori autonomi, certamente non tutti assimilabili per condizione economica a grandi e medi professionisti/imprenditori (tanto più sotto la spinta di fenomeni di marcata ridefinizione delle forme di lavoro in corso da ormai alcuni decenni), sono meno consistenti e articolate di quelle previste per i lavoratori dipendenti.

Resta – pare di poter affermare – uno scarto evidente, sul piano concettuale e su quello giuridico-costituzionale, tra interventi e politiche di contrasto, rispettivamente, alla disoccupazione (anche intesa in senso ampio) e alla povertà, tra i quali pure non mancano rilevanti aree di intersezione. Quando si parla di contrasto alla povertà (e, in particolare, a quella assoluta), a venire in rilievo è infatti la persona in quanto tale, insieme alla sua esigenza di essere libera da un bisogno economico grave, a determinare il quale, come sappiamo, le ragioni di ordine lavorativo possono concorrere (e normalmente concorrono) con altri, spesso non meno rilevanti, fattori. Si tratta dunque di una questione che attiene alla dignità della persona e – è stato autorevolmente affermato – alla garanzia, in ultima analisi, dello stesso diritto alla vita, inteso come comprensivo del diritto al "minimo vitale"[61], cosicché risulta necessario collocarsi in

[60] Come evidenziato da C. BERGONZINI, *Come un gioco di specchi*, cit., 73, la quale, all'esito dell'analisi della giurisprudenza costituzionale rilevante in materia di sufficienza della retribuzione al fine di assicurare «un'esistenza libera e dignitosa» e di minimi pensionistici, correlati ai livelli retributivi, giunge alla conclusione della irreperibilità di saldi riferimenti utili a riempire di contenuti effettivi la succitata garanzia, anche in ragione dell'inadeguatezza a tal fine del ruolo che è in grado di svolgere, per sua natura, il giudice delle leggi, potendosi affermare che dalla giurisprudenza costituzionale «l'unico dato ad emergere con una certa chiarezza è che un'esistenza libera e dignitosa non dovrebbe essere limitata alla possibilità di "pura sopravvivenza"».

[61] Si veda in questo senso, sul piano della riflessione filosofica e del ragionamento sulle fondamenta etiche di interventi pubblici di contrasto alla povertà estrema, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, *2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 392-393, il quale afferma che l'affermarsi del ruolo dei diritti sociali ha contribuito ad integrare, nel paradigma dello Stato di diritto, accanto (ai diritti di libertà e) al diritto alla vita, inteso come diritto a non essere uccisi, il «diritto alla sopravvivenza», inteso come diritto a vivere dignitosamente (vedendosi garantiti almeno i minimi vitali, ovvero il «diritto alla sussistenza»), che del diritto alla vita costituisce un corollario. Cfr., analogamente, N. BOBBIO, *I diritti dell'uomo e la pace*, in ID, *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e sulla guerra*, a cura di P. Polito, Casale Monferrato, 2013, 95-96, il quale rileva che «allo stato attuale della coscienza etica dell'umanità, si tende a riconoscere all'individuo non soltanto il diritto di vivere (che è un diritto elementare e per così dire primordiale dell'uomo) ma anche *il diritto di avere il minimo indispensabile*

quest'ottica nell'accingersi a ricercare un fondamento costituzionale per lo *ius existentiae* e, corrispondentemente, per il dovere, in capo alla Repubblica, di garantirlo proteggendo le persone dal rischio di cadere o permanere in una condizione di povertà assoluta.

4. ***Alla ricerca delle basi costituzionali del "diritto al minimo vitale"***

Come si è già avuto modo di ricordare, la Costituzione italiana, accanto ad una serie di previsioni che prendono in considerazione la carenza di risorse finanziarie disponibili come ostacolo al godimento di specifici diritti che possiamo definire "settoriali", colloca una disposizione in cui la povertà pare venire in rilievo di per sé. Il riferimento è, come è facile intuire, al già citato art. 38, co. 1, Cost., secondo cui «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale». L'essere «sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» corrisponde sostanzialmente all'essere gravemente poveri, in quanto privi del c.d. "minimo vitale". La succitata disposizione sembra però riservare letteralmente il diritto ivi previsto ai soli "inabili al lavoro", lasciando quindi scoperti coloro i quali siano privi dei mezzi necessari per vivere, cioè gravemente poveri, ma abili al lavoro. A beneficio di questi ultimi, titolari di diversi diritti sociali specificamente previsti dalla Carta (rispetto a cui la povertà può rilevare come ostacolo), la Costituzione non prevederebbe dunque un dovere generale di intervento a carico dei pubblici poteri e, *in primis*, del legislatore: in mancanza di un intervento pubblico finalizzato "puramente" al contrasto alla povertà, l'unica via d'uscita da quest'ultima sarebbe dunque rappresentata dal lavoro.

È noto, però, che la statuizione costituzionale sul diritto al lavoro non implica garanzia di un diritto soggettivo ad ottenere un'occupazione, ma fonda (soltanto) il doveroso impegno della Repubblica a perseguire l'obiettivo della piena occupazione[62], impegno in concreto profuso, se pure in vario modo e con esiti diversi, spesso insoddisfacenti, nel corso del tempo. Si può certamente parlare di «mancata attuazione del programma costituzionale ispirato dal principio lavorista»[63], generata dal combinarsi di trasformazioni delle condizioni socio-economiche e, come si è rilevato, di mancanza di una solida «base materiale (intesa in senso tecnico come forze politico-culturali dominanti» interessate a sorreggere il «progetto di emancipazione sociale che era stato

per vivere» e afferma alla luce di ciò che: «il diritto alla vita è un diritto che implica da parte dello stato puramente e semplicemente un comportamento negativo: non uccidere. Il diritto a vivere implica da parte dello stato un comportamento positivo, vale a dire interventi di politica economica ispirati a un qualche principio di giustizia distributiva».

[62] Come ricordato da ultimo da C. SALAZAR, *Il principio lavoristico*, in M. BENVENUTI-R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. I principi fondamentali*, Volume II, Torino, 2024, 92.

[63] Così A. APOSTOLI, *Considerare il lavoro come diritto*, cit., 21, secondo la quale varie e articolate sono le responsabilità di tale mancata attuazione, ma «di certo non si sbaglia se si comincia col riflettere sul compito "storico" del legislatore italiano, che era poi quello di realizzare le plurime declinazioni del diritto al lavoro attraverso la costruzione di un sistema sociale completamente innovativo, basato su un sostanziale rovesciamento degli equilibri costituzionali tra libertà, uguaglianza e lavoro affermati nella società "vetero-liberale"».

alla base del grande progetto costituzionale»[64], quanto meno al fine di sottolineare le gravi difficoltà attraversate e i rilevanti ostacoli incontrati dal processo di conformazione degli assetti socio-economici al portato delle istanze normativamente espresse dal principio lavorista, di cui la statuizione sul diritto al lavoro è parte essenziale[65]. Ciò non toglie che, se si facesse leva esclusivamente sul diritto al lavoro e si rigettassero, al contempo, ricostruzioni, quali quella più sopra richiamata, basate su una lettura estensiva del concetto di «disoccupazione volontaria», resterebbe privo di una tutela costituzionale lo *ius existentiae*[66] e privo di un saldo ancoraggio la necessità costituzionale di un intervento dei poteri pubblici in vista della garanzia di quest'ultimo diritto. In quest'ottica, l'individuazione nei primi due commi dell'art. 38 Cost. di due modelli distinti di intervento pubblico a fini di sicurezza sociale (uno, al primo comma, basato sul principio solidaristico/egualitario e l'altro, al secondo comma, incardinato sull'operare di logiche mutualistico-assicurative) renderebbe possibile, ma non costituzionalmente necessaria, l'introduzione di misure di carattere non previdenziale miranti ad assicurare il minimo vitale a tutti coloro che, pur abili al lavoro, risultino privi di un'occupazione o per i quali il reddito da lavoro non sia sufficiente a fornire i «mezzi necessari per vivere».

A fronte di tale tipo di interpretazioni (e attuazioni) dell'art. 38 Cost., non ne sono mancate altre, le quali hanno fatto leva, restando maggiormente ancorate al dato testuale, su una lettura diversa da quella, soprattutto in passato, più diffusa (e sopra richiamata) di locuzioni adoperate dal primo comma della succitata disposizione oppure, per altro verso, hanno propugnato un'interpretazione dell'art. 38, co. 1, Cost. alla luce dei principi fondamentali della Costituzione, valorizzando altresì il dato

---

[64] I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, cit., 7, la quale parla, alla luce di elementi tratti dalla realtà dei rapporti socio-economici e di quella delle dinamiche politico-istituzionali, della mancanza richiamata nel testo come di un indice della «eclissi totale della costituzione materiale sulla quale si fondava l'unico vero *tabù* che i costituenti intesero lanciare in questa materia: il divieto dello schiacciamento del lavoro prestato in condizioni di dipendenza economico-sociale» (p. 2).

[65] Si tratta di difficoltà accresciute da orientamenti giurisprudenziali inclini a riconoscere alla discrezionalità del legislatore uno spazio molto ampio, come notato da A. APOSTOLI, *Considerare il lavoro come diritto*, cit., 31, la quale parla di una giurisprudenza della Corte costituzionale «non […] propensa al pieno riconoscimento dell'alto valore che la Costituzione assegna al diritto-dovere al lavoro in veste di principio fondamentale», affermando che «basta comparare le sentenze pronunciate dalla Corte in materia di diritto al lavoro con quelle rivolte alla tutela di altri principi fondamentali per rendersi subito conto di come il lavoro rappresenti indubbiamente l'anello "debole" del sistema», dal momento che «la natura delle "concrete" limitazioni a cui il diritto al lavoro è stato sottoposto, sia pure in ragione della presenza all'interno dell'ordinamento costituzionale di interessi generali altrettanto meritevoli di tutela, sembrano rivelare che, in relazione all'art. 4 della Costituzione, la Corte costituzionale ha operato una sorta di bilanciamento "imperfetto" cioè, nella sostanza, a detrimento delle garanzie costituzionali a tutela del lavoro».

[66] Così, tra gli altri, S. CAFFIO, *Povertà, reddito e occupazione*, Bergamo, 2023, 72, il quale, all'esito di un'ampia disamina delle politiche e delle normative in materia lavoristica e finalizzate alla promozione dello sviluppo di opportunità lavorative e dunque delle condizioni di effettività del diritto al lavoro, perviene alla conclusione, in ordine a tale diritto, che «le tesi che ne negano l'attuazione non trovino riscontri né nella realtà storica, né nell'epoca odierna, rispetto alla quale (non di mancata, bensì) di diversa (indesiderata, forse anche insostenibile) modalità di attuazione sembra più corretto potersi parlare», cosicché «dette tesi non sembrano idonee a supportare il fondamento costituzionale del dovere di introdurre misure di RMG, forzando il dato testuale di una norma, l'art. 38, che, come autorevolmente sostenuto, "non è formula 'ambigua'"».

fattuale del mutamento del contesto socio-economico rispetto a quello riscontrabile al tempo dei lavori dell'Assemblea Costituente.

Sul primo versante si colloca la posizione di chi ritiene coerente con la *ratio* della disposizione sopra citata (e con la stessa intenzione dei costituenti) un'interpretazione della nozione di "inabilità al lavoro" il cui significato non sia circoscritto all'area della sola inabilità comunemente intesa (fisica o psichica) a svolgere un'attività lavorativa, ma si ampli sino a coprire quella che può definirsi una "inabilità sociale" al lavoro. Alla definizione di quest'ultima concorrerebbero fattori attinenti alle condizioni del contesto socio-economico e al rapporto tra un determinato soggetto e tale contesto[67]: chi sia «sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» non deve quindi, secondo quest'approccio interpretativo, per avere «diritto al mantenimento e all'assistenza sociale», essere anche *stricto sensu* inabile al lavoro, delineandosi così, in sostanza, un fondamento costituzionale per la garanzia (almeno) del minimo vitale a tutti coloro che, "senza colpa" (anche se fisicamente/psichicamente non inabili), non possano conseguire mediante il lavoro quanto necessario ad una vita libera e dignitosa. Non si è mancato peraltro di rilevare criticamente che tale ricostruzione «si scontra tuttavia con un dato testuale – quello riferito al connotato della "inabilità al lavoro" – che difficilmente, se non al prezzo di una evidente forzatura, può essere dilatato fino ad includere il concetto di "inabilità sociale"»[68].

Si può, sul secondo versante, richiamare la posizione secondo cui la scelta del Costituente di riservare agli inabili al lavoro il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, in caso di mancanza di mezzi necessari per vivere, lungi dall'essere indicativa di indifferenza nei confronti della sorte e dei bisogni degli sprovvisti di mezzi non inabili, sarebbe fondata, invece, sul presupposto (e la convinzione) che un'esistenza libera e dignitosa sarebbe stata garantita a tutti gli abili al lavoro appunto mediante il lavoro. Alla luce di tale premessa – si è affermato – «aveva un senso […] riservare all'assistenza un ruolo puramente residuale», cosicché «solo chi per un impedimento fisico o mentale fosse stato inabile al lavoro andava assistito e mantenuto»[69]. Di fronte al tradimento di fatto della promessa della piena occupazione, reso evidente da livelli molto elevati di disoccupazione, e alla constatazione dell'ampia diffusione di bisogni connessi alla mancanza di lavoro o alla inadeguatezza dei redditi da lavoro a consentire un'esistenza libera e dignitosa, la Costituzione non resterebbe, però, muta. Considerato che «negli articoli 3, II comma, e 2 della Costituzione, e nelle altre numerose

[67] Così R. CASILLO, *Reddito di inclusione e figure affini: una prospettiva di diritto della sicurezza sociale*, in *Diritti Lavori Mercati*, 3/2018, 517-518, secondo cui il testo dell'art. 38, co. 1, Cost. «rimane indifferente alle ragioni della mancanza di lavoro comunque senza colpa, perché lo "spirito e l'oggetto della disposizione" […] non appare riferito al collegamento tra impossibilità di lavoro e inabilità fisica, bensì tra (i mezzi necessari per) l'esistenza e il lavoro, visto come unico strumento di vita dignitosa», cosicché «il termine inabilità attrae alla tutela non solo l'impossibilità fisica al lavoro», ma «anche l'impossibilità al lavoro causata da ciò che l'evoluzione socioeconomica fa emergere, nel tempo, come "ostacolo" al lavoro: oggi, il contesto di scarse opportunità occupazionali di qualità», dal momento che «il termine inabilità al lavoro, poiché pensato in modo da sopravvivere all'invecchiamento della costituzione, già nasce ampio e capace di attrarre ogni condizione soggettiva che, in un dato momento storico, è, per via dell'art. 3, co. 2, Cost., impeditiva del lavoro: anche l'inabilità sociale».

[68] F. RAVELLI, *Natura e inquadramento costituzionale del reddito di cittadinanza*, cit., 28.

[69] C. TRIPODINA, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa*, cit., 137.

disposizioni costituzionali che fissano il volto sociale dell'Italia, non può non vedersi la sintesi inequivocabile di un progetto di società che esclude l'abbandono e l'emarginazione del debole, *lavoratore o meno che sia*» (corsivo dell'autrice)[70], si imporrebbe alla Repubblica, a fronte di trasformazioni socio-economiche le quali hanno prodotto indubitabilmente ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (e lo fanno in maniera spesso molto intensa), il dovere «di farsi carico di questi nuovi fatti, di queste nuove debolezze; […] di trovarvi rimedio, declinando l'aspirazione alla liberazione universale dal bisogno scolpita negli articoli 2 e 3, II comma, secondo modalità di protezione *anche* differenti da quelle immaginate dai costituenti»[71]. Si tratta di una posizione in sintonia con quella espressa, ragionando in generale del "diritto all'assistenza sociale", da chi, evidenziando la centralità del principio personalistico e la strumentalità del succitato diritto a promuovere «il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, Cost.), afferma che «il pieno sviluppo della persona umana e la possibilità di una vita libera e dignitosa appaiono inevitabilmente connessi e, di conseguenza, il bene protetto dal diritto all'assistenza sociale si presenta come comprensivo di tutto ciò che è necessario ad assicurare tale obiettivo, escluso soltanto quanto è già espressamente oggetto di altri diritti sociali»[72] e conclude che l'art. 38 Cost. offrirebbe del diritto in esame «una formulazione che potremmo dire limitata e parziale», che ne rende necessaria una lettura alla luce degli artt. 2 e 3 Cost. [73].

Emerge dal percorso argomentativo seguito dalla dottrina da ultimo richiamata l'ineludibile esigenza di interpretare l'art. 38, co. 1, Cost. alla luce dei principi fondamentali della Costituzione[74] e, anzi, a ben vedere, di oltrepassare – pare di poter dire – i confini che all'espansione delle tutele tale disposizione, insieme a quelle relative

[70] C. TRIPODINA, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa*, cit., 144-145, la quale, a proposito dell'Italia disegnata e voluta dai principi fondamentali della Costituzione, parla di «una "democrazia emancipante", che prevede in capo alla Repubblica un dovere di intervento attivo per rimuovere tutti gli ostacoli – a partire da assenza di lavoro e povertà – che impediscono l'uguaglianza sostanziale tra i cittadini, non consentendo ai più deboli di vivere liberamente e dignitosamente, e *dunque* di partecipare effettivamente alla vita politica, economica e sociale del Paese, e *dunque* di essere effettivamente cittadini» (corsivi dell'autrice).

[71] C. TRIPODINA, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa*, cit., 147.

[72] A. PIOGGIA, *Politiche sociali*, in *Enciclopedia del Diritto*, I Tematici, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 865-866, la quale nota che «questa prospettiva mette in luce un importantissimo carattere del diritto all'assistenza, fondamentale anch'esso per comprendere le relative funzioni e politiche pubbliche, quello che lo qualifica come "residuale" o, per meglio dire, "di chiusura" nei confronti degli altri diritti sociali».

[73] A. PIOGGIA, *Politiche sociali*, cit., 866, la quale nota che «se correttamente inteso come diritto che completa le garanzie che discendono dall'impegno della Repubblica nel perseguire il pieno sviluppo della persona umana, il diritto all'assistenza sociale deve essere inteso come diritto universalistico, spettante a tutti i consociati e non solo ad alcune categorie di essi, discendente dal combinato disposto degli art. 2, 3 e 38 cost.».

[74] Cfr. anche F. RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, Torino, 2018, 89, il quale afferma che «nel momento in cui viene inserito nella cornice dei valori e principi fondamentali che innervano il sistema costituzionale, e con questi fatto interagire, l'art. 38 Cost. è finalmente in grado di sviluppare tutto il potenziale in esso riposto, allargando gli spazi di manovra per l'intervento dei pubblici poteri in vista del conseguimento dell'obiettivo sociale della garanzia di condizioni di vita libere e dignitose che siano coerenti con l'esigenza di integrare pienamente la persona nella comunità».

ai diversi diritti sociali previsti dalla Costituzione, pone. Ove ci si limiti infatti a considerare le previsioni concernenti specifici diritti sociali rispetto al cui esercizio la povertà può venire in rilievo come ostacolo, «emerge […] un motivo di fragilità del nostro sistema di protezione sociale», derivante dalla «frammentazione dei provvedimenti, che prende le mosse dalla pluralità delle disposizioni costituzionali da attuare per far fronte ai molteplici bisogni della cittadinanza», nonché dalla «"tipizzazione" delle categorie di appartenenza e delle situazioni a verificarsi, affinché si possa accedere alle relative provvidenze», fragilità non superabile «quand'anche quelle norme vengano lette alla luce dell'art. 3, co. 2, Cost., che pure ha consentito al legislatore e alla Consulta, ove adita a riguardo, di fornirne un'interpretazione sensibile alle "diverse povertà"»[75]. Risulta quindi indispensabile rivolgere direttamente lo sguardo alla trama dei principi fondamentali della Costituzione e alle idee di persona e di *polis* da essi delineate, in vista del reperimento delle basi di una garanzia piena della libertà dal bisogno economico estremo considerata di per sé: al fine di colmare, per così dire, gli spazi lasciati vuoti dalle, pur numerose e rilevanti, garanzie apprestate a specifici diritti, si richiede di guardare alla persona nella sua interezza e all'interconnessione tra le diverse dimensioni della sua esistenza, individuale e relazionale[76].

Nell'ottica appena indicata, se si prende sul serio l'intreccio tra principi personalista, solidaristico e di eguaglianza (sostanziale), alla luce anche della statuizione sulla «pari dignità sociale» dei cittadini (artt. 2 e 3 Cost.)[77], si può affermare che la Costituzione impone di non ignorare la situazione in cui versano gli estremamente poveri. A venire in precipuo rilievo è dunque proprio la dimensione "sociale" appena ricordata della dignità della persona, che integra quella "individuale" e la cui garanzia si radica nel principio solidaristico[78], quale "carburante", per così dire, dell'eguaglianza

[75] R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, cit., 134-135.

[76] Il radicamento costituzionale dell'esigenza generale (e quindi del dovere) di oltrepassare i confini disegnati dalle singole disposizioni costituzionali sui diritti per percorrere i più vasti sentieri indicati dai principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 Cost. è efficacemente evidenziata da A. VALASTRO, *Costituzionalismo, democrazia sociale, dignità dell'esistenza: le ricadute politiche del racconto dei vissuti*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2019, 191, la quale afferma che «se gli altri articoli della prima parte della Costituzione mirano a questo obiettivo (di dare risposte ai bisogni) fissando garanzie per talune situazioni specifiche che ben potevano essere immaginate *a priori* come fondamentali per lo sviluppo della persona (la scuola, il lavoro, la salute, ecc.), l'art. 2 e il secondo comma dell'art. 3 volevano essere qualcosa di più: la valvola che mantiene aperto il serbatoio dell'esperienza concreta del vivere e delle sue vulnerabilità, un serbatoio mai richiudibile e mai compiutamente catalogabile nei suoi contenuti mutevoli, al quale il diritto deve umilmente continuare ad attingere pena il suo allontanamento dalla realtà e dalla persona».

[77] Della pari dignità sociale A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 10, ha affermato che «consolida il nesso, già implicito nelle corde dello Stato democratico-sociale ed esplicitamente affermato dall'articolo 2, tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà», aggiungendo che, alla luce di ciò, «il compito della Repubblica di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" che limitano libertà ed eguaglianza – e perciò la «pari dignità» sociale – delle persone finisce per coincidere con la promozione del principio della solidarietà».

[78] Questa dimensione della dignità è evidenziata molto efficacemente da M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma, 2017, 39, laddove afferma che «la dignità […] è da una parte la misura massima e più alta della persona nella sua unicità, e richiama così per un verso l'anteriorità della persona medesima alla norma positiva statale, e dunque la sua inviolabilità, come se essa fosse composta di

sostanziale e fondamento di un dovere di intervento attivo dei poteri pubblici[79]. Il bisogno economico estremo mina indubbiamente le condizioni minime di una vita dignitosa, tali da consentire quel pieno sviluppo della persona umana e quella effettiva partecipazione all'organizzazione del Paese di cui all'art. 3, co. 2, Cost.[80], sino a mettere a rischio lo stesso diritto alla vita, nella sua connotazione di diritto (sociale) al minimo vitale. Si può dunque concordare con la dottrina che, a proposito dell'ordinamento italiano, ritiene enucleabile un «'diritto a un'esistenza degna'», il quale «pare trovare autonomo fondamento proprio negli artt. 2 e 3, ossia nelle prescrizioni sull'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale e della pari dignità sociale»[81]. Pare inoltre opportuno sin d'ora, in attesa di tornare sul punto più avanti, riconoscere il dovuto rilievo all'esigenza di non porre eccessiva enfasi sulla (sola) dimensione economica dell'eguaglianza da realizzarsi ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost., anche in relazione alla condizione di soggetti, quali i gravemente poveri, rispetto ai quali il fattore economico svolge senz'altro un ruolo di estremo rilievo. In caso contrario, si finisce, più o meno consapevolmente, per fare propria una visione riduttiva dell'impegno richiesto alla Repubblica dalla succitata disposizione costituzionale, rassegnata all'idea di una sostanziale immodificabilità di assetti socio-economici contraddistinti da profonde diseguaglianze, di cui poter smussare soltanto, e in parte, gli angoli distribuendo una certa quantità di risorse finanziarie tra coloro che stanno peggio[82].

---

materia indisponibile da parte dell'autorità politica, dei poteri costituiti, delle maggioranze; ma dall'altra è nello stesso tempo – come recita proprio il nostro art. 3 – concretamente "sociale", perché riferita all'accesso che ciascuno possiede ai beni fondamentali che qualificano come "degna" una vita […]».

[79] La centralità del ruolo del principio solidaristico ai fini del reperimento delle basi costituzionali del dovere dei pubblici poteri di impegnarsi nel contrasto alla povertà è sottolineata da Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, cit., in partic., 12 ss..

[80] Come affermato da Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 351, «lo sviluppo della persona umana può considerarsi "pieno" se e solo se l'individuo è stato messo *davvero* nelle condizioni di sfruttare al meglio le proprie attitudini ed il proprio talento», allo stesso modo in cui «la partecipazione alla vita comunitaria può considerarsi "effettiva" se e solo se *davvero* il singolo ha avuto occasione di misurarsi con il potere e di dare il proprio contributo grazie alle proprie capacità ed al proprio impegno», condizioni, quelle richiamate da tali affermazioni, di cui si può agevolmente rilevare la carenza in rapporto a chi versa in uno stato di grave povertà. A proposito del significato che deve riconoscersi al dettato dell'art. 3, co. 2, Cost., C. SALAZAR, *Sui diritti sociali e il principio di solidarietà*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 193, afferma che «li ostacoli cui la norma si riferisce possono derivare, infatti, da ogni condizione di deprivazione che si mani-festi nella situazione di chi, per ragioni riconducibili ad una *diversità subìta,* non riesca a tra-sformare le proprie risorse in capacità di progettare e di condurre l'*esistenza libera e dignitosa* di cui discorre l'art. 36 Cost.».

[81] M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà*, cit., 402. Cfr., analogamente, S. GAMBINO, *"Costituzione, reddito minimo garantito, pilastro europeo dei diritti sociali: osservazioni introduttive*, in *La Cittadinanza europea*, 1/2019, 40-41, il quale, dopo aver evidenziato l'esigenza di leggere le rilevanti disposizioni della Prima parte della Costituzione alla luce dei principi fondamentali di quest'ultima, afferma che «è appunto nell'insieme delle disposizioni costituite dai Principi fondamentali e dalle disposizioni di riconoscimento e protezione dei diritti fondamentali che trova fondamento costituzionale il *'diritto a un'esistenza libera e dignitosa',* da cogliere come diritto inviolabile dell'uomo in quanto tale. La tutela di tale diritto spetta alla Repubblica che ha il dovere di rimuovere tutti gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, possono impedirne il godimento» (corsivo dell'autore).

[82] Si veda in tal senso Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 332-333, il quale, dopo aver richiamato, valorizzando anche l'apporto culturale dell'approccio delle capacità, la finalità dell'eguaglianza sostanziale di rendere effettivo il godimento delle libertà e dei diritti fondamentali (e dunque non solo di assegnare un *quantum* di risorse finanziarie a chi pur ne sia carente), ricorda che «la

Tale ricostruzione delle basi costituzionali dello *ius existentiae*, cui si correla un obbligo di intervento a carico dei poteri pubblici, pur discrezionalmente graduabile in relazione al *quomodo*, ha trovato conferma in un orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale. Il riferimento è, innanzitutto, alla sent. n. 10/2010[83], in cui i giudici della Consulta, a proposito dell'adozione della carta acquisti (la c.d. *social card* introdotta nel 2008), misura di contrasto alla povertà estrema categoriale e quantitativamente del tutto inadeguata[84], hanno reputato legittimo l'intervento del legislatore statale, in quanto riconducibile, alla competenza legislativa statale di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti, e, in particolare, nel caso di cui si parla, a un diritto radicato negli artt. 2, 3, co. 2, e 38 Cost.. Si tratta di un intervento – rileva la Corte – il quale ha lo «scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, […] deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo» (punto 6.3. del Considerato in diritto), potendosi dunque «ricondurre tra i "diritti sociali" di cui deve farsi carico il legislatore nazionale il diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno – in particolare, alimentare» (punto 6.4. del Considerato in diritto)[85].

Nella circostanza che ha dato origine alla decisione appena richiamata ad essere oggetto di attenzione è stata una questione riguardante la sfera dei rapporti competenziali Stato-Regioni, risolta con argomentazioni che valorizzano anche la particolare congiuntura (di crisi) economica e palesano peraltro, da parte del giudice delle leggi, un approccio definito «bifronte»[86]. Il riferimento però a «un diritto

---

Repubblica è chiamata a rimuovere gli ostacoli di ordine non solo economico, ma anche sociale, rispetto ai quali le sole misure di sostegno finanziario possono fare ben poco», aggiungendo che «il pieno svolgimento della personalità ha una proiezione materiale che, anche solo intuitivamente, va oltre l'accumulo di ricchezza, o comunque il raggiungimento di una disponibilità di reddito bastevole a garantire una esistenza libera e dignitosa» e che «d'altro canto, l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese ben può essere favorita da non dover fare i conti quotidianamente con uno snervante stato di indigenza, ma l'essere protagonisti della vita comunitaria richiede anche una diversa filosofia di impegno delle istituzioni repubblicane».

[83] Su questa decisione della Corte costituzionale cfr. E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la* social card *e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2010, 164 ss. e C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, 4/2010, 941 ss..

[84] Su tale misura si vedano le considerazioni critiche formulate da C. PINELLI, *«Social card» o del ritorno alla carità di Stato,* in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 1177 ss.

[85] C. DELLA GIUSTINA, *Il diritto al cibo adeguato. Un diritto umano presupposto o consequenziale? Riflessioni a margine di un diritto dalle molteplici sfumature*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2021, rileva l'innovatività della «interpretazione fornita all'art. 38 Cost., ancorata al principio solidaristico e di uguaglianza», innovatività che concernerebbe, tra i vari aspetti, in primo luogo l'area dei destinatari della tutela del diritto enucleato dalla Corte, che «ricomprende non solo coloro che sono inabili al lavoro ma anche tutti coloro i quali che, a prescindere dallo *status* costituzionale specificatamente previsto, si trovino in condizioni di estrema indigenza».

[86] Così L. VIOLINI, *I dilemmi irrisolti delle politiche di contrasto alla povertà. Solo centralismo?*, in *Le Regioni*, 3/2018, 364, secondo la quale «la Corte ha, da un lato, evocato la (temporanea) congiuntura

fondamentale […] inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana» in capo a persone che «versano in condizioni di estremo bisogno» pare evocare un vero e proprio diritto costituzionale ad un minimo vitale che può reputarsi embrione irrinunciabile di quell'esistenza libera e dignitosa che la Costituzione espressamente richiama all'art. 36, come reso evidente, del resto, dal richiamo espresso al fondamento del diritto nella dignità umana[87].

Se la sent. n. 10/2010 richiama comunque, insieme alle disposizioni sui principi fondamentali, l'art. 38 Cost.[88], pur senza espressi riferimenti all'inabilità al lavoro di cui al suo primo comma, non mancano nella successiva giurisprudenza costituzionale tracce di un possibile percorso di completa autonomizzazione del diritto al minimo vitale rispetto al sopra citato articolo. Ci si riferisce in particolare alla sent. n. 50/2019, con cui la Corte ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità relativa all'asserita discriminatorietà e irragionevolezza della previsione per gli stranieri del necessario possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai fini della fruizione dell'assegno sociale. Sul presupposto che tale misura non sarebbe finalizzata a soddisfare bisogni primari della persona, il giudice delle leggi afferma che «ben può il legislatore esigere in capo al cittadino extracomunitario ulteriori requisiti, non manifestamente irragionevoli, che ne comprovino un inserimento stabile e attivo»[89] nella comunità all'interno della quale vive, compreso il possesso di un titolo di soggiorno per il cui conseguimento è necessario avere, tra l'altro, un reddito almeno pari all'importo dello stesso assegno sociale[90]. Al netto delle critiche che possono essere mosse alla risposta data dalla Corte alla questione sollevata[91], rileva, ai fini del

---

economica particolarmente negativa quale fattore a sostegno dell'intervento del legislatore nazionale, quasi si trattasse di porre rimedio ad una emergenza temporalmente limitata ma, dall'altro, ha identificato il fondamento costituzionale di tale intervento nella tutela della dignità di soggetti in un particolare stato di bisogno: un diritto fondamentalissimo (e quindi da tutelare in modo permanente) che giustificava l'accentramento delle competenze in capo allo Stato (e il parallelo restringimento dell'autonomia regionale) affinché si realizzasse una tutela uniforme (ma anche appropriata e tempestiva) su tutto il territorio nazionale».

[87] Una riflessione, in prospettiva comparata, sul rilievo del richiamo alla dignità come fondamento giustificativo della garanzia dei diritti sociali si trova in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La dignità umana come principio "autonomo" per giustificare la tutela dei diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 1/2022, 45 ss..

[88] Analogo richiamo è presente nella sent. n. 137/2021, la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione che prevedeva la revoca di prestazioni assistenziali (quali l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili), nei confronti di coloro che scontino la pena in regime alternativo alla detenzione in carcere, enuclea un diritto alla «sopravvivenza dignitosa», connessa alla garanzia del minimo vitale, fondato sul combinato disposto degli artt. 2, 3 e, appunto, 38 Cost..

[89] L'affermazione trova spazio nel punto 7. del Considerato in diritto, ove si afferma che in tali casi «le provvidenze divengono il corollario dello stabile inserimento dello straniero in Italia, nel senso che la Repubblica con esse ne riconosce e valorizza il concorso al progresso della società, grazie alla partecipazione alla vita di essa in un apprezzabile arco di tempo».

[90] Si veda in proposito il punto 8. del Considerato in diritto, ove la Corte poi afferma che «la vocazione solidaristica dell'assegno sociale torna a manifestarsi, in quanto esso soccorre chi, nonostante l'ingresso stabile nella collettività nazionale, sia poi incorso in difficoltà che ne hanno determinato l'indigenza».

[91] Pare infatti irragionevole la previsione, in sostanza, di un requisito reddituale minimo per l'accesso ad una provvidenza finalizzata a contrastare la povertà. Cfr., in tal senso, F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte fa un passo indietro e uno di lato*, in *Diritto, Immigrazione e*

ragionamento che qui si conduce, il passaggio argomentativo, che si configura come un *obiter dictum*, in cui il giudice delle leggi afferma che una prestazione configurabile, a differenza dell'assegno sociale, come funzionale al soddisfacimento di bisogni primari «non è tanto una componente dell'assistenza sociale (che l'art. 38, primo comma, Cost. riserva al "cittadino"), quanto un necessario strumento di garanzia di un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.)» (punto 7. del Considerato in diritto).

Per quanto nello specifico contesto della (ampia) giurisprudenza costituzionale sull'applicazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza in rapporto alla garanzia dei diritti dei non cittadini (e all'interno di un *obiter dictum*), ad emergere nuovamente sono i tratti di un diritto inviolabile della persona enucleato dalla Corte come connesso al soddisfacimento di "bisogni primari", tra cui non può non farsi rientrare l'«estremo bisogno» richiamato nella sentenza del 2010. Un diritto configurato, in questo caso, esplicitamente come distinto da quelli desumibili dall'art. 38 Cost., così che, come è stato rilevato, «sembra possibile affermare che, nel sistema dei diritti sociali protetti dalla Carta, a quelli scaturenti dall'art. 38 Cost. *si aggiunge* il diritto a ricevere prestazioni assistenziali che rispondono a bisogni primari», a cui corrisponde un dovere del legislatore, il quale «è *tenuto* a predisporre interventi volti ad alleviare le situazioni di grave debolezza e vulnerabilità sul piano sociale ed economico in favore di *chiunque* ne sia colpito, qualora esse siano tali da mettere a rischio la dignità della persona e si rivelino insufficienti le prestazioni già esistenti» (corsivi dell'autrice)[92].

A fronte di un dovere costituzionale di intervento di cui si può affermare, come si è visto, la sussistenza, lo spazio di discrezionalità che si apre per il legislatore in vista del suo adempimento è molto ampio. Può, in quest'ottica, senz'altro reputarsi forma di adempimento di tale dovere, in funzione di completamento del sistema di interventi richiesti dalla Costituzione in vista del contrasto alla povertà, l'introduzione di misure di contrasto alla povertà riconducibili al *genus* del "reddito minimo", improntate alla logica dell'"universalismo selettivo" (destinate, cioè, solo ai poveri, ma a tutti i poveri), sebbene non si tratti dell'unico tipo di intervento prospettabile[93]. Si è affermato a tal

---

Cittadinanza, 3/2019, 262, il quale afferma che «se è vero, infatti, che la carta di soggiorno è un titolo di soggiorno permanente e che il venire meno dei requisiti dei redditi non ne comporta la revoca in occasione dell'aggiornamento periodico del documento, questa circostanza non toglie che nella generalità dei casi sia illogico subordinare il godimento di una prestazione assistenziale al peggioramento di una condizione economica, negandolo a coloro che erano o sono rimasti indigenti» e G. FONTANA, *Reddito minimo, disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro*, in *La cittadinanza europea*, 1/2019, 79, il quale afferma che «la sentenza sembra non considerare la manifesta irragionevolezza che deriva dal subordinare l'assegno sociale al possesso del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, posto che quest'ultimo viene concesso solo se si ha un reddito di importo pari all'assegno sociale stesso (euro 5.824,91)», aggiungendo che inoltre «pare veramente discutibile (ed anche un po' cinico) che l'assegno sociale non venga considerato alla stregua di una prestazione rivolta al soddisfacimento di bisogni basilari e primari della persona, visto che essa viene erogata in presenza di un'accertata mancanza di mezzi di sostentamento da parte di individui anziani, spesso soli e privi di sostegno familiare».

[92] C. SALAZAR, *'Reddito di cittadinanza', 'reddito minimo garantito' e Costituzione: notazioni sparse (e qualche perplessità)*, in *La cittadinanza europea*, 2/2019, 110.

[93] Così F. RAVELLI, *Il reddito minimo*, cit., 96, il quale afferma che «pur potendo essere considerato "costituzionalmente necessario", il reddito minimo non costituisce l'unica forma nella quale possono essere tutelate le persone prive di lavoro e dei mezzi di sussistenza, ben potendosi far ricorso ad altri strumenti quali, ad esempio, accesso gratuito a determinati servizi, buoni spesa, agevolazioni fiscali,

proposito, valorizzando la centralità dei significati ascrivibili al principio di eguaglianza sostanziale, che «la possibilità stessa di provare a costruire il proprio futuro, e di perseguire la strada del 'pieno sviluppo', indicata come obiettivo sfidante dal capoverso dell'art. 3, racchiude implicitamente, come una sorta di indispensabile presupposto, quella minima liberazione dal bisogno, che di fronte alla 'promessa tradita del lavoro', non può che realizzarsi nella forma di un'assistenza monetaria di base»[94].

Senza soffermarsi in questa sede sulle previsioni rilevanti in relazione al contrasto alla povertà collocate in atti riferibili, per così dire, al "sistema universale" di garanzia dei diritti umani di matrice ONU[95], se si volge lo squadro al "sistema europeo" di tutela dei diritti, accanto al rilievo che può riconoscersi ad atti che dispiegano per ragioni diverse una vincolatività limitata[96], si collocano previsioni la cui vincolatività è piena e che concorrono, nei termini che si diranno, a rafforzare, sul piano del diritto internazionale e sovranazionale, il fondamento giuridico del diritto ad un'esistenza dignitosa in quanto libera dalla povertà. Il riferimento è, in primo luogo, alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU). Nella giurisprudenza della Corte EDU, in mancanza di riferimenti specifici della CEDU al succitato diritto (e, in generale, a diritti sociali), ha trovato un certo spazio, per via giurisprudenziale, l'esigenza di proteggere le persone dagli effetti che una grave condizione di povertà può avere sull'esercizio di diritti civili e politici previsti dalla succitata Convenzione[97]. Passando a prendere in considerazione, invece,

---

social card e simili», aggiungendo, però, che «sulla base delle esperienze maturate le misure alternative qui sommariamente elencate appaiono soprattutto idonee a concorrere ad alleviare la situazione dei soggetti bisognosi, ponendosi più che altro come strumenti integrativi del reddito minimo, senza essere ad esso perfettamente fungibili».

[94] A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti*, cit., 83.

[95] È sufficiente qui limitarsi a richiamare l'art. 25, comma 1, della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, ai sensi del quale «ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia […]» e l'art. 11, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966, il quale sancisce il «diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario, ed un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita».

[96] Ci si riferisce all'art. 30 della Carta sociale europea del Consiglio d'Europa (adottata nel 1961 e riveduta nel 1996) dedicato al «diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale», che impegna gli Stati ad adottare misure operanti in diversi settori del sistema di welfare (lavoro, casa, assistenza, formazione ecc.) e l'art. 10, comma 2, della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (1989), il quale statuisce che «le persone escluse dal mercato del lavoro, o perché non hanno potuto accedervi o perché non hanno potuto reinserirvisi, e che sono prive di mezzi di sostentamento devono poter beneficiare di prestazioni e di risorse sufficienti adeguate alla loro situazione personale».

[97] Come notato da C. DRIGO, *La dimensione sociale dell'Unione Europea*, cit., 796, la quale afferma che «la Corte EDU appresta tutela contro gli effetti della povertà in termini di violazione di diritti umani fondamentali ricorrendo sia a disposizioni di carattere sostanziale, sia a disposizioni di carattere procedurale, sia alle norme antidiscriminazione della CEDU», notando come, sul primo versante, nell'ambito della CEDU, accanto agli artt. 2 sul diritto alla vita e 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare (nonché all'art. 1 del primo protocollo addizionale sulla protezione della proprietà), sia significativamente valorizzato l'art. 3 della CEDU sul divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti, in riferimento al quale «la Corte EDU è costante nel ribadire che la carenza di risorse economiche statali non può giustificare una violazione della Convenzione, riscontrando come "una situazione di seria deprivazione", un rilevante vulnus ai bisogni essenziali, nell'indifferenza delle autorità pubbliche, sia "incompatibile con la dignità umana"» (le citazioni sono tratte dalla sentenza della Corte EDU nel caso Budina v. Russia, 18 Giugno 2009, emessa in materia di pensioni e sussidi sociali, in cui

l'ordinamento dell'Unione europea, accanto a norme di principio e/o espressive di obiettivi politici dell'Unione enunciati dal Trattato sull'Unione europea (TUE) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[98], come è noto dotata dello stesso valore giuridico dei trattati, merita di essere richiamato, in modo particolare, l'art. 34 della succitata Carta, il quale statuisce che «al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali». È vero che l'inciso finale e la previsione generale di cui all'art. 51 della Carta, relativo al suo ambito di applicazione («le disposizioni della presente Carta si applicano […] esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»), rendono circoscritta e relativamente poco solida la base giuridica fornita dal diritto euro-unitario allo *ius existentiae*[99], tanto più in mancanza di atti attuativi (in particolare direttive) di disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che potrebbero introdurre veri e propri vincoli normativi per i legislatori degli Stati membri[100] e aprire così spazi anche per un sindacato di legittimità ad opera della Corte di giustizia dell'Unione europea[101], cosicché a livello euro-unitario gli sviluppi più

---

peraltro il ricorso è dichiarato inammissibile in quanto «*there is no indication in the materials before the Court that the level of pension and social benefits available to the applicant have been insufficient to protect her from damage to her physical or mental health or from a situation of degradation incompatible with human dignity*»). In generale, sui diritti sociali nel sistema CEDU, cfr. A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2013, 9 ss..

[98] Ci si riferisce agli artt. 2 TUE, che colloca la dignità umana tra i valori fondativi dell'U.E., al pari dell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui «la dignità umana è inviolabile» e «deve essere rispettata e tutelata», all'art. 3 TUE che, in maniera più specificamente ai temi qui oggetto di analisi, colloca tra gli obiettivi dell'UE anche la lotta contro l'esclusione sociale e le discriminazioni, la promozione della coesione economica, sociale e territoriale nonché la solidarietà tra gli Stati membri e l'art. 9 TFUE, ai sensi del quale «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

[99] Così P. MASALA, *Il coordinamento delle politiche di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale nell'ambito dell'Unione europea e i suoi limiti di efficacia alla luce del caso italiano*, in E. ROSSI-V. CASAMASSIMA (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova* governance*. L'impatto sull'ordinamento italiano*, Pisa, 2013, 225-226.

[100] Nella cornice delineata dall'art. 151 TFUE, ai sensi del quale, tra gli obiettivi dell'UE, vi sono «la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione», il riferimento è, in particolare, all'art. 153, par. 1, TFUE, il quale statuisce che l'UE «sostiene e completa l'azione degli Stati membri», tra l'altro, nei settori della «sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori», dell'«integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro» e della «lotta contro l'esclusione sociale», da leggersi in connessione con l'art. 153, par. 2, lett. b), ai sensi del quale, in riferimento ad alcuni dei settori di cui al paragrafo precedente, tra cui, per quel che qui maggiormente interessa, quello concernente l'«integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro», comma 2, lett. b), il Parlamento e il Consiglio «possono adottare […] *mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente*, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro» (corsivo mio).

[101] G. BRONZINI, *Il contrasto del rischio di esclusione sociale nel diritto europeo*, in M.G. GRECO (a cura di), *Contrasto alla povertà e rischio di esclusione sociale. Le misure di sostegno al reddito*, Torino, 2021, 33, nota a tal proposito che «l'attuale controllo della Corte di giustizia è limitato al profilo della non

rilevanti si sono registrati, nel corso del tempo, soprattutto al livello della produzione di atti di *soft law*[102]. Non si può però negare che i contenuti della sopracitata disposizione della Carta di Nizza e, in forme diverse, gli orientamenti espressi mediante strumenti di soft law concorrono a rafforzare, quanto meno sul piano delle dinamiche dei processi interpretativi, il fondamento giuridico interno (costituzionale) di un doveroso intervento a garanzia del diritto ad una vita dignitosa.

5. *Diritto ad una vita dignitosa e dovere di concorrere al progresso della società*

Se dunque sembra possibile reperire nell'ordinamento italiano, anche alla luce della giurisprudenza del giudice delle leggi, le basi costituzionali del diritto ad un'esistenza dignitosa (e cioè, almeno, al minimo vitale) e del corrispondente dovere di intervento a carico dei poteri pubblici, pur non mancando in dottrina punti di vista differenti[103], è necessario svolgere alcune considerazioni in relazione al *quomodo* della garanzia da apprestarsi a livello statale per un diritto di cui è indiscutibile l'afferenza al novero di quelli per cui bisogna determinare livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, co. 2), lett. m), Cost.. Risulta necessario, in altri termini, soffermarsi sui profili concernenti la conformazione delle misure di contrasto alla povertà, le quali, come si è visto, possono assumere i connotati di un "reddito minimo". Deve a tal proposito in particolare rilevarsi che la valenza da riconoscere alle istanze sottese all'affermazione del principio solidaristico (art. 2 Cost.), anche nella sua declinazione

---

discriminazione (diretta o anche indiretta), da parte di uno Stato, di soggetti che legittimamente lavorano sul loro territorio» e che attinente a profili di compatibilità con il principio di eguaglianza è altresì il controllo esercitato da corti nazionali su atti normativi interni, anche alla luce dell'art. 34 della Carta di Nizza.

[102] Si possono in proposito ricordare: la Raccomandazione del Consiglio 92/441/CEE, del 24 giugno 1992, in cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale (raccomandazione sul reddito minimo); la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa; la Proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali, sottoscritto dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione il 17 novembre 2017 a Göteborg (Svezia), il cui principio n. 14 sul «Reddito minimo» afferma che «chiunque non disponga di risorse sufficienti ha diritto a un adeguato reddito minimo che garantisca una vita dignitosa in tutte le fasi della vita e l'accesso a beni e servizi. Per chi può lavorare, il reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro»; la Risoluzione del Parlamento europeo del 24 ottobre 2017 sul reddito minimo come strumento per combattere la povertà; la Raccomandazione del Consiglio del 30 gennaio 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva; la Risoluzione del Parlamento del 15 marzo 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva contiene. Non sottovalutabile è inoltre l'istituzione, ad opera del Regolamento (UE) n. 223/2014 del Parlamento e del Consiglio, del Fondo di aiuti europei agli indigenti (FEAD), finalizzato a sostenere finanziariamente iniziative degli Stati membri miranti a fornire assistenza materiale agli indigenti, insieme a misure di inclusione sociale.

[103] Cfr., tra gli altri, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 443, il quale ritiene che da una lettura degli artt. 36 e 38 Cost. alla luce delle norme costituzionali di principio e, in particolare, dei principi desumibili dall'art. 3, co. 2, Cost., non possa derivare un obbligo costituzionale ad integrare le misure categoriali, radicate nella lettera di specifici disposti costituzionali, con una misura universalistica di contrasto alla povertà, ma afferma che «dall'art. 3.2 si può al più desumere una abilitazione costituzionale al legislatore ad operare una di queste scelte – indicando, ex art. 81.4 Cost., i mezzi con cui farvi fronte […]».

lavoristica (art. 4, co. 2, Cost.), esige la partecipazione attiva di tutti, comprese le persone in condizione di povertà, alla costruzione del tipo di società prefigurato dai principi fondamentali della Costituzione, una partecipazione che, peraltro, mentre si configura senz'altro come un dovere, costituisce al contempo anche, come è noto, uno degli obiettivi a cui deve rivolgersi l'impegno della Repubblica ai sensi dell'art. 3, co. 2, Cost.. Quanto appena affermato ha delle implicazioni in ordine alla conformazione delle misure da introdurre.

L'art. 4, co. 2, Cost., nel sancire il dovere per ciascun cittadino di «svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società», induce a ritenere costituzionalmente necessario conformare le misure di contrasto alla povertà in maniera tale che prevedano il concorso attivo dei destinatari delle stesse al raggiungimento dei loro obiettivi (cioè del fine, in ultima analisi, di un'effettiva inclusione sociale, in vista del pieno sviluppo della persona umana e dell'effettiva partecipazione all'organizzazione del Paese, concorrendo doverosamente al suo progresso materiale o spirituale)[104]. La logica entro cui ci si deve muovere non può essere però quella propria del *workfare*, in base alla quale l'accesso ad una misura di supporto, e, in particolare, ad una misura di contrasto alla povertà, si configura come rigidamente subordinata all'adempimento dell'obbligo di accettare, secondo la versione più estrema di tale approccio, qualsiasi offerta di lavoro sia presentata al beneficiario (e all'adempimento di eventuali altri obblighi di "attivazione"). In quest'ottica, il lavoro finirebbe infatti per smarrire il ruolo, che per lo stesso disegna la Costituzione, di strumento di emancipazione sociale e di partecipazione attiva alla vita del Paese, per essere ridotto al suo puro valore di mercato, con i connotati di una merce da mettere a disposizione di chi la richieda, ottenendosi, in cambio della disponibilità a rispondere alle esigenze del mercato, la contropartita di un sussidio.

Non si deve, d'altra parte, dimenticare che l'art. 4, co. 2, Cost. colloca il lavoro nell'ambito della più ampia sfera delle attività umane latamente considerate (di «attività», oltre che di «funzione», parla del resto la disposizione in esame)[105], in quanto tale libera da ancoraggi ad una logica puramente economicistica, dal momento che «il termine attività umana rimanda a tutto lo spettro della vita, ben oltre le funzioni

[104] F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, 308, afferma che «un'interpretazione dell'art. 4, comma 2 in combinato disposto con gli artt. 1, 2 e 3, comma 2 Cost. […] conduce a ritenere che svolgere un'attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società significa adempiere un dovere di solidarietà e, insieme, contribuire alla costruzione di una società che assicuri la piena partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economica e sociale del paese».

[105] Una distinzione tra l'insieme dei lavoratori strettamente considerati e quello, più ampio, dei cittadini, chiamati, ai sensi dell'art. 4, co. 2, Cost., a «svolgere […] un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» è operata, tra gli altri, da G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 1/2009, in partic., 25 ss. e, pur nell'ambito di un'impostazione complessivamente differente in ordine al significato del principio lavoristico e soprattutto con il fine di negare un ruolo di primazia costituzionale al lavoro subordinato rispetto ad altre forme di lavoro, G. DI GASPARE, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Diritto pubblico*, 3/2008, 873, il quale afferma che «l'art. 4, co. 2, contenendo una definizione di attività socialmente utile, come dovere civico, più ampia di quella di lavoro, appare, proprio per questa ragione, in grado di ricomprendere qualsiasi formulazione, che dello stesso si voglia dare, al suo interno».

meramente economiciste»[106]. Una riconformazione del lavoro nei termini richiesti dall'impostazione workfaristica sopra richiamata risulterebbe, perciò, in quanto espressiva di un'idea di intervento pubblico finalizzato al "governo dei poveri" piuttosto che al contrasto alla povertà[107], in contraddizione con l'idea, permeata di istanze personalistiche, di un lavoro concepito come cardine di un modello sociale in cui la persona è «considerata alla luce di quel principio non bilanciabile che è la dignità sociale»[108]. Quest'ultima, come già precedentemente ricordato, contribuisce a ridisegnare il volto stesso dell'eguaglianza, tanto formale quanto sostanziale, consentendo di superarne uno permeato dell'idea della sufficienza di una parità purchessia in ordine alla possibilità di esercitare di fatto i diritti formalmente attribuiti per delinearne invece uno attento anche al "come dell'eguaglianza"[109]. Con la conseguenza che, per quel che concerne le misure di contrasto alla povertà, il legislatore dovrebbe «assumere rimedi allo stato di indigenza che non contemplino condizioni stringenti od umilianti», dal momento che «il cittadino in difficoltà non dovrebbe trovarsi nell'esigenza di accettare condizioni di accesso al "beneficio" non rispettose delle sue concezioni di vita, delle sue attitudini, della sua formazione»[110].

È vero, infatti, che «la scelta di costruire il lavoro anche come dovere si giustifica innanzitutto sull'assunto della sua centralità etica»[111] e che, nella Costituzione, «elemento trainante dei diritti, il lavoro è anche il veicolo della responsabilità sociale del soggetto», configurandosi come «il punto di equilibrio fra soggettività e socialità,

---

[106] L. NOGLER, *Dal «principio lavorista» al diritto costituzionale sull'attività umana: primo abbozzo*, in M. DELLA MORTE-F.R. DE MARTINO-L. RONCHETTI (a cura di), *L'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, Bologna, 2020, 177.

[107] R. CICCARELLI, *L'odio dei poveri*, Milano, 2023, 83, a proposito del *workfare*, afferma che esso «è un dispositivo politico-sociale che gestisce un'offerta di manodopera per i posti di lavoro nelle fasce più basse del mercato del lavoro», con il compito di «frenare la crescita delle retribuzioni e contenere la mobilità sociale generale già compromessa dalle condizioni imposte dal mercato», potendosi affermare che «le sue politiche non servono a eliminare la povertà, ma a governare la vita dei poveri attraverso la loro cooperazione forzata ottenuta tramite un regime del ricatto nella divisione sociale e razziale del lavoro e della disoccupazione».

[108] C. BUZZACCHI, *Il lavoro*, cit., 15.

[109] Così R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, cit., 126, la quale, a proposito degli effetti della previsione della «pari dignità sociale» sui connotati dell'eguaglianza, afferma che tale riferimento, collocato all'inizio dell'art. 3 Cost. esige «non […] eguaglianza nel senso della sola paritaria possibilità di fatto (*eguaglianza sostanziale*, *ex* art. 3, co. 2, Cost.) di esercitare quei diritti formalmente proclamati eguali, per tutti, davanti alla legge (*eguaglianza formale*, *ex* art. 3, co. 1, Cost.), ma anche nel senso di esercitarli da una situazione di dignità eguale a quella goduta dagli altri membri della comunità, da cui consegua, cioè, la medesima considerazione relazionale (*pari dignità sociale*, *ex* art. 3, co. 1, Cost.): possibilità, alfine, pari e parimenti dignitose (*pari dignità nella pari eguaglianza*, *ex* art. 3 Cost., complessivamente inteso)» (corsivi dell'autrice).

[110] R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, cit., 127.

[111] F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali*, cit., 303-304, la quale afferma a tal proposito che «il lavoro è l'espressione primaria della partecipazione del singolo al vincolo sociale ed è attraverso il lavoro che ciascuno restituisce alla società, in termini di progresso generale, ciò che da essa ha ricevuto e riceve in termini di diritti e di servizi, contribuendo a costruire e rinsaldare il comune vincolo sociale». Cfr. altresì A. APOSTOLI, *Considerare il lavoro come diritto*, cit., 19, la quale nota che «il dovere di lavorare, in quanto espressamente connesso alla solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Costituzione, è dunque da considerarsi un dovere costituzionale dotato di un fondamento etico o, quantomeno, attinente alla "virtù civica"».

fra libertà e responsabilità, fra diritti e doveri»[112]. Si deve tenere presente, però, il fatto che, nell'ottica dell'art. 1 Cost. (e, in generale, del principio lavorista), in contrapposizione a quella del lavoratore si pone la figura del *rentier*, di colui che, cioè, vive esclusivamente della rendita prodotta dalla ricchezza detenuta, non quella di chiunque lavoratore *stricto sensu* non sia (e sia magari anche povero)[113]. Il secondo comma dell'art. 4, peraltro, delineando i tratti distintivi del dovere ivi previsto, richiama anche le «possibilità» e la «scelta» (cioè la libertà) di ciascuna persona e si riferisce, come già accennato, non (soltanto) ad attività coincidenti con il lavoro in senso stretto, ma, in sostanza, «all'impegno del polítēs per le sorti della politéia, non in termini di rapporto sinallagmatico, di necessaria corrispettività tra prestazione e controprestazione, per cui a un fare o un dare deve corrispondere necessariamente un avere», dal momento che «il concorso al progresso della società può ben realizzarsi […] attraverso lo svolgimento di un'attività o una prestazione che non si traduca, necessariamente, in rapporto lavorativo»[114], comprese per esempio le attività di volontariato o quelle svolte nell'ambito del servizio civile[115].

Non può peraltro venire mai meno la consapevolezza della necessità di considerare la prospettiva doveristica in armonia con quella personalistico-promozionale, come richiesto da una lettura dell'art. 2 Cost. (a cui l'art. 4, co. 2, si correla), che non ponga la solidarietà in contrapposizione alle istanze personalistiche,

---

[112] P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro*, cit., 30. Analogamente, A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Torino, 2007, 27, afferma che nel testo costituzionale italiano «il lavoro è considerato non come una qualsiasi attività dell'uomo ma come strumento di realizzazione della personalità e di adempimento del dovere di solidarietà». Sul lavoro nella Costituzione, come diritto e come dovere, si veda M. CAVINO, *Non ossimoro, ma endiadi: il diritto-dovere al lavoro*, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli, 2019, 181 ss.

[113] Così A. LASSANDARI, *Democrazia, antifascismo, lavoro*, *La Costituzione, 70 anni dopo*, a cura di C. Smuraglia, Roma, 2019, 46, il quale, dopo aver ricordato che, secondo l'opinione prevalente, il lavoro di cui all'art. 1 Cost. è il lavoro di tutti (e dunque ogni genere di lavoro) e, altresì, che la Repubblica, all'art. 4, co. 2, sancisce il dovere di concorre «al progresso materiale e spirituale della società», afferma: «Con chi si polemizza in tal modo? Qual è il modello economico – e la figura sociale – censurato, presentato come radicalmente contrario al testo costituzionale? Si tratta del modello della rendita: sulla quale peraltro si erano basate pressoché tutte le società nei secoli precedenti. E cosa significa mettere al centro il lavoro e non la rendita? Questo evidenzia l'intenzione di permettere alle persone, con il proprio lavoro – chi in veste di imprenditore, chi di lavoratore subordinato o autonomo – di incidere sulla società e modificarla». Cfr., però, sul punto, M. CAVINO, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste, 2019, 24, il quale afferma che devono includersi tra i lavoratori anche i *rentier*, dal momento che – rileva – «l'immagine orwelliana del capitalista col cilindro, l'idea per cui il godimento della rendita del capitale possa prescindere da qualsivoglia organizzazione e attività, non corrisponde alla realtà delle cose». Non è possibile che la rendita del capitale si esaurisca nel mero consumo da parte del rentier, senza la produzione di effetti economici ulteriori, che ben possono, e quindi devono, essere orientati al progresso materiale e spirituale della società».

[114] M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale: Appunti per una lezione*, in *Revista juridica de los Derechos Sociales*, 2/2013, 17. Si veda anche M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà*, cit., 411-412, ove si afferma che «il secondo comma riferisce la doverosità allo svolgimento, "secondo le proprie *possibilità* e la propria *scelta*" di "una *attività* o una *funzione*" – non dunque, necessariamente, di una prestazione lavorativa – che *concorra* al *progresso materiale o spirituale della società*», costituendo semmai il fondamento di quel principio di sussidiarietà orizzontale poi formalizzato nell'art. 118, ultimo comma, Cost.» (corsivi dell'autore).

[115] Come rilevato da C. SALAZAR, *'Reddito di cittadinanza'*, cit., 112.

evidenziandone, invece, appunto il nesso di reciproca integrazione[116], insieme alla stretta interrelazione, magistralmente delineata dall'art. 3 Cost., delle succitate istanze con la dimensione socio-economica entro cui si collocano le concrete condizioni di ciascuna persona. Ne deriva, aprendosi così una finestra sulle virtualità normative dell'art. 3, comma 2, Cost., che le misure di contrasto alla povertà devono, in relazione ai loro destinatari, a realizzare un compito della Repubblica che – si è detto – l'art. 3, comma 2, non vuole limitato al perseguimento del (mero) obiettivo dell'eguaglianza delle opportunità, per non rischiare di confondere i mezzi (la rimozione degli ostacoli) con i fini (il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione all'organizzazione del Paese[117].

Per conseguire tali fini si richiede infatti qualcosa di più di un intervento che distribuisce risorse, disinteressandosi della loro effettiva adeguatezza a favorire percorsi di effettiva emancipazione dei loro destinatari da una condizione di svantaggio. In vista del loro conseguimento risulta dunque necessaria un'azione mirante alla «promozione sociale», cioè a porre concretamente tutti (compresi, per quel che qui interessa, i poveri) in condizione di mettere a frutto le proprie potenzialità. Accontentarsi di interventi nei fatti inadeguati a favorire il raggiungimento delle finalità indicate dal secondo comma dell'art. 3 Cost. (per quanto senza garantire "i risultati") significa fare propria un'idea asfittica dell'eguaglianza sostanziale, che finisce per sacrificare la dimensione sociale, e quindi relazionale, della stessa dignità della persona, valorizzata appunto dalla logica della promozione sociale[118], non considerando che un intervento orientato ad assicurare una (mera) eguaglianza delle opportunità (o, come anche si dice, "dei punti di partenza"), che lasci poi alla dinamica dei "meriti" individuali la produzione di effetti di "mobilità sociale" (verso l'alto o verso il basso), può restare (come in realtà spesso, per esempio nel nostro Paese, resta) incapace di scalfire gerarchie socio-economiche consolidate, che si trasmettono da una generazione all'altra (o, al massimo, di modificare semplicemente i connotati del principio gerarchico), cosicché lo stesso riferimento al "merito" e alla "meritocrazia" rischia in concreto di operare come «una

[116] F. PIZZOLATO, *I doveri*, in M. BENVENUTI-R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. I diritti e i doveri costituzionali*, Volume III, Torino, 2022, 407, evidenzia tale correlazione, in maniera particolarmente significativa dal punto di vista del presente lavoro, affermando che «la figura archetipica del rapporto libertà-solidarietà nella Costituzione diviene il lavoro, fondamento della Repubblica democratica», a proposito del quale nota che «il lavoro è la sintesi di un'accezione della libertà che si svolge nella partecipazione a un compito cooperativo che traccia lo spazio della realizzazione della personalità dentro un orizzonte di corresponsabilità». Si veda, analogamente, A. APOSTOLI, *Considerare il lavoro come diritto*, cit., 12, secondo cui «è proprio nel lavoro che si radica gran parte del principio personalista, con riferimento all'aspetto "dinamico" del libero sviluppo della personalità, tanto è vero che esso è qualificato nei termini di «fondamentale diritto di libertà della persona umana»; ed è sempre nel lavoro che si ritrova altresì lo strumento principale, tra quelli approntati dalla Costituzione repubblicana, per garantire il concorso di ciascuno al progresso materiale e spirituale della società in ossequio al principio solidaristico».

[117] Così Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 350-351.

[118] Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 356 e 358, afferma, rispettivamente, che «la dignità umana tende ad esprimere le proprie potenzialità soprattutto in una prospettiva relazionale», essendo «in effetti, evocata nei contesti in cui l'individuo instaura rapporti con gli altri consociati, proiettando così la propria personalità oltre i confini della propria sfera interiore» e che «la promozione sociale è una forma di realizzazione della dignità» o, detto in altri termini, «la mancata promozione sociale, pur in presenza dei presupposti, è una mortificazione della dignità».

forma di legittimazione etica della diseguaglianza»[119]. Il rischio è, se non si riconosce il dovuto rilievo alla promozione sociale (o, potremmo anche a dire, all'effettivo perseguimento delle finalità di cui all'art. 3, comma 2, Cost.), di frenare la mobilità sociale o di alimentarne una tale da presupporre, data l'esigenza di tenere unito il corpo sociale, un'idea di coesione sociale che ritenga accettabili differenze che, alla luce dei principi costituzionali, non possono reputarsi "giuste"[120].

Tornando a soffermarsi specificamente sulla conformazione delle misure di contrasto alla povertà, da quanto si è terminato di notare deriva non solo un chiaro orientamento nel senso del rigetto di prospettive workfaristiche o, comunque, basate su concezioni restrittive del lavoro e del dovere di cui al secondo comma dell'art. 4 Cost., ma la necessità di evidenziare un fondamento (anche) di impronta personalistica per l'opzione favorevole a misure che non si risolvano in mere erogazioni monetarie, le quali, se appunto non affiancate da ulteriori interventi, non risultano né coerenti con l'articolato contenuto normativo dei principi costituzionali, né particolarmente efficaci[121]. Come è stato infatti rilevato, piuttosto che di limitarsi ad «assistere» le persone (comprese quelle in condizione di povertà), «il compito principale di ogni istituzione pubblica è […] quello di realizzare uno stimolo assicurando le condizioni affinché ogni persona possa sviluppare al meglio le proprie capacità»[122] o, detto in termini costituzionali, possa "svilupparsi pienamente"[123]. È dunque in quest'ottica che

[119] T. GROPPI, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Bari-Roma, 2021, 61.

[120] Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 34, delineando un volto della coesione sociale che si alimenta delle virtualità normative dell'art. 3, comma 2, Cost., espressivo del valore costituzionale della promozione sociale, afferma che «se è vero che un sistema ad alto tasso di mobilità premia coloro che migliorano le proprie condizioni di partenza, è altrettanto vero che la caduta verso il basso può assumere dimensioni ragguardevoli, interessando un numero significativo di individui», cosicché «è proprio la coesione sociale […] ad agire quale correttivo e, nel contempo, quale garanzia di equilibrio dell'ascensore sociale», potendosi affermare che «senza la coesione sociale, questo ascensore si muoverebbe in modo scomposto, con brusche accelerazioni, finendo coll'accentuare oltre misura il divario tra chi ha successo e chi, per diverse ragioni (anche per demeriti personali) fallisce nella "gara della vita"». Cfr. anche T. GROPPI, *Oltre le gerarchie*, cit., 64-65, la quale, facendo per certi versi un ulteriore passo avanti, afferma che l'unica concezione di mobilità sociale compatibile con la nostra Costituzione è quella che, depurata da ogni concezione gerarchica e meritocratica, sta ad indicare il diritto di ciascuna persona, in un contesto relazionale, al pieno sviluppo della sua personalità e alla partecipazione, su un piano di parità, all'adozione delle decisioni politiche», cioè – aggiunge – «una concezione che apre la strada alla ricerca di nuove rappresentazioni,, che vadano oltre le costruzioni ideologiche offerte dalle metafore verticali», concludendo con un invito a depurare «il nostro lessico da ascensori, paracaduti e finanche dalle vecchie e tradizionali scale».

[121] Così M. BEZZE, *Povertà e poveri*, cit., 20, la quale afferma in proposito che «l'aiuto in denaro è un modo di combattere la povertà che non entra nel merito delle condizioni esistenziali delle persone, riceventi aiuti ma senza diritto di uscire in modo definitivo dalla loro condizione», potendosi affermare che «i "trasferimenti" vengono considerati l'unica medicina per diversi bisogni, come se diverse malattie potessero essere trattate con lo stesso farmaco, con l'effetto che usare un unico farmaco per tante malattie ha contribuito alla dipendenza da aiuti che da momentanei diventano cronici».

[122] E. LONGO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 3/2017, 222, secondo cui dunque «il recupero della dimensione personale dei diritti attraverso la logica delle "capacità" consente di coniugare la generalità delle libertà ed il particolarismo dell'eguaglianza come garanzia del superamento di limitazioni di fatto alla partecipazione democratica».

[123] Come rilevato da B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 121, quella del «pieno sviluppo della persona umana» si configura come «una clausola attraverso cui la Costituzione *richiama, rimette in circolo, e chiede di utilizzare i dati della*

deve correttamente leggersi la previsione di forme di coinvolgimento attivo dei destinatari di interventi di contrasto alla povertà (in necessaria correlazione con altri interventi e misure costitutivi del sistema di welfare). Alla luce di ciò, in rapporto alla struttura delle misure di contrasto alla povertà, il ruolo della "condizionalità", quale approccio/principio che richiede che la fruizione di una misura di sostegno sia condizionata all'adempimento di obblighi, deve essere attentamente considerato.

Un approccio costituzionalmente orientato alla definizione delle caratteristiche di tali misure, finalizzate a concorrere alla garanzia dei presupposti di una vita dignitosa, richiede senz'altro che siano valorizzate le istanze solidaristico-lavoristiche di cui al combinato disposto degli artt. 2 e 4, co. 2, Cost., il che induce a guardare con sfavore all'introduzione di misure che si risolvano, puramente e semplicemente, in un'erogazione monetaria. È stata in proposito sostenuta, con argomenti certamente non sottovalutabili, la tesi dell'incompatibilità con la Costituzione di erogazioni non corredate della previsione di obblighi di attivazione[124]. Bisogna, però, notare, alla luce della sopra evidenziata rilevanza delle istanze personalistiche, la problematicità di una conclusione di questo tipo, soprattutto se l'adempimento dei succitati obblighi si configurasse in sostanza come la "contropartita" di una prestazione che rischierebbe di perdere di vista la complessità (e gravità) del bisogno per rispondere invece alla logica sinallagmatica dello "scambio" orientato da un implicito riferimento al "merito" (e alla povertà come "demerito").

La tutela del diritto inviolabile ad essere liberati da situazioni di bisogno (economico) estremo, lesive della dignità umana, non pare infatti rigidamente subordinabile, con riguardo a tutti i destinatari di un intervento, a vere e proprie "condizioni", il cui mancato adempimento possa mettere a rischio la garanzia del "minimo vitale", da assicurare, invece, indefettibilmente. Nell'evidenziare l'esigenza di corredare l'erogazione monetaria con la previsione di un concorso del beneficiario al conseguimento delle finalità della misura, aderendosi ad «una visione attiva della solidarietà, basata su un "dare e avere reciproco", in cui diritti e doveri traggono alimento gli uni dagli altri», è stato rilevato che tale concorso «non deve essere una controprestazione *tout court*», dato che esso, così configurato, «sarebbe probabilmente fuori dalla logica del reddito minimo», ma deve atteggiarsi come qualcosa che «può dare il senso di un'eguaglianza che non viene semplicemente 'attesa dall'alto' ma fatta propria attraverso un percorso di solidarietà sociale: un lavoro d'impegno civile, ovvero "un lavoro di cittadinanza, suscettibile di sostanziare quello sforzo permanente di

singola esperienza umana, di *ogni* singola esperienza umana; è in definitiva una clausola il cui svolgimento spetta ad ognuno sulla base della sua irripetibile esperienza».

[124] F. POLACCHINI, *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, in *federalismi.it*, 5/2019, 23-24. Cfr., nello stesso senso, anche F. SCUTO, *"Reddito minimo", contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra Pilastro europeo dei diritti sociali ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 4/2018, 147 ss. e ID, *Reddito minimo e politiche attive del lavoro: un nodo costituzionale, tra incerte riforme nazionali, PNRR e Pilastro europeo dei diritti sociali*, in L. CASSETTI-F. FABRIZZI-A. MORRONE-F. SAVASTANO-A. STERPA (a cura di), *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Vol. II, Napoli, 2024, 1665 ss.

emancipazione e di socializzazione di tutti i consociati a cui ci richiama la Costituzione italiana e, dunque, di atteggiarsi a strumento repubblicano par excellence"»[125].

In questa prospettiva, quella cioè di una lotta alla povertà non connotata in senso assistenzialistico bensì promozionale ed emancipativo, le misure di contrasto che prevedono forme di sostegno al reddito, mentre non possono esaurirsi in mere erogazioni monetarie, devono altresì essere strutturate in maniera tale da tenere conto delle peculiarità delle diverse situazioni oggettive e soggettive (di natura socio-economica, personale, familiare, professionale ecc.) in cui possono versare i loro potenziali beneficiari. Ciò significa che la disciplina delle stesse non dovrebbe poter includere la previsione di obblighi stringenti, in grado di porre in secondo piano le finalità promozionali degli interventi, sacrificate sull'altare di una concezione, stigmatizzata tra gli altri da Bauman[126], puramente "mercantile" del lavoro e di un'idea della povertà come "colpa" da cui emendarsi rispondendo senza indugio a qualunque genere di proposta di lavoro, oltre che sull'altare del contenimento della spesa pubblica[127]. Se si valorizzano i vincoli solidaristici operanti bidirezionalmente tra individuo e collettività, il destinatario di una misura di contrasto alla povertà «può essere positivamente stimolato da elementi di condizionalità finalizzati prioritariamente alla sua inclusione sociale e alla sua autodeterminazione che può raggiungere attraverso la propria attività», ma nella consapevolezza che «tale condizionalità conserva la sua conformità ai valori costituzionali nella misura in cui non degeneri in una forzatura che di fatto obblighi il beneficiario ad una prestazione lavorativa in cambio del sostegno economico ricevuto», considerato anche che, come già ricordato, il dovere di cui all'art. 4, co. 2, Cost. «non si traduce necessariamente in una prestazione lavorativa, ben potendo concretizzarsi in attività di tipo spirituale, intellettuale, o in una funzione, ma comunque "secondo le proprie possibilità e la propria scelta"»[128]. È stato del resto condivisibilmente affermata la necessità di un'«emancipazione dell'attività umana dalla sfera strettamente economica del mercato», la quale «esigerebbe la sostituzione dell'etica del lavoro, concepita in funzione di quest'ultimo, con un'etica

[125] A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti*, cit., 84-85.

[126] Z. BAUMAN, *Le nuove povertà*, Roma, 2018, 165, il quale afferma che «nella retorica oggi in voga, solo in quanto merce, il lavoro può rivendicare il diritto di accesso a mezzi di sopravvivenza egualmente mercificati».

[127] P. BIANCHI, *Contrasto alla povertà e reddito di cittadinanza: spunti critici*, in E. INNOCENTI-E. ROSSI-E. VIVALDI, *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, Bologna, 2019, 118, nota che le tendenze workfaristiche che spesso ispirano la struttura delle misure di contrasto alla povertà fanno emergere la forza di un approccio moralistico, «che intende chiaramente colpevolizzare l'inoccupato per la situazione in cui si trova», a cui si associa l'intento di ridurre il costo degli interventi.

[128] F. NUGNES, *Le misure di sostegno al reddito tra vecchie e nuove povertà*, in *Jus-online*, 4/2021, 267-268. Cfr. anche A. SOMMA, *Contrasto alla povertà e politiche attive del lavoro: reddito di cittadinanza, reddito minimo garantito e regime delle condizionalità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2019, 450-451, secondo cui, se si tiene presente la *ratio* dell'art. 4, co. 2, Cost., che richiede che si tenga contro delle «possibilità» e della «scelta» di coloro che sono chiamati ad adempiere il previsto dovere (senza trascurare la necessaria sufficienza ai fini di «un'esistenza libera e dignitosa» che la retribuzione di qualunque lavoro deve assicurare), può riscontrarsi una «frizione con il regime delle condizionalità affiancato al reddito minimo garantito, che spinge i disoccupati nel lavoro trascurando le loro inclinazioni e la loro scelta, e che soprattutto alimenta il processo di svalutazione del lavoro per cui esso sempre meno consente di accedere a una vita dignitosa».

dell'operosità»[129]. In un certo senso, possono reputarsi non distoniche rispetto all'etica dell'operosità (e quindi anche con il principio lavorista letto all'interno della trama dei diversi principi costituzionali) alcune teorizzazioni dell'idea di un reddito di base fondata sul presupposto di un'ampia produzione di valore (anche economico) da parte di tutti, attraverso l'attività svolta, in particolare (sebbene non solo) attraverso Internet, la quale risulta, come è noto, variamente produttiva appunto di ingenti risorse finanziarie evidentemente non redistribuite equamente, tenendo conto cioè del contributo di ciascuno alla creazione di ricchezza collettiva[130].

Gli interventi di contrasto alla povertà devono, alla luce di ciò, senz'altro essere orientati a valorizzare le capacità e stimolare l'operosità dei destinatari degli stessi, così che questi ultimi possano prendere responsabilmente parte attiva a processi finalizzati a promuoverne l'inclusione lavorativa e sociale. È necessario però che si tratti di processi strutturati in maniera tale da consentire che persone e famiglie in difficoltà economica (e molto frequentemente portatrici di ulteriori fragilità) siano adeguatamente sostenute nel loro cammino, spesso molto arduo, di costruzione (o ricostruzione) di progetti di vita, non solo lavorativa. In quest'ottica, se risultano incoerenti con lo spirito dei principi costituzionali (oltre che in concreto scarsamente efficaci) interventi improntati ad una logica assistenzialistica (mere erogazioni monetarie che aiutano magari ad evitare che la propria barca affondi, senza aiutare invece a farle prendere/riprendere il largo), lo risultano, per altro verso, anche misure che conferiscano all'inclusione lavorativa le sembianze dell'assoluta (o comunque amplissima) disponibilità a svolgere qualunque tipo di occupazione[131].

---

[129] Z. BAUMAN, *Le nuove povertà*, cit., 177, afferma che «l'"istinto di operosità" (diversamente dall'etica del lavoro, che è un'invenzione moderna) è una predisposizione naturale della nostra specie» e, a proposito degli esseri umani, che «credere che, se non incentivati dal denaro, preferirebbero restare oziosi lasciando inaridire la loro immaginazione, significherebbe avere una bassa considerazione della natura umana».

[130] Cfr. sul punto G. BRONZINI, *Il contrasto del rischio di esclusione sociale nel diritto europeo*, cit., 51, il quale afferma che «occorre l'introduzione di un diritto fondamentale capace di proteggere le persone, senza bloccare l'innovazione e sperimentazione sociale: quello *ius vitae* che oggi può essere concepito come quella misura universale che riconosce istituzionalmente – con la forza di un *fundamental right* riassuntivo della nuova "condizione umana" – che la nuova fonte primaria della ricchezza è divenuta la stessa cooperazione sociale ed i suoi frutti più avanzati, quella produzione illimitata e ricorsiva di informazioni che costituisce il "nuovo pane da spartire"». Si veda su questi temi, più ampiamente, M. BASCETTA-G. BRONZINI, *Il reddito universale nella crisi della società del lavoro*, in M. BASCETTA-G. BRONZINI-A. CAILLÉ-A. FUMAGALLI-C. OFFE-D. PURDY-P. VAN PARIJS, *La democrazia del reddito universale*, Roma, 2023, 7 ss.. E. MORLICCHIO, *Il lavoro come maledizione e come salvezza*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2023, 37, problematizza la prospettiva del reddito di base, pur considerata interessante e in ogni caso da discutere, affermando che «il reddito di base universale, pur avendo una portata innovativa, resta ancorato ad una concezione atomistica dell'individuo, che può corrispondere effettivamente al desiderio di cercare sempre nuovi modi di soddisfare le proprie inclinazioni e di realizzare sé stessi, ma da solo non può sostituire il potere di emancipazione del lavoro, anche nelle condizioni presenti», dal momento che «slegato da un intervento sulle condizioni di lavoro e sulla sua remunerazione il reddito di base può dar vita ad un adattamento dell'individuo a un'aleatorietà indesiderata delle condizioni della propria esistenza (l'"individuo per difetto" di Castel57) togliendo spazio alla formazione di quelle solidarietà di classe e collettive che avevano caratterizzato la storia della modernità fino ad ora e grazie alle quali si era dato vita a nuove forme di protezione sociale».

[131] Cfr. R. FATTIBENE, *Le misure contro le povertà tra diritto internazionale e ordinamento interno*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1/2023, 557-558, la quale afferma che «l'attivazione lavorativa, con il suo seguito di condizionalità, in assenza (o in pochezza) d'investimenti sociali che ne

D'altra parte, le persone in condizione di povertà non possono essere assimilate a (meri) disoccupati che poveri non siano e per i quali, dunque, l'operare di forme di condizionalità in relazione alla fruizione di misure di sostegno al reddito non mette a rischio il diritto al minimo vitale[132]. Nell'ambito della stessa galassia dei poveri è, inoltre, riscontrabile uno spettro molto vasto di situazioni: si passa dai *working poors* che possono necessitare di una mera (più o meno consistente) integrazione del reddito da lavoro e da persone che hanno perso da poco l'occupazione e possono essere presumibilmente reinserite nel mondo del lavoro senza eccessive difficoltà a persone che, pur non "inabili al lavoro" per ragioni psico-fisiche (o anagrafiche), versano spesso in una condizione, oltre che di grave disagio economico, di vera e propria esclusione sociale, sino al limite costituito da persone che vivono in situazioni di disagio estremo (pensiamo ai "senza dimora" e ai "senza fissa dimora")[133]. Mentre per coloro che corrispondono alle prime tipologie di soggetti in condizione di povertà sopra richiamate possono risultare, se non troppo sbilanciate in senso workfaristico, accettabili (e di una certa efficacia, soprattutto in contesti socio-economici ricchi di buone opportunità lavorative e in presenza di efficienti servizi per l'impiego) interventi incentrati sulla preminenza del reinserimento lavorativo e inclusivi della previsione di connessi obblighi, diverso è il discorso che deve farsi in relazione a persone (e famiglie) le cui condizioni di disagio economico (e spesso di marginalità sociale) rendono interventi di questo tipo, oltre che di discutibile compatibilità con i principi personalista e della pari dignità sociale, prevedibilmente di scarsa efficacia[134].

---

siano di supporto e integrazione, rischia di svilirsi facilmente in un sistema di trasformazione dell'inoccupato/disoccupato in un individuo passivamente disponibile ad ogni *occupazione*, in quanto attivamente responsabile della propria *occupabilità*».

[132] F. RAVELLI, *Il reddito minimo*, cit., 146, pone in evidenza la differenza tra gli "ammortizzatori sociali" a cui lavoratori possano accedere in vista della garanzia di «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita», ai sensi dell'art. 38, co. 2, Cost., in relazione ai quali il principio di condizionalità potrebbe ricevere un'applicazione più intensa, e le prestazioni finalizzate a garantire i «mezzi necessari per vivere», ai sensi dell'art. 38, co. 1, Cost., in riferimento alle quali «il principio di condizionalità può ricevere un'applicazione attenuata, in modo che il dovere di essere "attivo" possa essere ottemperato anche svolgendo attività diverse dal lavoro remunerato e che pure trovino riconoscimento e tutela ai sensi dell'art. 4, comma 2, Cost.».

[133] Cfr. in questo senso M. D'ONGHIA, *Reddito di cittadinanza e reddito di emergenza (prima, durante e dopo la pandemia)*, in M.G. GRECO (a cura di), *Contrasto alla povertà e rischio di esclusione sociale*, cit., 243-144, secondo la quale «risulta […] necessario che sia costantemente posta la dovuta attenzione all'esigenza di articolare (e graduare) gli interventi finalizzati al sostegno di persone in condizioni di provvisoria difficoltà occupazionale o, più gravemente, di povertà (con connesso rischio di esclusione sociale) in maniera tale da tenere conto, il più possibile, delle differenze concretamente sussistenti tra le condizioni dei potenziali beneficiari degli interventi, disoccupati "ordinari" (non poveri) o persone povere (inoccupate, disoccupate o, eventualmente, *working poors*, per usare una locuzione inglese ormai entrata nel nostro vocabolario».

[134] P.A. VARESI, *Reddito di cittadinanza e politiche attive del lavoro, tra ambizioni e gracilità*, in E. INNOCENTI-E. ROSSI-E. VIVALDI (a cura di), *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 255, soffermandosi specificamente sul Reddito di cittadinanza introdotto con il d.l. n. 4/2019, ma esprimendo valutazioni che possono essere estese ad analoghe misure di contrasto alla povertà che enfatizzino i profili dell'attivazione e del reinserimento lavorativi, afferma che misure i cui impianti normativi privilegino fortemente i succitati profili possono dispiegare i propri effetti in favore di una porzione limitata delle persone in condizione di povertà, potendo risultare utili «per sostenere la ricollocazione di soggetti colpiti da disoccupazione "fisiologica o frizionale", cioè quei lavoratori che, pur in possesso di competenze ricercate dalle imprese, per le normali vicende del mercato sono temporaneamente in disoccupazione».

Molto interessante, in quanto capace di combinare virtuosamente "assistenza" e "promozione umana e sociale", risulta la prospettiva del "welfare generativo", che propugna l'integrazione negli interventi socio-assistenziali (e, in particolare, in quelli di contrasto alla povertà) appunto di fattori di generatività. Questi ultimi consistono nella previsione di forme di coinvolgimento, su base volontaria (ma in presenza di forti sollecitazioni "etiche"), in vista del conseguimento dell'obiettivo dell'intervento, dei destinatari delle prestazioni, i quali sono chiamati (ma non giuridicamente tenuti) a svolgere attività produttive di valore, anche (per quanto non solo e non via principale) economicamente valutabile, per la collettività (oltre che per la persona che le compie). Si parla in proposito di "azioni a corrispettivo sociale". Tale approccio, frutto di un'articolata elaborazione soprattutto ad opera della Fondazione Emanuela Zancan, in collaborazione con studiosi e studiose accademici, è incardinato su due pilastri, uno di carattere fattuale e l'altro di natura valoriale.

Sul primo versante, rileva la constatazione che il sistema italiano di welfare, pur a fronte di un significativo incremento delle risorse complessivamente dedicate all'assistenza sociale nel corso dell'ultimo decennio[135], comprensive delle risorse stanziate per misure specificamente finalizzate al contrasto alla povertà, continuerebbe ad evidenziare notevoli criticità in ordine alle caratteristiche della spesa sociale (decisa prevalenza della spesa per trasferimenti monetari rispetto a quella per servizi e scarsa capacità di indirizzarsi in favore delle fasce più povere della popolazione), in grado di minarne fortemente l'efficacia[136]. Sul secondo versante, quello valoriale, è stato evidenziato, in relazione allo *status quo*, il prevalere di un «materialismo metodologico, fatto di assistenzialismo povero di risultati»[137], mentre, in un'ottica di progettualità innovatrice, è stata sottolineata l'opportunità di non indulgere ad approcci proclivi ad una sostanziale deresponsabilizzazione delle autorità pubbliche (che erogano prestazioni, per lo più monetarie, abbandonando poi a se stessi i destinatari degli interventi, pur a fronte di fragilità anche molto rilevanti) e, altresì, inefficaci[138]. Inoltre, ci si orienta in favore della volontarietà della scelta dei destinatari degli interventi di agire in modo generativo, fuori dalla logica della condizionalità. Quest'ultima infatti – si afferma – finirebbe per ledere libertà e dignità della persona, dovendosi invece «la produzione di valore sociale ed economico» per il tramite delle pratiche generative interpretare «come eccedenza solidale che nasce dalla libera attivazione della

[135] L'incremento della spesa sociale è segnalato da D. GERON, *Cosa ricevono i poveri*, in FONDAZIONE EMANUELA ZANCAN, *Una costituente per un nuovo welfare*, cit., 41-44.

[136] M. BEZZE-C. CANALI-D. GERON-T. VECCHIATO, *Welfare generativo: un percorso di ricerca e sperimentazione*, in FONDAZIONE EMANUELA ZANCAN, *Una costituente per un nuovo welfare*, cit., 202, notano che «le criticità del nostro sistema di welfare sono legate non tanto all'entità, ma al modo stesso di intendere la spesa sociale, che nel tempo si è caratterizzata in forma di trasferimenti molto superiori alla percentuale di spesa erogata in servizi» e che «la spesa sociale italiana negli ultimi decenni è stata inoltre poco mirata alle fasce più povere della popolazione», cosa da cui è conseguita «una difficoltà sistemica di realizzare una effettiva protezione sociale capace di incidere strutturalmente sulla persistenza dei fenomeni di povertà e disuguaglianza».

[137] T. VECCHIATO, *Una costituente per innovare il welfare*, in FONDAZIONE EMANUELA ZANCAN, *Una costituente per un nuovo welfare*, cit., 88, ove si afferma poi che «il teorema "maggiore spesa e minore povertà" ha in definitiva dato risultati opposti, "maggiore spesa e uguali o maggiori livelli di povertà"».

[138] T. VECCHIATO, *Una costituente*, cit, 93, rileva che «le esperienze più efficaci dicono […] che uno dei determinanti di esito è l'aiutare ad aiutarsi e non invece la gestione in solitudine degli aiuti ricevuti».

persona»[139], in adesione ad una scelta etica pienamente coerente con la *ratio* dei principi fondamentali della Costituzione e con l'esigenza di assicurare effettiva e indefettibile tutela a quelli che sono configurati come diritti[140]. La valorizzazione delle capacità dei destinatari degli interventi sociali (e in particolare di quelli di contrasto alla povertà) disposti a svolgere azioni a corrispettivo sociale (non assimilabili a prestazioni lavorative, ma ricadenti senz'altro nell'area delle attività o funzioni di cui all'art. 4, co. 2, Cost.) richiede, in quest'ottica, un radicale rafforzamento e rinnovamento del sistema delle professioni sociali, incardinata sullo sviluppo di un'adeguata «logistica delle capacità»[141].

La prospettiva del welfare generativo che, con la sua opzione favorevole alla volontarietà delle azioni richieste ai destinatari delle prestazioni, esplora, se così si può dire, i confini più estremi della doverosità radicata nell'art. 4, co. 2, Cost., raggiungendo il limite di una doverosità di natura puramente etica, non pare distonica rispetto alle istanze solidaristico-lavoristiche espresse dalla Carta costituzionale. Valorizzando istanze personalistiche e promozionali, di pari radicamento costituzionale, essa, opportunamente integrata nella struttura di una misura di contrasto alla povertà, può consentire, quanto meno in relazione ai beneficiari in situazioni di disagio particolarmente accentuato, per i quali la logica della condizionalità rischierebbe di risultare "punitiva" (anziché promozionale) e inefficace, di garantire il diritto al minimo vitale per una via diversa da quella assistenzialistica e più conforme alla logica costituzionale.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, è opportuno rivolgere lo sguardo ai più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali che hanno contraddistinto l'area del contrasto alla povertà, concentrando l'attenzione sui profili concernenti l'intersezione tra finalità degli interventi e dimensione lavorativa, cosa che, come è facile intuire, chiama in causa, in modo particolare, proprio il ruolo della "condizionalità", di cui nelle pagine precedenti si è detto, nella definizione delle misure e le sue implicazioni in ordine alla garanzia del diritto ad un'esistenza dignitosa.

---

[139] M. BEZZE-C. CANALI-D. GERON-T. VECCHIATO, M. BEZZE-C. CANALI-D. GERON-T. VECCHIATO, *Welfare generativo*, cit., 205, i quali rilevano che «il plusvalore generato ha una forte valenza relazionale che arricchisce gli spazi di vita nella comunità», dal momento che si tratta di «valore umano che nasce da relazioni di aiuto ribilanciate, liberate dal tradizionale rapporto di potere tra chi aiuta e chi viene aiutato nella reciprocità prefigurata dalla Costituzione».

[140] Così E. ROSSI, *Una proposta di legge sul welfare generativo: perché e come*, in FONDAZIONE EMANUELA ZANCAN, *Cittadinanza generativa. La lotta alla povertà. Rapporto 2015*, Bologna, 2015, 125, il quale, a proposito della scelta in favore della volontarietà delle "azioni a corrispettivo sociale", che la stessa «è dovuta ad una scelta etica (non costringere una persona che riceve una prestazione come garanzia di un proprio diritto a dover svolgere obbligatoriamente un'attività; ritenere che un'attività a vantaggio della collettività non possa essere imposta forzosamente ecc.), ma tiene conto anche delle difficoltà giuridiche nel caso di eventuale inadempimento», non parendo percorribile la via di prevedere, a fronte di obblighi eventualmente non assolti, sanzioni, di tipo anche pecuniario, «considerando la situazione di chi si trovi in condizione di richiedere una prestazione sociale (oltre che risultare scarsamente compatibile con la logica solidaristica che dovrebbe ispirare l'intera costruzione)».

[141] M. BEZZE-C. CANALI-D. GERON-T. VECCHIATO, *Welfare generativo*, cit., 206, ove si afferma che sarebbe impossibile valorizzare e gestire le capacità messe in campo dai beneficiari delle prestazioni «senza un'efficiente "logistica delle capacità", in sistemi territoriali capaci di promuoverle e governarle sul piano professionale e organizzativo, indirizzandole e valorizzandole».

6. *Il difficile rapporto tra contrasto alla povertà e lavoro nei più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali*

6.1. *La riforma delle misure di contrasto alla povertà del 2023: l'abbandono dell'universalismo selettivo*

Il percorso analitico sinora seguito ha consentito di porre in evidenza una stretta interconnessione tra contrasto alla povertà e lavoro. Quest'ultimo rappresenta indubbiamente, sul piano fattuale, la via maestra per proteggersi dalla povertà e, sul piano giuridico, elevato dall'art. 1 Cost. al rango di fondamento della Repubblica democratica, una dimensione dell'esistenza umana qualificata come costituzionalmente decisiva ai fini della definizione dei presupposti per un pieno sviluppo della persona umana e un'effettiva partecipazione all'organizzazione del Paese che passa, in condizioni di pari dignità sociale tra i cittadini, attraverso il contributo che ciascuno è chiamato a dare al progresso materiale e spirituale della società (artt. 2, 3 e 4 Cost.). Al contempo, mentre si registra, per un verso, accanto a livelli oscillanti ma comunque elevati di disoccupazione, una crescente tendenza alla diffusione di forme di "lavoro povero", non in grado, cioè, di assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.), anche in ragione della difficoltà di garantire tutela a tutte le forme di lavoro (richiamate come oggetto di doverosa tutela dall'art. 35, comma 1, Cost.), è necessario, per altro verso, evidenziare il problematico atteggiarsi del rapporto tra lavoro e politiche (e misure) di contrasto alla povertà.

Un primo aspetto di tale problematicità concerne la scelta di distinguere o meno, ai fini dell'individuazione dei destinatari degli interventi, tra persone in grado di lavorare, reputate perciò non meritevoli di essere specificamente supportate in vista del superamento della loro condizione di povertà, e persone non in grado di lavorare (o comunque "fragili" per ragioni ulteriori rispetto al loro stato di povertà), ritenute invece meritevoli di essere supportate, insieme alle loro famiglie. Si tratta in sostanza della scelta tra un'impostazione categoriale, che assuma il riferimento al lavoro (e, in particolare, all'"occupabilità") come fattore decisivo (insieme, eventualmente ad altri) ai fini dell'accesso alla tutela, e un'impostazione universalistica (per quanto selettiva), la quale, alla luce di quanto si è andato dicendo nelle pagine precedenti di questo scritto, risulta più coerente con le norme costituzionali e, anzi, l'unica pienamente in linea con le stesse. Un secondo profilo della sopra richiamata problematicità riguarda il ruolo che può essere riconosciuto al lavoro in rapporto alla configurazione degli interventi, attraverso la previsione di istituti finalizzati all'inserimento/reinserimento lavorativo, in coordinamento con percorsi di inclusione sociale in senso ampio, nel quadro di misure, più o meno accentuatamente, ispirate al principio di condizionalità. Se si passa a considerare, alla luce di quanto appena notato, i principali (e più recenti) interventi normativi di livello nazionale finalizzati al contrasto alla povertà, la rilevanza e, altresì, la problematicità della collocazione del ruolo conferito al lavoro in rapporto alla concezione e alla disciplina degli stessi emergono chiaramente.

Premesso che ci si intende qui soffermare in maniera specifica sull'impatto della più recente riforma della normativa statale sul contrasto alla povertà, con opportuni confronti con i precedenti interventi adottati nella materia in esame, deve innanzitutto evidenziarsi come il risultato dell'introduzione, al termine di un cammino lungo e accidentato, di una misura nazionale di contrasto alla povertà di stampo universalistico (per quanto selettivo), conseguito, a partire dal 1° luglio 2018, con l'eliminazione delle limitazioni categoriali originariamente previste per il Reddito di inclusione (Rei) dal d.lgs. 15 settembre 2017, n. 147 e confermato dalla normativa sul Reddito di cittadinanza (Rdc), di cui al d.l. 28 gennaio 2019, n. 4[142], sia stato messo in discussione e poi abbandonato ad opera del d.l. 4 maggio 2023, n. 48. Quest'ultimo ha infatti configurato la misura di contrasto alla povertà, l'Assegno di inclusione (Adi), che ha sostituito il Rdc, come una misura di carattere non universalistico ma categoriale, statuendo, all'art. 2, co. 1, che esso «è riconosciuto, a richiesta di uno dei componenti del nucleo familiare, a garanzia delle necessità di inclusione dei componenti di nuclei familiari con disabilità […], nonché dei componenti minorenni o con almeno sessant'anni di età ovvero dei componenti in condizione di svantaggio e inseriti in programmi di cura e assistenza dei servizi socio-sanitari territoriali certificati dalla pubblica amministrazione». In altri termini, la presenza o meno all'interno dei nuclei familiari di persone in specifiche condizioni di fragilità, anziché essere eventualmente (e opportunamente) considerata ai fini della graduazione del beneficio economico (*in primis*, attraverso la modulazione della scala di equivalenza) e/o dell'articolazione della componente non economica della misura (servizi e altri interventi finalizzati a promuovere l'inclusione sociale e lavorativa dei beneficiari)[143], si configura come fattore discriminante ai fini dell'accesso alla stessa da parte di nuclei familiari in condizione di povertà[144].

All'Adi viene affiancata dal succitato decreto-legge un'altra misura, il Supporto per la formazione e il lavoro (Sfl), fruibile dai «componenti dei nuclei familiari, di età

---

[142] Sul Reddito di inclusione, cfr., tra gli altri, A. ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull'attuazione della legge n. 33/2017*, in *RDSS*, 3/2017, 419 ss. e, volendo, V. CASAMASSIMA-E. VIVALDI, Ius existentiae *e politiche di contrasto alla povertà*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 115 ss. e, in partic., 132 ss.. Sul Reddito di cittadinanza, ampiamente studiato dalla dottrina costituzionalistica e da quella giuslavoristica, mi permetto di rinviare a V. CASAMASSIMA, *Reddito "di cittadinanza" e politiche di contrasto alla povertà. Riflessioni alla luce dei più recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 418 ss..

[143] A proposito del Rdc, alcune rilevanti criticità relative ai criteri di accesso e alla valutazione dell'ampiezza e composizione per età della famiglia erano state evidenziate dal Comitato Scientifico per la valutazione del Reddito di Cittadinanza nella relazione resa pubblica nel mese di ottobre del 2021, reperibile all'url https://www.lavoro.gov.it/priorita/Documents/Relazione-valutazione-RdC-final.pdf.

[144] Come evidenziato criticamente, tra gli altri, da R. FATTIBENE, *Misure di contrasto a povertà e lavoro povero: quale correlazione nell'attuale contesto sociale, politico e normativo?*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2024, 127-128, la quale nota che, in ragione della configurazione normativa della misura, che riconosce il diritto ad accedervi soltanto agli appartenenti a nuclei familiari con una particolare composizione, «chi, per avventura, non fosse membro di un nucleo siffatto, anche se in difficoltà economiche tali da non consentire una vita dignitosa, non potrebbe avvantaggiarsi di quel sostegno economico», dovendosi dunque affermare che «la misura dell'Assegno di inclusione […] si allontana decisamente dal concetto di minimo vitale […] vale a dire di un trasferimento monetario che sia garanzia di una sussistenza dignitosa e di mezzi sufficienti per ogni individuo, prescindendo dall'appartenenza a qualsivoglia categoria».

compresa tra 18 e 59 anni […] che non hanno i requisiti per accedere all'Assegno di inclusione» (art. 12, co. 2), configurato come «misura di attivazione al lavoro, mediante la partecipazione a progetti di formazione, di qualificazione e riqualificazione professionale, di orientamento, di accompagnamento al lavoro e di politiche attive del lavoro comunque denominate» (art. 12, co. 1)[145], partecipazione che dà diritto, a titolo appunto di «indennità di partecipazione alle misure di attivazione lavorativa» e finché la stessa duri, a percepire, per un periodo massimo di dodici mesi (senza possibilità di rinnovo) un beneficio economico di importo mensile (invariabile) di 350 euro (art. 12, co. 7).

Nonostante nel dibattito pubblico si sia parlato, a proposito degli esclusi dall'Adi e destinatari del Sfl, di "occupabili", «non è […] tanto la condizione di *occupabilità* del soggetto ad acquisire valore discretivo ai fini dell'ammissione all'una o all'altra misura, quanto piuttosto la presenza o l'assenza, all'interno del nucleo familiare, di un componente appartenente ad una delle "fasce deboli" individuate dall'art. 1, d.l. n. 48/2023» (corsivo dell'autrice)[146]. Se poi si considera che, ai fini dell'accesso al Sfl, è previsto un valore dell'ISEE più basso (non superiore a 6000 Euro) di quello previsto per l'accesso all'Adi (non superiore a 9360 Euro), che, come si è detto, si tratta di un'erogazione fruibile *una tantum* e che il suo importo non è, a differenza di quello dell'Adi, parametrato sul livello del reddito familiare (il cui valore è richiamato soltanto ai fini dell'indicazione del reddito-soglia, quantificato in 6000 euro), risulta evidente che il Sfl è una misura che ha come destinatari i poveri, ma non si configura effettivamente come una misura di contrasto alla povertà. Una volta terminato il periodo di eventuale fruizione del Sfl, il beneficiario non è più reputato meritevole di un, pur esiguo, supporto, sul presupposto (*rectius*, nell'illusione) che, grazie anche ai percorsi di formazione e riqualificazione seguiti, trovi immancabilmente, in tempi brevi, un'occupazione. Come è stato affermato a proposito di tale misura, «le indennità di frequenza […], per loro stessa natura, sono inadatte al contrasto della povertà», dal momento che «esse sono […] temporanee, né il sostegno monetario erogato è commisurato alla situazione economica del beneficiario, consistendo, piuttosto, in una sorta di rimborso spese, ove forfettario, ove effettivo, per lo svolgimento delle attività connesse»[147].

---

[145] L'art. 12, co. 2, aggiunge che il Sfl «può essere utilizzato anche dai componenti dei nuclei che percepiscono l'Assegno di inclusione che decidono di partecipare ai percorsi di cui al comma 1 pur non essendo sottoposti agli obblighi di cui all'articolo 6, comma 4, purché non siano calcolati nella scala di equivalenza di cui all'art. 2, comma 4». Gli obblighi di cui all'articolo 6, co. 4, consistono nell'«obbligo di adesione e alla partecipazione attiva a tutte le attività formative, di lavoro, nonché alle misure di politica attiva, comunque denominate, individuate nel progetto di inclusione sociale e lavorativa» a cui sono tenuti «i componenti del nucleo familiare, maggiorenni, che esercitano la responsabilità genitoriale, non già occupati e non frequentanti un regolare corso di studi, e che non abbiano carichi di cura come indicati al comma 5». A non essere calcolati nella scala di equivalenza applicata ai fini della quantificazione del beneficio economico dell'Adi sono gli adulti infrasessantenni privi di carichi di cura.

[146] F. DE MICHIEL, *Le misure di contrasto alla povertà nel c.d. decreto lavoro (commento agli artt. 1-13, d.l. 4 maggio 2023, n. 48, conv. con modif. dalla l. 3 luglio 2023, n. 85)*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2024, 3.

[147] R. FATTIBENE, *Misure di contrasto*, cit., 128-129, la quale, a proposito delle due misure introdotte nel 2023 in sostituzione del Rdc, afferma che «la combinazione tra una misura di sostegno economico che è categoriale ed un'altra che è invece volta solo al lavoro fa sì che molti disagiati non riescano ad

La riforma operata con il d.l. n. 48/2023 non ha dunque prodotto una riarticolazione degli strumenti nazionali di contrasto alla povertà, allo scopo magari di distinguere meglio, gli interventi di politica attiva del lavoro da quelli indirizzati a persone contraddistinte da criticità prevalentemente non attinenti alla mera sfera occupazionale, modulando i primi e i secondi in maniera più adeguata ai fini di una loro maggiore efficacia. Si è invece optato, come già rilevato, per l'abbandono dell'universalismo (selettivo): è stata infatti eliminata una misura, il Rdc, che, pur non priva di molti limiti, era finalizzata a tutelare il diritto costituzionale ad un'esistenza dignitosa, lasciando l'ordinamento privo di un intervento costituzionalmente necessario di contrasto alla povertà[148], sostituito da interventi di stampo categoriale[149]. Tali scelte confliggono in maniera palese, come in dottrina non si è mancato di notare[150], altresì con orientamenti consolidati a livello euro-unitario[151], variamente recepiti negli

accedere né all'una né all'altra; oppure, se accedono alla seconda, ne fuoriescono rapidamente e, ad ogni modo, nel tempo di permanenza, non godono di alcun valido ristoro alla condizione bisognevole nella quale versano».

[148] Così C. TRIPODINA, *Povera Italia. Un'Italia più povera senza reddito minimo garantito*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2023, 18, la quale afferma: «*Non c'è più, dunque, in Italia una misura di reddito minimo garantito*. L'esistenza libera e dignitosa non è più un diritto di tutti. In spregio al primo comma dell'articolo 3 della Costituzione, si viene irragionevolmente discriminati in ragione della presenza o dell'assenza di "condizioni personali", proprie o dei propri familiari, aggiuntive rispetto alla povertà. La povertà *tout court*, di nuovo, non è più sufficiente. La rete di protezione sociale è di nuovo squarciata» (corsivo dell'autrice). Cfr., analogamente, M. VINCIERI, *Le nuove misure di inclusione sociale e lavorativa: quale rimedio alla povertà nel lavoro?*, in M. BROLLO-C. ZOLI-P. LAMBERTUCCI-M. BIASI, *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, Adapt University Press, 2024, 259, la quale, con riguardo al nuovo sistema di misure costituito dall'Adi e dal Sfl, afferma che «tale suddivisione desta invero qualche perplessità, posto che l'esclusivo riferimento ai richiamati parametri soggettivi (età, disabilità e svantaggio dei componenti all'in-terno della famiglia) potrebbe portare a irragionevoli esclusioni dall'AdI di persone bisognose di adeguata tutela, appartenenti a nuclei in eguale o più severa situazione di indigenza ma con un carico familiare diverso», rilevando criticamente che «l'AdI si configura, in modo piuttosto singolare, come un reddito minimo garantito rivolto però unicamente ad alcune categorie di soggetti in peculiari situazioni di difficoltà, a differenza delle misure precedentemente in vigore, ossia il reddito di inclusione ed il RdC, di carattere universale», potendosi, alla luce di ciò, affermare che «il principio dell'universalismo selettivo viene, in tal modo, abbandonato con un salto indietro nel tempo».

[149] Si tratta di interventi i quali, almeno alla luce delle formulazioni testualmente adoperate, si atteggiano inoltre in maniera diversa dai precedenti anche in ordine al profilo dei rapporti tra Stato e Regioni. Mentre infatti l'art. 2, co. 13, del d.lgs. n. 147/2027 stabiliva che il Rei costituisse «livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, nel limite delle risorse disponibili nel Fondo Povertà» e l'art. 1, co. 1, del d.l. n. 4/2019 che il Rdc costituisse «livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili», il d.l. n. 48/2023 non definisce in tal modo, complessivamente, le misure introdotte, limitandosi a stabilire, in relazione all'Adi, che «costituiscono livelli essenziali delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente» soltanto «i servizi per la definizione dei percorsi personalizzati e i sostegni in essi previsti» (art. 6, co. 8).

[150] A. SARTORI, *Misure di inclusione sociale e lavorativa dopo il reddito di cittadinanza. Back to the future or to the past?*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 4/2023, 770-771, afferma, a proposito dell'impostazione recepita dal legislatore del 2023, che essa «non appare in sintonia con la recente raccomandazione del Consiglio dell'UE 30 gennaio 2023 (2023/C 41/01), approvata nelle more della riforma, ed evidentemente disattesa *in toto*: infatti, nel provvedimento europeo si coglie abbastanza nettamente l'opzione per le misure di carattere generale, in grado di garantire una vita dignitosa, benché condizionate all'attivazione dei beneficiari».

[151] Si può richiamare in proposito, in primo luogo, l'art. 34, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, laddove ci si riferisce ad un «diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a *garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti*, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali» (corsivo mio). Inoltre,

ordinamenti degli Stati membri, tanto da far parlare di una «regressione» che «ha allontanato l'Italia dal resto d'Europa, rendendola l'unico Stato membro senza uno schema di reddito minimo di tipo universalistico»[152]. Dal punto di vista poi che, nell'ottica del presente saggio, più specificamente rileva, si constata che, in rapporto al complessivo sistema di interventi delineato dal d.l. n. 48/2023, il lavoro (*rectius*, l'occupabilità, come impropriamente intesa dagli estensori della riforma) si configura come fattore produttivo di esclusione dall'accesso ad una misura di contrasto alla povertà (e dunque da percorsi di effettiva inclusione sociale).

Oltre a determinare una lesione del diritto al minimo vitale degli esclusi dalla disciplina sull'Adi, ciò si pone in contraddizione – pare di poter dire – con l'immagine che del lavoro ci forniscono i principi costituzionali e, in concreto, con l'esigenza pressante, tra l'altro, di fornire, anche attraverso interventi di contrasto alla povertà (accanto ad interventi in materia salariale), una risposta ai bisogni non solo di disoccupati spesso di lungo corso, ma anche di "lavoratori poveri" inseriti in nuclei familiari in cui non siano presenti persone comprese nelle categorie indicate dalla normativa sull'Adi. Peraltro, gli adulti infrasessantenni senza carichi di cura (e considerati anche i termini molto restrittivi in cui tali carichi sono definiti dalla legge[153]) non sono considerati, ai fini della scala di equivalenza dell'Adi, così che, per quanto la loro presenza pesi naturalmente sul bilancio familiare, non se ne tiene conto ai fini della determinazione del *quantum* del beneficio economico erogato ai nuclei familiari che accedono alla misura in esame. Se dunque la platea dei potenziali fruitori della misura nazionale di contrasto alla povertà, per un verso, si amplia rispetto a quella del Rdc in ragione soprattutto della riduzione da dieci a cinque anni (di cui gli ultimi due continuativi) della periodo di residenza nel territorio italiano[154], l'esclusione di un gran numero di nuclei familiari privi dei requisiti categoriali di accesso dell'Adi (e tra i nuclei esclusi per difetto di tali requisiti quelli composti da stranieri sono, per varie

volendosi limitare a richiamare i contenuti dei più rilevanti atti giuridicamente non vincolanti, al punto 14. del Pilastro europeo dei diritti sociali, si afferma che «*chiunque non disponga di risorse sufficienti ha diritto a un adeguato reddito minimo che garantisca una vita dignitosa in tutte le fasi della vita e l'accesso a beni e servizi* […]» (corsivo mio); al punto 9), concernente la «copertura del reddito minimo», della Raccomandazione del Consiglio del 30 gennaio 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva trova spazio la specifica raccomandazione agli Stati membri «di *garantire che tutte le persone che non dispongono di risorse sufficienti, compresi i giovani adulti, siano coperte da un reddito minimo stabilito per legge*» (corsivo mio); analogamente, la Risoluzione del Parlamento del 15 marzo 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva contiene, al punto 11., l'indicazione «che *l'accesso al reddito minimo debba essere effettivo, equo e universale per le persone prive di risorse sufficienti* e che soddisfano i criteri di ammissibilità stabiliti dagli Stati membri, per consentire loro di vivere dignitosamente» (corsivo mio).

[152] G. BERTOLUZZA-N. DE CAPITE, *Le nuove misure contro la povertà: Assegno di inclusione e Supporto alla formazione e al lavoro, primi dati e domande aperte*, in CARITAS ITALIANA, *Fili d'erba nelle crepe*, cit., 172.

[153] I carichi di cura, ai sensi dell'art. 6, co. 5, del d.l. n. 48/2023, sono «valutati con riferimento alla presenza di soggetti minori di tre anni di età, di tre o più figli minori di età, ovvero di componenti il nucleo familiare con disabilità o non autosufficienza […]».

[154] Dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 48/2023, della citata previsione contenuta nella disciplina del Rdc è stata peraltro riscontrata l'incompatibilità con il diritto euro-unitario ad opera della Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza 29 luglio 2024 emessa in relazione alle cause riunite C-112/22 e C-223/22, aventi ad oggetto domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

ragioni, più numerosi) comporta, nel complesso, una riduzione, presumibilmente molto elevata, dei possibili beneficiari della succitata misura.

Un impatto di questo genere della riforma del 2023 si profilava *a priori* come esito dell'applicazione delle nuove normative, cosa che emergeva, tra l'altro, dalle elaborazioni riportate nel Rapporto sulla politica di bilancio dell'Ufficio parlamentare di bilancio pubblicato nel giugno 2023[155]. Le proiezioni sull'impatto fortemente riduttivo della platea dei beneficiari hanno trovato conferma nei primi dati sull'applicazione della succitata riforma, reperibili nel XXIII Rapporto annuale dell'Inps, pubblicato nel settembre 2024[156], i quali si può ritenere siano alla base delle innovazioni apportate alla disciplina dell'Adi e del Sfl dalla legge di bilancio per il 2025 (l. 30 dicembre 2024, n. 207). Quest'ultima, senza modificare in ogni caso il criticabile assetto complessivo degli interventi di contrasto alla povertà delineato nel 2023, oltre ad incrementare, se pure molto limitatamente, l'Isee previsto per l'accesso all'Adi e il beneficio economico massimo della stessa misura, incrementa, in relazione al Sfl, da 6.000 a 10.140 Euro sia il valore dell'Isee familiare previsto come requisiti di accesso alla misura (parificandolo al nuovo valore previsto per l'Adi), sia la soglia di reddito familiare prevista e aumenta da 350 a 500 Euro l'importo mensile del beneficio economico erogato come indennità di partecipazione alle misure di attivazione lavorativa[157].

6.2. *Il contrasto alla povertà e gli obblighi di attivazione (sociale e) lavorativa: l'irrigidimento workfaristico della "condizionalità"*

Passando a prendere più specificamente in considerazione la struttura degli interventi di contrasto alla povertà, il primo aspetto degno di attenzione concerne la stessa definizione normativa delle misure. Pur non chiarendo necessariamente in maniera adeguata la loro conformazione, essa può infatti essere indicativa di un approccio generale adottato dal decisore politico. Soffermandosi sulle tre misure nazionali di contrasto alla povertà (Reddito di inclusione, Reddito di cittadinanza e Assegno di inclusione) che si sono susseguite in un breve volgere di anni, emerge, quanto ai profili definitori, un andamento che si potrebbe descrivere come parabolico. Si parte infatti da una definizione che evidenziava soltanto, nel caso del Rei, la finalità di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale, rispetto alla quale risultava strumentale, oltre che condizionante, l'«adesione a un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa» (art. 2, d.lgs. n. 147/2017); si passa ad una definizione

[155] A «La riforma delle misure di contrasto alla povertà» è dedicato il capitolo 4 del Rapporto (pp. 137-174), reperibile all'url https://www.upbilancio.it/rapporto-sulla-politica-di-bilancio-2023/.

[156] I dati di maggiore interesse ai fini del presente saggio sono reperibili nelle pp. 182-186, con riferimento al Sfl, e nelle pp. 262-274, con riferimento all'Adi. Il Rapporto è consultabile all'url file:///C:/Users/Casamassima/Downloads/RAPPORTO%20ANNUALE_WEB-1.pdf.

[157] La legge di bilancio prevede altresì, aggiungendo un comma 7-bis, all'art. 12 del d.l. n. 48/2023) che il limite temporale, pari a dodici mesi, previsto ai fini dell'erogazione del beneficio economico del Sfl «è prorogabile per una durata massima di ulteriori dodici mesi, previo aggiornamento del patto di servizio personalizzato, qualora alla scadenza dei primi dodici mesi di fruizione risulti la partecipazione del beneficiario a un corso di formazione» e che «il beneficio economico è erogato nei limiti della durata del corso».

dell'intervento, nel caso del Rdc, come «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura» (art. 1, d.l. n. 4/2019), che ne pone in primo piano la finalità lavoristica di contrasto alla disoccupazione, indicata per prima e affiancata alle altre, tra cui quella di contrastare la povertà[158]; si approda infine, nel caso dell'Adi, ad una definizione che torna a qualificare i percorsi di inserimento sociale e lavorativo come strumentali alla finalità di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale (art. 1 del d.l. n. 48/2023)[159]. A proposito del Sfl, sulla cui definizione non è necessario soffermarsi specificamente, dal momento che non può considerarsi una misura di contrasto alla povertà, ci si può limitare a sottolineare come la sua conformazione sia integralmente ispirata al principio di attivazione, anche se va notato che, trattandosi di una misura a termine e non rinnovabile, al netto delle incertezze legate all'effettiva predisposizione di percorsi di formazione e qualificazione professionale, la misura rischia, considerata anche la platea di potenziali destinatari (in gran parte persone in condizioni di grave disagio socio-economico e con un basso livello di istruzione) e le condizioni in cui versano i servizi per l'impiego, di "burocratizzarsi", finendo per funzionare come un *bonus* di scarso impatto sia come strumento di, pur temporaneo, sostegno economico, sia come canale di (re-)inserimento nel mondo del lavoro[160].

Se già la lettura delle disposizioni con finalità definitorie fornisce alcuni interessanti spunti di riflessione in ordine al rapporto tra contrasto alla povertà e lavoro, è su quelle in materia di "condizionalità", la quale contraddistingue tutte le diverse misure sopra richiamate, che è necessario soffermare particolarmente l'attenzione al fine di delineare un quadro completo del succitato rapporto. Senza approfondire nel dettaglio i contenuti delle previsioni normative che disegnano il profilo dei percorsi di inclusione lavorativa e sociale, i quali affiancano la disciplina della componente monetaria delle misure, si deve registrare una progressiva accentuazione del rilievo

[158] A. SARTORI, *Reddito e pensione di cittadinanza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Aggiorn. IX, Torino, 2022, 292, a proposito del Rdc, afferma che «la struttura dell'istituto manifesta, sin dalla definizione, una doppia anima, che ne determina un sovraccarico funzionale», il quale «ha sicuramente contribuito al parziale fallimento del RDC quale strumento di politica attiva del lavoro». Cfr. anche M. D'ONGHIA, *Reddito di cittadinanza e reddito di emergenza*, cit., 136, la quale nota che «nella vocazione lavoristica, il funzionamento del RdC è esposto alle croniche criticità dei servizi per l'impiego, alla complessità di una rete con troppi attori e con diverse barriere burocratiche che, nei fatti, hanno svilito se non pregiudicato la finalità occupazionale dello strumento» e aggiunge che «peraltro la natura ibrida dello strumento (contrasto alla povertà e politica attiva del lavoro) pone un problema di baricentro della misura stessa, spostato sui servizi per l'impiego molto più che sui servizi sociali».

[159] Tale disposizione definisce l'Assegno di inclusione «misura nazionale di contrasto alla povertà, alla fragilità e all'esclusione sociale delle fasce deboli attraverso percorsi di inserimento sociale, nonché di formazione, di lavoro e di politica attiva del lavoro».

[160] Tali previsioni hanno trovato conferma nei primi dati relativi all'applicazione delle norme sul Sfl, come notato da G. BERTOLUZZA-N. DE CAPITE, *Le nuove misure contro la povertà*, cit., 183, i quali, rilevato che «i dati mostrano come, nel periodo settembre 2023 – giugno 2024, il numero medio di mensilità percepite dai beneficiari sia pari a 3,7 mesi», affermano che un dato come questo stimola, in primo luogo, la riflessione che «un contributo che può essere percepito per meno di quattro mensilità in media non può in nessun modo incidere sulla povertà dei beneficiari» e, in secondo luogo, quella che «difficilmente percorsi di così breve durata possono essere risolutivi in termini di reinserimento lavorativo, soprattutto se, come mostrano i dati INPS, il 50% dei beneficiari ha una età compresa tra i 50 e i 59 anni».

della dimensione doveristica (con particolare, sebbene non esclusivo, riguardo al profilo lavoristico) delle suddette, nel passaggio dal Rei al Rdc e poi dal Rdc all'Adi[161]. Si tratta di una dimensione che si sostanzia della previsione, per i componenti dei nuclei familiari beneficiari dell'intervento, della necessaria assunzione, attraverso la stipula di "patti", di impegni/obblighi da assolvere. Tra questi ultimi spiccano obblighi di attivazione lavorativa, aventi ad oggetto, tra l'altro, il compimento di atti di ricerca attiva di un'occupazione, la frequenza di corsi di formazione professionale e, soprattutto, l'accettazione, nelle forme e nei limiti normativamente previsti, di offerte di lavoro pervenute ai componenti "attivabili" di un nucleo familiare beneficiario della misura.

Alla luce di quanto precedentemente notato a proposito della simbiotica intersezione tra istanze riferibili ai principi personalistico, solidaristico, egualitario e lavoristico, quale terreno in cui si radica il fondamento costituzionale di un doveroso intervento pubblico di contrasto alla povertà, il riferimento al lavoro nella disciplina delle misure che danno corpo a tale intervento dovrebbe risultare coerente con un'idea dello stesso come strumento effettivo (e non soltanto predicato) di inclusione sociale e di garanzia di un'esistenza libera e dignitosa. In altri termini, se, innegabilmente, le profonde trasformazioni che hanno investito, a cavallo tra gli ultimi decenni del XX e i primi del XXI secolo, il mondo del lavoro, caratterizzato oggi da una marcata dose di frammentazione e di diffusa fragilità delle garanzie economiche e normative, hanno prodotto un evidente processo di «pauperizzazione del lavoratore a basso salario»[162], interventi di contrasto alla povertà che aspirino ad essere, al contempo, efficaci e coerenti con il portato dei principi costituzionali non possono configurarsi come mera "stampella" (se non addirittura fattore di indiretta legittimazione) di un tale assetto dei rapporti lavorativi e socio-economici, se non al prezzo di contribuire di fatto ad alimentare una constatabile tendenza alla «de-costituzionalizzazione del lavoro»[163]. Al

[161] Tale progressiva accentuazione era stata rilevata prima che compisse ulteriori passi avanti con gli interventi normativi del 2023 da C. SARACENO-D. BENASSI-E. MORLICCHIO, *La povertà in Italia*, Bologna, 2022, 203, ove si afferma che «nei diversi passaggi che hanno portato all'introduzione di una misura di reddito minimo per i poveri in Italia, il ruolo dell'"attivazione" è stato sempre più sottolineato, in linea con quanto stava accadendo altrove» e si aggiunge che «inoltre, l'attivazione è stata sempre più ristretta allo svolgimento di tutte le attività necessarie per diventare "occupabili"», mentre «altre misure di "attivazione" e di "integrazione sociale" sono diventate sempre più marginali».

[162] E. MORLICCHIO, *Il lavoro come maledizione e come salvezza*, cit., 36, la quale rileva che tale tipo di lavoratore «nelle rappresentazioni correnti, e in parte nelle stesse ricerche empiriche, è sempre più spesso un povero che ha una qualche occupazione saltuaria e non un lavoratore che è anche povero o a rischio di diventarlo e per il quale si possono presentare spiragli di salvezza e di aspirazione alla rappresentanza sindacale e politica proprio a partire dal lavoro, svolto o rivendicato».

[163] Si tratta di una tendenza evidenziata da C. SALAZAR, *La Costituzione interpretata dalle parti sociali*, cit., 15, secondo la quale «il venir meno della sicurezza socio-economica per le fasce della popolazione impreparate ad affrontare una simile evenienza, unitamente alla diffusione della precarietà dovuta alla frammentazione e flessibilizzazione delle esperienze lavorative, hanno […] determinato il propagarsi di un senso di impotenza e di frustrazione: chi si scopre impoverito senza nemmeno capire bene perché e/o si ritrova alla perenne ricerca di un lavoro, constatando l'esiguità delle proprie opportunità di condurre "un'esistenza libera e dignitosa" (art. 36 Cost.), perde la fiducia nelle istituzioni e smarrisce la sensazione dell'appartenenza ad una comunità», potendosi così affermare che «la "de-costituzionalizzazione del lavoro" […] non comporta soltanto i disagi materiali legati all'espansione delle disuguaglianze socio-economiche per una parte (peraltro, non esigua) della popolazione, ma si riverbera

netto dei profili concernenti la loro concreta funzionalità (di cui qui non si approfondisce la considerazione), la conformazione delle misure nazionali di contrasto alla povertà non pare orientata ad arginare tale tendenza.

Concentrando l'attenzione sull'Adi, senza trascurare di accennare ove necessario alle misure che l'hanno preceduto, si rileva che ai sensi degli artt. 4 e 6 del d.l. n. 48/2023, una volta presentata all'Inps per via telematica la richiesta di accesso al beneficio e sottoscritto il «patto di attivazione digitale», previa iscrizione presso il «sistema informativo per l'inclusione sociale e lavorativa» (SIISL), i componenti del nucleo familiare beneficiario della misura devono presentarsi entro centoventi giorni presso i servizi sociali del loro comune di residenza (o dell'ambito territoriale sociale) per sottoporsi ad «una valutazione multidimensionale dei bisogni del nucleo familiare, finalizzata alla sottoscrizione di un patto per l'inclusione». È previsto che i componenti del nucleo familiare di età compresa tra i diciotto e i cinquantanove anni attivabili al lavoro e tenuti agli obblighi inclusi nel succitato patto[164] debbano sottoscrivere presso i centri per l'impiego (o altri soggetti accreditati ai servizi per il lavoro, se previsto dalle Regioni) il «patto di servizio personalizzato» di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 150/2015 in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive. Il comma 5-bis dell'art. 6 stabilisce che «nell'ambito del percorso personalizzato può essere previsto l'impegno alla partecipazione a progetti utili alla collettività, a titolarità dei comuni o di altre amministrazioni pubbliche a tale fine convenzionate con i comuni, in ambito culturale, sociale, artistico, ambientale, formativo e di tutela dei beni comuni, da svolgere presso il comune di residenza, compatibilmente con le altre attività del beneficiario», a cui è parificata «la partecipazione […] ad attività di volontariato presso enti del Terzo settore e a titolarità degli stessi».

Può reputarsi senz'altro condivisibile la previsione che tutti i nuclei familiari passino per una preliminare valutazione multidimensionale, solamente all'esito della quale i componenti attivabili al lavoro sono avviati ai centri per l'impiego (la normativa sul Rdc la prevedeva solo per i nuclei familiari privi di componenti attivabili)[165].

---

in un'incisione preoccupante sul progresso spirituale della collettività (art. 4, c. 2, Cost.) e sul grado di democraticità complessiva dell'ordinamento».

[164] Ai sensi dell'art. 6, co. 4, si tratta dei «componenti del nucleo familiare, maggiorenni, che esercitano la responsabilità genitoriale, non già occupati e non frequentanti un regolare corso di studi, e che non abbiano carichi di cura» (carichi definiti nei termini già richiamati nel presente lavoro). Sono invece, ai sensi del comma successivo della medesima disposizione, esclusi dagli obblighi, salva per gli appartenenti ad alcune categorie (ultra-sessantenni e persone con disabilità o coinvolte in percorsi di protezione relativi alla violenza di genere) la possibilità di aderire volontariamente a percorsi personalizzati di accompagnamento all'inserimento lavorativo o all'inclusione sociale, «a) i beneficiari dell'Assegno di inclusione titolari di pensione diretta o comunque di età pari o superiore a sessanta anni; b) i componenti con disabilità, ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, fatta salva ogni iniziativa di collocamento mirato; c) i componenti affetti da patologie oncologiche; d) i componenti con carichi di cura, valutati con riferimento alla presenza di soggetti minori di tre anni di età, di tre o più figli minori di età, ovvero di componenti il nucleo familiare con disabilità o non autosufficienza come definite nell'allegato 3 al regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 dicembre 2013, n. 159; d-bis) i componenti inseriti nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere e le donne vittime di violenza, con o senza figli, prese in carico da centri antiviolenza riconosciuti dalle regioni o dai servizi sociali nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere».

[165] Così S. SACCHI-A. CIARINI-G. GALLO-R. LODIGIANI-F. MAINO-M. RAITANO, *Sostegno ai poveri: quale riforma? Dal Reddito di Cittadinanza all'Assegno di Inclusione: analisi dell'Alleanza contro la*

Egualmente apprezzabile può ritenersi la previsione che «in caso di avvio di un'attività di lavoro dipendente da parte di uno o più componenti il nucleo familiare nel corso dell'erogazione dell'Assegno di inclusione, il maggior reddito da lavoro percepito non concorre alla determinazione del beneficio economico, entro il limite massimo di 3.000 euro lordi annui» (art. 3, co. 5, del d.l. n. 48/2023). In questo modo, si elimina un disincentivo per i beneficiari dell'Adi ad iniziare un'attività lavorativa, generato dall'eventuale conteggio di tutto il maggior reddito da lavoro ai fini della prova dei mezzi, previsione che determina un progresso rispetto ai contenuti della normativa sul Rdc[166], sebbene il risultato sia stato raggiunto in un modo che è stato ritenuto non pienamente soddisfacente[167]. Quanto a quella relativa alla *possibilità* che l'impegno a partecipare a «progetti utili alla collettività» (PUC) sia incluso nel percorso personalizzato, la quale sostituisce l'obbligo previsto dalla normativa sul Rdc, se, per un verso, potrebbe apparire, almeno in astratto, più coerente con l'idea della personalizzazione dell'intervento, non essendo il succitato impegno concepito come mero "adempimento" a cui si è obbligati, è stato rilevato che, in ragione dell'inserimento dei PUC soltanto tra gli interventi di politica attiva destinati a sviluppare le competenze per l'occupabilità e il reinserimento lavorativo dei beneficiari dell'Adi attivabili al lavoro (e dei beneficiari del Sfl), «si perde […] la funzione di *empowerment* e capacitazione che questi progetti hanno, almeno in linea di principio, per i beneficiari più fragili in carico ai servizi sociali»[168].

---

povertà in Italia, Milano, 2023, 106, secondo cui tale scelta, che – si sottolinea – pare peraltro fondarsi sulla (discutibile) natura categoriale dell'Adi, «sembra superare una delle criticità presenti nel RdC che, invece – sulla base dei parametri di occupabilità e delle informazioni inserite nella richiesta del sussidio da parte dei potenziali beneficiari – ne prevedeva lo smistamento automatico, verso i CpI per la stipula del Patto per il lavoro o verso i servizi sociali per la stipula del Patto per l'inclusione sociale, da parte della piattaforma INPS», potendosi in proposito parlare di «un passaggio critico, non esente da problematiche ed errori, tanto che lo stesso disegno del RdC prevedeva la possibilità per gli operatori di intervenire, reinviando i percettori dai CpI ai servizi sociali e viceversa, quando ne avessero ravvisata la necessità». Cfr., in senso analogo, R. FATTIBENE, *Misure di contrasto*, cit., 126, secondo cui «va segnalata – con favore – la previsione che l'iniziale contatto del richiedente l'Assegno avvenga nuovamente (era già stata, questa, una caratteristica del ReI) con i servizi sociali, per una valutazione multidimensionale dei bisogni del nucleo familiare; solo successivamente ed eventualmente con quelli addetti al collocamento lavorativo», dal momento che «viene così recuperata una significativa competenza che – come già accennato – la diversa configurazione del Rdc aveva smarrita, avendo individuato nei Centri per l'Impiego il punto di primo contatto».

[166] L'art. 3, co. 8, del d.l. n. 4/2019 prevedeva, introducendo una limitazione molto ridotta e soltanto temporanea che «in caso di variazione della condizione occupazionale nelle forme dell'avvio di un'attività di lavoro dipendente da parte di uno o più componenti il nucleo familiare nel corso dell'erogazione del Rdc, il maggior reddito da lavoro concorre alla determinazione del beneficio economico nella misura dell'80 per cento, a decorrere dal mese successivo a quello della variazione e fino a quando il maggior reddito non è ordinariamente recepito nell'ISEE per l'intera annualità».

[167] Così S. SACCHI-A. CIARINI-G. GALLO-R. LODIGIANI-F. MAINO-M. RAITANO, *op. cit.*, 110, ove si nota che «se da un lato […] la riforma prevede una franchigia che evita la penalizzazione del reddito da lavoro per un'occupazione trovata durante la fruizione del reddito minimo, così correggendo una stortura macroscopica del RdC […], è anche vero che questo viene fatto in modo rozzo, cioè senza prevedere un sistema strutturato in cui vi sia un'aliquota marginale effettiva che incentiva l'acquisizione di un'occupazione non necessariamente saltuaria o a basso salario».

[168] S. SACCHI-A. CIARINI-G. GALLO-R. LODIGIANI-F. MAINO-M. RAITANO, *Sostegno ai poveri*, cit., 107-108, i quali notano che peraltro «non poche criticità desta l'aver indicato i PUC specificamente come leva di politica attiva del lavoro», dal momento che, essendo i PUC nella titolarità dei comuni, «paradossalmente ricadrebbe sui comuni l'onere di sviluppare con l'aiuto degli enti del Terzo settore

A fronte di tali innovazioni complessivamente apprezzabili (o, in alcuni casi, quanto meno ambivalenti), si registra un deciso irrigidimento dei vincoli che sostanziano la condizionalità, soprattutto con riguardo al versante lavorativo. L'art. 9, co. 1, del d.l. n. 48/2023 infatti, sulla scia di modifiche restrittive apportate nel 2022 alla normativa sul Rdc, stabilisce che i componenti attivabili al lavoro dei nuclei familiari beneficiari dell'Adi siano tenuti, a pena della decadenza dal beneficio prevista dall'art. 8, co. 6, lett. d), ad accettare «un'offerta di lavoro» relativa a «un rapporto di lavoro a tempo indeterminato senza limiti di distanza nell'ambito del territorio nazionale»[169] oppure a «un contratto di lavoro a tempo determinato, anche in somministrazione, qualora il luogo di lavoro non disti più di 80 chilometri dal domicilio del soggetto o sia raggiungibile in non oltre 120 minuti con i mezzi di trasporto pubblico», purché si tratti di «un rapporto di lavoro a tempo pieno o a tempo parziale non inferiore al 60 per cento dell'orario a tempo pieno» e con una «retribuzione non […] inferiore ai minimi salariali previsti dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81».

In relazione alle previsioni appena richiamate diversi sono i profili di criticità evidenziabili. Manca, in primo luogo, qualunque riferimento espresso alla "congruità" dell'offerta di lavoro, con la conseguenza che il beneficiario dell'Adi, in presenza degli altri presupposti sopra ricordati, deve accettare senza alcuna alternativa qualunque offerta di lavoro (salvo non voler vedere uno spiraglio per tale tipo di valutazione nel generico riferimento dell'art. 8, co. 6, lett. d), al «giustificato motivo» che potrebbe fondare il rifiuto dell'offerta). Il beneficiario risulta così tenuto a svolgere l'attività lavorativa proposta a prescindere da ogni valutazione circa la conformità della stessa alle «proprie possibilità» e alla «propria scelta», a cui fa riferimento l'art. 4, co. 2, Cost., e in contraddizione – pare di poter affermare – con la complessiva *ratio* dei riferimenti costituzionali al lavoro, strettamente permeati, come sappiamo, di personalismo. Se consideriamo poi che a tale (mancata) previsione si aggiunge l'assenza di riferimenti ad una durata minima del rapporto di lavoro e ad un livello minimo del salario proposto[170] e, salvo limitate eccezioni, la previsione di una disponibilità, in caso di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, a spostarsi ovunque nell'ambito del territorio nazionale, non può che valutarsi negativamente la rigidità del disposto normativo, tanto più alla luce della composizione dei nuclei beneficiari della misura in esame, in cui devono

---

postazioni PUC per i beneficiari del SFL, in carico invece ai CpI, con un sovraccarico di lavoro per i comuni stessi», mentre «se la gestione dei PUC dovesse essere di titolarità dei CpI è legittimo chiedersi se questi ultimi saranno in grado di predisporli e gestirne tutto l'iter attuativo».

[169] Il comma 1-bis prevede che tale previsione non operi «nel caso in cui nel nucleo familiare siano presenti figli con età inferiore a quattordici anni, anche qualora i genitori siano legalmente separati» e che in tal caso «l'offerta va accettata se il luogo di lavoro non eccede la distanza di 80 chilometri dal domicilio del soggetto o comunque è raggiungibile nel limite temporale massimo di 120 minuti con i mezzi di trasporto pubblico».

[170] L'art. 25 del d.lgs. n. 150/2015, a cui la normativa sul Rdc faceva rinvio in relazione alla definizione della congruità dell'offerta, stabiliva che, per i beneficiari del Rdc, la durata del contratto di lavoro a tempo determinato non fosse inferiore a tre mesi e che la retribuzione fosse «superiore […] di almeno il 10 per cento rispetto al beneficio massimo fruibile da un solo individuo, inclusivo della componente ad integrazione del reddito dei nuclei residenti in abitazione in locazione», cioè superiore a 858 Euro mensili.

necessariamente essere presenti soggetti appartenenti a categorie reputate fragili o comunque meritevoli di particolare attenzione[171].

È stato a tal proposito affermato che «l'ampliamento della "qualità" delle occasioni di lavoro che i percettori non potranno legittimamente rifiutare rischia di relegare in secondo piano proprio quella multidimensionalità della povertà e dell'esclusione sociale che l'AdI – negli intenti dichiarati sin dalla sua definizione – ambisce a contrastare e a prevenire»[172]. Ciò risulta ancora più evidente se si tiene conto del fatto che, in caso di mancata accettazione dell'offerta di lavoro o di inadempimento di altri obblighi previsti da parte di coloro che vi sono tenuti[173], la decadenza dal beneficio è immediata a differenza di quanto stabilito dalla previgente normativa sul Rdc, che prevedeva un sistema di decurtazioni graduali della prestazione, e riguarda, in questo caso non diversamente da quanto in precedenza previsto, l'intero nucleo familiare, facendo ricadere su tutti le conseguenze di ogni inadempimento di cui si sia reso responsabile un solo componente della famiglia[174]. Ne è uscita ulteriormente accentuata la logica costrittivo-punitiva della condizionalità, che già era stata evidenziata criticamente in rapporto al Rdc[175], a proposito del quale si era affermato che

[171] Come rilevato da A. SARTORI, *Misure di inclusione sociale*, cit., 756, secondo la quale «stupisce un poco questo accanimento nei confronti dei componenti occupabili di nuclei che il legislatore stesso riconosce come affetti da particolari fragilità, tanto da meritare questo *benefit* categoriale».

[172] S. CAFFIO, *L'introduzione dell'Assegno di inclusione (artt. 1-6, 9, 11, 13, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023)*, in E. DAGNINO-C. GAROFALO-G. PICCO-P. RAUSEI, *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 c.d. "decreto lavoro", convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2023, n. 85*, Adapt University Press, 2023, 173, il quale rileva che «l'assenza di parametri di distanza dalla residenza […] non tiene conto della circostanza che, date le caratteristiche e i requisiti soggettivi richiesti per accedere all'AdI, la composizione del nucleo familiare si caratterizzerà sempre per la presenza di almeno una categoria di soggetti "socialmente" fragili o svantaggiati […] e che, alla luce di ciò, non è improbabile che uno dei familiari sia "non attivabile" perché gravato da carichi di cura», con la conseguenza che «l'onere di accettare un'offerta di lavoro proveniente da ogni "dove" non solo impedirà a chi accettasse una offerta di lavoro lontana dalla residenza (non suscettibile di pendolarismo giornaliero) di coadiuvare il familiare su cui incombono le cure degli altri membri della famiglia, ma il suo allontanamento rischia di relegare il componente addetto/a ai compiti di cura in una permanente condizione di assenza dal mercato del lavoro, peraltro con l'aggravante degli ancestrali effetti sperequati rispetto ai generi» (pp. 173-174).

[173] L'art. 8, co. 6, del d.l. n. 48/2023 stabilisce che «il nucleo familiare che percepisce l'Assegno di inclusione decade dal beneficio se un componente del nucleo, tenuto agli obblighi di cui all'articolo 6: a) non si presenta presso i servizi sociali o il servizio per il lavoro competente nel termine fissato, senza un giustificato motivo; b) non sottoscrive il patto per l'inclusione o il patto di servizio personalizzato, di cui all'articolo 4, salvi i casi di esonero; c) non partecipa, in assenza di giustificato motivo, alle iniziative di carattere formativo o di riqualificazione o ad altra iniziativa di politica attiva o di attivazione, comunque denominate, nelle quali è inserito dai servizi per il lavoro, secondo quanto previsto dal patto di servizio personalizzato, ovvero non rispetta gli impegni concordati con i servizi sociali nell'ambito del percorso personalizzato, ovvero non frequenta regolarmente un percorso di istruzione degli adulti di primo livello, previsto dall'articolo 4, comma 1, lettera a), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 29 ottobre 2012, n. 263, o comunque funzionale all'adempimento dell'obbligo di istruzione; d) non accetta, senza giustificato motivo, una offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 9, relativamente ai componenti del nucleo attivabili al lavoro; e) non rispetta le previsioni di cui all'articolo 3, commi 7, 8, 10 e 11 ovvero effettua comunicazioni mendaci in modo da determinare un beneficio economico maggiore; f) non presenta una DSU aggiornata in caso di variazione del nucleo familiare; g) viene trovato, nel corso delle attività ispettive svolte dalle competenti autorità, intento a svolgere attività di lavoro, senza aver provveduto alle prescritte comunicazioni di cui all'articolo 3».

[174] Come notato criticamente da M. VINCIERI, *Le nuove misure di inclusione sociale*, cit., 265-266.

[175] M. D'ONGHIA, *Reddito di cittadinanza e reddito di emergenza*, cit., 137-138, a proposito del Rdc, afferma, richiamando a supporto del rilievo l'articolato sistema di sanzioni previste dalla legge, che «la rigorosa previsione di *mutual obligation* risponde non solo (e non tanto) alla condivisibile logica di

la condizionalità prevista dalla sua disciplina «appare […] più severa rispetto a quella imposta ai titolari di trattamenti di disoccupazione (e anche a quella prima prevista per i beneficiari del ReI)»[176].

I profili di criticità evidenziati in ordine alla conformazione dell'Adi, la cui disciplina, nel quadro di una riforma inclusiva dell'introduzione del Sfl e complessivamente fortemente riduttiva dell'intervento pubblico di contrasto alla povertà, ha, come si è visto, accentuato in maniera significativa i connotati workfaristici della principale misura nazionale anti-povertà, rischiano di saldare i propri effetti con quelli di alcuni recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale, sui quali, in conclusione del presente scritto, è il caso di soffermarsi brevemente.

6.3. *Il duplice volto delle misure di contrasto alla povertà e le sue implicazioni: notazioni a partire da recenti sviluppi giurisprudenziali*

L'analisi dei tratti distintivi dell'ultima misura nazionale di contrasto alla povertà introdotta nell'ordinamento italiano, i quali, in modo ancora più marcato di quanto era proprio delle misure precedenti, accentuano la centralità della condizionalità di impronta occupazionale[177], apre la via ad una riflessione più ampia sulle implicazioni della struttura delle misure di contrasto alla povertà in ordine all'effettività della tutela del diritto ad una vita dignitosa.

A tal proposito, va innanzitutto sottolineata, in rapporto alla definizione delle finalità delle misure contro la povertà (e delle retoriche politiche che ne hanno accompagnato l'introduzione, soprattutto con riguardo al Rdc e all'Adi) un aspetto molto rilevante (anche) dal punto di vista costituzionalistico. Si tratta della (perdurante) resistenza delle classi dirigenti italiane (e, tra queste, della classe politica) a porre chiaramente quella del contrasto alla povertà come questione che evoca l'esigenza di politiche redistributive funzionali a garantire un diritto (ad una vita dignitosa). Si preferisce invece puntare fortemente sul profilo, al primo complementare (ma che si tende a presentare come senz'altro preminente), della necessità di fornire l'opportunità di modificare la propria traiettoria esistenziale attraverso percorsi di inclusione lavorativa/sociale (declinati all'insegna di una, più o meno rigida, "condizionalità")[178].

---

partecipazione attiva e di responsabilizzazione dei processi di inclusione sociale, che negli ultimi decenni si è sempre più affermata, quanto (soprattutto) all'obiettivo di evitare derive opportunistiche e assistenzialistiche, la c.d. trappola della povertà, secondo cui risulterebbe più conveniente rimanere in condizione di assistenza che lavorare».

[176] M. D'ONGHIA, *Reddito di cittadinanza e reddito di emergenza*, cit., 138.

[177] S. GIUBBONI, *Il reddito di cittadinanza*, cit., 87-88, evidenzia peraltro, soffermandosi sulle misure che hanno preceduto l'Adi (e il Sfl), che «la curvatura offertistica o lavorista che dir si voglia del nostro reddito di cittadinanza (come già del reddito di inclusione) risponde, al netto delle irrisolte inefficienze e delle tare storiche del sistema italiano, a una comune matrice politica, che è profondamente europea», cosicché «reclamare un adeguamento alle raccomandazioni e agli *standard* prevalenti all'interno dell'Unione, come si è fatto a ragione per anni, ed insieme lamentare lo schiacciamento del reddito di cittadinanza su questa visione indubbiamente 'riduzionistica' della povertà, che è, però, esattamente la visione accolta e propalata – per lustri – dalle istituzioni sovranazionali».

[178] Così C. GORI, *Combattere la povertà. L'Italia dalla social card al COVID-19*, Roma-Bari, 2020, 180, il quale rileva che «paradossalmente, la stagione segnata dal più grande sforzo redistributivo mai

Ne deriva, in senso negativo, in primo luogo, la tendenza a caricare «le misure di reddito minimo di aspettative che da sole non sono in grado di soddisfare», dato che «la possibilità di ottenere un effettivo cambiamento nella vita dei beneficiari dipende […] solo in parte da questi interventi», essendo «cruciali anche le altre politiche di welfare, il contesto in cui vivono le persone coinvolte e le loro condizioni individuali»; in secondo luogo, la tendenza a svilire «il valore dei diritti sociali presso l'opinione pubblica, in quanto non si promuovono le politiche contro la povertà per quella che è, in effetti, la loro primaria ragion d'essere: assicurare ai più deboli il diritto a una vita decente»[179], diritto che, come si è avuto modo di evidenziare a più riprese nel presente lavoro, si configura nell'ordinamento italiano come diritto fondamentale.

A stimolare la riflessione è poi, sul piano più strettamente giuridico, tra l'altro, la giurisprudenza costituzionale maturata nel corso degli ultimi anni attraverso decisioni relative a questioni concernenti la normativa sul Rei e quella sul Rdc. Per quanto le decisioni della Corte abbiano avuto ad oggetto questioni riguardanti i requisiti soggettivi di accesso alle misure e, in particolare, quelli richiesti ai non cittadini per poter fruire del sussidio, le risposte fornite dal giudice delle leggi ai dubbi di legittimità sollevati hanno fatto leva, come si vedrà, su profili riguardanti la struttura delle misure stesse, con specifico riferimento alla loro natura ambivalente di interventi di contrasto alla povertà e di politica attiva del lavoro e al ruolo svolto dalla "condizionalità".

A venire all'attenzione della Corte è stata la previsione, tanto nella normativa sul Rei (d.lgs. n. 147/2017) quanto in quella sul Rdc (d.l. n. 4/2019), tra i requisiti di accesso, del possesso del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo. Si tratta di un titolo di soggiorno a tempo indeterminato, per il cui conseguimento, oltre alla titolarità da almeno cinque anni di un permesso di soggiorno in corso di validità, è richiesta, ai sensi dell'art. 9, co. 1, del d.lgs. n. 286/1998, «la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale», importo che, in caso di richiesta relativa ai familiari, è incrementato quantitativamente e integrato dalla necessaria disponibilità di un alloggio idoneo secondo la normativa regionale sull'edilizia residenziale pubblica o dotato dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio.

La problematicità della previsione di tale requisito si comprende agevolmente se si tiene conto della natura delle misure di cui si parla, destinate a persone in condizione di povertà e finalizzate a contrastare appunto la povertà. Con tale natura pare porsi in contraddizione la previsione del necessario possesso di un titolo di soggiorno conseguibile solamente se si supera una determinata soglia di reddito: se si è privi di reddito, al netto della rilevanza anche di requisiti patrimoniali (previsti anch'essi come indicativi dello stato di disagio economico), si dovrebbe poter accedere ad una misura di contrasto alla povertà, ma, tra i requisiti di accesso, per i cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea, è richiesto…di non essere "troppo poveri". Non dobbiamo a tal proposito dimenticare quanto rilevato in altra parte del presente lavoro a

visto a favore dei più svantaggiati è stata accompagnata – nella comunicazione pubblica – da un netto ridimensionamento della natura redistributiva delle azioni realizzate».

[179] C. GORI, *Combattere la povertà*, cit., 181-182.

proposito del dovere per i pubblici poteri (e, tra questi, innanzitutto per quello legislativo) di intervenire per supportare persone che versano in condizioni di «estremo bisogno», le quali, per usare le parole della sent. n. 10/2010 della Corte costituzionale, vantano «un diritto fondamentale […] strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana». Il succitato bisogno rientra senz'altro tra i "bisogni primari" rispetto ai quali una consolidata giurisprudenza costituzionale preclude che siano operate discriminazioni tra stranieri regolarmente presenti che si fondino tra l'altro sulla durata del soggiorno. Conseguentemente, dall'accesso ad una misura finalizzata a fornire una risposta a tale tipo di bisogno non potrebbe essere escluso alcuno "straniero regolare". Fuori dall'area degli interventi volti a tutelare diritti (sociali) fondamentali, risulta invece possibile operare distinzioni all'interno dell'insieme degli stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, purché conformi a ragionevolezza[180], tali non apparendo quelle introdotte da norme che subordinino indirettamente al possesso di determinati requisiti di reddito l'accesso a misure di contrasto alla povertà.

Sulla scia di tali considerazioni, che trovavano sostegno in una giurisprudenza consolidata, si collocano i contenuti di diverse questioni di costituzionalità sollevate da giudici ordinari chiamati ad applicare le norme sul Rei e sul Rdc. È il caso, in primo luogo, delle questioni risolte dalla Corte con le sentt. nn. 146/2020 e 196/2021, vertenti sulla compatibilità della norma del d.lgs. n. 147/2027 sul Rei introduttiva del requisito del possesso del permesso UE per lungo-soggiornanti con gli artt. artt. 2, 3, 38, 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 14 della CEDU (sul divieto di discriminazione), e agli artt. 20, 21 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché, in un caso (quello che ha portato alla sentenza del 2020), anche con l'art. 31 Cost. e con l'art. 33 della Carta di Nizza. Ad essere portate all'attenzione della Corte erano state, in estrema sintesi, due questioni: una vertente sulla legittimità della previsione del requisito del possesso del succitato permesso di soggiorno ai fini dell'accesso ad una misura che si riteneva diretta a soddisfare "bisogni primari" della persona umana; l'altra vertente, ove il Rei fosse stato ritenuto misura non concernente bisogni primari, sulla ragionevolezza della correlazione tra tale medesimo requisito e il bisogno cui la prestazione era destinata a porre rimedio. In entrambe tali occasioni il giudice delle leggi, non entrando nel merito delle questioni sollevate, reputò fondate le eccezioni di inammissibilità, per difetto di motivazione sulla rilevanza, sollevate dall'Inps e dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo cui il giudice *a quo* non avrebbe tenuto conto dell'intervenuta abrogazione della norma censurata ad opera del d.l. n. 4/2019 introduttivo del Rdc, né argomentato in ordine alla sua persistente applicabilità, pur contenendo peraltro la normativa abrogatrice una disposizione transitoria attinente ai termini di applicabilità della norma impugnata. La Corte, rilevata

[180] Per un quadro generale della giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali dei non cittadini, cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, F. BIONDI DAL MONTE-E. ROSSI, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022, con particolare riguardo per la Parte terza del volume, M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017, 41 ss. e, in partic., 58 ss.

l'effettiva carenza di argomentazioni in ordine alla persistente applicazione della norma censurata e alla portata della norma transitoria, decideva, come già detto, nel senso dell'inammissibilità delle questioni sollevate, facendo rinvio nella sent. n. 196/2021 alle argomentazioni adoperate nella n. 146/2020[181].

Nelle sentt. nn. 19 e 34/2022 la Corte costituzionale entra invece nel merito, rigettando in questo caso le eccezioni di inammissibilità sollevate, di questioni aventi di nuovo ad oggetto, in termini sostanzialmente analoghi a quelli più sopra descritti, la previsione del medesimo requisito oggetto di attenzione nelle precedenti decisioni, ai fini dell'accesso, rispettivamente, al Rdc e al Rei. Considerato che la seconda decisione, relativa al Rei, riproduce pressoché integralmente il percorso argomentativo e le conclusioni della decisione sul Rdc, si può evitare di soffermarvisi specificamente, concentrando l'attenzione sulla sent. n. 19/2022.

Con riguardo alla questione relativa all'attinenza o meno del Rdc alla garanzia di diritti concernenti il soddisfacimento di bisogni primari della persona, che, ove sussistente, precluderebbe radicalmente differenziazioni tra stranieri regolarmente soggiornanti fondate sulla tipologia del titolo di soggiorno, la Corte afferma che «il reddito di cittadinanza, pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà, non si risolve in una provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale» (punto 4. del Considerato in diritto). Questi ultimi obiettivi sono ritenuti dalla Corte prevalenti rispetto alla finalità di garantire il diritto ad una vita dignitosa di persone che versano in condizioni di povertà, come attesterebbero, secondo il giudice delle leggi, «la temporaneità della prestazione e il suo carattere condizionale, cioè la necessità che ad essa si accompagnino precisi impegni dei destinatari, definiti in Patti sottoscritti da tutti i componenti maggiorenni del nucleo familiare», salvo alcune esclusioni espressamente previste (punto 4. del Considerato in diritto)[182]. La previsione di percorsi di inclusione sociale e lavorativa finisce dunque per configurarsi, nell'ambito delle argomentazioni del giudice delle leggi, come sostanzialmente confliggente (o, comunque, non pienamente convergente) con il fine del contrasto alla povertà. Il riferimento poi anche alla temporaneità della misura (di cui non è invece richiamata la rinnovabilità) come ulteriore fattore di legittimazione dell'esclusione degli stranieri non lungo-soggiornanti pare convergere verso una lettura del Rdc in sostanza come "ordinaria" misura di contrasto alla disoccupazione e di politica attiva del lavoro (per quanto non priva di alcune peculiarità), rispetto alla quale

[181] Nella sent. n. 146/2020, in conclusione del punto 2.1. del Considerato in diritto, si legge che «di fronte al silenzio del giudice a quo toccherebbe a questa Corte pronunciarsi direttamente sugli effetti dell'abrogazione della norma censurata sui giudizi pendenti, ricostruendo il significato della disposizione transitoria e applicando i criteri in ipotesi individuati dalla giurisprudenza per fattispecie simili, ma si tratterebbe di operazioni di spettanza del giudice a quo, sulle quali questa Corte esercita solo un controllo successivo di sufficienza e plausibilità in funzione della verifica della rilevanza».

[182] Con analoghe motivazioni, sulla base delle conclusioni raggiunte in ordine alle caratteristiche del Rdc, la Corte rigetta anche la questione sollevata con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 14 CEDU.

il contrasto alla povertà costituisce un fine certamente importante, ma accessorio rispetto a quello principale[183].

La Corte rigetta peraltro anche la questione sollevata in via subordinata, vertente sulla mancanza di una ragionevole connessione tra la previsione del necessario possesso del permesso di soggiorno UE per lungo-soggiornanti e le situazioni di bisogno che la prestazione mira a fronteggiare, ove non ritenute riconducibili a "bisogni primari" della persona. Viene richiamata in tal caso, oltre che, nuovamente, la natura non meramente assistenziale della misura, evidenziata dalle disposizioni espressive del principio di condizionalità, anche la durata non breve del beneficio economico (diciotto mesi, con possibilità di rinnovo). Secondo la Corte, si può, alla luce di ciò, affermare che «gli obiettivi dell'intervento implicano […] una complessa operazione di inclusione sociale e lavorativa, che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, non irragionevolmente ha destinato agli stranieri soggiornanti in Italia a tempo indeterminato», escludendo «gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma pur sempre privi di un consolidato radicamento nel territorio» (punto 6. del Considerato in diritto).

Le conclusioni cui è approdato il giudice delle leggi destano rilevanti perplessità. In primo luogo, il riferimento all'ampio orizzonte temporale della misura, quale fondamento dell'esigenza di un forte radicamento territoriale dei beneficiari, attestato dal possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, mentre pare per molti versi contraddire la sottolineatura della sua natura "temporanea" a supporto del rigetto della prima questione, non tiene adeguato conto del fatto che il radicamento territoriale è già assicurato dal distinto requisito della residenza prolungata sul territorio statale[184]. In secondo luogo, pur essendo il Rdc finalizzato anche al conseguimento di obiettivi di politica attiva del lavoro, esso ha certamente, alla luce dei previsti requisiti reddituali e patrimoniali di accesso, come scopo il contrasto alla povertà e, per molti suoi beneficiari, ad una povertà economica estrema, spesso

[183] È significativo in quest'ottica il richiamo, anch'esso al punto 4. del Considerato in diritto della sent. n. 19/2022, di una precedente sentenza, la n. 7/2021, con cui era stata dichiarata incostituzionale la previsione, in una legge regionale del Friuli-Venezia Giulia, del requisito della residenza ultra-quinquennale nel territorio regionale ai fini dell'accesso a misure di contrasto alla povertà per le quali erano stanziati appositi fondi, con la motivazione che «dal tenore della norma impugnata […] *appare chiara la finalità di destinare le risorse individuate […] a soddisfare un bisogno basilare e immediato dei beneficiari selezionati, genericamente correlato alla loro situazione di povertà, senza la previsione di un progetto di inclusione*» (corsivo mio). La mancata previsione di percorsi di inclusione risulta dunque decisiva per poter affermare la connessione di una prestazione con la finalità di soddisfare bisogni primari della persona.

[184] Così A. LAMBERTI, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza nella recente giurisprudenza costituzionale sugli stranieri* in *Nomos*, 2/2022, 30, il quale, a proposito del requisito del possesso del permesso di soggiorno UE per lungo-soggiornanti, rileva che «il radicamento territoriale dei beneficiari del Rdc è già oggetto del requisito della residenza decennale in Italia: la presenza di tale requisito, allora, induce a ritenere, evidentemente, che l'esclusione dello straniero risulti collegata soltanto alla mancanza del reddito». Cfr. anche M. D'ONGHIA, *Reddito di cittadinanza e reddito di emergenza*, cit., 134, la quale, soffermandosi criticamente sulla previsione della necessaria titolarità del permesso di soggiorno per lungo-soggiornanti ai fini dell'accesso degli stranieri al Rdc, afferma che «se un qualche requisito di appartenenza o radicamento territoriale deve essere ragionevolmente immaginato […] per evitare fenomeni di "turismo sociale", sarebbe sufficiente fissare un'adeguata e proporzionata condizione di residenza legale in Italia, senza però che questa possa spingersi oltre i cinque anni e, certamente, senza poter esigere, contestualmente, per i cittadini di Paesi terzi, il diverso e ben più esigente requisito del possesso del permesso di soggiorno per lungo-soggiornanti».

accompagnata da ulteriori fattori di fragilità. Alla luce di ciò, anche qualora il Rdc non fosse ritenuto una misura mirante a soddisfare bisogni primari della persona, l'accertamento dalla sussistenza di un grave (e spesso estremo) bisogno economico non sembra, in ogni caso, poter ragionevolmente correlarsi con la previsione di un requisito di accesso che escluda coloro i quali non siano in possesso di un certo livello reddituale minimo, cioè coloro per cui risulta particolarmente necessaria una misura di contrasto alla povertà[185]. Non può reputarsi fattore legittimante di una simile previsione la natura "polifunzionale" della misura, come opportunamente notato in dottrina da chi ricorda che «già in passato […] la Corte aveva esaminato questioni concernenti misure c.d. "polifunzionali" e aveva chiaramente affermato che la presenza di ulteriori finalità non fosse di per sé ragione sufficiente per richiedere requisiti ulteriori per determinate categorie di potenziali beneficiari, laddove la misura fosse comunque destinata a venire incontro a chi si trovasse in una condizione di estrema difficoltà dal punto di vista economico»[186]. In terzo luogo, emerge in modo chiaro la problematicità di percorsi di inclusione lavorativa e sociale improntati ad una condizionalità la quale, oltre a rischiare per sua natura, soprattutto se non adeguatamente modulata in vista di una valorizzazione dei suoi profili di promozionalità, di lasciare prive di tutela persone in stato di bisogno che non adempiano gli obblighi previsti, si traduce per alcuni, a causa del significato ascritto alla previsione stessa del principio di condizionalità, in radicale impedimento all'accesso ad una misura contro la povertà. E, a ben vedere, anche facendo propria la tesi del Rdc come misura prevalentemente di politica attiva del lavoro, appare

[185] Così E. LONGO, *L'eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 2/2022, 221, il quale afferma che «non si comprende come possa dirsi ragionevole che, una volta valutato il loro essere in stato di estremo bisogno, una categoria di potenziali beneficiari venga esclusa, in forza di un requisito formalmente insormontabile, dal godimento di un diritto sociale», risultando evidente che «i requisiti reddituali necessari ai fini dell'ammissione sono in contrasto con la necessità di alleviare la povertà estrema, specie quando essa derivi dalla inoccupazione», posto che misure come il reddito di cittadinanza e l'assegno sociale (l'autore richiama infatti anche, criticamente, le argomentazioni adoperate nella sent. n. 50/2019) «hanno natura di reddito vitale per soggetti non autonomamente autosufficienti, sebbene soddisfino contemporaneamente anche altre necessità e abbiano altri presupposti oltre il semplice bisogno». Cfr. anche G. FONTANA, *Reddito minimo*, cit., 80-81, il quale, soffermandosi sulla sent. n. 50/2019 sull'assegno sociale, ma prefigurando un'analoga pronuncia di rigetto in rapporto all'analoga previsione del permesso UE per lungo-soggiornanti in riferimento al Rdc, afferma che «le misure di contrasto alla povertà, condizione che impedisce il diritto ad una vita dignitosa, rappresentano la risposta ad un bisogno che va considerato come 'primario', per il cittadino come per il non cittadino, per lo straniero come per il nativo, che non tollera discriminazioni; ed anche a voler ammettere la discrezionalità tali da contraddire la stessa *ratio legis* ed escludere irragionevolmente persone stabilmente residenti sul territorio italiano, che pure contribuiscono sotto diversi profili allo sviluppo e alla crescita economica e sociale di tutta la comunità nazionale».

[186] G. MONACO, *Prestazioni sociali e parità di trattamento tra cittadini italiani e cittadini di Paesi terzi. Due prospettive differenti e complementari*, in *Federalismi.it*, 8/2023, 197, il quale richiama la sent. n. 166/2018, riguardante una misura nazionale di supporto al pagamento del canone di locazione, configurata in maniera tale da recare benefici non solo ai conduttori indigenti, ma anche ai locatori e alla pubblica amministrazione, sentenza in cui la Corte afferma che «la circostanza che plurime siano le esigenze che il contributo può soddisfare non esclude che tra queste ve ne siano di decisive per chi versi in una situazione di indigenza, sì da incontrare gravi difficoltà nel corrispondere il canone di locazione per la casa» (punto 5.2. del Considerato in diritto).

discutibile la sua riserva ai soli stranieri lungo-soggiornanti[187]: l'esclusione di stranieri regolari (a bassissimo reddito o addirittura privi di reddito) dall'accesso a una provvidenza contraddistinta dalla previsione di percorsi di inclusione lavorativa esclude infatti, come è stato notato, persone in povertà da una forma di garanzia di un diritto fondamentale, quale è quello al lavoro[188], sulla base del discutibile «assunto per cui l'inserimento o il re-inserimento nel mondo del lavoro costituirebbe necessariamente un passaggio, logico o fattuale, successivo all'integrazione del soggetto nella società»[189].

Bisogna peraltro rilevare che la Corte, nella sent. n. 19/2022, dopo aver rigettato la questione relativa alla violazione degli artt. 2 e 3 Cost., sul presupposto della non strumentalità del Rdc al soddisfacimento di bisogni primari della persona, afferma che «la conclusione di non fondatezza così raggiunta non esclude che resta compito della Repubblica, in attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 38, primo comma, Cost., garantire, apprestando le necessarie misure, il diritto di ogni individuo alla "sopravvivenza dignitosa" e al "minimo vitale" (sent. n. 137 del 2021)». Come notato, però, dalla Consulta, «nemmeno il rilievo costituzionale di tale compito può tuttavia legittimare questa Corte a intervenire "convertendo" verso esclusivi obiettivi di garanzia del minimo vitale una più complessa misura […] cui il legislatore ha assegnato […] finalità prevalentemente diverse». Non può che spettare dunque al legislatore assolvere il compito di garantire a tutti il diritto al minimo vitale, compito che il giudice delle leggi ha, in maniera ancora più chiara che in occasioni precedenti, ricordato ricadere tra quelli che la Repubblica è chiamata a svolgere, reperendone il fondamento costituzionale negli artt. 2, 3 e 38 Cost..

Rispetto ad un analogo *obiter dictum* della sent. n. 50/2019, di cui si è detto in altra parte di questo scritto, quello appena richiamato valorizza espressamente il riferimento (anche) all'art. 38 Cost., che, nella decisione del 2019, era stato accantonato a beneficio di un ancoraggio diretto ed esclusivo ai principi fondamentali della Costituzione e, in particolare, al principio personalista. In entrambe le circostanze, però, sebbene nell'ambito di pronunce vertenti specificamente sulla questione del trattamento da riservare ai non cittadini in ordine all'accesso a misure di contrasto alla povertà, la Corte afferma inequivocabilmente, in termini generali, la doverosità dell'intervento pubblico in vista della garanzia del diritto ad una vita dignitosa. Nella sent. n. 19/2022 si parla testualmente di «sopravvivenza dignitosa» e di «minimo vitale» come oggetto di un «diritto di ogni individuo», cosicché il riferimento all'art. 38, co. 1, risulta, per

[187] Così D. LOPRIENO, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, 272-273.

[188] A. LAMBERTI, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza*, cit., 30, afferma che «se il lavoro è un diritto inviolabile (alla luce del combinato disposto degli artt. 2 e 4 Cost.), espressione della dignità della persona e architrave dell'impianto sociale tracciato dalla Costituzione, le condizioni per rendere effettivo questo diritto, allora, debbono essere promosse e garantite non soltanto nei confronti dei cittadini, ma anche degli stranieri che si trovino per un certo periodo temporale a risiedere nel nostro territorio, anche in assenza di un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

[189] M. ROMA, *La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili*, in *Consulta online*, II/2022, 736, la quale afferma che «più in linea con il dato costituzionale, per cui la Repubblica è "*fondata sul lavoro*", sarebbe considerare proprio il lavoro lo strumento di integrazione per eccellenza, permettendo allo straniero di contribuire "*al progresso materiale o spirituale della società*"» (corsivi dell'autrice).

così dire, depurato da, quanto meno espliciti, riferimenti alla «inabilità al lavoro», autorizzando un'interpretazione di tale passaggio della pronuncia in esame alla luce dell'affermazione, contenuta nella sent. n. 50/2019 (punto 7. del Considerato in diritto), secondo cui una prestazione assistenziale finalizzata a soddisfare un bisogno primario della persona umana «non è tanto una componente dell'assistenza sociale […], quanto un necessario strumento di garanzia di un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.)». Se dunque anche agli stranieri non titolari di un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è stato riconosciuto implicitamente il diritto al minimo vitale, a fronte dell'inadeguatezza del Rdc (e di ogni misura dotata di analoga struttura) a conseguire tale scopo, al legislatore, chiamato a conferire concretezza a tale diritto, pareva aprirsi la via verso una revisione della normativa statale in materia di contrasto alla povertà che evitasse il persistere di un assetto normativo elusivo di un indefettibile compito della Repubblica. Il legislatore risultava in sostanza sollecitato a modificare le scelte precedentemente operate, limitandosi a rimuovere i limiti soggettivi previsti dalla normativa allora vigente oppure riformulando l'assetto complessivo delle misure statali contro la povertà.

Anche se tra le righe della sent. n. 19/2022 pare emergere, laddove si correla il rigetto delle questioni, tra l'altro, alla natura "mista" della misura in esame, come plausibile l'introduzione di misure finalizzate a garantire lo *ius existentiae* prive del corredo di percorsi di inclusione lavorativa e sociale, fare propria un'opzione di tale tipo risulterebbe di dubbia coerenza con il quadro dei principi costituzionali (oltre che con orientamenti consolidati a livello di diritto e politiche dell'Unione europea). Da una lettura sistematica delle norme costituzionali sui principi fondamentali emerge infatti, come sappiamo, l'esigenza che gli interventi di contrasto alla povertà integrino una componente promozionale, articolata nella previsione di servizi e percorsi, non improntati a rigida condizionalità workfaristica, finalizzati, in coordinamento con gli altri elementi costitutivi del sistema di welfare, a favorire, con il concorso attivo dei destinatari delle prestazioni, il superamento dei diversi fattori di fragilità che si accompagnano alla povertà economica (e concorrono ad aggravarla e cronicizzarla).

Il fatto che il legislatore, come sappiamo, si sia recentemente mosso in una direzione opposta rispetto a questa, decidendo di sostituire una misura, pur non priva di molti e rilevanti limiti ma comunque di stampo universalistico (selettivo), come il Rdc con una misura categoriale come l'Adi (a cui se ne aggiunge una che si può definire "per i poveri, ma non di contrasto alla povertà" come il Sfl), non fa che rendere ancora più necessario l'impegno finalizzato colmare una lacuna nel sistema italiano di welfare. Si tratta di una lacuna particolarmente rilevante in quanto l'inadempimento di un dovere costituzionale di intervento pubblico a tutela del diritto costituzionale ad una vita dignitosa, oltre a lasciare prive di tutela le singole persone povere (e le loro famiglie), appare sempre meno sostenibile, a fronte di dati sull'incidenza e intensità della povertà che ci parlano di un contesto sociale in cui il disagio economico grave tocca una porzione ormai molto ampia della popolazione, anche in ragione del suo pesante impatto negativo sulla coesione sociale e sulle condizioni dello stesso sviluppo economico.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

L'ESPERIENZA REFERENDARIA LOCALE ALLA LUCE DELLE DISPOSIZIONI STATUTARIE DEI COMUNI CAPOLUOGHI DI REGIONE*

CRISTINA EQUIZI**

SOMMARIO**:** *Parte I*: L'esperienza referendaria locale attraverso l'evoluzione degli enti locali. – 1. Introduzione. La consultazione referendaria locale prima della legge di riforma n. 142 del 1990. – 2. Il referendum locale nella legge di riforma degli enti locali n. 142 del 1990. – 3. La difficoltosa evoluzione degli enti locali prima della riforma del Titolo V. – 4. (segue)…La riforma del Titolo V e le successive innovazioni a livello locale. - *Parte II*: L'attuale esperienza referendaria locale. - 6. Lo statuto "locale" come strumento di definizione del referendum. – 7. Le diverse tipologie di referendum locale. – 8. Oggetto e limiti di ammissibilità del quesito referendario. – 9. L'iniziativa referendaria. – 10. Il giudizio di ammissibilità. – 11. Gli effetti delle consultazioni referendarie. – 12. Le difformi disposizioni statutarie sul diritto a partecipare al referendum. – 13. Le recenti iniziative referendarie locali (nazionali e oltreconfine). Cenni conclusivi

PARTE I: L'ESPERIENZA REFERENDARIA LOCALE ATTRAVERSO L'EVOLUZIONE DEGLI ENTI LOCALI

1. *Introduzione. La consultazione referendaria locale prima della legge di riforma n. 142 del 1990*

Il referendum locale[1], quale strumento di democrazia partecipativa[2], sconta l'evoluzione e la trasformazione che gli enti locali - Comuni e Province -hanno subito negli ultimi decenni.

---

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista. Testo rielaborato della relazione al Convegno dell'Associazione Gruppo di Pisa su "I referendum nell'esperienza costituzionale repubblicana", Catanzaro, 21-22 giugno 2024.

** Ricercatrice TT in Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi dell'Aquila.

[1] Per una prima ricostruzione sui referendum locali si v. *ex plurimis*: L. VANDELLI, *Consultazioni popolari a livello locale: prospettive ed ipotesi*, in *Regione e governo locale*, 3-5/1986, 6 ss.; G. RAVA, *Considerazioni in tema di referendum consultivi da parte dei Comuni*, in *Comuni d'Italia*, 1981, 1435 ss.; G. BARTORLE, R. BETTINELLI, *Trieste: Cronaca e problemi di una consultazione popolare non svolta*, in *Il*

La consultazione referendaria locale è stata disciplinata, per la prima volta, dalla legge n. 103 del 1903 recante norme sulla municipalizzazione dei pubblici servizi, disciplina che aveva previsto una consultazione referendaria, obbligatoria e di carattere deliberativo, circoscritta alle sole delibere comunali concernenti l'assunzione diretta di un servizio pubblico da parte del comune[3]. Successivamente, con la modifica operata dal R.D. n. 2578 del 1925 (T.U. delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province), il referendum deliberativo sulle municipalizzazioni da obbligatorio divenne facoltativo, dovendo essere indetto soltanto qualora la richiesta in opposizione alla delibera di assunzione del servizio pubblico fosse stata sottoscritta da almeno un ventesimo degli elettori[4].

Inizialmente, la prassi referendaria locale trovò il favore di parte della dottrina[5] che riteneva la dimensione locale «*ottimale*» per lo svolgimento di consultazioni referendarie, dal momento che «*i mali che si temono dal referendum costituzionale o statale che dir si voglia, cadono di peso, quando si viene a limitarne il campo all'amministrazione dei centri minori, dei Comuni, perché non è qui il caso di manovrare macchine complesse ed enormi ed i problemi locali, anche quando siano connessi con questioni tecniche, assumono una forma talmente piana da imporsi alla comprensione del popolo interessato*»[6].

---

politico, 1980, 635 ss.; G. VILLONE, *Nuovi diritti e democrazia diretta nel sistema locale*, in *Regione e governo locale*, 3-5/1986, 14 ss.; B. CARAVITA, *I referendum locali tra sperimentazioni, orientamenti giurisprudenziali e innovazioni legislative*, in P. BARRERA (a cura di), *Partecipazione e nuovi poteri dei cittadini (Materiali e atti del Centro di studi e iniziative per la riforma dello Stato*, n. 15) Roma, 1989, 95 ss.; A. BENAZZO, *Il referendum consultivo comunale dopo la legge 8 giugno 1990, n. 142*, in *Diritto e Società*, 1991, 658 ss.; A. DI GIOVINE, *I referendum locali*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Bari-Roma, 1992, 161 ss.; P. BARRERA, *I referendum negli ordinamenti regionali e locali. Bilancio e prospettive*, Napoli, 1992.

[2] Sulla democrazia deliberativa molti sono i contributi in dottrina. Si vv. *ex plurimis*: S. MAFFETTONE, *Introduzione, democrazia deliberativa che cosa è*, in *Democrazia Deliberativa: che cosa è*, Roma, 2004; A. MORELLI, *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in ID (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*. Milano, 2015, 2 ss.; L. BOBBIO, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e mercato*, 1/2005; M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa e deliberativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, 180 ss.; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 65 ss.; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa, un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in ID, 6 ss.

[3] P. ROSSI, *Il referendum nel nuovo sistema di governo locale*, Milano, 1999, 30. Più in generale, sulla legge n. 103/1903 si v. T. PERASSI, *Il referendum. La dottrina giuridica. Appendice Il referendum nel diritto pubblico italiano. Note alla legge 29 marzo 1903 sulla municipalizzazione dei pubblici servizi*, Roma, 1911.

[4] Tuttavia, tali norme per alcuni erano da ritenere abrogate dall'art. 343 TULPCP che considerava le deliberazioni degli organi comunali divenute esecutive come provvedimenti definitivi. Cfr. B. CARAVITA, *I referendum locali tra sperimentazioni, orientamenti giurisprudenziali e innovazioni legislative*, in *Politica del diritto*, 1989, 23. Sui servizi pubblici locali si v. *ex plurimus*: A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *Federalismi.it*, 2 novembre 2016; G. AZZARITI, G. FERRARA, A. LUCARELLI, U. MATTEI, L. NIVARRA, S. RODOTÀ, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, in *astrid-online.it*, 5 febbraio 2010.

[5] Come riportato dall'annuario statistico delle città italiane, anno I, 1906, 161 ss., a Ferrara e Mantova si svolsero due referendum consultivi in materia di finanziamento degli spettacoli.

[6] G. AVENATI BASSI, *Il referendum politico*, Torino, 1903, 36 ss.

Ma, nonostante la consapevolezza che l'istituto referendario consentisse un momento di raccordo tra rappresentati e rappresentanti[7], persisteva la preoccupazione che il referendum potesse costituire una causa di delegittimazione del sistema rappresentativo locale. Per questo motivo, il ricorso al referendum locale veniva prospettato solo per problemi «*eccezionali ed entro precisi limiti temporali*»[8].

Le contrapposte spinte sul significato da attribuire al referendum locale caratterizzarono anche il dibattito in Assemblea costituente, dove le posizioni di favore e sfavore nei confronti dell'istituto si fondavano su diversi presupposti. Per alcuni, la dimensione locale del referendum rappresentava il male minore rispetto a quello nazionale dove, (secondo la logica della delegittimazione democratica) un'alterazione dei delicati equilibri del regime parlamentare, avrebbe potuto determinare conseguenze più gravi rispetto al piano locale[9].

Altri, ritenendo il referendum «*un istituto comprensibile in un Comune […], ove si tratta di problemi locali che interessano direttamente i cittadini, ma non […] altrettanto concepibile nell'ambito nazionale*»[10], sottolineavano l'opportunità di una previsione più ampia possibile del referendum in ambito comunale dove la pronuncia popolare, riguardando «*questioni di carattere pratico ed interessi circoscritti*», avrebbe consentito al corpo elettorale di esercitare direttamente un controllo politico sull'operato dei rappresentanti[11].

Le diverse prospettive richiamate determinavano un differente approccio in relazione ai tipi di referendum da introdurre a livello locale. Infatti, mentre alcuni ritenevano che, in considerazione del carattere essenzialmente rappresentativo del sistema di governo locale, il referendum avrebbe dovuto avere il valore di «*consultazione e di parere non impegnativo*»[12], altri, al contrario, erano favorevoli all'introduzione di una consultazione di carattere deliberativo, almeno con riferimento ai provvedimenti che i consigli comunali avessero ritenuto opportuno sottoporre all'approvazione del corpo elettorale[13].

Tuttavia, in Assemblea costituente, con riguardo all'introduzione del referendum su scala locale, emerse una concezione riduttiva della «località»[14], assunta come un

---

[7] G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, ora in *Opere*, Vol. I, Milano, 1959.

[8] P. ROSSI, *op. cit*., 32.

[9] Per le diverse opinioni in Assemblea costituente si rimanda alla lettura degli Atti della seconda sottocommissione del 17 gennaio 1947. Per U. TERRACINI (si v., in maniera specifica, la seduta del 13 dicembre 1947) vi era l'esigenza di sperimentare il ricorso al referendum prima di tutto su scala locale in quanto «*soltanto una larga prassi nell'ambito […] comunale potrà farne avvertire l'utilità in sede nazionale: l'applicazione più facile e frequente che può farsene negli ambienti più ristretti fa sviluppare la tendenza a maneggiare questo strumento di intervento diretto del popolo*».

[10] On. E. LUSSU, Atti dell'Assemblea costituente, seconda sottocommissione del 17 gennaio 1947.

[11] On. G. UBERTI e On. R. LACONI, Atti dell'Assemblea costituente, seconda sottocommissione del 17 gennaio 1947.

[12] On. A. BOZZI, Atti dell'Assemblea costituente, seconda sottocommissione del 22 gennaio 1947.

[13] On. G. UBERTI, Atti dell'Assemblea costituente, seconda sottocommissione del 22 gennaio 1947.

[14] Cfr. B. CARAVITA, *I referendum locali*, cit., 26 ss. L'A. afferma che nell'individuazione delle competenze e degli interessi del Comune il territorio gioca un ruolo peculiare. La formula tradizionale secondo cui il territorio è elemento costitutivo dell'ente va intesa, da un punto di vista sostanziale, nel senso che il territorio è nello stesso tempo luogo di emersione degli interessi della collettività su di esso stanziata e luogo in cui gli interessi della collettività devono trovare realizzazione. Sotto questo profilo,

"banco di prova" dal quale trarre indicazioni sulla compatibilità tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta[15]. Ma le diverse posizioni sull'opportunità di prevedere lo svolgimento del referendum a livello comunale fecero si che, in sede di discussione finale, l'ipotesi di una disciplina costituzionale non venne presa in considerazione[16], limitando l'introduzione del referendum per le sole «*leggi e provvedimenti della Regione*» (art. 123 Cost.) e con la previsione di forme di consultazione diretta «*delle popolazioni interessate*» sulle questioni relative a modifiche dell'assetto territoriale degli enti locali, di cui agli artt. 132 e 133 della Costituzione[17].

La legislazione successiva all'entrata in vigore della Costituzione (in particolare la legge n. 278 del 1976, recante "Norme sul decentramento e sulla partecipazione dei cittadini nella amministrazione del comune"), precedente alla legge n. 142 del 1990, mancava di qualsiasi cenno alla possibilità di svolgimento di consultazioni referendarie a livello comunale[18].

L'unico riferimento presente nella legge n. 278 del 1976, con riguardo agli istituti di partecipazione popolare"[19] in ambito comunale, era contenuto nell'art. 15 che disciplinava due diverse forme di petizione: la prima poteva essere rivolta dagli elettori del comune al Consiglio comunale, ma con l'esclusiva finalità di "promuovere il decentramento comunale" (previsto ai sensi della medesima legge); l'altra, invece, poteva essere rivolta al Consiglio circoscrizionale[20] in relazione agli "affari di sua competenza". Per la petizione "circoscrizionale" si prevedeva inoltre un minimo di sottoscrittori «*pari a non meno di un decimo degli elettori della circoscrizione*»[21].

---

per il Comune - così come per gli enti locali in genere - il territorio funziona come limite alla competenza dell'ente e come criterio per l'individuazione dell'ambito di attività.

[15] Così, P. ROSSI, *Il referendum nel nuovo sistema di governo locale*, cit., 34.

[16] *Ivi*.

[17] Cfr., G.M. SALERNO, *voce Referendum*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 249 ss. Sui referendum in generale e sugli artt. 132 e 133 Cost. la dottrina è molto ampia, si vv. a titolo non esaustivo: A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, *Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, Bologna, 2022; C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo in Italia*, in *Democrazia e diritto*, 1981; G. TARLI BARBIERI, *Il referendum previsto nel procedimento di formazione dello Statuto regionale*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive, I, La nuova forma di governo delle regioni*, Torino, 2001, 125 ss.; M. SCUDIERO, *Il referendum nell'ordinamento regionale*, Napoli, 1971; G.L. CONTI, *I referendum nei nuovi Statuti regionali*, in P. CARETTI (a cura di), *I nuovi Statuti regionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2005; F. BIONDI, *Il referendum negli Statuti regionali tra innovazione e continuità*, in E. ROSSI (a cura di), *Le fonti del diritto nei nuovi Statuti regionali*, Padova, 2007; M. LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione negli Statuti regionali*, in *Issirfa*, 2005; F. MEDICO, *I referendum regionali come dispositivi del pluralismo*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3/2024, 15 ss.

[18] Legge n. 278 del 1976 abrogata con legge n. 133 del 2008.

[19] M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 37/2008, 163.

[20] La l. n. 278 del 1976, all'art. 1, prevedeva che «*i comuni possono deliberare di ripartire il territorio in circoscrizioni comprendenti uno o più quartieri o frazioni contigui, esercitando il potere di organizzazione secondo principi di ampio Decentramento*»; e all'art. 2 che «*Sono organi della circoscrizione: a) il consiglio circoscrizionale; b) il presidente del consiglio circoscrizionale. Il consiglio circoscrizionale rappresenta le esigenze della popolazione della circoscrizione nell'ambito della unità del comune. Dunque, le circoscrizioni, a norma della citata legge, rappresentavano un organo politico intermedio, tra il Comune e i cittadini residenti, con poteri prevalentemente consultivi ed in grado di convocare "assemblee per la pubblica discussione dei problemi inerenti alla circoscrizione*».

[21] Legge 8 aprile 1976 n. 278, art. 15, co. 3. Secondo quanto previsto dall'art. 15, co. 4, della legge n. 278 del 1976, nel caso di petizioni, il consiglio comunale e il consiglio circoscrizionale avevano l'obbligo, entro sessanta giorni, di "*esprimere proprie determinazioni in ordine al contenuto della*

Tuttavia, l'oggetto delle petizioni "comunali" era, prevalentemente, limitato alla possibilità di richiedere forme di decentramento comunale attraverso l'istituzione delle circoscrizioni ed il conferimento alle medesime di maggiori funzioni. I cittadini, in questo modo, avrebbero avuto la possibilità di ottenere un maggior grado di partecipazione alla vita della comunità proprio attraverso l'istituto (partecipativo) della petizione.

Successivamente, negli anni Ottanta[22], con considerevole anticipo rispetto alla riforma degli enti locali, i comuni disciplinarono ulteriori forme di partecipazione (limitatamente alle competenze amministrative ad essi attribuite) attraverso l'introduzione dei primi regolamenti comunali atti a regolare le diverse forme di referendum[23].

Il successivo diffondersi di regolamenti comunali in materia referendaria ed il concreto svolgimento delle consultazioni referendarie spinsero la dottrina ad interrogarsi sulla ammissibilità degli stessi, in assenza di una precisa disciplina legislativa in materia[24]. Ma, più specificamente, il nodo da sciogliere riguardava la legittimità delle consultazioni popolari su questioni di interesse locale[25]. Nel silenzio della legislazione, da una parte, si sosteneva la piena legittimità dei regolamenti comunali disciplinanti forme di consultazione popolare[26], in conformità al dettato costituzionale (data l'apertura agli istituti referendari)[27], pur all'interno di un modello di democrazia rappresentativa[28]. Secondo questa parte di dottrina, la disciplina degli istituti

---

petizione, secondo le modalità previste dal regolamento approvato dal consiglio comunale". Tra gli affari di competenza del Consiglio circoscrizionale vi rientrava anche l'espressione di "pareri, su propria iniziativa o su richiesta dell'amministrazione comunale, sulle materie di competenza del consiglio comunale". Pertanto, sarebbe stato possibile richiedere una petizione su qualunque materia afferente al governo del Comune. E, bisogna notare che, mentre l'oggetto delle petizioni comunali risultava essere molto ridotto, quello delle petizioni circoscrizionali era molto più ampio. Questo probabilmente al fine di favorire la partecipazione dei cittadini proprio attraverso le circoscrizioni. Così, F. CONTE, *La partecipazione popolare nell'esperienza dei referendum locali*, reperibile online http://amsdottorato.unibo.it/7018/1/conte_francesco_tesi_.pdf, 54 ss.

[22] Sul finire degli anni Settanta, il dibattito si è arricchito di nuovi spunti in seguito al «caso» suscitato dalla consultazione referendaria indetta (e mai svolta) dal Consiglio comunale di Trieste in relazione all'ubicazione della zona industriale italo-jugoslava, come individuata dal Protocollo allegato al Trattato bilaterale di Osimo. Questa vicenda animò il dibattito sulla legittimità delle consultazioni popolari comunali su questioni d'interesse locale. In particolare, la questione fu riferita all'ammissibilità del referendum consultivo comunale, ma la problematica finiva per investire il referendum locale in generale. A tale riguardo, erano emersero due impostazioni antitetiche, alle corrispondevano ad altrettanti modi d'interpretare il modello costituzionale di autonomia locale. Così, P. ROSSI, *ult. op. cit*., 36.

[23] Cfr., P. BARRERA, *Il referendum nei regolamenti comunali*, in *Democrazia e diritto*, 1/1990, 71-90; A. D'ANDREA *Partecipazione e "diritti quotidiani". Le consultazioni locali sul traffico*, in *Democrazia e diritto*, 1/1990, 91- 107.

[24] B. PEZZINI, *Il referendum consultivo nel contesto istituzionale italiano*, in *Diritto e società*, n. 3/1992, 444 ss.

[25] P. ROSSI, *ult. op. cit*., 36.

[26] Cfr., A. BARDUSCO, *Sui referendum locali*, in *Amministrare*, 1-2/1989, 126; B. CARAVITA, *I referendum locali tra sperimentazione, orientamenti giuridici e innovazioni legislative*, cit., 23; S. BARTOLE, E. BETTINELLI, *Trieste: cronaca e problemi di una consultazione popolare non svolta*, in *Il Politico*, n. 4/1980, 639; D. NOCILLA, *Trieste e la "Ragion Politica"*, in *Diritto e società*, 2/1980, 315 ss.; P. VIPIANA, R*eferendum consultivi regionali e comunali*, in *Diritto e società*, 2/1990, 239.

[27] Artt. 75, 123, 132, 133, 138 Cost.

[28] Per un approfondimento sulla democrazia rappresentativa si v. *ex plurimis*: P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*,

referendari avrebbe dato attuazione al principio di sovranità popolare, espresso dall'art. 1 Cost., e al principio di autonomia degli enti locali, contenuto nell'art. 5 e nell'originario art. 128 della Costituzione. Secondo questo orientamento dottrinale, i referendum locali avrebbero dovuto essere attinenti a questioni di esclusivo interesse comunale[29] in ragione del principio della territorialità degli enti locali[30].

Secondo un diverso orientamento[31], invece, in assenza di una base legislativa e costituzionale (del referendum locale), non era configurabile alcuna potestà dei comuni di indire e disciplinare referendum consultivi, neppure su questioni di esclusivo interesse della popolazione locale. Pertanto, per i Comuni non sarebbe stato legittimo disciplinare i meccanismi di democrazia diretta in assenza di una base legislativa che ne individuasse forme ed interessi pubblici[32]. Inoltre, la lettura in chiave "più restrittiva" del disegno costituzionale sulle autonomie portava ad escludere che il comune, quale ente esponenziale della comunità locale, potesse chiedere ai cittadini di esprimersi in ordine a decisioni di propria competenza (o di competenza di altri soggetti istituzionali)[33]. E, sempre per questa parte della dottrina, pur ammettendo che, in virtù del principio di sovranità popolare (di cui all'art. 1, co. 2, Cost.), ogni manifestazione di democrazia debba essere guardata con favore, il referendum comunale non sarebbe potuto rientrare nelle "forme" di espressione della volontà del corpo elettorale menzionate in Costituzione[34].

Pur nell'assenza di precise norme legislative (e nella scarsa chiarezza delle pronunce giurisprudenziali[35]), le consultazioni referendarie locali, inizialmente, sono state ritenute legittime se: collegate ad interessi della collettività locale; inserite in un procedimento volto a terminare con atto delle autorità comunali; o finalizzate ad orientare successive attività degli organi del Comune[36].

Nell'ordinamento vigente prima della riforma del 1990, si riteneva dunque l'ammissibilità dei soli referendum locali a carattere consultivo relativi a questioni

---

1/2017, 1 ss.; B. CARAVITA, *I circuiti plurali della decisione nelle democrazie moderne*, *Federalismi.it*, 1/2017, M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa e deliberativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, 180 ss.; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 65 ss.

[29] B. CARAVITA, *I referendum locali*, cit., 26.

[30] F. CONTE, *La partecipazione popolare*, cit., 57 ss.

[31] D. NOCILLA, *Trieste e la "Ragion Politica"*, cit., 309.

[32] F. CONTE, *La partecipazione popolare*, cit., 59 ss.

[33] P. ROSSI, *ult. op. cit*., 40. Per un approfondimento si v., L. COEN, *Consultazioni popolari e autonomia locale*, in *Regione governo locale*, 3-5/1986, 21 ss.; M.S. GIANNINI, *voce Autonomia. Teoria generale e diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, 365 ss.

[34] Sul punto si v. *ex plurimis*: D. NOCILLA, *Trieste e la "Ragion Politica"*, *op. cit.*, 319; C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), *Principi fondamentali, Art. 1-12*, Roma, Bologna, 1975, 1 ss.

[35] Si v. TAR Toscana, sent. n. 1016/1988.

[36] Corte cost., sent. n. 829 del 1988. Così, P. ROSSI, *ult. op. cit*., 46-47. Cfr. anche L. COEN, *Consultazioni popolari e autonomia locale*, cit., 46; P. BARRERA, *Una novità istituzionale: i referendum consultivi (o di indirizzo?) di iniziativa popolare*, in *Le Regioni*, 1987; B. CARAVITA, *I referendum locali*, cit., 27.

inerenti al rapporto con gli interessi della collettività locale, ed inseriti all'interno di un procedimento decisionale dell'ente medesimo.

Questa ricostruzione è stata adottata dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla prassi al fine di superare i problemi derivanti dalla mancata previsione, in Costituzione e in una legge *ad hoc*, dei referendum locali e da quelli derivanti da una utilizzazione "eccessivamente rigorosa" del rinvio ai «*principi fissati da leggi generali della Repubblica*» (di cui all'art. 128 Cost.)[37]. Tuttavia, tale visione rischiava di ridurre i referendum locali a poco più di sondaggi di opinione delle popolazioni interessate, soprattutto per l'iniziativa proveniente da parte del governo cittadino (o locale), e per decisioni occasionali assunte in assenza di una disciplina regolamentare organica[38].

Notevoli dubbi suscitava anche l'indizione di un referendum avente ad oggetto questioni interne alla vita dell'ente locale (quali, ad es., le scelte urbanistiche, ambientali ecc.) in ragione del fatto che la consultazione, soprattutto se indetta su iniziativa dell'amministrazione, avrebbe potuto assumere connotazioni plebiscitarie[39], incompatibili con un ordinamento che prevede meccanismi diversi per far valere la responsabilità politica della rappresentanza[40].

Si temeva dunque che la consultazione referendaria potesse provocare un trasferimento della decisione politica da un soggetto (l'ente locale) ad un altro (il corpo elettorale) senza che a tale spostamento si accompagnasse una diversa imputazione formale della decisione medesima. Vale a dire che il referendum avrebbe potuto essere utilizzato, in modo illegittimo, per scaricare altrove il "peso" politico della decisione, a tutto vantaggio degli organi rappresentativi[41].

Per evitare un rischio siffatto si era persino pensato di considerare le consultazioni dirette non tanto quale espressione della sovranità popolare o, quantomeno, strumento di partecipazione politica, quanto, piuttosto, come un semplice mezzo per acquisire, nel corso di un procedimento amministrativo, «*elementi materiali di valutazione*» (quali, ad esempio, atteggiamenti, propensioni, preferenze con riguardo a specifici contenuti dell'atto) riducendo, in tal modo, il referendum ad un momento del procedimento amministrativo se non ad un innocuo sondaggio d'opinione.

2. *Il referendum locale nella legge di riforma degli enti locali n. 142 del 1990*

La riforma degli enti locali introdotta, in attuazione del quadro costituzionale, con la legge n. 142 del 1990 ("Nuovo ordinamento delle autonomie locali") conteneva

[37] B. CARAVITA, *I referendum locali*, cit., 33.

[38] *Ivi*.

[39] La consultazione referendaria, quando sollecitata "dall'alto" può assumere un carattere "plebiscitario". Il referendum può infatti essere impiegato per rafforzare il legame tra un leader politico ed il suo elettorato di riferimento. Si pensi ad un capo di Stato o di governo che, mediante una consultazione popolare su un argomento chiave del suo programma, miri in realtà ad ottenere una legittimazione del suo intero operato instaurando un legame diretto con il popolo, anche scavalcando eventuali legami fiduciari con le assemblee rappresentative. Cfr., F. CONTE, *La partecipazione popolare*, cit., 44-45.

[40] P. ROSSI, *Il referendum nel nuovo sistema di governo locale*, cit., 45.

[41] *Ivi*.

diverse novità, fra cui anche elementi in materia di partecipazione popolare. Fra tali novità non c'è dubbio che la più rilevante, perché prodromica rispetto a tutte le altre, sia stata quella relativa all'attribuzione di potestà statutaria e di specifici ambiti di autonomia da riconoscere agli enti locali[42].

Con questa riforma il legislatore ha introdotto una prima disciplina degli strumenti di partecipazione attraverso la previsione degli "Istituti di partecipazione" quali: la "Partecipazione popolare" (art. 6), l'"Azione popolare, diritti d'accesso e di informazione dei cittadini" (art. 7) e il "Difensore civico" (art. 8) [43].

Rispetto alla ricostruzione giurisprudenziale che fondava l'ammissibilità dei referendum comunali sulla base del riconoscimento alla consultazione popolare di una funzione integrativa dell'istruttoria amministrativa, il legislatore del 1990 ha privilegiato l'aspetto "partecipativo" delle consultazioni popolari[44]. Tuttavia, va innanzitutto rilevata la disomogeneità degli istituti di partecipazione introdotti, i quali fanno riferimento a diverse accezioni del termine "partecipazione". In particolare, solo il primo dei tre articoli fa espresso riferimento alla "partecipazione popolare", intesa quale contributo alla formazione dell'indirizzo politico dell'ente locale.

I successivi interventi legislativi che hanno avuto ad oggetto la legge n. 142/1990 hanno ulteriormente modificato, in modo significativo, l'assetto istituzionale delle autonomie locali. Infatti, il Parlamento, approvando in un breve intervallo di tempo, dopo la legge n. 142/90, le leggi nn. 81/93 (sull'elezione diretta del Sindaco e del Presidente della Provincia) 59/ 97 e 127/97 (le c.d. «Bassanini») ha proceduto ad un intervento di "riforma della riforma" del sistema locale.

In questo processo è da ricomprendersi anche la legge n. 241 del 1990, di disciplina del procedimento amministrativo, e il d. lgs. n. 112 del 1998, di attuazione della l. n. 57 del 1997, sull'attribuzione di funzioni e compiti amministrativi dello Stato a Regioni ed Enti locali. Ma, dal punto di vista di chi scrive, è soprattutto il passaggio rappresentato dall'approvazione della legge n. 81 del 1993, che introduce un meccanismo di elezione diretta del Sindaco, a costituire un autentico punto di rottura con il modello istituzionale tradizionale modificando gli equilibri della democrazia rappresentativa come strutturati sul piano locale[45].

È importante sottolineare come successivamente alla legge n. 142 del 1990 si è assistito ad un rallentamento nel ricorso all'istituto di democrazia diretta in sede locale. Infatti, le consultazioni referendarie svolte sono risultate episodiche e con risultati (in termini di partecipazione dei cittadini) che hanno destato forti perplessità sulla «tenuta» dell'istituto.

Attraverso i limiti posti dalla legge n. 142 del 90, dagli statuti e, ove adottati, dai regolamenti (comunali e provinciali) lo spazio del referendum a livello locale è rimasto,

---

[42] P. ROSSI, *ult. op. cit*., 65-66.

[43] V. A. ZUCCHETTI, *Articolo 8*, in V. Italia (a cura di) *Testo unico degli enti locali* – Vol. I, Milano, 2000, 86 ss. Le stesse disposizioni, successivamente, hanno subito significative modifiche ad opera della legge n. 265 del 1999 (Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142) che furono in seguito trasposte integralmente nel D.Lgs. n. 267 del 2000, (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, TUEL).

[44] F. CONTE, *La partecipazione popolare*, cit., 65.

[45] P. ROSSI, *Il referendum nel nuovo sistema di governo locale*, cit., 138.

infatti, molto circoscritto. In particolare, i limiti posti dalla legge n. 142/90 facevano riferimento alla possibilità di sottoporre a referendum le sole materie di competenza esclusiva locale e alla non coincidenza con le altre operazioni di voto. E, con specifico riguardo al primo limite (sottoponibilità a referendum delle materie di esclusiva competenza locale) bisogna richiamare i limiti del referendum consultivo come erano stati individuati negli anni precedenti attraverso due diversi orientamenti.

Secondo una visione più restrittiva, il referendum comunale non avrebbe potuto riguardare questioni sulle quali l'ente locale non avesse competenza decisionale[46] e si sosteneva che, ove la dimensione degli interessi coinvolti «*ecceda decisamente la circoscrizione comunale, il referendum rischia di divenire strumento di laceranti contrapposizioni tra diverse collettività, in occasione di processi decisionali che si risolvono comunque a livello più ampio*»[47]. Per contro, altri consideravano legittima l'indizione dei referendum consultivi «*anche su materie di solo interesse locale*», in ragione della notevole flessibilità dell'istituto[48].

Ma il legislatore, privilegiando la preoccupazione di «*non sovrapporre significati politici e valutazioni su problemi determinati, rispetto a quella di evitare scarse affluenze alle urne in occasione di consultazioni referendarie*»[49], ha assunto una posizione ancor più restrittiva, estendendo il divieto - oltre che ad ogni tipo di consultazione elettorale (politica o amministrativa) - alle consultazioni popolari, nonché a tutte le altre operazioni di voto, alle quali vanno ricondotte eventuali altre operazioni di voto come i referendum nazionali o regionali, ovvero provinciali.

Pertanto, la scelta legislativa operata è sembrata riconducibile alla volontà d'impedire ogni momento di possibile "aggancio" fra lo svolgimento di referendum e lo svolgimento di elezioni legate a forme di rappresentanza politica e, quindi, ad impedire, attraverso il ricorso alle consultazioni popolari o ai referendum, una alterazione dei meccanismi di selezione della rappresentanza politica. Meccanismi che si fondano «*sul principio per cui gli organi di governo ricevono la propria investitura unicamente sulla base del procedimento elettorale*»[50].

Il successivo Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL), di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, ha, inoltre, disposto che gli statuti comunali e provinciali stabiliscano «*le forme...della partecipazione popolare*» (art. 6, co. 2) e quelli comunali, in particolare, valorizzino, anche su base di quartiere o di frazione, le libere forme associative[51] (art. 10, co. 3) e «*promuovano organismi di partecipazione popolare*

[46] Cfr. P. ROSSI, *ult. op. cit*., 150.

[47] L. VANDELLI, *Consultazioni popolari a livello locale*, cit., 3.

[48] P. ROSSI, *ult. op.cit*., 150.

[49] L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali*, cit., 3 ss.

[50] P. ROSSI, *op. ult. cit*., 156. Tuttavia, di là dal tentativo apprezzabile operato dal legislatore per cercare di «*limitare - per quel tanto che è possibile e là dove è possibile - l'intreccio non sempre virtuoso tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa*», rimaneva il fatto che tale divieto - tanto più se congiunto all'onere finanziario derivante dallo svolgimento di un referendum - avrebbe potuto disincentivare ulteriormente il ricorso alla democrazia diretta a livello locale.

[51] Assicurando anche l'accesso a strutture e servizi ad enti, organizzazioni di volontariato e associazioni. Art. 10, co. 3, TUEL.

all'amministrazione locale», nell'ottica del principio di sussidiarietà[52]. A tali strumenti di stimolo, iniziativa e sollecitazione nei confronti delle amministrazioni sono state aggiunte le «*forme di consultazione della popolazione*» (art. 8, co. 3) e «*di partecipazione alla vita pubblica locale*» degli stranieri, sia comunitari che extracomunitari (art. 8, co. 5) e i referendum (già, in precedenza, introdotti nella generalità degli ordinamenti comunali e provinciali)[53].

3. *La difficoltosa evoluzione degli enti locali prima della riforma del Titolo V*

L'espresso richiamo a Comuni e Province (unitamente alle Regioni) nella versione originaria dell'art. 114 Cost., quali enti in cui «*la Repubblica si riparte*» faceva degli enti locali articolazioni costituzionalmente necessarie della Repubblica[54]. La lettura congiunta dell'art. 114 e dell'art. 5 Cost. (e dei correlati principi democratico e pluralista) permetteva di inquadrare costituzionalmente gli enti locali (enti che l'art. 128 Cost. qualificava come «autonomi») e di porli "al riparo"[55] dall'esercizio della discrezionalità del legislatore statale. Attraverso tale, congiunta, lettura si fornivano inoltre alla Repubblica le coordinate per l'attività di adeguamento dei "principi" e dei "metodi" della legislazione «*alle esigenze dell'autonomia e del decentramento*»[56].

Con riferimento al testo originario del Titolo V della Costituzione, un primo elemento da evidenziare è la mancanza di riferimenti a potestà normative degli enti locali. Infatti, questi ultimi erano configurati quali enti deputati all'esercizio di funzioni amministrative attribuite o delegate da fonti di rango legislativo, statali o regionali. Inoltre, l'eventuale conferimento di poteri normativi agli enti locali era demandato, nelle forme e nei limiti ritenuti opportuni, dalle «*leggi generali della Repubblica*»[57].

L'art. 128 Cost., oltre a fissare i principi nel cui ambito gli enti locali avrebbero dovuto esercitare la propria autonomia, affidava alle "leggi generali della Repubblica" anche il compito di determinarne le funzioni, coerentemente con l'esigenza di assicurare l'autonomia di Comuni e Province[58]. Per tali enti, la previsione costituzionale era finalizzata ad individuare uno spazio di autonomia organizzativa e funzionale costitutivo di un "ordinamento degli enti locali garantito" rispetto alle ingerenze

---

[52] Disciplinando anche le «*procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi*» e definendo «*le garanzie per il loro tempestivo esame*». Art. 8, co. 1 e co. 3, TUEL.

[53] Così, S. TROILO, *Fra tradizione e innovazione: la partecipazione popolare tramite consultazioni e referendum consultivi, a livello regionale e locale*, in *Federalismi.it*, 11/2016, 5-6. Cfr. anche G. ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2002, 306.

[54] V. CASAMASSIMA, *Il cammino delle autonomie locali nel prisma della sovranità popolare*, in *Federalismi.it*, 12/2024, 75 ss.

[55] *Ibidem*, 76.

[56] Così V. CASAMASSIMA, *Il cammino delle autonomie locali*, cit., 75 ss. cfr., Così G. ROLLA, *Evoluzione del sistema costituzionale delle autonomie territoriali e nuove relazioni tra i livelli istituzionali. Prospettive costituzionali e profili problematici*, *Le Regioni*, 6/2000, 1018.

[57] V. CASAMASSIMA, *Il cammino delle autonomie locali*, cit., 76-77.

[58] Risultando così la discrezionalità del legislatore. E. ROTELLI, *Art. 128,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Art. 128-133. Le Regioni, le Province, i Comuni,* Art. 128, Bologna-Roma, 1990, 20 ss.

regionali e statali[59]. Inoltre, con riferimento alle funzioni amministrative (delle Regioni) l'originario articolo 118 della Costituzione, la cui spettanza era regolata dal principio del parallelismo con la funzione legislativa[60], prevedeva la possibilità per lo Stato di delegare alle Regioni l'esercizio di ulteriori funzioni ma con la previsione di significative previsioni anche per gli enti locali[61].

Questo quadro costituzionale faceva emergere un'autonomia degli enti locali parziale e fortemente condizionata dalle decisioni assunte a livello statale e regionale. Dunque, nell'originario testo costituzionale del Titolo V, emergeva una contraddizione di fondo tra l'orientamento favorevole alla valorizzazione del ruolo degli enti locali (per i quali si prospettava l'attribuzione di ampi spazi di autonomia) e l'inidoneità degli istituti e strumenti, previsti dal testo, che ponevano gli enti locali in posizione di subordinazione rispetto allo Stato e alle Regioni, dato il sistema improntato a "logiche gerarchico-piramidali"[62].

Nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della Costituzione e la riforma del Titolo V, intervenuta nel 2001, è stata poi riscontrata l'inerzia del legislatore statale. Inerzia emersa soprattutto attraverso la mancata approvazione delle cd. "leggi generali", di cui all'art. 128 Cost., con il conseguente permanere in vigore di un ordinamento degli enti locali formatosi in epoca liberale e poi fascista[63]. Inoltre, la stessa "svolta regionalista" degli anni Settanta (emersa con la concreta istituzione delle Regioni), alla quale sono seguiti i due trasferimenti di funzioni del 1972 e del 1977, non ha determinato, almeno fino al 1990, un cambio di passo di grande rilievo per gli enti locali[64]. In questo contesto la forma di governo locale, consentita dalla elettività degli organi comunali e provinciali, vedeva fortemente limitati gli spazi entro cui potersi esprimere[65].

Un contributo importante è arrivato, come visto, dalla legge n. 142 del 1990 (Ordinamento delle Autonomie locali), i cui contenuti sono stati poi trasfusi nel TUEL (d.lgs. n. 267 del 2000). Attraverso le previsioni legislative si dava finalmente attuazione all'art. 128 Cost., accogliendo una concezione dell'autonomia come attributo proprio delle collettività radicate nei diversi territori[66].

La legge n. 142 del 1990 ha attribuito potestà statutaria (e regolamentare) agli enti locali, aprendo in tal modo la strada alle riforme successive. Ma gli spazi

[59] V. CASAMASSIMA, *op. ult. cit*., 77.

[60] Art. 118, co. 1, Cost.

[61] V. CASAMASSIMA, *op. ult. cit*., 77.

[62] *Ibidem*, 78.

[63] V. CASAMASSIMA, *op. ult. cit*., 79. Il costituente fa infatti riferimento ad una "architettura" dell'autonomia locale (strutturata in Comuni e Province) che è quella del preesistente Regno d'Italia a sua volta ereditata dalla legislazione piemontese ed ispirata ai modelli di amministrazione locale elaborati durante la Rivoluzione francese e rifiniti (con modifiche) durante il periodo napoleonico. Cfr. F. POLITI, *Diritto pubblico*, Torino, 2023, 405.

[64] Questa situazione è stata accompagnata da un'insufficiente distinzione tra le funzioni comunali e quelle provinciali che ha condotto ad una penalizzazione delle Province giacché le Regioni si sono mostrate, di fatto, poco propense a delegare funzioni amministrative agli enti locali. V. CASAMASSIMA, *op. ult. cit*., 79. Cfr. anche P. CARROZZA, *Per un diritto costituzionale delle autonomie locali*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 2007, 223.

[65] *Ibidem*, 78-79.

[66] *Ivi*.

dell'autonomia statutaria finivano per risultare fortemente circoscritti dalla normativa statale (normativa molto dettagliata nel disciplinare organizzazione e funzionamento degli enti locali)[67] e dalla stessa legge n. 142, la quale affidava al legislatore regionale il compito di individuare il profilo funzionale degli enti locali. Per questo motivo, in dottrina, alcuni hanno parlato di una "sostanziale incompiutezza della democrazia locale"[68].

4. (segue)…*La riforma del Titolo V e le innovazioni a livello locale*

A seguito della riforma del Titolo V, Parte II, Cost., intervenuta nel 2001, è stata introdotta una nuova definizione di «Repubblica» (art. 114, co. 1, Cost.) giacché la precedente versione dell'art. 114 («*La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni*») è stata sostituita dal nuovo primo comma che afferma «*la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*». Con questa nuova formulazione lo Stato sembra posto, sulla base del principio della pari dignità costituzionale, sullo stesso livello degli altri enti territoriali, intesi tutti quali "enti costitutivi" della Repubblica[69].

Attraverso questa nuova formulazione (e, dunque, attraverso la collocazione anche dello Stato tra le entità costitutive della Repubblica), si è definito il nuovo assetto della cd. "Repubblica delle autonomie", Repubblica chiamata a valorizzare e a "riconoscere" (anche attraverso la previsione posta nell'art. 5 Cost.), l'autonomia degli enti locali[70].

In questo quadro ordinamentale si comprende il significato della pari dignità costituzionale di tutti gli elementi costitutivi della Repubblica, a proposito della quale in dottrina si è affermato che «*la riforma costituzionale ha, in realtà, svolto una azione ricognitiva di un tratto costitutivo della Repubblica italiana già colto in Assemblea costituente e poi trasposto, sia pure silenziosamente, nella stessa Costituzione*»[71].

Tuttavia, non può essere sottaciuto che il principio della pari dignità costituzionale, desumibile dal nuovo art. 114 Cost., convive con la diversità di poteri e ruoli riconosciuti a Stato ed enti territoriali[72], diversità che ha comportato un innegabile divario tra Regioni ed enti locali quanto alle caratteristiche dell'autonomia garantita dalla Costituzione[73].

---

[67] R. ROMANELLI, *Centralismo e autonomie*, in ID (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, 1995, 181.

[68] Così, V. CASAMASSIMA, *op. ult. cit*., 80.

[69] Così F. POLITI, *Diritto pubblico*, cit., 407. In dottrina è stato valorizzato anche attraverso il ricorso alla definizione di «anelli istituzionali» per riferirsi a quelli evocati con il nome di "livelli" di governo. Cfr. Q. CAMERLENGO, *Stato, Regioni ed enti locali come «istituzioni parimenti repubblicane». Dai «livelli di governo» agli «anelli istituzionali»*, in *Le Regioni*, 1/2016, 80.

[70] Cfr. V. CASAMASSIMA, *op. ult. cit*., 84.

[71] Così G. ROLLA, *Il principio unitario nel sistema costituzionale a più livelli,* in *Le Regioni*, 5/2003, 710.

[72] G. GARDINI, *Crisi e nuove forme di governo territoriale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2015, 536.

[73] Cfr. V. CASAMASSIMA, *Le province nel flusso delle riforme degli enti locali. Questioni aperte e prospettive future dopo l'esito del referendum costituzionale del 2016*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 514-515.

Bisogna inoltre aggiungere che, successivamente alla riforma del Titolo V, si è andata affermando una accentuata fragilità del sistema degli enti locali, fragilità discendente da molteplici ragioni, tra le quali è possibile collocare: l'intrinseca debolezza delle autonomie, quale fragilità di fondo di tutto il sistema degli enti locali; la scarsa fiducia nelle autonomie da parte del legislatore statale emersa dalle leggi approvate successivamente al 2001 (si pensi, ad esempio, alle leggi finanziarie che negli anni hanno operato continui tagli alla spesa degli enti locali); l'imputazione alle autonomie locali di responsabilità di sprechi di denaro pubblico, di inutili farraginosità burocratiche[74]; infine, il frequente attacco (anche mediatico), agli enti locali.

E questa "fragilità" generale degli enti locali ha interessato, in particolare, la dimensione della Provincia quantunque la stessa sia stata individuata, per un determinato periodo di tempo - dalla giurisprudenza costituzionale (attraverso la cd. "chiamata in sussidiarietà"[75]) e, più in generale, della discrezionalità esercitabile dai legislatori (statale e regionali) - quale sede del trasferimento di numerose funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 della Costituzione[76].

Il ruolo delle province ha subito - come noto - rilevanti modifiche con l'approvazione della legge n. 56 del 2014 (legge Delrio), approvata "in attesa della revisione costituzionale" che non è mai stata realizzata. Tra le modifiche più rilevanti introdotte dalla legge n. 56 del 2014 vi sono: la definizione di Province (e delle Città metropolitane) quali enti di "area vasta" e la trasformazione degli organi (Presidente della Provincia e Consiglio provinciale) da organi elettivi di primo grado ad organi elettivi di secondo grado (analogo impianto per il Consiglio nelle Città metropolitane, con la differenza che il sindaco metropolitano coincide con il sindaco del comune capoluogo)[77].

---

[74] Spesso viene affermato che gli enti locali rappresentano un freno decisionale nella realizzazione dei grandi progetti.

[75] Si v. *ex plurimis*: Corte cost., sent. n. 303 del 2003. Con tale sentenza, per la prima volta la Corte costituzionale ha ammesso la possibilità per il legislatore statale di "attrarre" in sussidiarietà, alla propria competenza legislativa, oltre che amministrativa, la disciplina di determinati oggetti, a tutela di esigenze unitarie e previa intesa fra Stato e Regioni. Cfr., C. TUBERTINI, *Il riassetto delle funzioni amministrative locali: cronaca di una riforma solo in parte realizzata,* in L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi,* Rimini, 2017, 233 ss. Si v. inoltre: Q. CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 ottobre 2003, 3 ss.; S. BARTOLE, *Ripensando alla collaborazione tra Stato e Regioni alla luce della teoria dei principi del diritto*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, 1987, 63ss.; ID., *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1988, 587 ss.; F. RIMOLI, *Il principio di cooperazione tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riflessioni su una prospettiva*, in *Diritto e società*, 1988, 370 ss.; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 4/2004, 941 ss.; C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, 2-3/2011, 455 ss.

[76] V. CASAMASSIMA, *Le province nel flusso delle riforme degli enti locali,* cit., 515.

[77] La governance degli enti di area vasta si è andata completando con l'assemblea dei sindaci, per le province, e la conferenza metropolitana, per le città metropolitane, che sono composte dai sindaci dei comuni dell'ente. Cfr. V. CASAMASSIMA, *Le province nel flusso delle riforme degli enti locali,* cit., 524 ss.; C. TUBERTINI, *Nuove dinamiche territoriali e logiche metropolitane: spunti per le città medie e le aree interne*, in *Istituzioni del Federalismo,* 4/2016, 857 ss.

Sulla trasformazione del sistema di elezione e, in particolare, sul sistema di elezione degli organi delle città metropolitane, è intervenuta la Corte costituzionale che con la sentenza n. 240 del 2021 ha riconosciuto l'incostituzionalità della norma impugnata pur non dichiarandola, in ragione del rispetto dello spazio riservato alla discrezionalità del legislatore[78].

La Corte ha osservato come «*il sistema […] previsto per la designazione del sindaco metropolitano non sia in sintonia con le coordinate ricavabili dal testo costituzionale*». E questo, afferma la Corte, sia con riguardo al contenuto essenziale dell'eguaglianza del voto («*che riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e […] concorre […] a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative*»)[79] sia con riguardo all'assenza di strumenti idonei a garantire «*meccanismi di responsabilità politica e il relativo potere di controllo degli elettori locali*»[80].

Non può non evidenziarsi, dunque, che l'attuazione della disciplina contenuta nella legge n. 56 del 2014 ha risentito, come già detto, della mancata approvazione del disegno di riforma costituzionale cui essa dichiaratamente si ricollegava. Secondo quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale, rientra nella discrezionalità del legislatore il compito di predisporre le soluzioni normative in grado di porre rimedio al *vulnus* evidenziato, che rischia di compromettere, per la mancata rappresentatività dell'organo di vertice della Città metropolitana, tanto l'uguale godimento del diritto di voto dei cittadini destinatari dell'esercizio del potere di indirizzo politico-amministrativo dell'ente, quanto la necessaria responsabilità politica dei suoi organi[81].

---

[78] Corte cost., sent. n. 240 del 2021. Con tale sentenza la Corte costituzionale si è pronunciata sulla riforma degli enti di area vasta varata nel 2014 con la legge Delrio, e sulle corrispondenti norme della Regione Siciliana, secondo cui il sindaco delle Città metropolitane non è una carica elettiva poiché si identifica automaticamente con il sindaco del Comune capoluogo, a differenza del presidente della Provincia, eletto dai sindaci e dai consiglieri comunali del territorio. Le questioni sollevate dalla Corte d'appello di Catania sono state dichiarate inammissibili perché richiedevano un intervento di sistema, di competenza del legislatore. La Corte costituzionale ha tuttavia evidenziato come la normativa vigente «non sia in sintonia con le coordinate ricavabili dal testo costituzionale» circa l'uguaglianza del voto dei cittadini e la responsabilità politica del vertice della Città metropolitana. La necessità di un riassetto normativo del settore, si legge nella sentenza, è dovuta anche al fatto che la mancata abolizione delle Province, a seguito del fallimento del referendum costituzionale del 2016, ha reso «del tutto ingiustificato» il trattamento attualmente riservato agli elettori residenti nella Città metropolitana. Per un approfondimento, in dottrina, si v. *ex plurimis*: G. BOGGERO, *Dopo il referendum costituzionale del 2016 Sindaco metropolitano e Presidente della Provincia pari (non) sono? A prima lettura della sent. n. 240/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 29/2021; A. POGGI, *La sentenza 240: un nuovo strappo all'incidentalità del giudizio e un 'revirement' sulla legge Delrio*, in *Federalismi.it*, 29/ 2021; S. MANGIAMELI, *La Corte costituzionale apre uno spiraglio sulla revisione della legge Delrio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2021, 2667 ss.; A. STERPA, *"Le città (metropolitane) invisibili": perché non possono coesistere due modelli diversi di area vasta? A proposito della sentenza n. 240 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 3/2022; A. CERRI, *"Fictio litis", difesa immediata dei diritti costituzionali, controllo della rilevanza in una importante sentenza della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/ 2021, 2658 ss.

[79] Corte cost., sent. n. 429 del 1995.

[80] Corte cost., sent. n. 168 del 2021. Cfr. V. CASAMASSIMA, *Il cammino delle autonomie locali*, cit., 103.

[81] Corte cost., sent. n. 240 del 2021. Il tema oggetto della sentenza è stato affrontato dalla Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) della Camera

Infine, nel dibattito che ha accompagnato l'evoluzione degli enti locali negli ultimi venti anni, bisogna richiamare anche il referendum del 2016 con il quale le Province sono state poste al centro dell'attenzione istituzionale e pubblica. Come noto, il referendum del 2016 ha fatto venir meno la paventata riforma costituzionale[82] e questo naturalmente ha inciso, in maniera significativa, anche sull'istituto referendario a livello locale considerando il passaggio da Province a Città metropolitane con le dirette conseguenze anche sulle previsioni statutarie disciplinanti gli istituti di partecipazione.

PARTE II: L'ATTUALE ESPERIENZA REFERENDARIA LOCALE ALLA LUCE DELLE DISPOSIZIONI STATUTARIE DEI COMUNI CAPOLUOGHI DI REGIONE

5. *Lo statuto "locale" come strumento di definizione del* referendum

Con specifico riferimento alla disciplina dei referendum locali, ai sensi dell'art. 8, co. 3, TUEL, «*Nello statuto devono essere previste forme di consultazione della popolazione nonché procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi e devono essere, altresì, determinate le garanzie per il loro tempestivo esame. Possono essere, altresì, previsti referendum anche su richiesta di un adeguato numero di cittadini*»[83].

Pertanto, a norma dell'art. 8, co. 3, TUEL, la possibilità di prevedere forme referendarie è demandata direttamente agli statuti comunali per i quali la legge statale indica che possono essere richiesti "anche" da un adeguato numero di cittadini. Il

---

dei deputati dedicata alle interrogazioni a risposta immediata (seduta del 19 gennaio 2022). In particolare, in quella sede istituzionale, il rappresentante dell'Esecutivo ha evidenziato, "al fine di rimuovere i vizi che la Corte ha rilevato", la volontà del Governo ("nel più ampio rispetto delle prerogative del Parlamento e dell'esigenza di assicurare il più ampio confronto politico"), nell'affrontare questo tema anche nell'ambito di un più ampio disegno di riforma del Testo unico degli enti locali, "al fine di individuare appropriate soluzioni normative ed assicurare che l'azione delle città metropolitane avvenga in conformità ai canoni costituzionali evocati dalla citata sentenza". Cfr. *Il sistema elettorale delle Città metropolitane*, reperibile online, www.camera.it.

[82] Nel referendum del 2016 i cittadini sono stati chiamati a rispondere a tale quesito «*Approvate il testo della legge costituzionale concernente 'disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione', approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016?*». Per una dettagliata analisi si v. A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, cit., 449 ss.

[83] Art. 8, co. 4, TUEL «*Le consultazioni e i referendum di cui al presente articolo devono riguardare materie di esclusiva competenza locale e non possono avere luogo in coincidenza con operazioni elettorali provinciali, comunali e circoscrizionali*». Questo è stato ribadito anche dalla Corte dei conti (sentenza n. 527 del 1° luglio 2003) la quale ha ricordato che, a partire dalla l. n. 142 del 1990, i referendum consultivi nei Comuni devono riguardare materie di esclusiva competenza locale (tra le quali non rientra quella relativa alla fusione di Comuni, rientrante invece sulla base della Costituzione e della legislazione regionale, tra le competenze primariamente demandate alla potestà decisionale definitiva di organi regionali). Pertanto, secondo la Corte dei conti, sussiste la responsabilità amministrativa del sindaco per le spese derivanti dall'indizione di referendum consultivo in materia di fusione di comuni, stante l'omesso doveroso controllo della assoluta carenza di potere nella specie all'esercizio del potere di indizione della consultazione referendaria in detta materia.

significato dell'"anche" (posto dall'art. 8, co. 3, TUEL) è da individuare nella previsione dell'iniziativa del referendum da parte dei cittadini (previsione disciplinata diversamente in ogni statuto che prevede il numero di persone necessarie per richiedere il referendum), oltre alla possibilità d'iniziativa da parte degli organi elettivi locali. Inoltre, sempre secondo quanto previsto dalla norma statale, i referendum devono riguardare materie di esclusiva competenza locale e, in questo caso, gli statuti sono chiamati a prevedere le materie non sottoponibili a referendum (come, ad esempio, le materie di bilancio, di tributi etc.)[84]. Infine, il TUEL prevede che i referendum non possano svolgersi in concomitanza con altre operazioni di voto che riguardino il medesimo ambito territoriale.

Dunque, la normativa statale si limita esclusivamente a prevedere iniziativa, oggetto e limiti del referendum locale. Tuttavia, bisogna ricordare che, fermo restando l'obbligo, previsto dal TUEL, di previsione degli istituti di partecipazione popolare, il referendum è configurato quale elemento meramente eventuale e facoltativo degli statuti.

Appare, inoltre, interessante sottolineare la possibilità per gli statuti (comunali e provinciali) di operare un rimando, per la disciplina del referendum, ad un atto regolamentare, dunque, ad una ulteriore fonte del diritto che arricchisce il quadro delle fonti delle autonomie locali. L'eventuale previsione del regolamento conduce ad evidenziarne le specifiche peculiarità e (anche se non è questa la sede per analizzare il rapporto della dimensione propria del quadro delle fonti del diritto) non può sottacersi che, qualora previsto dallo statuto, il regolamento venga necessariamente a rapportarsi con lo stesso e venga a porsi in rapporto di competenza con le altre fonti delle autonomie locali.

Pertanto, per comprendere al meglio il significato e il ruolo odierno dei referendum locali, vi è la necessità di operare una accurata analisi delle disposizioni contenute negli statuti e nei regolamenti dei principali Comuni italiani e dell'esperienza concreta, registrata in questi anni, nell'utilizzo dello strumento del referendum locale. Analisi propedeutica al fine di operare una ricostruzione del ruolo, della funzione e delle caratteristiche dei referendum locali.

Per semplicità verranno qui analizzate le previsioni statutarie e regolamentari dei Comuni capoluoghi di regione, con riguardo: alle tipologie di referendum previste, al potere di iniziativa referendaria, all'oggetto delle consultazioni, ai limiti previsti per l'ammissibilità dei referendum, al giudizio di ammissibilità, agli effetti e, infine, alla partecipazione.

6. *Le diverse tipologie di referendum locale*

Negli statuti dei Comuni capoluoghi di regione si rinviene la disciplina di diverse tipologie di referendum, sebbene possa constatarsi come la forma prevalente sia quella

[84] Sul punto si rimanda al par. 8.

del referendum consultivo[85]. Principalmente, negli statuti comunali si rinvengono (non per tutti) quali tipologie referendarie quelle: consultive, abrogative, propositive e confermative.

I referendum consultivi (chiamati a volte anche referendum "consultivi d'indirizzo" come avviene, ad esempio, nel Comune di Milano[86]) sono stati definiti come le consultazioni deliberative che si svolgono nell'ambito comunale secondo norme e procedure determinate *ad hoc* nelle deliberazioni con cui i singoli Consigli (o direttamente le Giunte) comunali decidono di procedere a verificare la volontà della popolazione locale per fini di carattere consultivo e principalmente in relazione a questioni in materia di trasporti, salvaguardia dei centri storici e tutela dell'ambiente.

Peculiare è il singolo caso dello statuto del Comune di Venezia che individua il referendum comunale consultivo come «*atto di democrazia diretta*» che «*deve riguardare questioni interessanti la comunità locale di competenza dell'Amministrazione comunale*»[87]. Lo statuto del Comune di Milano, all'art. 12, co. 1, lett. *a*), afferma, ad esempio, che «*è indetto referendum consultivo di indirizzo su orientamenti o scelte di competenza del Comune, o riguardo ai quali il Comune possa esprimere una proposta o un parere*»[88]. Mentre lo statuto del Comune di Napoli, in maniera più specifica, afferma che il referendum consultivo «*può riguardare proposte, modifiche o revoche di atti a contenuto non vincolato o questioni attinenti alle materie di competenza comunale o della Municipalità*»[89]. Peculiari i casi del Comune di Perugia che, nello statuto, tra i referendum comunali[90] non prevede la tipologia del referendum consultivo, a beneficio del referendum propositivo e abrogativo e dei Comuni di Catanzaro[91], Genova[92], L'Aquila[93] e Napoli[94] che nello statuto, al contrario, fanno riferimento al solo referendum consultivo.

Questa tipologia di referendum ha lo scopo di ottenere dal corpo elettorale una pronuncia "formale", su una proposta o su una questione, finalizzata a fornire agli organi decisionali uno strumento di valutazione sull'opportunità di operare una determinata scelta ovvero di adottare un determinato provvedimento[95]. Tale tipologia di referendum, preventiva o successiva rispetto all'adozione dell'atto amministrativo (a

[85] La prevalenza del referendum consultivo rispetto alle altre tipologie è dovuta a diversi fattori, comunque riconducibili alla supposta incompatibilità di altre tipologie referendarie negli ordinamenti degli Enti Locali. Con l'approvazione della l.142/1990, fu proprio il referendum consultivo l'unico ad essere espressamente consentito. Sebbene, a partire dal 1999, sia scomparso il riferimento specifico ai referendum consultivi, ancora oggi, la maggior parte degli statuti si limita a prevedere quest'unica tipologia. Non sono rari, però, i casi in cui sono previste diverse forme di referendum, anche in disposizioni statutarie precedenti alla l. 265/1999.

[86] Art. 12, Statuto Comune di Milano.

[87] Art. 28, co. 1, lett. *c*), Statuto Comune di Venezia.

[88] Art. 12, co. 1, lett. *a*), Statuto Comune di Milano.

[89] Art. 12, co, 1, Statuto Comune di Napoli.

[90] Previsti all'art. 21 dello Statuto Comune di Perugia.

[91] Art. 15, Statuto Comune di Catanzaro.

[92] Art. 23, Statuto Comune di Genova.

[93] Art. 11, Statuto Comune dell'Aquila.

[94] Art. 12, Statuto Comune di Napoli.

[95] Cfr. S. TROILO, *Fra tradizione e innovazione: la partecipazione popolare tramite consultazioni e referendum consultivi, a livello regionale e locale*, cit., 13.

contenuto normativo o provvedimentale) con la finalità di conoscere l'orientamento del corpo elettorale in relazione a quel medesimo atto, si distingue sia dalle consultazioni popolari[96] che dal referendum deliberativo[97]. La stessa Corte costituzionale ha affermato che «*i referendum consultivi, anche sul piano giuridico formale, non sono vincolanti e non concorrono a formare la volontà degli organi che li hanno indetti, restano, però, espressione di una partecipazione politica popolare che trova fondamento negli artt. 2 e 3 della Costituzione*»[98].

Negli statuti e nei regolamenti presi in esami, sono spesso richiamati anche i referendum abrogativi[99] che consistono in quesiti rivolti al corpo elettorale aventi ad oggetto – appunto – l'abrogazione di un atto già vigente. Il Comune di Milano prevede, ad esempio, che venga indetto referendum abrogativo «*per la revoca, parziale o totale, di deliberazioni del Consiglio e della Giunta*»[100], mentre il Comune di Cagliari prevede l'indizione del referendum abrogativo solo per «*deliberazioni del consiglio comunale*» senza ulteriori specificazioni[101]. Anche il Comune di Aosta prevede che il referendum abrogativo possa essere proposto «*solo sugli atti della giunta e del Consiglio comunale*»[102].

I referendum abrogativi rappresentano consultazioni successive i cui effetti sono, in genere, giuridicamente vincolanti[103]. In assenza di specifiche limitazioni normative, negli enti locali i referendum abrogativi potrebbero riguardare tutti gli atti degli organi di governo con contenuto normativo o comunque di portata generale, mentre sembrerebbero incompatibili con atti amministrativi di natura gestionale o con efficacia

---

[96] Sulla distinzione tra referendum consultivo e consultazioni popolarti si rimanda al primo paragrafo e in dottrina, *ex plurimus*, P. ROSSI, *Il referendum nel nuovo sistema di governo locale,* cit., 96 ss.; B. CARAVITA, *I referendum locali*, cit., 33 ss.

[97] Sulla distinzione tra referendum deliberativo e referendum consultivo si v. G. M. SALERNO*, in Referendum (voce),* cit*.,* 258 ss. Per la distinzione tra referendum deliberativo e sondaggi di opinione e le consultazioni si v. B. CARAVITA, *I referendum locali*, cit., 37 ss.; S. TROILO, *Fra tradizione e innovazione: la partecipazione popolare tramite consultazioni e referendum consultivi, a livello regionale e locale*, cit., 9 ss.

[98] Così Corte cost., sent. n. 256 del 1989. La Corte afferma anche che questa manifestazione «ha una spiccata valenza politica ed ha rilievo sul piano della consonanza fra la comunità e l'organo pubblico nonché della connessa responsabilità politica, quale espressione di ordinamenti e di valutazioni in ordine ad atti che l'organo predetto intende compiere. Il loro esito potrebbe condizionare gli atti da compiersi in futuro w le scelte discrezionali che spettano ad organi centrali». Cfr. B. CARAVITA, *I referendum locali*, cit., 36.

[99] Referendum espressamente previsto dagli Statuti di Cagliari (art. 53), Potenza (art. 45), Roma (art. 10), Perugia (art. 21), Milano (art. 12, co. 1, lett. *c*), Aosta (art. 30), Torino (art. 15).

[100] Art. 12, co. 1, lett. c), Statuto Comune di Milano. In particolare, viene prevista l'indizione del referendum abrogativo «*per la revoca, parziale o totale, di deliberazioni del Consiglio e della Giunta quando la proposta sia presentata entro 120 giorni dalla esecutività della deliberazione e la richiesta sia sottoscritta, entro l'ulteriore termine previsto dal Regolamento, da 15.000 cittadini residenti, come individuati all'art. 11, comma 4, ovvero quando entro 120 giorni dall'esecutività della deliberazione, ne facciano richiesta due terzi dei Consigli di Municipio, con deliberazione approvata a maggioranza dei Consiglieri assegnati*».

[101] Art. 53, co.1, Statuto Comune di Cagliari.

[102] Art. 30, co. 1, Statuto Comune di Aosta.

[103] Solitamente, l'approvazione del referendum abrogativo, sottoposta ad un quorum di validità, determina la caducazione dell'atto sottoposto alla consultazione popolare, anche se con effetti posticipati nel tempo al fine di consentire al Consiglio comunale e alla Giunta di assumere le opportune decisioni comunque in linea con gli esiti della consultazione. F. CONTE, *op. cit*., 93.

particolare[104]. Sebbene con caratteristiche disomogenee, tale forma di referendum è prevista in molti dei Comuni presi in esame con l'eccezione dei Comuni di Catanzaro, Genova, L'Aquila, Napoli. Generalmente, gli statuti sottopongono i referendum abrogativi a penetranti limiti[105] (sul punto si tornerà più avanti. Si v. *infra*. 3).

Alcuni statuti prevedono, inoltre, la possibilità di svolgere referendum propositivi[106]. Tale tipologia di referendum, che potrebbe essere assimilata alle iniziative, solitamente precede (e, anzi, mira a sollecitare) una specifica decisione degli organi di governo e, nella maggior parte dei casi, risulta essere priva di effetti vincolanti giacché si limita solo a richiedere una deliberazione che può anche discostarsi dai risultati delle consultazioni, sebbene possano essere richieste maggioranze qualificate. Più raramente l'esito favorevole può determinare l'obbligo per gli organi comunali di assumere i provvedimenti necessari a conformarsi all'esito del referendum propositivo[107]. Questa tipologia di referendum è prevista dal Comune di Milano che ne prevede l'indizione «*su materie di competenza del Comune, o riguardo alle quali il Comune possa esprimere una proposta o un parere*»[108].

Il referendum propositivo è previsto anche dal Comune di Aosta ma, a differenza della previsione statutaria milanese, non viene riportato (nell'articolo dedicato alla tipologia "referendum propositivo")[109] l'oggetto sul quale può essere richiesto facendo così desumere che per i referendum propositivi valgono gli stessi limiti dei referendum consultivi e abrogativi[110].

Il Comune di Perugia accomuna, invece, il referendum propositivo e abrogativo prevedendo che entrambi possano «*riguardare solo atti di competenza del Consiglio Comunale*» e che non possano trattare specifiche materie[111].

Questa tipologia referendaria è prevista dal Comune di Firenze dove lo statuto sancisce che «*è indetto dalla Sindaca o dal Sindaco su iniziativa popolare su materie di*

[104] Il modello di riferimento del referendum abrogativo negli enti locali è quello posto dall'art. 75 Cost. che consente a cinquecentomila elettori di promuovere un quesito per richiedere l'abrogazione di una legge (o parte di essa). A livello regionale, il testo costituzionale, all'art. 123 Cost., afferma che i referendum possono riguardare oltre alle leggi anche "provvedimenti amministrativi della Regione".

[105] A titolo esemplificativo, secondo quanto disposto dall'art. 53 dello Statuto del comune di Cagliari, Non possono essere sottoposti a referendum abrogativo deliberazioni riguardanti: a) programmi, relazioni previsionali e programmatiche, piani finanziari, programmi triennali ed elenco annuale dei lavori pubblici, bilanci annuali e pluriennali e relative variazioni, rendiconto, piani territoriali ed urbanistici e relative varianti; b) tributi e disciplina delle tariffe; c) statuti delle aziende speciali; d) regolamenti ad efficacia meramente interna; e) atti dovuti in base a norme comunitarie, statali, regionali o trattati internazionali; f) atti vincolati nella forma e/o nel contenuto; g) atti stipulati tra il comune ed altri enti; h) atti posti a tutela di diritti di minoranze di cittadini; i) argomenti già oggetto di consultazione referendaria nell'ultimo quinquennio.

[106] Referendum espressamente previsto dagli Statuti di Torino (art. 17-bis), Aosta (art. 31), Milano (art. 12, co. 1, lett. *b*), Perugia (art. 21), Roma (art. 10, co. 2).

[107] F. CONTE, *op. cit*., 96-97.

[108] Art. 12, co. 1, lett. *b*), Statuto Comune di Milano.

[109] Art. 31, Statuto Comune di Aosta.

[110] Art. 29, Statuto Comune di Aosta.

[111] In particolare, le materie: nomina o deliberazioni concernenti persone fisiche, contributi ed agevolazioni, bilancio, mutui, prestiti, tributi e tariffe, sanzioni amministrative e atti riguardanti il personale del Comune, Statuto del Comune, Regolamento del Consiglio Comunale e Regolamento di Contabilità, attività amministrative vincolate da leggi statali e regionali. Art. 21, co. 2, Statuto Comune di Perugia.

competenza del Comune, o riguardo alle quali il Comune può esprimere una proposta o un parere con i limiti di cui ai commi successivi»[112].

Infine, vi è la previsione, ma solo negli statuti dei comuni di Trento[113] e Bolzano[114], del referendum confermativo "delle modifiche statutarie", referendum che viene svolto solo nel caso in cui le modifiche statutarie «*non derivino da adeguamenti imposti dalla legge*»[115]. Nel caso di svolgimento di tale referendum l'entrata in vigore dello Statuto viene sospesa. Ai fini della validità del referendum confermativo non è necessaria la partecipazione di un numero minimo di aventi diritto al voto ma le modifiche statutarie sottoposte a referendum confermativo non entrano in vigore se non sono approvate dalla maggioranza dei voti validi.

7. *Oggetto e limiti di ammissibilità del quesito referendario*

Con riferimento all'oggetto della consultazione referendaria ampio è il potere statutario poiché è sufficiente, come visto, che l'oggetto rientri tra le materie di competenza esclusiva dell'ente locale. Infatti, come disposto dall'art. 8, co. 4, TUEL, i referendum devono riguardare "materie di esclusiva competenza locale". Tuttavia, gli statuti comunali pongono dei limiti quanto agli atti sottoponibili al referendum,

[112] Art. 93, co. 1-*bis*, Statuto Comune di Firenze.

[113] Art. 19, co. 11-bis, Statuto Comune di Trento.

[114] L'art. 59-bis dello Statuto di Bolzano prevede che «*Entro i trenta giorni di pubblicazione all'Albo pretorio digitale del Comune può essere richiesto referendum confermativo delle modifiche apportate allo Statuto, purché queste non derivino da adeguamenti imposti dalla legge. In tal caso l'entrata in vigore dello Statuto viene sospesa. La decisione in ordine all'ammissibilità del referendum viene assunta entro i successivi 30 giorni. 2. Il numero di sottoscrizioni richiesto per la richiesta di indizione del referendum confermativo è fissato in 2.000 elettori/elettrici del Consiglio comunale iscritti/e nelle liste elettorali. Qualora il numero delle firme richieste risulti superiore al 5% degli/delle aventi diritto, esse s'intendono ridotte a quest'ultimo limite. 3. Le sottoscrizioni vengono raccolte entro novanta giorni dalla notifica della decisione di ammissione del referendum. 4. Ai fini della validità del referendum confermativo non è necessaria la partecipazione di un numero minimo di aventi diritto al voto. 5. Le modifiche statutarie sottoposte a referendum confermativo non entrano in vigore se non sono approvate dalla maggioranza dei voti validi*». L'art. 19, co. 11-bis dello Statuto di Bolzano prevede, invece, che è «*ammesso il referendum confermativo delle modifiche statutarie, purché queste non derivino da adeguamenti imposti dalla legge. Al referendum confermativo si applicano le disposizioni del presente articolo, fatto salvo quanto di seguito previsto: a) la richiesta di referendum confermativo deve essere presentata entro la scadenza del termine di trenta giorni dell'affissione all'albo pretorio del comune della delibera che approva le modifiche statutarie e determina la sospensione dell'entrata in vigore delle modifiche sino alla definizione del procedimento referendario; b) la dichiarazione di ammissibilità del referendum è espressa entro trenta giorni dalla presentazione; c) la richiesta di referendum deve essere sottoscritta da almeno il tre per cento degli elettori iscritti nelle liste elettorali del comune in possesso del diritto di elettorato attivo per l'elezione del consiglio comunale; d)le sottoscrizioni autenticate devono essere presentate entro novanta giorni dalla notifica della dichiarazione di ammissibilità del referendum; e) ai fini della validità del referendum non è necessaria la partecipazione di un numero minimo di aventi diritto al voto e le modifiche statutarie non entrano in vigore se la maggioranza dei voti validi non si è espressa per la relativa conferma*».

[115] La decisione in ordine all'ammissibilità del referendum viene assunta, come indicato dagli statuti, entro i successivi 30 giorni. Lo Statuto del Comune di Trento all'art. 19, co. 11-*bis* afferma che «*ai sensi dall'art. 3 della L.R. 4 gennaio 1993 n. 1, come modificato dall'articolo 17 della L.R. 9 dicembre 2014 n. 11 è altresì ammesso il referendum confermativo delle modifiche statutarie, purché queste non derivino da adeguamenti imposti dalla legge. Al referendum confermativo si applicano le disposizioni del presente articolo*».

escludendo una serie di provvedimenti che, per il loro carattere generale o per il particolare contenuto, non possono essere sottoposti al giudizio popolare.

Generalmente, gli atti esclusi sono lo statuto stesso, e gli altri atti generali come, ad esempio, i regolamenti che disciplinano il funzionamento degli organi comunali, ma anche i bilanci nonché gli atti che impongono tasse e contributi, i provvedimenti che riguardano il personale, le nomine, le elezioni, le revoche e le decadenze dagli incarichi, i piani regolatori e i regolamenti interni[116].

Alcuni degli statuti presi in esame pongono limiti temporali alla riproposizione di un referendum aventi ad oggetto questioni sulle quali ci si è già espressi. Questo è il caso dei Comuni di Trieste: nel quale il quesito non può essere ripresentato prima che sia trascorso un anno dalla consultazione precedente (nello specifico prevede l'esclusione del «*medesimo oggetto già sottoposto a referendum se non sia trascorso almeno un anno dall'ultima consultazione referendaria*»)[117]; Torino: dove il limite è dato dalla "medesima tornata amministrativa" (il referendum «*non può svolgersi su oggetti che siano già stati sottoposti a consultazione referendaria nell'ambito della medesima tornata amministrativa*»)[118]; Roma: dove il limite temporale sale a tre anni («*Non possono essere presentati quesiti referendari su materie che abbiano già formato oggetto di referendum negli ultimi tre anni*»)[119]; Palermo: dove – a differenza di altri statuti viene previsto un apposito articolo statutario avente ad oggetto "Limiti e materie" dei referendum - il limite previsto per la riproposizione del medesimo oggetto in ambito referendario è stabilito in quattro anni («*Non possono essere oggetto di referendum i provvedimenti già sottoposti a referendum negli ultimi quattro anni*»)[120]; Potenza: dove tale limite di riproposizione dell'oggetto referendario raggiunge i cinque anni (non possono essere indetti referendum quando «*sullo stesso argomento è già stato indetto un referendum nell'ultimo quinquennio*»)[121].

Solo in alcuni statuti vengono richiamati quali limiti all'oggetto referendario le norme statali, regionali e internazionali.

Gli unici casi sono dati dalle previsioni statutarie del Comune di Cagliari - nel quale viene stabilito che non possono formare oggetto di referendum gli «*atti dovuti in base a norme comunitarie, statali, regionali o trattati internazionali*»[122] - e di Perugia («*attività amministrative vincolate da leggi statali e regionali*»)[123].

---

[116] Cfr. F. MANGANARO, A. PIRAINO, *La partecipazione popolare negli statuti dei capoluoghi di regione*, cit., 439.

[117] Art. 8, co. 2, Statuto Comune di Trieste.

[118] Art. 16, co. 4, Statuto Città di Torino.

[119] Art. 10, co. 11, Statuto di Roma Capitale. Anche il Comune di Aosta prevede che non possano essere svolti referendum «*su quesiti già sottoposti a referendum negli ultimi tre anni dal giorno del voto*» (art. 29, co. 3, Statuto Comune di Aosta).

[120] Art. 18 co. 1, Statuto Comune di Palermo.

[121] Art. 45 co. 4, Statuto Comune di Potenza. Anche il Comune di Cagliari prevede lo stesso limite temporale per la riproposizione del medesimo oggetto referendario. È, infatti, previsto che «*Non possono essere sottoposti a referendum consultivo*» «*argomenti già oggetto di consultazione referendaria nell'ultimo quinquennio*». (art 52, co. 4, lett. *g*) Statuto Comune di Cagliari).

[122] Art 52, co. 4, lett. *h*), Statuto Comune di Cagliari.

[123] Art. 21, co. 2, Statuto Comune di Perugia.

Particolare è il caso del Comune di Firenze che come Palermo, all'interno dello statuto, presenta uno specifico articolo sui "limiti e materie" dei referendum. In particolare, lo statuto fiorentino prevede, oltre al generale richiamo allo Statuto e alle materie di non esclusiva competenza locale, quale limite all'oggetto referendario, gli atti «*in contrasto con la Costituzione*» e con «*le disposizioni di legge*»[124]. Infine, il Comune di Palermo prevede che non possano formare oggetto del quesito referendario «*i provvedimenti di mera esecuzione di norme statali o regionali*»[125].

Ma, oltre a tali limiti, in alcuni statuti viene posta particolare attenzione anche ai diritti fondamentali dell'individuo attraverso previsioni che limitano lo svolgimento dei referendum su «*interventi tendenti a limitare i diritti fondamentali dei cittadini sanciti dalla Costituzione*» (Trieste)[126], ma anche su «*tutela dei diritti delle minoranze*» (Venezia e Bologna)[127] chiamati a volte «*atti posti a tutela di diritti di minoranze di cittadini*» (Cagliari)[128] o anche «*atti che tutelano i diritti dei singoli o di specifici gruppi di persone*» (Palermo)[129].

Lo statuto del Comune di Campobasso, così come lo statuto di Roma Capitale[130], si spinge ulteriormente in avanti prevedendo l'impossibile svolgimento dei referendum che abbiano a che fare con gli atti posti «*a tutela delle minoranze etniche e religiose*»[131]. Infine, merita di essere sottolineato il caso del Comune di Potenza nel quale, nello statuto, viene disposto che non è ammissibile il quesito referendario la cui formulazione «*contenga elementi di negazione della pari dignità sociale e eguaglianza delle persone con discriminazione della popolazione per sesso, razza, lingua, religione, opinione politica, condizioni personali e sociali*»[132].

Di conseguenza, può affermarsi che l'oggetto del referendum locale (*rectius* comunale) è fortemente interconnesso con i limiti di ammissibilità. Con specifico riguardo a questi ultimi deve notarsi che mentre alcuni dei limiti possono essere individuati nelle disposizioni contenute nella legge statale altri attengono alla "natura" stessa dei referendum e sono specificamente contenuti all'interno degli statuti e dei regolamenti dei singoli Comuni.

I limiti posti dalla legge statale, nonché quelli riferibili ai referendum in quanto tali, hanno portata generale (si pensi all'art. 8, co. 3, TUEL, «*i referendum [...] devono riguardare materie di esclusiva competenza locale e non possono avere luogo in coincidenza con operazioni elettorali provinciali, comunali e circoscrizionali*»). Dunque, i limiti di portata generale conducono ad escludere tutte quelle materie sulle

[124] Art. 94, co. 1, lett. *h*), Statuto Comune di Firenze.
[125] Art. 18, co. 1, Statuto Comune di Palermo.
[126] Art. 8, co. 2, Statuto Comune di Trieste.
[127] Art. 28, lett. *c*) – *f*), Statuto Comune di Venezia. Così anche il comune di Bologna che prevede l'esclusione dell'oggetto sugli «*atti inerenti la tutela dei diritti delle minoranze*» (art. 7, co. 2, lett. *h*), Statuto Comune di Bologna).
[128] Art 52, co. 4, Statuto Comune di Cagliari.
[129] Art. 18, co. 1, Statuto Comune di Palermo.
[130] Art. 10, co. 1, lett. f), Statuto di Roma Capitale.
[131] Art. 54, co. 1, Statuto Comune di Campobasso.
[132] Art. 45, co. 3, Statuto Comune di Potenza.

quali il Comune è obbligato, per legge, ad assumere decisioni (come, ad esempio, l'approvazione del bilancio comunale)[133].

I limiti che trovano disciplina negli statuti e nei regolamenti comunali (laddove non siano confermativi o ripetitivi dei limiti generali) sono, invece, applicabili esclusivamente nell'ambito dei rispettivi comuni e, generalmente, riguardano le modalità di raccolta delle firme, i soggetti promotori e il controllo di ammissibilità.

La differenza tra le due categorie di limiti (generali e particolari) è rilevante, in quanto ne possono conseguire risvolti in ordine alle modalità di controllo, nonché ad una diversa giustiziabilità[134].

In particolare, i limiti di portata generale, in quanto espressamente individuati dal legislatore nazionale, fanno riferimento allo specifico ambito territoriale dei referendum locali e al divieto di contestuale svolgimento con elezioni locali.

E, proprio con riferimento all'elemento territoriale, è da sottolineare come i referendum comunali vengano a caratterizzarsi, in primo luogo, per la dimensione territoriale. Infatti, il referendum, quale strumento istituzionale di partecipazione popolare alle decisioni degli organi politici del singolo comune, non può travalicare le competenze degli stessi organi.

Tuttavia, tale considerazione nasconde alcuni aspetti problematici in ragione della non totale sovrapposizione tra questioni di "interesse comunale" e le specifiche competenze assegnate ai comuni. Infatti, gli enti locali, in quanto enti esponenziali di comunità locali, possono esprimere anche interessi che trascendono dai propri confini territoriali, ma non è loro consentito intaccare "interessi che riguardano, nella loro essenza unitaria", livelli di governo superiori[135].

Vi sono situazioni nelle quali gli interessi coinvolti sono inevitabilmente legati: casi nei quali vengono in rilievo sia interessi territorialmente circoscritti, sia interessi di più ampia portata o, in altre parole, situazioni in cui gli interessi locali possono arrivare a scontrarsi con l'interesse nazionale. In questi casi non sempre è agevole verificare, in concreto, se vi sia o meno lo spazio per una consultazione referendaria locale. Pertanto, da una parte, l'interesse comunale (interesse riferito alla "comunità" comunale) potrebbe sussistere anche in assenza di una specifica competenza del Comune, dall'altra parte, anche in relazione a competenze comunali potrebbero sussistere interessi che trascendono i confini territoriali del Comune e della comunità comunale.

In ogni caso, quando siano in gioco "interessi comunali" che trascendono le competenze degli organi del comune, le uniche consultazioni referendarie ammissibili saranno quelle aventi natura consultiva, non potendo attribuirsi al corpo elettorale il potere di vincolare gli organi politici all'adozione di atti che esulano dalle proprie funzioni e competenze[136]. Per tale ragione gli effetti delle decisioni assunte attraverso il

---

[133] Lo statuto del Comune di Torino (art. 17-bis, co. 3) prevede, ad esempio, che «*Il quesito sottoposto a referendum propositivo non può, inoltre, essere considerato ammissibile: a) quando la richiesta concerna proposte su temi a contenuto legislativamente vincolato*».

[134] F. CONTE, *op. ult. cit*., 99.

[135] Sui "limiti dell'interesse" (regionale) si v. Corte cost., sent. n. 256 del 1989.

[136] Con specifico riguardo al territorio e agli interessi comunali, il discorso è più ampio poiché bisogna tenere conto anche della presenza di formule che non rientrano nella disciplina legislativa del referendum locale ma che comunque sono consultazioni aventi una dimensione locale (si pensi, ad esempio, al

referendum riguardano esclusivamente il territorio comunale, senza avere ricadute dirette su altri comuni o su livelli superiori di governo (regionale o nazionale).

Infine, un altro limite legato all'ammissibilità dei referendum è quello che attiene al numero di quesiti che possono formare oggetto di consultazione referendaria. Qui, la scelta viene demandata esclusivamente ad ogni singolo statuto (e/o regolamento) e, generalmente, il numero dei quesiti ammessi varia dai 3 al 6 quesiti[137] anche se in alcuni casi (come avviene, ad esempio, nel Comune di Bolzano) si parla di "uno o più quesiti"[138], fino alla previsione di un'"unica domanda" (come nel caso del Comune di Trento)[139].

8. *L'iniziativa referendaria*

Sulla base delle diverse disposizioni statutarie, l'iniziativa referendaria spetta al Consiglio comunale (ma anche alla Giunta comunale come nel caso di Aosta[140]), ai consigli circoscrizionali e al corpo elettorale.

A tal riguardo le disposizioni statutarie si presentano diverse sotto molti aspetti. Innanzitutto, è da evidenziare che c'è chi opera una distinzione del potere di iniziativa referendaria attraverso una iniziale differenziazione tra il referendum di iniziativa consiliare e quello di iniziativa popolare. Questa particolare previsione è riscontrabile, esclusivamente, all'interno dello Statuto di Trento che prevede, per il referendum di iniziativa consiliare, che il Comune possa consultare la comunità attraverso referendum consultivi (o secondo forme idonee determinate dal Consiglio comunale) «*su proposta della Giunta o di un terzo dei Consiglieri comunali o di tre Consigli circoscrizionali*»[141].

In questo caso la consultazione è indetta dal Consiglio comunale.

Per il referendum di iniziativa popolare lo statuto trentino dispone, invece, che «*Il Sindaco indice referendum consultivo, propositivo ed abrogativo su questioni di rilevanza generale di competenza comunale quando lo richieda il tre per cento dei cittadini iscritti nelle liste elettorali del Comune*»[142].

---

cambio di denominazione di un comune o alle unioni e fusioni tra comuni) anche se previste da leggi statali e regionali. Per questo ultimo motivo tali fattispecie non rientrano nel perimetro previsto dal TUEL ma hanno comunque una dimensione ed effetti che ricadono nell'ambito locale. F. CONTE, *op. cit*., 99 ss. Per un approfondimento giurisprudenziale si vv.: Corte cost., n. 470 del 1992.

[137] Nel Comune di Ancona, in un anno, non sono ammessi più di quattro quesiti referendari (art. 3, co. 1, Regolamento per la disciplina dei referendum comunali);

[138] Art. 59, co. 4, Statuto Città di Bolzano. Il Regolamento sui diritti di partecipazione e di informazione dei cittadini del Comune di Bologna, all'art. 10, co. 1, riporta la dicitura «*uno o più quesiti, relativi al medesimo oggetto, fino al massimo di sei*». Il Reg.to sulla Partecipazione popolare del Comune di Campobasso richiama espressamente tra le "limitazioni" (previste all'art. 7 dello stesso), il numero massimo di tre quesiti per ogni referendum indetto.

[139] Art. 19, co. 3, Statuto Comune di Trento.

[140] Art. 29, co. 4, Statuto Città di Aosta,

[141] Art. 18, commi 1 e 2, Statuto Comune di Trento.

[142] Art. 19, commi 1 e 2, Statuto Comune di Trento. È inoltre previsto che «*In caso di consultazioni che riguardino una frazione o circoscrizione, il numero di sottoscrizioni richiesto è pari ad almeno l'otto*

Tra i comuni capoluoghi di regione vi è, inoltre, chi opera differenziazioni, con riguardo al potere di iniziativa referendaria, sulla base delle diverse tipologie di referendum che possono essere indette. Questo è il caso specifico del Comune di Milano dove lo statuto riporta, per ogni diversa tipologia referendaria ammessa, i soggetti titolari del potere di iniziativa. In particolare, è indetto referendum consultivo di indirizzo «*quando ne facciano richiesta 15.000 cittadini residenti […], ovvero due terzi dei Consigli di Municipio, con deliberazione approvata a maggioranza dei Consiglieri assegnati. Il referendum consultivo, oltre che direttamente dai cittadini, può essere proposto anche per iniziativa del Consiglio comunale che con propria deliberazione stabilisce il testo del quesito e prevede lo stanziamento di spesa per le operazioni referendarie*». L'indizione del referendum abrogativo è, invece, disposta quando «*la richiesta sia sottoscritta […] da 15.000 cittadini residenti […] ovvero quando entro 120 giorni dall'esecutività della deliberazione, ne facciano richiesta due terzi dei Consigli di Municipio, con deliberazione approvata a maggioranza dei Consiglieri assegnati*». Infine, è previsa l'indizione del referendum propositivo «*quando ne facciano richiesta 15.000 cittadini residenti*»[143].

Sulla base della tipologia referendaria ammessa, si riscontrano differenze anche nel Comune di Torino dove il referendum consultivo (deliberato dal Consiglio Comunale a maggioranza assoluta dell'insieme delle Consigliere e dei Consiglieri assegnati)[144] «*può essere promosso con deliberazione del Consiglio Comunale, adottata a maggioranza assoluta dei Consiglieri assegnati*»[145]. Mentre, il referendum abrogativo (o propositivo) «*può essere promosso con richiesta presentata da almeno diecimila titolari dei diritti di partecipazione popolare*»[146].

Vi è poi il caso del Comune di Potenza che, oltre a prevedere la possibilità di indizione referendaria differenziata (differenza intesa in termini numerici) sulla base della tipologia referendaria («*numero di cittadini residenti non inferiore a 3000 per quello consultivo e non inferiore a 5000 per quello abrogativo*»), statuisce anche che «*possono proporre il Referendum i cittadini residenti che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età*»[147]. Anche lo statuto di Firenze prevede che il referendum (consultivo o propositivo) possa essere «*proposto da almeno 10.000 soggetti residenti che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età anche se non forniti di cittadinanza italiana*»[148].

Infine, tra gli statuti esaminati, anche il Comune di Genova ha previsto i minorenni (sedicenni) tra i soggetti promotori dell'iniziativa referendaria («*le iniziative referendarie possono essere assunte dal Sindaco, dal consiglio a maggioranza assoluta*

---

per cento degli elettori in possesso del diritto di elettorato attivo per l'elezione del consiglio comunale residenti nella frazione o circoscrizione interessata».

[143] Art. 12 co. 1, lett. *a*), *b*), *c*), Statuto Comune di Milano.

[144] Art. 16, co. 2, Testo Unico delle norme regolamentari sulla partecipazione, il referendum, l'accesso, il procedimento, la documentazione amministrativa e il difensore civico, Comune di Torino.

[145] Art. 17, co.1, Testo Unico delle norme regolamentari sulla partecipazione, il referendum, l'accesso, il procedimento, la documentazione amministrativa e il difensore civico, Comune di Torino.

[146] Art. 19, co. 1, Testo Unico delle norme regolamentari sulla partecipazione, il referendum, l'accesso, il procedimento, la documentazione amministrativa e il difensore civico, Comune di Torino.

[147] Art. 45, co. 2, Statuto Comune di Potenza.

[148] Art. 93, co. 4, Statuto Comune di Firenze.

dei consiglieri assegnati o da 6.000 aventi diritto al voto[...]») individuati quali cittadini iscritti nelle liste elettorali del Comune e cittadini residenti nel Comune di Genova, «*non ancora iscritti nelle liste elettorali in quanto non maggiorenni, ma che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età*»[149].

In tutti gli altri statuti presi qui in considerazione non sono operate distinzioni in merito all'iniziativa referendaria con riferimento alla tipologia di referendum. Tuttavia, è da notare come in alcuni statuti la richiesta di referendum da parte del Consiglio comunale debba essere approvata con maggioranze specifiche che possono variare da quella dei due terzi (come avviene, ad esempio, nel caso dei Comuni dell'Aquila[150], Trieste[151]), a quella assoluta (come avviene, ad esempio, nei Comuni di Campobasso[152]; Aosta[153], Catanzaro[154], Bari[155], Venezia[156]).

Come visto, tutti gli statuti prevedono inoltre che, a norma dell'art. 8, co. 3, TUEL, il referendum possa essere richiesto "anche" da "un adeguato numero di cittadini", numero che negli statuti tiene conto della popolazione comunale, ma che costituisce anche un indice del favore (o meno) con cui si guarda a questo tipo di partecipazione popolare[157].

---

[149] Art. 23, co. 5, Statuto Comune di Genova.

[150] «*Il consiglio comunale adotta la decisione di ricorrere al referendum consultivo della popolazione comunale per iniziativa dei due terzi dei propri componenti ovvero quando ne facciano richiesta: a. un quarto dei consigli di circoscrizione che rappresentino almeno ventimila abitanti; b. i soggetti di cui all'art. 6, lettera a, (cittadini iscritti nelle liste elettorali del Comune dell'Aquila) del presente statuto, nel numero minimo di cinquemila sottoscrittori*». Così l'art. 11, co. 1 Statuto Comune di L'Aquila.

[151] «*L'indizione di referendum consultivi, su materie nelle quali il Consiglio comunale ha competenza deliberativa esclusiva e riguardanti gli interessi dell'intero Comune, può essere richiesta da: a) il Consiglio comunale, a maggioranza dei due terzi dei consiglieri assegnati; b) il sei per cento dei cittadini iscritti nelle liste elettorali del Comune, con procedure analoghe a quelle previste per i referendum statali abrogativi, secondo quanto stabilito dal Regolamento che prevede l'utilizzo, allo scopo, di adeguato numero di funzionari comunali; c) almeno la metà arrotondata per difetto dei Consigli circoscrizionali, che abbiano in tal senso adottato, in un periodo di tempo non superiore a trenta giorni, identica deliberazione con la maggioranza dei due terzi dei Consiglieri assegnati*». Così l'art. 8, co.1, Statuto Comune di Trieste.

[152] «*Il Sindaco indice il referendum popolare consultivo in base a deliberazione approvata dal Consiglio Comunale con il voto della maggioranza assoluta dei Consiglieri assegnati o su iniziativa di due terzi dei Consigli circoscrizionali o su iniziativa di almeno duemilacinquecento persone legalmente identificate*». Così l'art. 54, co 1, Statuto Comune di Campobasso.

[153] «*Il referendum può essere alternativamente proposto da: a) la Giunta comunale; b) almeno la maggioranza dei consiglieri assegnati al Comune; c) almeno 1.500 iscritti nelle liste elettorali del Comune*». Così l'art. 29, co. 4, Statuto Comune di Aosta.

[154] «*Si fa luogo a referendum: nel caso sia deliberato dal Consiglio Comunale a maggioranza assoluta dei Consiglieri assegnati; qualora vi sia richiesta da parte di almeno un ventesimo degli elettori*». Così l'art. 15, co. 3, Statuto Comune di Catanzaro.

[155] «*Il referendum è indetto dal Sindaco, a seguito di deliberazione del Consiglio Comunale assunta a maggioranza assoluta dei consiglieri assegnati, computando il Sindaco, oppure su iniziativa di almeno cinquemila elettori, legalmente identificati, con firme depositate presso la Segreteria Generale del Comune ed accompagnate dal quesito da sottoporre agli elettori e da una relazione illustrativa*». Così l'art. 5, co. 5, Statuto Comune di Bari.

[156] «*Il referendum consultivo può essere proposto dal Consiglio comunale, con deliberazione approvata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, o per iniziativa popolare, su richiesta di almeno cinquemila (5.000) titolari dei diritti di partecipazione*». Così l'art. 28, co. 1, lett. c), Statuto Comune di Venezia.

[157] F. MANGANARO, A. PIRAINO, *La partecipazione popolare negli statuti dei capoluoghi di regione*, in *Il Politico*, 3/1993, 438.

Nella maggior parte degli statuti esaminati il numero dei richiedenti è indicato in cifra assoluta, ma in alcuni casi gli statuti, probabilmente in maniera più corretta, indicano il numero dei titolari dell'iniziativa in misura percentuale al corpo elettorale: 5% dei "cittadini elettori", come riportato negli statuti dei Comuni di Palermo («*Il Sindaco indice il referendum consultivo su orientamenti o scelte di competenza del Comune, quando ne faccia richiesta il 5 per cento degli aventi diritto al voto*»)[158] e Ancona[159]; o il 6% dei "cittadini iscritti nelle liste elettorali", come riportato nello statuto del Comune di Trieste[160].

9. *Il giudizio di ammissibilità*

Tra le disposizioni statutarie (e regolamentari)[161] in tema di referendum locali vi sono anche quelle legate alla verifica di legittimità dell'iniziativa referendaria; verifica affidata ad organi che, nelle disposizioni statutarie, si presentano differenti per denominazione, composizione ma anche per le funzioni ad essi assegnati.

Alcuni statuti (e regolamenti) attribuiscono il giudizio di ammissibilità del quesito referendario ad una commissione consiliare costituita *ad hoc* oppure ad un "collegio dei garanti" (come avviene, ad esempio, nel Comune di Milano)[162] o "Comitato dei garanti" (come avviene, ad esempio nel Comune di Bologna)[163] ma anche "Commissione dei garanti" esperti (come avviene, ad esempio, nel Comune di Trieste)[164].

La composizione di tali organi, demandata alla libera scelta dell'organo consiliare comunale, è la più diversa.

Nel Comune di Torino la "Commissione" è composta da «*un Presidente ed un o una Vicepresidente del Consiglio Comunale, Segretaria o Segretario Generale e Direttore o Direttrice del Servizio Centrale Consiglio Comunale*»[165]; a Palermo il "Comitato dei garanti" è composto «*dal Segretario generale del Comune, dal Difensore Civico e da un magistrato a riposo, cui spetta la Presidenza*»[166]; nel Comune di Napoli, fanno parte del "Comitato dei garanti" per il referendum il «*Segretario Generale del*

---

[158] Art. 17, co. 1, Statuto Comune di Palermo.

[159] «*I referendum consultivi ed abrogativi sono indetti dal Sindaco su iniziativa del Consiglio comunale, assunta a maggioranza da almeno due terzi dei componenti, o su richiesta di un numero di residenti nel comune, pari al 5% dei cittadini che risultino iscritti nelle liste elettorali al momento dell'inizio della raccolta delle firme*». Così l'art. 19, co. 3, Statuto Comune di Ancona.

[160] Art. 8, co.1, Statuto Comune di Trieste.

[161] Con specifico riferimento al giudizio di ammissibilità è possibile sottolineare che gli statuti esaminati richiamano per lo più gli specifici regolamenti comunali. Ne sono un esempio i Comuni di Perugia, Cagliari, L'Aquila, Firenze, Genova, Trieste e Torino.

[162] Art. 15, Statuto Comune di Milano.

[163] Art. 7, co. 3, Statuto Comune di Bologna.

[164] Commissione dei garanti prevista all'art. 9 dello Statuto del Comune di Trieste che, a sua volta, richiama il regolamento comunale *ad hoc*.

[165] Art. 18, co. 2, Statuto della Città di Torino.

[166] L'art. 19, co. 4, dello Statuto del Comune di Palermo prevede anche che tale Magistrato, a cui spetta la presidenza, venga «*scelto in base a criteri stabiliti dal regolamento e nominato dal Consiglio comunale con la maggioranza dei due terzi dei Consiglieri*». Cfr. F. MANGANARO, A. PIRAINO, *La partecipazione popolare negli statuti*, cit., 439.

Comune, il Presidente del Consiglio comunale, ed altri cinque componenti eletti dal Consiglio comunale con voto limitato a 3 preferenze, e scelti esclusivamente fra magistrati, anche in quiescenza, professori universitari di materie giuridiche, avvocati e notai con almeno dieci anni di esercizio professionale, dirigenti dello Stato, Procuratori dello Stato»[167].

Tra le differenze che è possibile riscontrare, nelle disposizioni statutarie dei Comuni presi a riferimento nel presente lavoro, oltre a quelle legate alla composizione e alla denominazione dell'organo deputato al giudizio di ammissibilità del referendum comunale sono da evidenziare anche quelle relative ai compiti assegnati a tali organi.

Infatti, nel Comune di Milano il "Collegio dei garanti" decide prima della raccolta delle firme sulla ammissibilità delle richieste o proposte di referendum (e delle proposte di iniziativa popolare) sulla base del testo del quesito, corredato da 1.000 firme autenticate di cittadini proponenti. Il Comitato dei garanti verifica, inoltre, «*la regolarità della richiesta di referendum; giudica sull'ammissibilità del referendum e verifica la regolarità delle operazioni di voto*»[168].

Nel Comune di Bologna il giudizio di ammissibilità, da parte del "Comitato dei Garanti"[169], verte sull'«*esclusiva competenza locale; sull'esclusiva competenza del Consiglio a deliberare; su attività deliberativa effettivamente in corso e, infine, sulla congruità e sull'univocità del quesito*»[170]. Lo statuto bolognese prevede inoltre che, fino alla pronuncia di ammissibilità da parte del Comitato dei Garanti, «*il Sindaco, l'Ufficio di Presidenza del Consiglio comunale e il Presidente della Commissione Affari generali e istituzionali possono presentare memorie al Comitato stesso*»[171] ampliando, di fatto, la possibilità di intervenire sulla materia oggetto di richiesta referendaria.

Particolare è il caso del Comune di Bari dove la richiesta di referendum viene sottoposta al giudizio di ammissibilità da parte dello stesso Consiglio comunale che ne verifica la conformità a statuto e regolamento. Nel Comune di Bari non è, infatti, prevista - a livello statutario e regolamentare - la formazione di una commissione e, al termine del procedimento, è compito del Sindaco della Città di Bari, «*conformemente alle risultanze del verbale del Consiglio Comunale*», comunicare l'ammissibilità o il diniego della proposta di referendum[172], senza alcuna previsione aggiuntiva da parte dello statuto o del regolamento comunale. In questo modo la decisione sull'ammissibilità del referendum, senza le ulteriori previsioni statutarie e regolamentari, viene di fatto lasciata nelle mani della discrezionalità politica (di turno).

In alcuni, limitati, casi i regolamenti prevedono anche ulteriori disposizioni riguardanti la compatibilità e le cause ostative alla "candidatura" nel "Collegio di esperti" deputati a decidere circa l'ammissibilità del quesito referendario. Ne è un virtuoso esempio il Comune di Firenze che, nello specifico "Regolamento per lo svolgimento del referendum consultivo e delle consultazioni popolari", prevede un

[167] Art. 15, co. 1, Statuto Comune di Napoli.
[168] Art. 15, Statuto Comune di Milano.
[169] Art. 7, co. 3, Statuto Comune di Bologna.
[170] Art. 7, co. 4, Statuto Comune di Bologna.
[171] Art. 7, co. 5, Statuto Comune di Bologna.
[172] Art. 82, co. 3, lett. *c)*, Regolamento del Consiglio Comunale Città di Bari.

apposito articolo[173] nel quale sono elencati i soggetti che non possono essere nominati all'interno dell'organo comunale. Tra questi compaiono, fra gli altri, i dipendenti comunali, gli Assessori ed i Consiglieri regionali, gli amministratori di aziende o enti dipendenti da enti locali e i Difensori civici.

10. *I diversi effetti delle consultazioni referendarie*

Infine, per quanto riguarda gli effetti del referendum locale bisogna specificare che questi variano a seconda della tipologia, dal risultato raggiunto e dal contesto normativo nel quale il referendum si è svolto.

I risultati referendari hanno ricadute sulle decisioni amministrative e politiche, soprattutto laddove il referendum abbia carattere vincolante e l'amministrazione comunale abbia, di conseguenza, dovere di attuare le decisioni assunte dal corpo elettorale. Tuttavia, come già specificato, anche qualora la tipologia referendaria svolta (es. referendum consultivo) possa avere carattere non vincolante, questa ha comunque la capacità di influenzare le scelte politiche locali, spingendo i decisori politici a seguire l'opinione prevalente. Infine, tra gli effetti non si può non tenere conto del "coinvolgimento civico", vale a dire la capacità dell'istituto referendario di rafforzare il senso di appartenenza e partecipazione della comunità alle scelte politiche.

Gli statuti dei comuni esaminati, prevalentemente, stabiliscono l'obbligo (entro termini differenziati) d'iscrizione all'ordine del giorno del Consiglio comunale di una discussione sulla votazione referendaria[174]. Tuttavia, non tutti gli statuti (e regolamenti) hanno previsioni uniformi e, pertanto, è da sottolineare come, anche in relazione agli effetti della consultazione referendaria, possa misurarsi un diverso grado di accettazione dell'istituto di partecipazione (*rectius* del referendum locale) e del valore che, in ogni Comune (ma più in generale, in ogni singolo territorio), si intende attribuire allo stesso.

Il termine per sottoporre l'esito del referendum al Consiglio (anche se in alcuni statuti si parla più generalmente di "organi del comune" o di "organo comunale competente") varia dai 60 giorni (come avviene, ad esempio, nei Comuni di Milano[175], Palermo[176] e Aosta[177]) ai 90 giorni (come avviene nei Comuni di Torino[178] e Genova[179]) dallo svolgimento della consultazione referendaria (*rectius* dalla proclamazione dei risultati).

Peculiare il caso del Comune di Bari dove è stabilito che il Consiglio Comunale «*deve prendere atto del risultato delle Consultazioni referendarie entro 30 giorni dalla*

[173] Art. 5, co. 1, Regolamento per lo svolgimento del referendum consultivo e delle consultazioni popolari, Comune di Firenze.

[174] È da notare, inoltre, che solo alcuni statuti precisano che vi è l'obbligo di deliberare anche sull'oggetto del referendum. Cfr. F. MANGANARO, A. PIRAINO, *La partecipazione popolare negli statuti*, cit., 439.

[175] Art. 13, co. 1, Statuto Comune di Milano.

[176] Art. 20, co. 1, Statuto Comune di Palermo.

[177] Art. 32, co. 2, Statuto Città di Aosta.

[178] Art. 20, co. 3, Statuto Città di Torino.

[179] Art. 23, co. 9, Statuto Comune di Genova.

proclamazione dei risultati e provvedere con atto formale in merito all'oggetto delle stesse»[180].

Secondo le previsioni statutarie, l'"organo comunale competente" è chiamato a deliberare sull'oggetto del referendum e, in alcuni casi (come avviene, ad esempio, nel Comune di Milano), ove intenda deliberare, sugli esiti del referendum, senza uniformarsi all'avviso degli elettori deve indicarne espressamente i motivi[181]. Il Comune di Milano prevede, inoltre, la vincolatività dell'esito del referendum propositivo (o abrogativo) e, nel caso di esito favorevole, entro 60 giorni dalla data di proclamazione dell'esito del medesimo, il Consiglio comunale (o il diverso organo competente) è, «*tenuto a prenderne atto con apposito provvedimento, assumendo ogni ulteriore atto necessario a dare attuazione all'esito del referendum medesimo*»[182].

Anche il Comune di Genova, come Milano, (nella disposizione riguardante esclusivamente il referendum consultivo) prevede che il mancato recepimento dell'esito della consultazione «*deve esser adeguatamente motivato e deliberato dalla maggioranza dei consiglieri assegnati*»[183].

In specifici casi (come avviene, ad esempio, a Torino[184] e Palermo[185]) anche nell'eventualità di un (del solo) esito negativo della consultazione referendaria è ugualmente indetta, entro 60 giorni dalla proclamazione dei risultati, un'apposita riunione del Consiglio Comunale, al fine di procedere ad una valutazione degli oggetti sottoposti a referendum.

Disposizioni più puntuali sono previste negli statuti dei Comuni di Palermo e Aosta. Entrambi gli statuti prevedono, infatti, effetti specifici in relazione alla tipologia di referendum svolto.

Il Comune di Palermo, per il solo referendum abrogativo, prevede che l'«*abrogazione avrà effetto dalla data di esecutività del risultato referendario*[186]*, salvo che il Consiglio Comunale deliberi di sospendere l'efficacia della deliberazione*»[187].

Il Comune di Aosta prevede, invece, in maniera ancor più dettagliata, effetti differenti per ogni consultazione referendaria. Nello specifico, con riguardo al referendum abrogativo viene stabilito che, qualora il referendum abrogativo venga

[180] Art. 5, co. 9, Statuto Città di Bari.

[181] Art. 13, co. 1, Statuto Comune di Milano. Inoltre, il quesito referendario non potrà essere riproposto prima di tre anni.

[182] Art. 13, co. 2, Statuto Comune di Milano.

[183] Art. 23, co. 9, Statuto Comune di Genova.

[184] Art. 20, co. 4, Statuto Città di Torino.

[185] L'art. 20, co. 2, Statuto Comune di Palermo, prevede che «*ove gli organi comunali competenti intendano discostarsi dall'esito della votazione, in occasione del dibattito in Consiglio comunale, devono indicare espressamente i motivi per cui non si uniformano all'avviso degli elettori. Nell'ambito della propria attività di indirizzo e programmazione, resta salva la possibilità per il Consiglio di recepire l'orientamento degli elettori*».

[186] Secondo quanto disposto dall' art. 13, co. 2, Statuto Comune di Milano anche qui «*l'abrogazione ha effetto dalla data di esecutività del suddetto provvedimento di presa d'atto*».

[187] Art. 43, co. 3, *Testo Unico delle norme regolamentari sulla partecipazione, il referendum, l'accesso, il procedimento, la documentazione amministrativa e il difensore civico*, Città di Torino.

approvato[188], «*l'atto ad esso sottoposto risulta abrogato dalla data di pubblicazione dell'esito del referendum nel bollettino ufficiale della Regione*»[189].

Per il referendum consultivo è, invece, previsto che «*Qualora il Consiglio comunale ritenga di non aderire al parere espresso dalla popolazione sulla questione oggetto del referendum, deve pronunciarsi con una deliberazione motivata*»[190], mentre per il referendum propositivo viene previsto che qualora approvato, «*la proclamazione del risultato da parte del Sindaco rende efficace ed attuabile il dispositivo della proposta*»[191].

Interessante è il caso dello statuto del Comune di Bari che, all'ultimo comma dell'art. 5, dedicato alla materia (più generica) "referendum", dispone che «*il Consiglio Comunale e la Giunta non possono assumere decisioni contrastanti con l'esito referendario*»[192] affermando così, implicitamente, che gli organi di governo locale non possono discostarsi dall'esito neanche con l'"adeguata motivazione" richiamata, costantemente, negli altri statuti comunali.

11. *Le difformi disposizioni statutarie sul diritto a partecipare al referendum*

Particolare attenzione merita anche la partecipazione al voto. Generalmente, il diritto di partecipare al referendum è garantito a tutti i cittadini iscritti nelle liste elettorali del Comune[193]. Tuttavia, in alcuni casi (come avviene, ad esempio, nei Comuni di Genova[194], Bolzano[195], Napoli[196]) il diritto di voto è esteso anche ai cittadini minorenni residenti (ma anche solo "domiciliati"[197]) nel Comune che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età.

---

[188] Secondo quanto disposto dall'art. 30, co. 2, Statuto Città di Aosta, «*Il referendum abrogativo è approvato quando partecipa alla consultazione la maggioranza degli elettori del Comune e quando ottenga il voto favorevole della maggioranza dei votanti*».

[189] Art. 30, co. 2, Statuto Città di Aosta.

[190] Art. 32, co. 3, Statuto Città di Aosta.

[191] Art. 31, co. 2, Statuto Città di Aosta.

[192] Art. 5, co. 10, Statuto Città di Bari.

[193] Questa previsione si trova, ad esempio, nello Statuto del Comune di Trento (che all'art. 19, co. 10, dello statuto prevede che «*Alla consultazione possono partecipare i cittadini iscritti nelle liste elettorali*»), Cagliari (che all'art. 52, co. 5, dello statuto stabilisce che «*Hanno diritto di voto i cittadini iscritti nelle liste elettorali del comune*»), L'Aquila (art. 11, co.3, St.), Palermo (art. 19, co.1, St.), Venezia (art. 28 bis, co. 3, St.).

[194] L'art. 23, co. 2 dello Statuto del Comune di Geneva prevede che hanno diritto di voto nelle consultazioni referendarie: «a*) i cittadini iscritti nelle liste elettorali del Comune; b) i cittadini residenti nel Comune di Genova, non ancora iscritti nelle liste elettorali in quanto non maggiorenni, ma che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età*».

[195] Ai sensi dell'art. 59, co. 9, Statuto di Bolzano l'elettorato attivo spetta «*ai/alle cittadini/e, che al giorno della votazione hanno raggiunto sedici anni di età, fatto salvo per il referendum abrogativo il raggiungimento della maggiore età*».

[196] Ai sensi dell'art. 14-*bis* dello Statuto del Comune di Napoli nel referendum (consultivo) sono ammessi al voto «*i cittadini italiani e di Stati esteri, iscritti nelle liste anagrafiche dei residenti nel Comune, che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età*».

[197] Questo è il peculiare caso del Comune di Pescara, che anche se non oggetto di specifico approfondimento, merita di essere richiamato per la previsione che include anche i "domiciliati". Infatti, il co. 4, dell'art. 39 dello Statuto afferma che la partecipazione potrà essere estesa «*ai cittadini non residenti ma comunque domiciliati nel Comune, agli stranieri ed apolidi maggiorenni ivi residenti stabilmente o*

Nel caso del Comune di Bari hanno diritto a partecipare al referendum «*tutti i cittadini iscritti nelle liste elettorali del Comune da almeno sei mesi*»[198] limitando, in questo modo, la partecipazione dei cittadini iscritti nelle liste elettorali da un tempo inferiore rispetto a quello previsto nello statuto. Simile alla disposizione del Comune di Bari quella del Comune di Torino dove lo statuto indica quali titolari dei diritti di partecipazione "individuale e collettiva" «*tutte le persone iscritte nelle liste elettorali del Comune di Torino ovvero che siano iscritte da almeno sei mesi nel registro della popolazione residente del Comune ed abbiano compiuto la maggiore età*»[199].

Il Comune di Napoli fa, invece, riferimento ai cittadini, che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età «*italiani e di Stati esteri iscritti nelle liste anagrafiche dei residenti nel Comune*»"[200]. Una partecipazione più inclusiva è prevista nel Comune di Firenze dove lo statuto prevede che possano partecipare ai referendum soggetti residenti che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età «*anche se non forniti di cittadinanza italiana*»[201].

Lo statuto del Comune di Milano appare ancor più inclusivo, prevedendo la possibilità di partecipazione ai referendum anche ai «*cittadini maggiorenni provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione Europea che siano residenti nel Comune di Milano alla data dell'indizione del referendum e titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo e in assenza di condanne penali che impediscano l'elettorato attivo, secondo la normativa italiana vigente*»[202].

Con specifico riguardo ai cittadini stranieri emergono limiti impliciti dell'istituto referendario così disciplinato giacché, nonostante la previsione dell'art. 8, co. 5, TUEL richiami al promovimento di «*forme di partecipazione alla vita pubblica locale dei cittadini dell'UE e degli stranieri regolarmente soggiornanti*», le disposizioni statutarie e regolamentari dei comuni oggetto di analisi sono piuttosto scarne.

Più in generale, le diverse previsioni statutarie (e regolamentari) ci pongono, quali costituzionalisti, domande su quale possa essere l'opzione più rispondente ai valori costituzionali soprattutto laddove i diversi territori (*rectius* Comuni) decidano di ampliare, o meno, il ventaglio di elettori (ma anche di promotori dei quesiti referendari)[203] creando in questo modo problemi (o, quanto meno, generando doverose riflessioni) in relazione al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

---

domiciliati, nonché ai contribuenti che corrispondano tasse o imposte a beneficio del Comune di Pescara».

[198] Art. 5, co. 5, Statuto Città di Bari.

[199] Art. 8, co. 1, Statuto Città di Torino.

[200] Art. 14-*bis*, Statuto Comune di Napoli.

[201] Art. 93, co.4, Statuto Comune di Firenze.

[202] Art. 11, co. 4, Statuto Comune di Milano.

[203] Ad esempio, secondo l'art. 83, co. 3, lett. *d)*, Reg.to del consiglio Comunale, Città di Bari, sono titolari del diritto di promozione, di sottoscrizione della proposta referendaria nonché di votazione i «*cittadini iscritti nelle liste elettorali del Comune, i cittadini residenti nel Comune non ancora elettori, che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età, i cittadini non residenti, ma che nel Comune esercitano la propria attività di lavoro o di studio, gli stranieri e gli altri apolidi residenti nel Comune che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età. Per l'esercizio del diritto di cui al comma precedente, i cittadini che abbiano già compiuto i sedici anni di età debbono registrarsi presso l'ufficio elettorale del Comune*».

E proprio a tal proposito appare utile richiamare la sentenza n. 146 del 2020 del TAR Campania [204] nella quale è stata affermata l'illegittimità della norma regolamentare del Comune di Salerno che consentiva la partecipazione ai soli cittadini residenti, da almeno cinque anni, alla consultazione popolare. Secondo i giudici, infatti, poiché la partecipazione alla vita pubblica è un diritto riconosciuto ai cittadini in quanto tali, rinviare la possibilità del suo concreto esercizio ad un termine, collegato alla maturazione di un periodo, ritenuto congruo, di stabile collegamento sul territorio, significa negare il diritto stesso[205].

Il TAR muovendo dalla considerazione che la partecipazione popolare alla gestione politico-amministrativa della cosa pubblica è un diritto fondamentale, garantito dalla Costituzione (che all'art. 3, co. 2, impegna la Repubblica a «*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*»)[206], richiama l'art. 8 del TUEL[207] che, al co. 3, fa espresso riferimento ai "cittadini"[208].

Il diritto di partecipazione riconosciuto ai "cittadini", secondo il giudice amministrativo, ha la finalità di concorrere alla gestione politico-amministrativa della cosa pubblica, in funzione di controllo diffuso dell'operato delle istituzioni rappresentative e, lo stesso giudice, per l'individuazione dei soggetti chiamati a partecipare alle "forme di consultazione della popolazione", a livello di enti locali, richiama la definizione del concetto di "popolazione". Popolazione che è costituita dalle "persone che compongono la comunità territoriale" e, pertanto, concetto che richiama, più in generale, la compresenza dei requisiti di cittadinanza e di residenza.

Dunque, le forme di partecipazione di cui ci si occupa sono, in base al citato art. 8, co. 3, TUEL, aperte ai "cittadini residenti". Tuttavia, il TAR richiama anche il co. 5 dell'art. 8, TUEL che autorizza gli enti locali a promuovere "forme di partecipazione" sia per i cittadini UE che per gli stranieri "regolarmente soggiornanti", disciplinandone il loro esercizio negli statuti ed estendendo, quindi, la possibilità di partecipazione anche a chi, pur non essendo "cittadino", abbia comunque uno stabile collegamento con il territorio (non irragionevolmente desunto).

---

[204] Il ricorso aveva ad oggetto alcune disposizioni del regolamento, approvato con delibera n. 35 del 16.9.2019, degli istituti di partecipazione che avevano inibito ai residenti da meno di cinque anni del Comune di Salerno, ancorché iscritti nelle liste elettorali dello stesso Comune, la possibilità di proporre istanze e petizioni (art. 3) ovvero di promuovere il referendum consultivo (artt. 9 e 13). Nello specifico, la sentenza ha affrontato il tema della legittimità amministrativa legata a decisioni urbanistiche e ambientali locali, evidenziando l'importanza di rispettare principi di proporzionalità, trasparenza e partecipazione dei cittadini nei procedimenti decisionali. Per una ricostruzione e un approfondimento si v. M.G. RODOMONTE, *A proposito della natura prescrittiva del principio di "parità di accesso alle cariche elettive". Riflessioni a partire da una recente sentenza del giudice amministrativo sulla carenza di strumenti sanzionatori "reali" nella legge elettorale pugliese*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021.

[205] TAR Campania, sent. n. 146 del 2020.

[206] Ad illuminare il senso di tale norma concorrono anche gli articoli 1 e 2 Cost., laddove il primo stabilisce che la sovranità ed il suo esercizio appartengono al "popolo" e il secondo esprime la centralità dei diritti della persona ed il loro completamento nelle formazioni sociali.

[207] L'art. 8 T.U.E.L. delinea diversi istituti di partecipazione "popolare" prevedendo «*forme di consultazione della popolazione nonché procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi*» e «*garanzie per il loro tempestivo esame*».

[208] TAR Campania, sent. n. 146 del 2020.

Dalla lettura coordinata delle due disposizioni sopra indicate contenute nell'art. 8 del TUEL, il TAR ha affermato che, mentre la partecipazione popolare è normativamente riconosciuta ai "cittadini residenti", la stessa può essere estesa dallo statuto anche agli "stranieri" residenti. Statuto che può, in ogni caso, disciplinare ulteriormente il "legame" degli stessi con il territorio.

Dunque, se la partecipazione è un "diritto" riconosciuto ai "cittadini", rinviare la possibilità di suo concreto esercizio ad un termine temporale (cinque anni, come nel caso specifico), collegato alla maturazione di un periodo ritenuto "congruo", di "stabile collegamento sul territorio", significa negare il diritto stesso istituendo di fatto «*un indebito ostacolo al suo esercizio e una sorta di "graduatoria" degli aventi diritto, in evidente violazione dell'apicale principio di uguaglianza tra cittadini (ex art. 3 Cost.)*»[209].

12. *Le recenti iniziative referendarie locali (nazionali e oltreconfine). Cenni conclusivi*

Dal 2024 il Comune di Bologna è "teatro" di una delle vicende referendarie locali più discusse degli ultimi anni. L'avvio della dibattuta vicenda si è avuto durante la primavera del 2024 quando è iniziata la raccolta di firme per il referendum "Città 30", a seguito della dichiarazione di ammissibilità (da parte del Comitato dei garanti)[210] della richiesta dei partiti (di destra) di tenere un referendum consultivo sul limite di velocità di 30 chilometri orari, imposto dall'amministrazione comunale[211] (di centrosinistra), nella maggior parte delle strade comunali a partire da gennaio 2024.

Circa un mese dopo l'avvio della raccolta delle firme necessarie per la richiesta referendaria, il Comitato promotore del referendum ha deciso, però, di ritirare "temporaneamente" il quesito sulla base della (dichiarata) impossibilità di riuscire a raccogliere le firme necessarie nei mesi estivi[212].

Nei mesi successivi[213] il comitato dei garanti si è espresso nuovamente dichiarando ammissibile, per la seconda volta, il referendum sulla "Città 30", ed oggi il comitato promotore (diverso da quello precedente) sta procedendo alla raccolta delle

[209] *Ivi*. Il TAR ha, inoltre, affermato che lo stesso statuto del Comune di Salerno riconosce il diritto di promuovere il referendum consultivo agli "elettori" del Comune stesso (Art. 54, co. 1, Statuto Comune di Salerno), e tali sono i "residenti", senza operare alcuna distinzione in base alla data di acquisizione della condizione legittimante (la residenza). Posto, dunque, che il diritto è riconosciuto, senza limitazioni, anche dalla fonte statutaria, non può che concludersi che esula dal potere regolamentare la possibilità di comprimere il diritto civico di partecipazione, che resta, quindi, garantito a tutti i "cittadini" della comunità locale (dunque, ivi residenti) senza limitazioni temporali legate alla durata della condizione di cittadino residente.

[210] Il giudizio di ammissibilità del referendum da parte del Comitato dei garanti è giunto il 1° giugno 2024.

[211] Il limite di velocità di 30 chilometri all'ora è entrato in vigore a Bologna il 16 gennaio 2024, anche se la misura era stata introdotta gradualmente già dal 2023. Grazie a questa iniziativa Bologna è diventata la prima grande "Città 30" in Italia.

[212] Secondo il co. 3 dell'art. 7 dello Statuto del Comune di Bologna, la raccolta firme deve avvenire in un arco di tempo non superiore a tre mesi.

[213] Ottobre 2024.

novemila firme necessarie per poter organizzare il voto (firme che devono essere autenticate entro il 25 gennaio 2025).

Nel caso si dovesse svolgere, quello sulla "Città 30" sarà un referendum consultivo comunale nel quale verrà chiesto ai cittadini residenti di esprimere un'opinione riguardo alla specifica questione legata all'amministrazione della loro città e, più in particolare, sulla sicurezza stradale.

Allargando lo sguardo oltre i confini nazionali, sempre nell'anno 2024, l'istituto referendario locale è stato utilizzato nel Comune tedesco Limburg an der Lahn[214] (città con circa trentaseimila abitanti che si trova a nord-ovest di Francoforte), Comune alle prese con la sporcizia, dei luoghi pubblici del centro storico, causata dai piccioni. L'amministrazione ha deciso di utilizzare lo strumento del referendum comunale per stabilire se procedere all'eliminazione dei piccioni e, dato il tema particolarmente sentito per gli abitanti della città tedesca, il *quorum*, stabilito nel 25% degli aventi diritto, è stato raggiunto ed è stato deciso di sopprimere i volatili.

Anche se il Comune Limburg an der Lahn rappresenta un caso positivo di svolgimento del referendum (poiché il problema è stato risolto ascoltando il parere dei cittadini), è da evidenziare che, anche fuori dai confini nazionali, il referendum locale non sembra riscuotere grande successo come è accaduto, ad esempio, a Parigi dove, nella consultazione referendaria (svolta a febbraio 2024) per triplicare i costi dei parcheggi per i SUV, ha partecipato solo il 5% degli aventi diritto.

Ma non solo, a Parigi, già ad aprile 2023 era stata registrata una bassa affluenza (inferiore all'8% degli aventi diritto) nel referendum sull'utilizzo dei monopattini[215].

L'aspetto maggiormente significativo relativo allo svolgimento dei referendum locali (*rectius* comunali) consultivi è che il loro risultato non è vincolante: anche se la maggioranza dei votanti si esprimesse contrariamente alla misura sottoposta al voto, l'amministrazione potrebbe scegliere comunque di non eliminarla, o di modificarla solo in parte.

Nella pratica, però, bisogna riscontrare che i risultati di questa tipologia di referendum sono tenuti in considerazione soprattutto se il quesito, che si dimostra divisivo in città, riguarda un progetto centrale per il programma di governo dell'amministrazione comunale in carica (o per le opposizioni).

Nondimeno, bisogna anche riscontrare che la concreta esperienza referendaria locale in Italia non ha avuto un grande successo anche quando i quesiti avevano a che fare con la tutela della salute pubblica (si pensi alla dibattuta proposta di chiusura dell'ILVA di Taranto, sottoposta a referendum nel 2013)[216].

---

[214] Nei giorni delle elezioni europee di giugno 2024, il comune di Limburg an der Lahn ha votato anche per il referendum comunale sui piccioni. In particolare, gli elettori si sono dovuti esprimere sulla scelta (del 13 novembre 2023) del Consiglio comunale di eliminare fisicamente i piccioni o di abrogare la decisione (come proposto dalle associazioni animaliste locali).

[215] Referendum nel quale i partecipanti hanno votato (in 9 su 10) no all'utilizzo dei monopattini a noleggio.

[216] Per un approfondimento si v. L. GORI, *Il referendum locale sul caso Ilva*, in *Federalismi.it*, 15/2013, 1 ss. Il referendum comunale di Taranto si è svolto il 14 aprile 2013 e gli aventi diritto sono stati chiamati ad esprimersi su tre quesiti: «*1) Volete voi, cittadini di Taranto, al fine di tutelare la vostra salute nonché la salute dei lavoratori contro l'inquinamento, proporre la chiusura dell'ILVA?; 2)Volete*

Inoltre, nella maggior parte dei casi non sono stati raggiunti i *quorum* necessari per (tentare di) aprire un dibattito in seno all'organo comunale competente in materia.

Questo è, oggi, l'importante aspetto da tenere in considerazione (e quello che riveste maggiore centralità) soprattutto alla luce dei dati sulla partecipazione effettiva al voto, emersi con le ultime elezioni europee[217], dati che ci stanno mostrando, sempre con maggiore evidenza, come gli elettori (*rectius* gli aventi diritto) mostrano disinteresse rispetto alle questioni politiche. Questa tendenza, chiamata con il termine di "astensionismo", rappresenta certamente un campanello di allarme per la democrazia.

È indubbio che la partecipazione al voto nei referendum locali (ma non solo) sia un elemento cruciale per valutare la legittimità e il peso politico del risultato. Tuttavia, bisogna tenere conto che l'affluenza può, significativamente, variare in base a diversi fattori come, ad esempio, l'importanza del tema, il livello di informazione della popolazione e, financo, le modalità di svolgimento del referendum.

Tra i fattori capaci di influenzare la partecipazione un ruolo centrale è rivestito dall'importanza del tema o, meglio, dalla percezione dell'importanza del tema. In questo caso, se il quesito del referendum riguarda questioni rilevanti o particolarmente sentite dalla comunità locale la partecipazione tende ad essere più ampia. Per sensibilizzare maggiormente la comunità locale è, inoltre, utile condurre una buona campagna di informazione in modo da aumentare il coinvolgimento della cittadinanza e l'interesse attorno al quesito referendario. Infine, anche la richiesta di un particolare *quorum* e le modalità di voto sono fattori che possono influenzare la partecipazione. Si pensi, ad esempio, all'accessibilità delle urne (numero di seggi ed orari di apertura), al possibile utilizzo di strumenti di voto innovativi, come il voto elettronico, ma anche al *quorum* minimo previsto in ogni singolo comune (capace di influenzare anche negativamente se percepito come difficile da raggiungere).

In risposta all'attuale crisi di partecipazione politica ma anche come possibile strada di rinvigorimento del referendum locale, si potrebbe pensare – o forse si prospetta la necessità – di scoprire o riscoprire o rilanciare una dimensione inclusiva degli strumenti di partecipazione popolare.

Bisogna, infatti, ricordare che il referendum locale, se può svolgersi esclusivamente su materie di interesse locale, si indirizza per sua natura su scelte

---

voi, cittadini di Taranto, al fine di tutelare la vostra salute nonché quella dei lavoratori, proporre la chiusura dell'area a caldo dell'ILVA, maggiore fonte di inquinamento, con conseguente smantellamento dei parchi minerali?; 3) Volete voi, cittadini, che il Comune di Taranto chieda all'ILVA Spa il risarcimento dei danni, in seguito alla condanna definitiva da parte della Corte di Cassazione dei responsabili del citato impianto siderurgico per inquinamento ambientale, tenendo presente che gli interessi diffusi, come quelli dell'ambiente e della salute, non possono essere oggetto di accordo da parte dell'ente locale, così come sancito dalla Corte di Cassazione e dalla Magistratura amministrativa?». Al referendum ha partecipato il 19,55% degli aventi diritto; hanno votato sì l'81,29% degli elettori, no il 17,25%. Il quorum stabilito dal regolamento comunale per la validità del referendum (la maggioranza degli elettori: cfr. art.13, Statuto comunale Taranto) non è stato quindi raggiunto.

[217] L'8 e il 9 giugno 2024 si sono svolte le elezioni per il parlamento Europeo dove la percentuale di affluenza alle urne è stata tra le più basse nella storia della Repubblica, infatti, secondo quanto riportato dall'Ansa (10 giugno 2024) questa è arrivata solo al 49,69%, ponendo l'Italia tra i primi Paesi per minor affluenza. Per un ulteriore approfondimento sulla giurisprudenza costituzionale sul caso Ilva si v., *ex plurimis*, F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e Materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, Torino, 2021, 255–258.

amministrative o di indirizzo politico-amministrativo locale. E di qui può apparire la duplice importanza del referendum locale sia quale strumento di partecipazione democratica che quale strumento a sua volta capace (o che si spera possa essere capace) di riattivare una più ampia e consapevole partecipazione dei cittadini alla vita politica locale. Si pensi, ad esempio, alle scelte relative alle politiche sociali (in ambito locale), o alle scelte relative all'utilizzo di beni comunali o di beni sottratti alle criminalità organizzate, oppure alle decisioni aventi valenza ambientale o, ancora, a quelle concernenti i soggetti "fragili" o in condizioni di vulnerabilità.

In conclusione, l'istituto referendario a livello locale non ha avuto un grande successo e le ragioni possono essere ricomprese nella debolezza intrinseca dell'autonomia locale. Debolezza che si mostra anche nella (deludente) capacità di prestazione dell'istituto nelle dinamiche della forma di governo locale, ma anche nella crisi di partecipazione politica (che attraversa tutti i livelli di partecipazione del Paese[218]) e, infine, nella crisi delle forme della politica, dunque nel cortocircuito fra il livello rappresentativo della classe politica locale e il livello partecipativo. I partiti (ma anche movimenti organizzati) faticano, infatti, a proporre forme di consultazione e faticano a coinvolgere l'opinione pubblica locale, fatica che si appalesa con la scarsa partecipazione al voto.

[218] Per una più ampia riflessione su quale possa essere il futuro del referendum e sul tema dell'astensionismo si v. A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, *Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, cit., 213 ss. e 529 ss.

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

LAVINIA DEL CORONA, *LIBERTÀ DELLA SCIENZA E POLITICA. RIFLESSIONI SULLE VALUTAZIONI SCIENTIFICHE NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE*, GIAPPICHELLI, TORINO, 2022, 1-328

RECENSIONE*

GIANPAOLO FONTANA**

1. In un tempo nel quale le applicazioni tecno-scientifiche acquistano una inedita e crescente centralità su scala planetaria, il tema delle relazioni tra scienza e società appare decisivo per le sorti non solo dei diritti ma degli stessi sistemi democratici. In tale ambito di ricerca s'inserisce l'interessante e ben costruito lavoro monografico di Lavinia Del Corona nel quale le interazioni ed i possibili conflitti tra cognizioni scientifiche e valutazioni politiche sono criticamente analizzate sotto il profilo costituzionalistico, tenendo come punto fermo la libertà della scienza.

La tesi di fondo del volume muove dal riconoscimento del superiore valore conoscitivo della scienza per arrivare ad affermare la massima tutela nei confronti della libertà della scienza, con particolare riguardo al suo profilo negativo. È soprattutto dalla necessaria tutela dell'aspetto negativo di siffatta libertà, infatti, che l'A. fa derivare una serie di limiti e di vincoli all'esercizio dei poteri pubblici, soprattutto di normazione e di amministrazione. Dalla sottolineatura del profilo negativo della libertà in parola scaturisce il principio costituzionale della c.d. riserva di scienza in virtù del quale le scelte che presuppongono valutazioni tecno-scientifiche ricadono nel dominio pressoché esclusivo della scienza; da qui l'insofferenza (costituzionalmente implicata dall'art. 33, comma 1, Cost.) nei riguardi di scelte legislative che, a vario titolo, realizzino limitazioni, ingerenze o strumentalizzazioni delle evidenze scientifiche.

L'attenzione del volume pare così incentrata non sui limiti costituzionali opponibili alla scienza quanto, al contrario, sulla giustificatezza delle scelte del potere pubblico in tutti i casi in cui questo è chiamato ad assumere decisioni (normative o

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della rivista.
** Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi «Roma Tre».

amministrative) in ambiti scientificamente rilevanti. La preoccupazione che percorre tutta l'opera è quella di evitare (o almeno di stigmatizzare) la strumentalizzazione politica delle istanze scientifiche e, dunque, la possibile confusione dei distinti ruoli spettanti alla scienza, da un lato, al diritto e alla politica, dall'altro.

L'A. evidenzia il ruolo marginale sino ad ora assunto dall'art. 33, comma 1, Cost. la cui rilevanza parametrica sarebbe stata tenuta in scarsa considerazione nello scrutinio di costituzionalità di scelte legislative *science based.* La valorizzazione della predetta disposizione costituzionale consentirebbe, secondo una delle tesi centrali del volume, di riconoscere nel giudizio di costituzionalità maggiore incisività alla "ragionevolezza scientifica", in grado di censurare la incoerenza o il mancato aggiornamento delle disposizioni legislative rispetto al dato scientifico e di imporre vincoli procedimentali ed istruttori alle scelte normative ed amministrative di rilievo tecno-scientifiche (85 e ss.).

Salvo quanto si cercherà di illustrare e argomentare oltre, l'impianto teorico emergente dal volume pare assegnare una generale capacità di condizionamento alle istanze scientifiche su quelle politico-normative. Si tratta, in altri termini, di una impostazione che potremmo definire moderatamente scientista che, pur riconoscendo l'impossibilità per la scienza di sostituirsi *de plano* alla politica, rivendica in maniera insistita il superiore valore conoscitivo della scienza e la pretesa nei riguardi del decisore politico di un dovere di coerenza rispetto alle acquisizioni della stessa. Ne consegue l'indicazione di modelli e procedimenti normativi che deleghino alle fonti sub-legislative, mediante il supporto di forme di consulenza tecno-scientifica, la regolazione di ambiti materiali scientificamente e tecnicamente sensibili, consentendo così non solo un più agevole dialogo tra istituzioni e comunità scientifica ma anche un più rapido e flessibile allineamento del diritto alla rapida ed incessante evoluzione delle acquisizioni tecno-scientifiche. La monografia patrocina, insomma, una ricostruzione in termini prevalentemente armonici e sintonici tra metodo scientifico e democrazia, ricordando un poco la visione ottimistica di Polany sulla *Repubblica delle scienze;* le ragioni di conflitto tra scienza e politica finiscono così per essere sdrammatizzate (o trascurate) sul piano teorico e circoscritte a quello meramente operativo.

Le recenti vicende pandemiche offrono numerosi spunti all'A. per ricostruire le più recenti tendenze nei rapporti tra scienza, politico e diritto, mettendo puntualmente in evidenza episodi e circostanze nelle quali le istanze politiche si sono distinte per un uso occasionalistico o strumentale delle valutazioni scientifiche.

Va premesso, ancora, che alle questioni scientifiche emergenti nell'ambito della giurisdizione comune non viene dedicata una specifica attenzione, nonostante la loro grande rilevanza, avendo l'A. limitato il campo di indagine allo studio dei rapporti tra scienza e politica. Ma vediamo più da vicino, capitolo per capitolo, lo svolgimento delle tesi già sommariamente anticipate.

2.1. Il primo dei quattro capitoli di cui si compone il lavoro monografico è dedicato alla introduzione in chiave storico-filosofica del rapporto tra politica e scienza ed alla trattazione dello statuto costituzionale di quest'ultima.

L'A., pur dando conto di quella comunemente nota come *svolta relativistica* e della crisi dell'idea tradizionale di scienza, chiarisce di volersi attenere ad una nozione di sapere scientifico tradizionale e circoscritta, al riparo cioè dalle derive e dalle tentazioni relativistiche, decostruzioniste e anti-positivistiche tendenti a contestarne e confutarne il valore conoscitivo e lo statuto di conoscenza privilegiata (p. 10). Sulla scorta di una impostazione di impronta popperiana, il ricorso al metodo scientifico viene indicato come criterio discriminante della scientificità della conoscenza e, dunque, di demarcazione tra scienze e pseudo-scienze.

Del resto gli artt. 9 e 33 Cost., evocando i concetti di scienza e di ricerca scientifica, rinviano con tutta evidenza a nozioni extra-costituzionali che Lavinia del Corona introduce e tratta con la necessaria apertura alla prospettiva filosofica ed in particolare epistemologica. L'esperienza e l'osservazione restano i criteri metodologici insostituibili nelle diverse metodologie scientifiche al fine della falsificazione o almeno della verificazione qualificata delle teorie scientifiche.

La condivisione dei risultati delle ricerche, la possibilità di svolgere verifiche empiriche dei risultati raggiunti e i controlli incrociati sugli stessi da parte della comunità scientifica hanno portato all'affermazione metodologica del sistema della *peer review* incaricata di garantire, ad un tempo, la serietà della ricerca e l'avvenuta applicazione del metodo scientifico. Non sfuggono all'A. (soprattutto in questo capitolo ma anche nel quarto), peraltro, talune evidenti criticità rappresentate dalla pluralità, dalla evoluzione e dalla mutevolezza del metodo scientifico e degli stessi criteri di verifica dello stesso (28 e 256). Sotto tale profilo anche il tema della incertezza scientifica è prospettiva tenuta ben presente in diverse parti del volume e che, lungi da ogni impostazione mitica e ingenuamente scientista, dimostra una concezione matura e critica dell'impresa scientifica: «il mito positivista della scienza come fonte di certezze assolute può dirsi ampiamente superato» (30).

Viene, seppure con inevitabile sintesi, ripercorsa la mutevolezza diacronica dei rapporti tra scienza e potere, essendo gli stessi connotati da momenti di collaborazione a momenti di antagonismo. L'asservimento della scienza alle ragioni di regimi politici dittatoriali, la strumentalizzazione della stessa a fini di propaganda, di consolidamento di ideologie totalitarie e di potenziamento bellicista sono gli argomenti utilizzati per rivendicare la libertà dalla scienza e la necessità di assecondarne i propri fini conoscitivi senza ingerenze o strumentalizzazioni di ispirazione politica o religiosa.

In tale capitolo viene approfondito il ruolo costituzionale della scienza (ex artt. 9 e 33 Cost.) e il legame virtuoso tra scienza e democrazia; la garanzia della libertà della scienza viene esaltata sulla scorta del peculiare valore conoscitivo del sapere scientifico dal quale consegue la necessaria tutela anche dell'autonomia della comunità scientifica. Nella relazione tra le due disposizioni costituzionali sulla scienza l'A. si sofferma soprattutto sulla libertà di scienza ex art. 33 Cost. la quale rappresenterebbe il presupposto assiologicamente condizionante la promozione della ricerca scientifica prevista dall'art. 9 Cost.; secondo tale prospettiva, dunque, «la libertà di ricerca scientifica si fonda e giustifica in virtù del riconoscimento costituzionale della libertà di scienza» (43).

2.2. Il secondo capitolo è dedicato ai rapporti tra scienza e potere legislativo. La trattazione critica dei tradizionali modelli di interazione tra il diritto oggettivo ed il sapere tecnico-scientifico (quello della incorporazione dei contenuti tecnici nell' ordinamento giuridico e quello del rinvio operato dalle norme del diritto a quelle tecniche) offrono lo spunto all'A. per esprimere le ragioni di preferenza per forme di delega del potere di regolazione dai decisori politici all'*expertise*. Emerge così la convinta preferenza nei riguardi di fonti del diritto sub-primarie che consentano un più proficuo rapporto tra le istanze tecniche e quelle regolatorie nonché un più tempestivo aggiornamento di queste ultime rispetto alle prime (61 e ss.). Si tratta di proposte non inedite ma certamente innovative e coraggiose il cui impatto sulla tenuta dei principi costituzionali di legalità ma soprattutto su quello della riserva di legge appare in tutta la sua problematica evidenza. In tale capitolo viene ripercorsa la giurisprudenza costituzionale rilevante sul terreno delle valutazioni scientifiche (a partire dalla nota sent. n. 282 del 2002) nella quale pare essersi inverata, pur tra evidenti discontinuità e parziali ripensamenti, la riserva di scienza quale concettualizzazione della scienza come limite alla discrezionalità legislativa. Le sentenze rese a proposito dei casi Di Bella, Stamina o in tema di Pma vengono vagliate criticamente anche per evidenziare le incertezze mostrate dal giudice costituzionale nel valutare l'impatto delle nuove acquisizioni scientifiche e dei rimedi terapeutici innovativi sulla tutela della salute e sulla libertà di cura. Largo spazio viene dedicato agli strumenti conoscitivi a disposizione del Parlamento per far fronte agli incombenti istruttori che condizionano l'uso della discrezionalità politica secondo criteri di ragionevolezza scientifica; vengono messi in evidenza i limiti e i pericoli derivanti dalla possibile confusione e strumentalizzazione che può investire l'apporto dell'*expertise* nelle sedi politico-parlamentari. Secondo l'attenta ricostruzione offerta nel volume, gli strumenti istruttori tradizionali in possesso del legislatore (inchiesta parlamentare, indagine conoscitiva e indagine informale) evidenziano limiti ed inadeguatezza di varia sorta, tanto da spingere l'A. ad immaginare quale soluzione alternativa, mutuata da ordinamenti stranieri, quella della istituzione di organismi di consulenza scientifica capaci di offrire al legislatore analisi e consulenze indipendenti, accessibili ed autorevoli su tematiche a contenuto tecnico-scientifico. Tale soluzione assicurerebbe la minor incisività di approcci affrettati, inconsapevoli e sostanzialmente ideologici alle questioni scientifiche.

L'approvazione della legge n. 40 del 2004 in tema di Pma resta, come affermato in diverse parti del volume, un chiaro esempio di prodotto legislativo, privo di una adeguata istruttoria tecnico-legislativa e sostanzialmente svalutativo dei dati scientifici disponibili, tanto da essere stato fortemente inciso da pronunce caducatorie della Corte costituzionale, adottate proprio in applicazione del criterio della ragionevolezza scientifica. Anche in relazione al giudizio di costituzionalità si dà conto della tradizionale debolezza degli strumenti istruttori ma anche delle recenti innovazioni recate dalla riforma delle Norme integrative le quali hanno esplicitamente introdotto la possibilità del ricorso all'*amicus curiae* ed al supporto degli esperti (78).

Ampio spazio viene dedicato al principio di precauzione il quale rileva nei casi in cui la valutazione dell'*expertise* e quella politica si confrontano nei casi di rilevante incertezza scientifica. L'A. riserva una valutazione critica nei riguardi della versione c.d. forte del principio in parola, attesa la pregiudiziale ostilità della stessa verso forme di innovazione tecno-scientifica, il quale comporterebbe una svalutazione delle potenzialità insite nella libertà di scienza (124 e ss).

2.3. Il terzo capitolo è dedicato al rapporto tra scienza e pubblica amministrazione; in esso viene ripresa e sviluppata la tesi della delega di compiti di regolazione e di decisione alla pubblica amministrazione in ambito tecno-scientifico (161 e ss.). In particolare viene approfondita la complessa evoluzione della discrezionalità tecnica nei suoi rapporti con il sindacato giurisdizionale di legittimità ed il tema della neutralità della tecnica come possibile fondamento dei poteri di regolazione a favore delle autorità amministrative indipendenti.

Negli ambiti disciplinari interferenti con questioni scientifiche, la dismissione di potere legislativo da parte degli organi politici e , dunque, la deroga alle riserve di legge può trovare adeguata giustificazione, ad avviso dell'A., non solo nella legittimazione tecnica delle *authorities* ma soprattutto in forme di legalità procedimentale, capaci di imporre il rispetto del contraddittorio, della pubblicità e della partecipazione procedimentale che coinvolga i soggetti destinatari dell'attività di normazione: «l'accoglimento di una concezione procedurale del principio di legalità ha dunque l'importante effetto di riservare alla legge l'individuazione delle condizioni atte a rendere il procedimento amministrativo adeguato alla funzione della normazione tecnico-scientifica»(188).

Viene così criticata la generale inadeguatezza della legislazione relativa alle attività amministrative connesse con cognizioni tecnico-scientifiche ed il basso grado di istituzionalizzazione della consulenza scientifica la quale sarebbe responsabile degli effetti negativi anche nel momento del sindacato giurisdizionale delle decisioni amministrative *science based*. La mancanza di regole e procedure capaci di innestare correttamente saperi tecnici nei procedimenti amministrativi e di selezionare in maniera adeguata gli esperti, finisce per avere come risultato la strumentalizzazione dell'*expertise* e, dunque, la menomazione della libertà ed autonomia degli scienziati presidiate dall'art. 33 Cost.

2.4. Il quarto ed ultimo capitolo è dedicato al rapporto tra scienza e politica con particolare riferimento all'esperienza pandemica da Covid-19 a partire dalla quale, sostiene l'A., è stata inaugurata una nuova fase storica nella quale la scienza ha assunto una inedita centralità, pur tra atteggiamenti contrastanti che oscillano dall'eccesso di aspettative alla irrazionale sfiducia nella stessa.

Il problematico rapporto tra scienza e politica viene così riproposto proprio dalla vicenda pandemica (226) la quale avrebbe messo in luce evidenti limiti nel dialogo e nella collaborazione tra politici e scienziati nonché l'incertezza ed imolti limiti che le conoscenze scientifiche scontano in campo medico. In particolare, la vicenda della

tormentata autorizzazione dei vaccini anti-covid 19 del marzo 2021 viene nel volume letta come tentativo riuscito di strumentalizzazione delle istanze tecnico-scientifiche da parte della politica non trovando, invece, spazio l'ipotesi che siano stati i decisori politici vittime della improvvisazione dell'atteggiamento emotivo (anche) degli esperti e delle agenzie, nazionale (Aifa) ed europea (Ema), del settore.

L' emergenza pandemica, come si ricorderà, ha portato alla istituzione, a livello statale e regionale, di comitati di consulenza tecnico-scientifica tra i quali si è distinto il CTS, nato per supportare le scelte normative del Governo nazionale ed il cui apporto è apparso decisivo anche alla Corte costituzionale in ordine alla proporzionalità e giustificatezza di alcune delle misure di contenimento della circolazione del virus (v. sent. n. 198 del 2021). Del Corona evidenzia come l'istituzione *ex post*, per giunta, ad opera di una fonte non legislativa (ordinanza del capo di Dipartimento della protezione civile) avrebbe confermato la carenza di legalità procedimentale e la insufficiente trasparenza ed indipendenza delle attività degli esperti e più in generale la disattenzione della politica verso «la regolamentazione dei modi tramite cui la conoscenza scientifica entra nei processi decisionali» (231). L'esperienza del CTS sarebbe stata, insomma, emblematica del modo strumentale ed opaco con il quale la politica avrebbe utilizzato la scienza così come testimoniato, peraltro, dalla vicenda contenziosa sorta intorno alla segretezza dei lavori del medesimo comitato. Nonostante la stagione di rinforzata collaborazione, ad avviso dell'A., sarebbero emerse talune criticità sostanziatesi soprattutto nella diffidenza della politica verso taluni esponenti della comunità scientifica (229) e nel permanere in un livello baso e congiunturale di istituzionalizzazione della consulenza scientifica. La mancata previsione dei criteri di nomina dei componenti del CTS e, più in generale, la problematica riconducibilità dello stesso a preesistenti istituzioni scientifiche vengono considerati indici attestanti una relazione fiduciaria e quindi la scarsa indipendenza ed autonomia dell'organo tecnico rispetto al decisore politico. Sotto il profilo eminentemente istituzionale viene fatto notare il diverso atteggiamento del Governo e del Parlamento rispetto alle tematiche di rilievo scientifico. Durante le fasi più critiche dell'emergenza mentre il primo ha ricercato forme di dialogo e di interlocuzione con il mondo della scienza, il secondo ha confermato la sua debolezza politico-istituzionale (già illustrata nel secondo capitolo), limitandosi a recitare un ruolo secondario, quasi a rimorchio delle iniziative assunte dall'esecutivo. Non vien trascurato il tema della disinformazione scientifica (e dei possibili rimedi penali e disciplinari) la quale finisce per essere amplificata dall'uso irresponsabile dei nuovi media digitali, tendenti ad esaltare la polarizzazione ideologica, la radicalizzazione spesso brutale del confronto tra idee diverse e spesso (cor)responsabili della diffusione di notizie false e prive di ogni fondamento scientifico.

3. Non si possono che riservare parole di apprezzamento per il volume monografico di Lavinia del Corona la quale, misurandosi con una tematica complessa come poche altre, ha indagato i possibili raccordi tra scienza, politica e diritto con grande chiarezza espositiva ed una non comune capacità argomentativa, indicando

soluzioni normative anche opinabili ma coerenti e sistemicamente definite sotto il profilo giuridico-costituzionale.

Non possiamo, tuttavia, sottrarci dal formulare alcuni rilievi critici i quali trovano giustificazione, per lo più, nella diversa posizione teorica dello scrivente sul tema dei rapporti tra scienza, diritto e politica. Da tale diversità di impostazione generale scaturiscono, più o meno direttamente, una serie di altri dissensi che investono la consistenza della riserva di scienza, l'auspicabilità di una lettura estensiva dell'art. 33 Cost. e della sua valorizzazione parametrica nel controllo di costituzionalità delle leggi a contenuto tecno-scientifico, la pretesa neutralità della scienza e la tendenza a presupporre l'intrinseca integrità e affidabilità etica della comunità scientifica.

Le ragioni di divergenza derivano, innanzitutto, dal non ritenere che alla scienza, (a prescindere dal fatto che rappresenti o meno una forma superiore e privilegiata di conoscenza) spetti il compito di dettare criteri generalmente condizionanti l'assunzione di scelte politiche. Preferisco lasciare in disparte il complesso discorso sulla naturale sintonia che caratterizzerebbe l'agire scientifico e quello democratico, atteso che, nonostante alcuni pur rilevanti aspetti sintonici, è la stessa matrice concettuale del metodo scientifico ad apparire antidemocratica. Ma sul punto, come noto, il dibattito, non solo tra i giuristi, registra posizioni divergenti e spesso opposte. E, tuttavia, il rapporto tra scienza e democrazia, avrebbe forse meritato una maggiore attenzione, atteso che la correlazione tra finalità descrittivo conoscitiva delle scienze e quella assiologico normativa del diritto e della politica tradiscono un differente statuto logico e deontologico che ne impediscono piane assimilazioni o incondizionati asservimenti.

Diversi argomenti inducono a ritenere che le valutazioni scientifiche in ambito politico e giuridico possano vantare un ruolo, di certo, eminente ma giammai preminente. Che il sapere scientifico rappresenti la fonte principale, più accreditata e condizionante nell'elaborazione delle scelte normative *science based* pare, infatti, una prospettiva ancora lontana e neanche (sempre) auspicabile. La funzionalizzazione della scienza ad un'equa tutela dei diritti fondamentali, evocata nel volume (49-50) resta, peraltro, un obiettivo per nulla scontato e comunque non deterministicamente implicato. Pur non ignorando le possibili ragioni di conflitto tra attività scientifica e tutela dei diritti (47), dalle pagine del volume emerge la sostanziale svalutazione della importanza di siffatto conflitto e la minimizzazione delle ragioni di critica un avanzamento tecno-scientifico, spesso sregolato e non vigilato da principi etico-politici.

Il volume si incentra sui limiti che la scienza oppone alle scelte politico normative, lasciando in ombra i casi nei quali è costituzionalmente necessario che tale rapporto si inverta, svolgendo il diritto una funzione direttiva e condizionante nei confronti del modo di fare e di applicare la scienza. Il riferimento va, ad esempio, a quei casi in cui la garanzia dei diritti fondamentali o la tutela della dignità della persona si impongono rispetto alle finalità di puro accrescimento del sapere perseguite dalla scienza. Il diritto costituzionale, in particolare, è chiamato a svolgere una funzione di salvaguardia dei diritti costituzionali della persona e delle sue capacità di consapevole determinazione (fine vita, sperimentazione clinica, consenso informato ai trattamenti terapeutici) che potrebbero entrare in conflitto con le pretese conoscitive della scienza e

gli obiettivi operazionali della tecnica. Sotto altro profilo viene da osservare che la ricerca scientifica ed il metodo scientifico non paiono in grado di esibire alcuna capacità di autoregolazione e di automatica conformazione a quelle premesse etiche e deontologiche che, secondo alcuni, rappresenterebbero fattori costitutivi della libertà della scienza. A ben vedere è solo attraverso il diritto che risulta possibile garantire quelle condizioni di indipendenza, trasparenza, verificabilità e condivisione dei risultati e delle esperienze di ricerca che sempre dovrebbero connotare dell'impresa scientifica. Compito del diritto (e segnatamente di quello costituzionale) dovrà essere, allora, quello di ricondurre il ruolo della razionalità scientifica nel suo giusto ambito, evitando che essa invada gli spazi propri della riflessione morale e della decisione politica.

Ampie parti del volume tradiscono una considerazione quasi mitica e socialmente irrelata della scienza, avvolta nella sua sostanziale autoreferenzialità; un disegno, insomma, assai distante dalle dinamiche reali che riguardano la ricerca scientifica che è sempre calata nei processi sociali ed avvinta da legami di co-regolazione con il diritto, l'economia ed il sentire sociale (Jasanoff, Latour, Tallacchini).

Quanto le applicazioni scientifiche e lo sviluppo della tecnologia possano trasformarsi in nemici della democrazia e dei diritti è, mai come nel momento presente, provato da forme di predominio tecnologico digitale al servizio di pochissimi individui che concentrano ricchezze e potere tecnologico inimmaginabili sino a pochi decenni or sono. La stessa pensabilità di una "cattiva scienza" risulta sopravanzata da un ottimismo di marca scientista e dalla prevalenza delle ragioni intrinsecamente virtuose della scienza. Si radica in questo alveo concettuale l'affermazione convinta della riserva di scienza quale criterio generale di governo delle relazioni normative tra fattore scientifico e politica che porterà a sostenere talune soluzioni politico-normative sviluppate soprattutto nel secondo e terzo capitolo.

Appare, dunque, una prospettazione quanto meno parziale quella che tende ad imputare le ragioni di conflittualità e di incomprensione nei rapporti tra scienza e politica (in via quasi esclusiva) alla seconda, tanto da ritenere che i rischi di strumentalizzazione dell'expertise rinvengano la propria ragione determinante nella *scarsa considerazione per l'autonomia degli esperti* e nelle indebite ingerenze della politica.

Due esempi, tra i tanti possibili, nel volume pure evocati, seppure con una diversa lettura.

La scarsa serietà ed indipendenza nelle attività di *peer review*, e la narcisistica (e talvolta "rissosa") sovraesposizione mediatica degli esperti durante le fasi più convulse della pandemia da Covid-19, paiono mancanze addebitabili (in via pressoché esclusiva) agli scienziati, ora alla loro cattiva capacità di autogoverno, ora di auto-rappresentazione mediatica. Le divisioni, le incertezze ed i contrasti insorti (e, talvolta, esibiti) all'interno della comunità scientifica hanno rappresentato, come si ricorderà, elementi non secondari della vicenda pandemica, tanto che la stessa OMS si premurò di segnalare i rischi di una vera e propria infodemia, capace di aggravare gli effetti della stessa pandemia, addebitabile a disinformazione scientifica proveniente non di rado anche dagli esperti.

Più in generale, la violazione delle regole deontologiche, la scarsa integrità morale e la mancanza di trasparenza rappresentano pratiche che appartengono tanto al mondo degli scienziati quanto a quello dei politici (si pensi, *ex plurimis*, al recente caso che ha coinvolto il ministro della salute Orazio Schillaci, a quello di Andrew Wakefeald sui vaccini in Gran Bretagna o, ancora, al caso Avastin-Lucentis).

Il discorso sulla sfiducia nella scienza e sulla delegittimazione degli esperti andrebbe probabilmente inquadrato in un contesto più ampio che investe la crisi della politica e dell'agire democratico congiuntamente alla diffusione di forme di populismo anti-intellettualistico ed antiscientifico; la correlata e pervasiva contestazione delle competenze (Nichols) rinviene, infatti, la propria causa originaria nella disintermediazione (soprattutto di matrice digitale), nel declino dei corpi intermedi e delle tradizionali agenzie di formazione e di educazione (scuola, famiglia, partiti, sindacati, confessioni religiose, università etc.).

Come la recente pandemia ha dimostrato, ciò che occorre non è tanto o solo la promozione dei soggetti e delle procedure di consulenza scientifica ma anche il rafforzamento di agenzie pubbliche di valutazione dei prodotti della ricerca e di verifica di protocolli di ricerca (soprattutto in ambito medico e farmaceutico); si tratta di attività, infatti, che non possono essere affidate *in toto* a logiche di mercato, attesi i rischi derivanti dalla concentrazione di potere non solo economico ma anche regolatorio nelle mani di pochi operatori globali. Il rispetto della mera legalità procedurale, come auspicato nel volume, potrebbe, dunque, rivelarsi insufficiente ad evitare conflitti di interesse ed attività di ricerca scientifica irregolari ed abusive.

Dietro lo schermo della legittimazione tecnica e scientifica, infatti, spesso si celano forme di strumentalizzazione (e in taluni casi di corruzione) della politica (non già solo della scienza) da parte di soggetti privati che vantano interessi industriali e finanziari nella ricerca scientifica.

Una quota di responsabilità non lieve nella perdita di credibilità epistemica degli scienziati e degli esperti deriva proprio dalle incertezze e dai conflitti che nascono e si consumano tutti all'interno della comunità scientifica. La crisi della qualità della ricerca scientifica (anche universitaria), le condotte non sempre eticamente irreprensibili di taluni scienziati e la non sempre adeguata consapevolezza circa i limiti della conoscenza scientifica ed i tempi imposti dai criteri di validazione della stessa, si sono chiaramente manifestate durante la pandemia da Sars-Cov-2 tanto da aver concorso ad incrinare la stessa fiducia nella scienza. Su tale ultimo terreno la responsabilità e la improvvisazione degli scienziati e delle agenzie pubbliche di regolazione e controllo sono parse evidenti.

Proprio in ragione della insufficienza di un approccio scientista sono venute maturando le sollecitazioni verso la c.d. scienza post-normale (PNS) quale nuovo modello di applicazione delle conoscenze scientifiche in contesti segnati, ad un tempo, da grande incertezza e rilevanza sociale, nei quali la "scienza normale" non pare in grado di fornire né risposte né certezze nella selezione delle priorità e nella scelta degli interessi sociali da privilegiare, risultando necessario un approccio integrato e multi-disciplinare che coniughi le conoscenze scientifiche con valutazioni di ordine politico, giuridico e sociale (Tallacchini).

Se sono incontestabili casi di ingerenza e strumentalizzazione da parte della politica nin danno della autonomia scientifica non sono meno frequenti e censurabili forme di condizionamento delle società e delle comunità scientifiche nei confronti delle istituzioni e delle agenzie di regolazione, a livello nazionale ed europeo, (si pensi, ad esempio, al ruolo degli stakeholders, alle varie attività di *lobbyng*, alle forme di rappresentanza degli interessi in organizzazioni pubbliche ed al fenomeno della *regulatory capture*). Appare, insomma, evidente che esista una dimensione politica (ed economica) delle istanze scientifiche che interagisce con interessi sociali e pubblici (secondo dinamiche e relazioni mutevoli e difficilmente categorizzabili), dando luogo ad interazione assai fluide ed a reciproci condizionamenti. Non a caso la sociologia e la filosofia della scienza dedicano una crescente attenzione alle questioni normative, etiche, giuridiche e politiche connesse all'avanzamento tecno-scientifico (Jasanoff, Tallacchini).

E veniamo alla riserva di scienza, principio costituzionale ricavato sulla scorta di una giurisprudenza costituzionale che, tuttavia, pare vantare un ambito di applicazione assai più circoscritto rispetto a quello emergente dal volume e accreditato anche da altra dottrina costituzionalistica.

Le attività diagnostiche e terapeutiche, ad esempio, scontano una incertezza scientifica che è assai più consistente e diffusa di quanto dia pur conto il lavoro monografico. Il richiamo alle ragioni della libertà di scienza ed al ruolo condizionante dell'*expertise*, appare talvolta generico ed astratto, proprio in ragione della spiccata ed irriducibile articolazione pluralistica interna alle diverse comunità scientifiche. Ne deriva che gli ambiti in cui la riserva di scienza si impone non sono in realtà così numerosi.

La stessa Corte costituzionale, peraltro, ha elaborato una precisa clausola di esonero dal rispetto della riserva di scienza ("salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni…" sent. 282 del 2002) la quale vale ad attenuarne grandemente la concreta operatività, in ragione del fatto che soprattutto nella ricerca scientifica in ambito medico quasi sempre "entrano in gioco" altri diritti e/o doveri costituzionali che impongono operazioni di ponderazione e di bilanciamento e ciò anche a fronte di raggiunte evidenze scientifiche (cfr. sent. n 84 del 2016). Il prodigioso progresso delle tecniche biomediche esige un necessario contemperamento con le esigenze di tutela della persona e con interessi distinti e spesso in conflitto con le pure ed esclusive ragioni di conoscenza e di avanzamento scientifico.

La nozione "riserva di scienza", in altri termini, andrebbe adoperata con cura per evitare che il suo impiego autorizzi il primato della scienza non solo sul diritto ma anche sui diritti fondamentali. La sempre più evidente non neutralità del sapere scientifico, l'appartenenza della comunità degli scienziati al generale contesto sociale da cui risulta fatalmente condizionata, il pluralismo dei criteri di indagine scientifica ed il moltiplicarsi dei casi dubbi e di incertezza scientifica lasciano, infatti, intendere che la

regolazione giuridica dovrebbe evitare di acquisire acriticamente ed incondizionatamente i risultati del sapere tecnico-scientifico.

Lo studio monografico non pare soffermarsi adeguatamente sullo specialismo esasperato in molti ambiti scientifici, sulle difficoltà di comunicazione e di confronto all'interno delle stesse comunità scientifiche di settore, sulla diffusione di un pluralismo anche metodologico spesso irriducibile; aspetti che rappresentano elementi di criticità e di perdita di coesione interni all'ambito scientifico e che alimentano, soprattutto in medicina, una grave incertezza nello studio e nella cura delle patologie. Chiunque abbia avuto occasione di misurarsi con esigenze terapeutiche avrà verificato di persona quanto sia frequente ottenere in sede medica indicazioni per nulla univoche e coincidenti. Nel corso della pandemia giusto disorientamento hanno destato le divergenze tra alcuni medici e l'Aifa per la decisione di quest'ultima di sospendere in via cautelare l'utilizzo dell'idrossiclorichina per il trattamento del Covid-19; conflitto tra istanze scientifiche che ha indotto, peraltro, il Consiglio di Stato (sent. n. 7097/2020) ad affermare, come pure si dà conto nel volume, la sindacabilità su scelte improntate a discrezionalità tecnica che rappresenta ulteriore profilo di confutazione della "riserva di scienza".

Nella monografia ampio spazio è dedicato alla critica nei riguardi dei limiti posti dalla politica alla scienza con tutte le perniciose conseguenze che ne derivano in termini di politicizzazione della scienza, di strumentalizzazione degli addebiti di responsabilità e di pregiudizio alla libertà di scienza. L'opposto versante riguardante gli inconvenienti della scientizzazione della politica, le derive tecnocratiche e, più ingenerale, i rischi di una scienza incurante delle ricadute sociali delle proprie acquisizioni e dell'atteggiamento democraticamente irresponsabile nelle scelte scientifiche rilevanti risulta assai meno considerato.

Tenuto conto delle difficoltà di individuare i limiti della scienza e di determinarne, una volta per tutte, la sostenibilità sociale e democratica, anziché utilizzare la generale libertà di scienza ex art. 33, comma 1, Cost. quale fondamento costituzionale di un generale obbligo di conformazione dei pubblici poteri ai dettami della scienza, appare più produttiva la strada di far valere il criterio della irragionevolezza scientifica nella tutela dei diritti che potrebbero risultare menomati o scarsamente protetti da scelte legislative incuranti o incoerenti delle evidenze scientifiche.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

IL FORUM

IL PROTOCOLLO ITALIA-ALBANIA E IL DECRETO-LEGGE "PAESI SICURI"*

Introduzione al *Forum*

ALESSIO RAUTI

Uno dei punti più controversi nell'applicazione del recente Protocollo Italia-Albania del 6 novembre 2023, in tema di rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, riguarda il ricorso alla c.d. procedura accelerata per trasferire i richiedenti protezione internazionale nelle strutture realizzate in due apposite aree del territorio albanese (attualmente: Shengjin e Gjader) e ivi trattenerli fino alla definizione della loro domanda. Nonostante le numerose criticità riscontrabili – rilevate dalla dottrina e dalla giurisprudenza – viene così a realizzarsi una forma di esternalizzazione delle frontiere, considerata peraltro da numerosi altri Stati un modello cui conformare la politica europea di migrazione e asilo.

In particolare, poi, la legge del 22 febbraio 2024, n. 14, di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del Protocollo, precisa che nelle aree del territorio albanese ivi previste – destinate, rispettivamente, alla realizzazione delle strutture di ingresso, di accertamento dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale e per il rimpatrio dei migranti non aventi diritto all'ingresso (ed al soggiorno) nel territorio italiano – possono essere condotte esclusivamente persone imbarcate su mezzi delle autorità italiane *all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea*, anche a seguito di operazioni di soccorso.

Ai sensi, poi, dell'art. 28-*bis*, c. 2-bis, del D.Lgs n. 25/2008 – secondo quanto consentito dall'art. 31, § 8, lett. *b*) della direttiva 2013/32/UE – la procedura accelerata

* Contributi sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

può essere svolta alla frontiera o nelle zone di transito, fra l'altro, quando il richiedente presenti direttamente in tali aree la domanda di protezione internazionale e provenga da un *Paese designato di origine sicuro* (lett. *b-bis*). In questi casi si presume che non sussistano i presupposti per il riconoscimento della protezione, salvo che il richiedente adduca gravi motivi in senso contrario. Su tale presunzione si basa, fra l'altro, la riduzione dei termini per la decisione della Commissione territoriale e per il ricorso contro l'eventuale rigetto. Inoltre, l'art. 6-bis, c. 1, del D.Lgs. n. 142/2015, consente il trattenimento di tali soggetti allo scopo di accertare la sussistenza del diritto di entrare nello Stato italiano. Al riguardo, occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della CGUE, le caratteristiche del ricorso contro la decisione sulla domanda di protezione – fondato sul diritto ad un rimedio effettivo previsto dall'art. 46 della direttiva – devono essere determinate conformemente all'art. 47 della CDFUE, il quale è da considerarsi direttamente applicabile [v., *ex pluribus*, sentenza CGUE dell'8 Novembre 2022 (cause C-704 e C-39/21), *Staatssegretaris van Justicie en Veiligheid*].

Sono comunque esclusi dalla procedura accelerata i minori stranieri non accompagnati e i soggetti c.d. vulnerabili, fra i quali le donne, gli anziani, i minori, le persone affette da disabilità o gravi disturbi mentali e le persone che hanno subito torture o altre forme di violenza (art. 28-*bis*, c. 6 e art. 17 D.Lgs. n. 142/2015). Tale forma di tutela dei soggetti fragili sembra invero scarsamente garantita dal Protocollo, atteso che la valutazione della loro vulnerabilità non può essere adeguatamente svolta direttamente sulle navi militari italiane e, dunque, v'è il rischio concreto che il trasferimento e il trattenimento di tali soggetti in uno dei due Centri albanesi di permanenza e rimpatrio, fino al giudizio di convalida, avvenga in modo illegale. In effetti, già sotto questo aspetto è emersa la necessità di riportare alcuni richiedenti protezione internazionale (di cui alcuni addirittura minorenni) in Italia a seguito della mancata convalida, da parte delle Sezioni specializzate per l'immigrazione, del provvedimento che ne disponeva il trattenimento.

Il principale fronte di tensione fra politica e magistratura ha riguardato tuttavia la possibilità di considerare un Paese di origine "sicuro". Sotto tale aspetto, l'Allegato I della direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure), stabilisce che un Paese è considerato "Paese di origine sicuro" se, sulla base dello *status* giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che non ci sono *generalmente* e *costantemente* persecuzioni quali definite nell'articolo 9 della direttiva 2011/95/UE, né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale. A tal fine, l'art. 37, § 3, della direttiva, prescrive che la valutazione di ciascuno Stato volta ad accertare che un paese è un paese di origine sicuro deve basarsi su una serie di fonti di informazioni, comprese in particolare le informazioni fornite da altri Stati membri, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti.

Lo Stato italiano ha predisposto un elenco di Paesi considerati sicuri attraverso un Decreto del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale (da ultimo,

aggiornato il 7 maggio 2024), che tuttavia è stato di recente disapplicato da parte di alcune Sezioni specializzate, le quali – a differenza di altre – hanno negato la convalida del trattenimento del richiedente protezione internazionale, giudicando non sicuro il Paese di provenienza del richiedente protezione internazionale, nonostante questo fosse inserito nell'elenco del decreto ministeriale.

La questione riguarda, innanzitutto, la congruenza della scelta di inserire un Paese fra quelli di origine sicuri e le fonti di informazione indicate dalla direttiva. Ma un altro punto decisivo riguarda la possibilità che un Paese possa essere qualificato come sicuro nonostante sussistano pericoli *in alcune parti del suo territorio* o *per alcune categorie di persone*.

Peraltro, nella sentenza del 4 ottobre 2024 (causa C-406/22) la CGUE ha ritenuto che l'art. 37 della direttiva debba essere interpretato nel senso di impedire agli Stati membri di qualificare un Paese come sicuro qualora sussista una situazione di pericolo in alcune parti del suo territorio, ma anche di abilitare il giudice ad un controllo circa l'attualità della condizione di sicurezza del Paese inserito nell'apposito elenco. La polemica politica ha raggiunto il suo culmine a seguito dell'interpretazione seguita in alcune decisioni di diniego della richiesta di convalida, secondo cui dalla pronunzia della Corte di Giustizia si evincerebbe anche il divieto di qualificare come sicuri Paesi nei quali risulti che sussistano pericoli per *alcune categorie di persone*. In particolare, il punto decisivo è se si possa ritenere che uno Stato in cui sussistono pericoli (persecuzione, tortura, violenza, etc.) solamente per alcune categorie di persone possa dirsi sicuro in quanto tali fenomeni non ricorrono *generalmente* e *costantemente.* Sulla questione, peraltro, va segnalato che, ai sensi dell'art. 61, § 3, del Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024 – che abroga la ricordata direttiva, ma si applica solo alle domande di protezione internazionale formalizzate a partire dal 12 giugno 2026 – «La designazione di un paese terzo come paese di origine sicuro a livello sia dell'Unione che nazionale può essere effettuata con eccezioni per determinate parti del suo territorio o categorie di persone chiaramente identificabili».

Lo scontro fra politica e magistratura ha dato luogo da ultimo ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia – relativo all'interpretazione degli artt. 36, 37 e 46 della direttiva – con il fine di ottenere ulteriori chiarimenti su questo punto e sugli spazi concreti del potere di disapplicazione del decreto-legge. Da par suo, il Governo ha adottato il decreto-legge 23 ottobre 2024, n. 158, che riporta al rango di fonte primaria l'elenco dei Paesi sicuri, inserendolo nell'art. 2-bis, c. 1, del D.Lgs. n. 25/2008, di cui risulta modificato anche il c. 2 nel senso di eliminare la possibilità di designare un Paese di origine sicuro qualora non lo siano alcune parti del suo territorio (residuando invece l'ipotesi dell'eccezione relativa a categorie di persone).

Il decreto-legge – che conta adesso diciannove Paesi di origine sicuri – ha escluso dall'elenco il Camerun, la Colombia e la Nigeria, a causa dei problemi riguardanti alcune parti del loro territorio, ma continua ad includere diversi altri Paesi che versano in analoga condizione (basti pensare, per tutti, all'Egitto). È emblematico, del resto, che gli elenchi dei Paesi sicuri predisposti dagli altri principali Paesi europei – a partire

dalla Germania e dalla Francia – siano assai più esigui di quello predisposto dal Governo italiano.

Il testo di tale decreto-legge è stato poi trasfuso in un emendamento al decreto-legge dell'11 ottobre 2024, n. 145 (c.d. "Decreto flussi"), secondo una prassi procedimentale – di c.d. "confluenza" – che sembra porre numerosi problemi in relazione all'osservanza dell'art. 77, nonché al rispetto delle attribuzioni del Capo dello Stato e dei parlamentari.

Abbiamo chiesto a studiosi che da tempo si sono occupati di questi temi di intervenire nel *Forum* per soffermarsi sulle questioni qui accennate, le quali peraltro mostrano, anche in questo caso, come i problemi legati al diritto dell'immigrazione sottendano spesso il pericolo di profonde, e talora striscianti, compressioni dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta costituzionale. È dunque quanto mai opportuno che la nostra Rivista ospiti un dibattito plurale e informato su un tema così attuale.

INDICE

I Domanda (p. 255 ss.) - Quali sono le principali criticità del Protocollo Italia-Albania, con riferimento soprattutto agli ostacoli legali all'accesso alla procedura di presentazione della domanda di protezione internazionale inteso quale "nucleo" primigenio del diritto di asilo protetto – oltre che dalla Carta costituzionale – dalla stessa CDFUE?

II Domanda (p. 273 ss.) - Alla luce di quanto disposto dall'art. 37 della direttiva 2013/32/UE, interpretato secondo la sentenza della CGUE del 4 ottobre (causa C-406/22), quali sono le circostanze che possono legittimare la disapplicazione del decreto-legge sui c.d. "Paesi sicuri"?

III Domanda (p. 287 ss.) - Avendo particolare riguardo al modo in cui la scelta governativa sui Paesi sicuri può incidere – attraverso la procedura accelerata di frontiera – sull'effettività del diritto costituzionale fondamentale di azione e di difesa e del diritto ad un ricorso effettivo di cui agli art. 46 della direttiva 2013/32/UE e 47 della CDFUE, esistono spazi residui per sollevare una questione di legittimità costituzionale del decreto-legge (estesa anche alle pertinenti disposizioni del D.Lgs n. 25 del 2008)?

IV Domanda (p. 295 ss.) - Il quadro giuridico di riferimento relativo alle condizioni per l'individuazione di un Paese di origine sicuri è destinato realmente a mutare con l'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2024/1348?

V Domanda (p. 302 ss.) - L'inserimento del testo del decreto-legge 23 ottobre 2024, n. 158 in un emendamento al decreto-legge dell'11 ottobre 2024, n. 145 (c.d. "Decreto flussi") può essere considerato in contrasto con l'art. 77 della Costituzione, avuto riguardo al requisito di omogeneità, all'esistenza di circostanze di straordinarietà ed urgenza e al peculiare nesso esistente fra il decreto-legge e la rispettiva legge di conversione?

VI Domanda (p. 309 ss.) - Possono ravvisarsi i presupposti, sotto il profilo oggettivo, per un eventuale conflitto di attribuzione sollevato dal singolo parlamentare alla luce dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 17 del 2019?

I partecipanti al Forum (p. 310)

I Domanda

Quali sono le principali criticità del Protocollo Italia-Albania, con riferimento soprattutto agli ostacoli legali all'accesso alla procedura di presentazione della domanda di protezione internazionale inteso quale "nucleo" primigenio del diritto di asilo protetto – oltre che dalla Carta costituzionale – dalla stessa CDFUE?

MARCO BENVENUTI

L'intera "operazione Albania" è incostituzionale e lo è – preme dire – irrimediabilmente. Se è vero che per disattivarne il dispositivo la giurisprudenza ordinaria ha còlto la "sponda tanto inattesa… quanto irresistibile" [M. SAVINO, *Se i giudici tornassero a occuparsi del caso concreto?*, in *ADiM Blog*, 30 novembre 2024, 12] offerta dalla Corte di giustizia dell'UE [v. CGUE, C-406/22, sent. 4 ottobre 2024, *Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*], è parimenti certo che, "a monte" di tale decisione, vi è tutta una folla tumultuante di profili di illegittimità costituzionale che rendono l'implementazione del Protocollo Italia-Albania giuridicamente impraticabile, come peraltro ben messo in luce già dai primi commentatori [v. L. MASERA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione*, in *Sistema penale*, 28 dicembre 2023, 15; G. CARELLA, *Procedura di confine e procedura ai confini della realtà nel Protocollo Italia-Albania in materia di migrazione*, in *SIDIBlog*, 17 maggio 2024, 15; V. FAGNANI, *La necessaria riformulazione del diritto di asilo europeo*, Milano, 2024, 227]. Di tali motivi occorre sommariamente dare conto, tralasciando, per ragioni di spazio, quelli di carattere indiretto – tali, cioè, da ridondare sul diritto internazionale e sovranazionale – veicolati dagli artt. 11 e 117, co. 1, Cost.

In primo luogo, forti dubbi di legittimità costituzionale investono *in apicibus* l'art. 3, co. 1, Cost. [v. P. BONETTI, *Considerazioni sul ddl A.C. 1960 di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del Protocollo italo-albanese in materia di collaborazione alle politiche migratorie*, 9 gennaio 2024, su https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.26940.09-01-2024-18-09-18.092.pdf, 9-10]. Manca, infatti, qualsiasi perimetrazione soggettiva dei "migranti" – secondo la terminologia adoperata all'art. 1, lett. *d*), del Protocollo Italia-Albania – ad eccezione del fatto che *a*) si tratta di "cittadini di Paesi terzi e apolidi per i quali deve essere accertata la sussistenza o è stata accertata l'insussistenza dei requisiti per l'ingresso, il soggiorno o la residenza nel territorio della Repubblica Italiana" (art. 1, lett. *d*, del Protocollo Italia-Albania) e *b*) essi sono imbarcati "all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea, anche a seguito di operazioni di soccorso" (art. 3, co. 2, l. n. 14/2024). In concreto, non è dato sapere come dovrebbero svolgersi le necessarie "fasi di identificazione e *screening*" [UNHCR, *Commenti e raccomandazioni dell'UNHCR sul disegno di legge di "Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della*

Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno", 9 gennaio 2024, su https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Altro.PUBBLICO.ideGes.27058.10-01-2024-19-04-46.245.pdf, 6] a bordo dei "mezzi delle competenti autorità italiane" (art. 4, § 4, del Protocollo Italia-Albania), con l'effetto di ingenerare una complessiva disparità di trattamento tra gli stranieri da condurre in Italia e i "migranti" da trasferire in Albania. Al riguardo, anche la lettura delle procedure operative *standard* recentemente diramate dal Ministero dell'interno solleva forti dubbi sull'effettiva (ed efficace) individuazione degli uni e degli altri. Per quanto riguarda i "migranti", da una parte, si qualificano come "non eleggibili in senso assoluto le persone di sesso femminile, i migranti visibilmente minori di età e non accompagnati, le persone affette da patologie o minorazioni fisiche evidenti, gli anziani, le persone che spontaneamente consegnino il proprio passaporto o documento equipollente in corso di validità" [Ministero dell'interno, *Esecuzione del Protocollo Italia-Albania - Standard Operative Procedures [di seguito SOP] - Attività condotte in mare*, 18 ottobre 2024, su https://inlimine.asgi.it/wp-content/uploads/2024/11/SOP-attivita-condotte-in-mare-Protocollo-Italia-Albania.pdf, 3]; dall'altra, vengono parimenti esclusi gli stranieri che non provengono da un Paese di origine sicuro o sono vulnerabili *ex* art. 17, co. 1, d.lgs. n. 142/2015, come modificato con l'art. 7, co. 1, lett. *b*), d.l. n. 133/2023, conv. con mod. nella l. n. 176/2023 – ossia "i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali" – o, ancora, appartengono a "nuclei familiari (con presenza di donne e/o minori di età o altre vulnerabilità, con grado di parentela in linea retta)" (Ministero dell'interno, *Esecuzione*, cit., 6). Si tratta, com'è facile avvedersi, di elencazioni non soltanto non sovrapponibili e per ciò stesso foriere di gravi incertezze, ma anche insuscettibili di qualunque seria applicazione in alto mare. Basti considerare la sconcertante previsione che i minori di età devono esserlo "visibilmente", per comprendere quali e quanti errori rischiano di infirmare questa improbabile ma comunque delicatissima attività di *triage* [v. M. BENVENUTI, Dubito ergo iudico, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2022, I, 172 ss.].

In secondo luogo, emerge una palese violazione della riserva di legge in materia di condizione giuridica dello straniero *ex* art. 10, co. 2, Cost. e di condizioni del diritto di asilo *ex* art. 10, co. 3, Cost. Infatti, non solo il Protocollo Italia-Albania e le relative "norme di coordinamento con l'ordinamento interno" (artt. 3-6 l. n. 14/2024) tratteggiano un quadro normativo incerto e frammentario, ma spicca il riferimento all'applicabilità della "disciplina italiana ed europea" – quest'ultimo aggettivo da intendersi presumibilmente riferito all'UE, giusta una fattura legislativa deplorevole [v. C. FAVILLI, *Audizione 8 gennaio 2024 ddl Protocollo Italia-Albania*, 8 gennaio 2024, su https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.

Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.26889.11-01-2024-11-46-29.403.pdf, 4] – solamente "in quanto compatibil[e]" (art. 4, co. 1, l. n. 14/2024), con una conseguente e complessiva indefinizione del novero degli atti normativi di rango primario valevoli nei confronti dei "migranti" [v. P. BONETTI, *Considerazioni*, cit., 10], al pari degli organi abilitati a stabilire, di volta in volta, la loro (in)applicabilità. Sotto questo profilo, l'"operazione Albania" si caratterizza tutt'altro che per un modello di "extraterritorialità giuridicamente 'neutra', che assicuri eguali tutele ai migranti in Albania" [M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania*, in G. CASSOLA *et al.* (a cura di), *Annuario ADiM 2023*, Napoli, 2024, 93] e, all'opposto, istituisce per questi e per quanti sono viceversa condotti in Italia un vero e proprio regime di "doppio *standard*" [A. SACCUCCI, *Il Protocollo Italia-Albania sulla "dislocazione" extraterritoriale dei migranti*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2024, 685, virgolette nell'originale]. E lo stesso è da dirsi, in termini specchiati, a proposito della condizione giuridica dei soggetti a vario titolo presenti nelle aree oggetto del Protocollo Italia-Albania [v. L. MASERA, *Il disegno*, cit., 9-10]. Per i "migranti" vi è una parziale deroga all'art. 10 c.p. – il cui co. 1, lo si ricorda, si occupa dei reati commessi dallo straniero in "territorio estero", a dimostrazione del fatto che le predette aree tali sono e tali restano – mentre per i cittadini italiani e gli altri stranieri non vale la previsione della punibilità secondo la legge italiana (v. l'art. 1, lett. *d*, del Protocollo Italia-Albania). Ne consegue, al di là di ogni più o meno spericolata finzione giuridica, che, anche in punto di diritto, ben altro è trovarsi di qua o di là del Canale di Otranto.

In terzo luogo, si assiste a un fondamentale disallineamento di tutta l'"operazione Albania" rispetto alle coordinate tracciate all'art. 13 Cost., con conseguente illegittimità delle restrizioni della libertà personale dei "migranti" [v. C. SICCARDI, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2024, 130]. Tralasciando, in questa sede, ogni considerazione sui problemi giuridici del trattenimento in sé, per l'evidente lesione della riserva di legge scolpita all'art. 13, co. 2 e 3, Cost. [v. M. BENVENUTI, *Libertà personale*, in C. PANZERA e A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020, 414 ss.; *Opinione scritta presentata in veste di* amicus curiae *dall'Accademia di Diritto e Migrazioni [ADiM] in riferimento alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, d.lgs. 286/1998 e ss.mm.ii.*, 9 dicembre 2024, 1 ss.], nel caso qui considerato è la permanenza dei "migranti" nelle aree oggetto del Protocollo Italia-Albania a risultare tipologicamente incompatibile con la garanzia costituzionale della libertà personale. L'art. 13, co. 2 e 3, Cost., infatti, è confezionato in modo tale da comportare l'immediata liberazione del soggetto indebitamente ristretto, ove non sovvenga un atto dell'autorità giudiziaria (oppure ove questa si pronunci negativamente in sede di convalida). Di converso, ai "migranti" eventualmente rimessi in libertà non è consentito esercitare immediatamente il loro diritto costituzionale, poiché dall'art. 6, §§ 5 e 6, del Protocollo Italia-Albania si evince chiaramente che questi non sono titolati a muoversi nel territorio albanese e, quindi, fintantoché non vengano ritrasferiti in Italia, non sono propriamente liberi [v. A. SACCUCCI, *Il Protocollo*, cit., 665]. In questo frangente, parlare di un "trattenimento

leggero" [M. PIANTEDOSI, *Migranti verso l'Albania*, 15 ottobre 2024, su http://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/interventi-e-interviste/migranti-verso-lalbania, 2], come eufemisticamente dichiarato dal Ministro dell'interno, rappresenta un fuor d'opera, posto che la condizione giuridica dei "migranti" è, per ciò solo, tipologicamente deteriore rispetto a quella degli stranieri sottoposti alla medesima restrizione della libertà personale in Italia.

In quarto luogo, appare altamente probabile una violazione dell'art. 24, co. 2, Cost., specialmente quanto alla previsione che l'avvocato del "migrante" partecipa all'udienza, di norma, dall'aula in cui si trova il giudice e non dal luogo in cui si trova il suo assistito (v. l'art. 4, co. 5, l. n. 14/2014). Si tratta di una disposizione fortemente derogatoria rispetto a quanto stabilito per l'udienza di convalida del trattenimento (v. l'art. 14, co. 4-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, come modificato con l'art. 7-*quater*, lett. *b*, d.l. n. 20/2023, conv. con mod. nella l. n. 50/2023, e l'art. 6, co. 5, d.lgs. n. 142/2015, come modificato con l'art. 8, lett. *b*, n. 3, d.l. n. 13/2017, conv. con mod. nella l. n. 46/2017) e, più in generale, per tutte le udienze civili (v. l'art. 196-*duodecies*, co. 5, disp. att. c.p.c.) e penali (v. l'art. 133-*ter*, co. 7, c.p.p.), che rischia di comprimere oltre misura l'involabile diritto di difesa [v. P. BONETTI, *Considerazioni*, cit., 10; C. SICCARDI, *La legge*, cit., 133]. Né appare un adeguato termine di raffronto il disposto dell'art. 19, co. 6 e 7, l. n. 145/2016, in merito alle udienze di convalida degli arresti in flagranza o dei fermi compiuti nel corso delle missioni internazionali, nonché ai conseguenti interrogatori delle persone sottoposte a custodia cautelare [v. M. SAVINO e F.V. VIRZÌ, *Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria*, in *Annuario ADiM 2023*, cit., 78-79]: al di là del fatto che una norma speciale è inidonea ad ergersi validamente a *tertium comparationis* (v. C. cost., sent. n. 6/1988), altro è un caso eventuale, se non eccezionale, di svolgimento di un'udienza, con la conseguente indisponibilità di un difensore *in situ*, altra è l'ipotesi congenita e strutturale all'"operazione Albania" che tali udienze abbiano a verificarsi.

In quinto luogo, anche il diritto alla salute dei "migranti" potrebbe risultare seriamente pregiudicato, con conseguente infrazione dell'art. 32, co. 1, Cost. L'art. 4, § 8, del Protocollo Italia-Albania stabilisce, infatti, che "in caso di esigenze sanitarie alle quali le autorità italiane non possono fare fronte… le autorità albanesi collaborano con le autorità italiane responsabili delle medesime strutture per assicurare le cure mediche indispensabili e indifferibili ai migranti ivi trattenuti". Tuttavia, non v'è chi non veda come il livello di assistenza sanitaria albanese non sia comparabile a quello italiano, determinando una peggior tutela per soggetti che vengono trasferiti all'estero non certo per libera scelta e, per questo, soggiacciono loro malgrado anche ad una sorta di "respingimento sanitario" [M. MAGRI, *Sulle cure* offshore *per gli stranieri trattenuti in Albania*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2024, 41, virgolette nell'originale].

In sesto luogo, si prospetta *de plano* un'ulteriore violazione della riserva di legge predicata all'art. 111, co. 1, Cost., posto che, nel caso dei "migranti", è il "responsabile italiano [dell'area oggetto del Protocollo Italia-Albania che] adotta le misure necessarie a garantire il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa dello straniero" (art. 4, co. 3, l. n. 14/2024). Nuovamente, la l. n. 14/2024 abdica alla compiuta disciplina di un

processo che, se non è legislativamente confezionato, non può dirsi costituzionalmente "giusto" [v. C. SICCARDI, *La legge*, cit., 132] e, tutto all'opposto, «"amministrativizza"… un diritto fondamentale» [M. SAVINO, *La legge*, cit., 86].

Da ultimo (ma non certo per ultimo), nei confronti dei "migranti" vi è una vulnerazione, patente e clamorosa, del diritto di asilo costituzionale, vero e proprio elefante nella stanza dell'intera "operazione Albania" [v. M. BENVENUTI, *Il decreto non cambia nulla, lo sanno anche i miei studenti del primo anno*, in *Huffington Post*, 22 ottobre 2024]. Soccorre qui immancabilmente il riferimento al "territorio della Repubblica", recato all'art. 10, co. 3, Cost., da intendersi quale luogo nel quale "lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo" e non già quale luogo nel quale lo straniero deve trovarsi per potere presentare una domanda di asilo [v. M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2007, 126; C. PANZERA, *Il diritto all'asilo*, Napoli, 2020, 125; C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio*, Napoli, 2021, 93 ss.].

Con specifico riferimento all'"operazione Albania", va ricordato che: *a*) "l'ingresso dei migranti in acque territoriali e nel territorio della Repubblica di Albania avviene esclusivamente con i mezzi delle competenti autorità italiane" (art. 4, § 4, del Protocollo Italia-Albania); *b*) i "migranti" sono imbarcati "all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea, anche a seguito di operazioni di soccorso" (art. 3, co. 2, l. n. 14/2024); *c*) "le navi italiane… in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerat[e] come territorio italiano" (art. 4 c.n.); *d*) le aree oggetto del Protocollo Italia-Albania non sono territorio italiano, anche se sono sottoposte alla c.d. giurisdizione italiana, il che è una cosa ben diversa [come non sempre còlto dai commentatori, tanto da farne derivare il temerario proposito di trasferire all'estero anche gli stranieri giunti nel mare territoriale, se non addirittura sbarcati in Italia: v. M. SAVINO, *Nota sul d.d.l. di ratifica dell'Accordo Italia-Albania*, 8 gennaio 2024, su https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.26889.08-01-2024-12-16-10.520.pdf, 5 e 7]. La tesi contraria, volta a perorare una "variazione (additiva) del territorio [italiano] quale effetto proprio del Protocollo" [M. ESPOSITO, *Nota sul d.d.l. di ratifica dell'Accordo Italia-Albania*, in *DPCE online*, 2024, 1523], oltre ad aulire di aroma coloniale (v. la l. n. 580/1939), non trova conforto, sotto plurimi profili, nella l. n. 14/2024 ed è stata sconfessata senza incertezze anche dalla Corte costituzionale albanese, la quale ha fondato la propria decisione sul carattere aggiuntivo e non alternativo della giurisdizione italiana (v. Gjykata Kushtetuese, dec. n. 2/2024). Essa appare parimenti distonica rispetto alla conformazione di altre esperienze attuali, quali sono le Basi militari italiane di supporto in territorio straniero – ci si riferisce, in particolare, a quella sita a Gibuti e attiva sin dal 2012 [v. Camera dei deputati - Servizio studi, *La base militare nazionale nella Repubblica di Gibuti*, 7 febbraio 2020, su https://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/DI0229.pdf, 1 ss.]. – a cui la dottrina

giuridica dovrebbe guardare, forse, con maggiore attenzione [v. A. SACCUCCI, *Il Protocollo*, cit., 653].

Se quanto sin qui detto è vero, com'è vero, un corretto inquadramento della condizione giuridica dei "migranti", ossia di stranieri imbarcati fuori dalle acque territoriali su mezzi delle autorità italiane, nel caso in cui questi chiedano asilo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 10, co. 3, Cost., è, tutto sommato, semplice. Infatti, un richiedente asilo, tratto a bordo di navi militari italiane in acque internazionali, già si trova nel "territorio della Repubblica" [v. S. CURRERI, *Schema dell'audizione informale svolta il 9 gennaio 2024 dinanzi alle Commissioni riunite della Camera dei Deputati Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni e Affari Esteri della Camera dei Deputati nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1620*, 9 gennaio 2024, su https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.26940.15-01-2024-16-32-15.407.pdf, 3; A. DE PETRIS, *Gli accordi bilaterali di esternalizzazione dei migranti*, in *Nomos*, 2/2024, 34; C. SICCARDI, *La legge*, cit., 123-124]; per cui il suo eventuale trasferimento in Albania si configurerebbe come una forma costituzionalmente vietata (non già di respingimento ma) di espulsione [v. M. BENVENUTI, *Il diritto*, cit., 173 ss.].

Quand'anche, poi, si prospettassero opinioni alternative in merito all'equiparabilità al "territorio della Repubblica" *ex* art. 10, co. 3, Cost. delle navi militari italiane in acque internazionali, con specifico riferimento alla presentazione di una domanda di asilo o, più propriamente, alla manifestazione di volontà in tal senso [v. L. MASERA, *Il disegno*, cit., 16 ss.; G. GRATTAROLA, *Il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo Italia-Albania*, in *SIDIblog*, 13 febbraio 2024, 3-4] , la conclusione permarrebbe immutata. Poiché quella tra il c.d. asilo territoriale e il c.d. asilo extraterritoriale è una distinzione costituzionalmente adiafora [v. Trib. RM, ord. 24 maggio 2022, r.g. 15094/2022; Trib. RM, ord. 22 novembre 2023, r.g. 52019/2023; M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua*, in *Questione giustizia*, 2/2018, 22], compito dei pubblici poteri, con cui un richiedente asilo entra in contatto, è quello di condurlo (*recte*: di mantenerlo) in Italia e non certo di (de)portarlo altrove [v. M. BENVENUTI, *Il diritto*, cit., 127 ss.].

PAOLO BONETTI

Il protocollo tra Italia e Albania è stato concluso soprattutto con finalità implicite di tipo dissuasorio e anticipatorio: la costituzione per 5 anni in Albania di centri in cui ospitare o trattenere gli stranieri salvati in mare dalle navi italiane mirano sia a scoraggiare e rendere molto meno appetibili gli attraversamenti marittimi irregolari gestiti da associazioni criminali internazionali, sia ad anticipare la disponibilità di spazi in cui adempiere all'obbligo europeo (che sarà applicabile dal giugno 2026) di trattenere quasi gli stranieri richiedenti asilo entrati irregolarmente nel territorio dello Stato italiano.

Tuttavia, il protocollo e la sua legge di esecuzione n. 14/2024 hanno numerosi vizi di legittimità.

1.1. Vi sono anzitutto *discriminazioni irragionevoli di trattamento tra stranieri che giungono in Italia e stranieri trasportati nei centri albanesi*

L'art. 4 co.1 della legge n. 14/2024 di autorizzazione alla ratifica del protocollo italo-albanese prevede che ai migranti collocati o trattenuti nei due centri albanesi si applicano, in quanto compatibili, il d.lgs. n. 286/1998 (il testo unico delle leggi sull'immigrazione), il d.lgs. n. 251/2007 (attuazione della direttiva 2004/83/CE, cd. Direttiva qualifiche), il d.lgs. n. 25/2008 (attuazione della direttiva 2005/85/CE, cd. Direttiva procedure), il d.lgs. n.142/2015 (attuazione della direttiva 2013/33/UE, cd. Direttiva accoglienza) e la disciplina italiana ed europea concernente i requisiti e le procedure relativi all'ammissione e alla permanenza degli stranieri nel territorio nazionale.

Tuttavia, poiché tali norme si applicano a tali migranti soltanto "purché compatibili" occorre rilevare che si tratta di una "compatibilità" che è invertita e costituzionalmente illegittima: sono le norme legislative che devono essere soggette alle norme europee (art. 117, comma 1 Cost.) e non viceversa. Dunque, l'equiparazione appare fittizia e in ogni caso appaiono violati gli art. 24 e 113 Cost. diritto di difesa perché le norme italiane a tutela di questo diritto sono applicabili soltanto "in quanto compatibili" e quindi derogabili dall'autorità amministrativa in modo del tutto indefinito.

Peraltro quelle norme sono applicabili agli stranieri trasportati in Albania soltanto nei limiti previsti dallo stesso protocollo e delle sue norme legislative nazionali di attuazione e cioè 1) soltanto per non più di 3000 stranieri contestualmente presenti nei centri italiani in Albania nei limiti quantitativi massimi indicati nel Protocollo, cioè); 2) soltanto per l'accoglienza degli stranieri trasportati nel punto di crisi sito in Albania; 3) soltanto per i trattenimenti degli stranieri in un centro di permanenza per il rimpatrio sto in Albania.

Infatti, le più cruciali garanzie per i richiedenti asilo previsti dalla citata direttiva UE sulle procedure di esame delle domande presuppongono la presenza del richiedente nel territorio dello Stato membro o alla sua frontiera, cioè il diritto alle informazioni e alla consulenza sul diritto di chiedere asilo (art. 8), il diritto di comunicare con "organizzazioni che prestino assistenza legale o altra consulenza" (articolo 12 par.1 c), il diritto di consultare "in maniera effettiva un avvocato o altro consulente legale, ammesso o autorizzato a norma del diritto nazionale, sugli aspetti relativi alla domanda di protezione internazionale, in ciascuna fase della procedura, anche in caso di decisione negativa" (art. 22).

Invece lo straniero portato in un centro italiano che si trova in Albania subisce una discriminazione legale sulla base di una sua condizione personale, il che è vietato dall'art. 3 Cost., per molti motivi

1) Nei centri albanesi "possono essere condotte esclusivamente persone imbarcate su mezzi delle autorità italiane all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea, anche a seguito di operazioni di soccorso" (art.

3, comma 2, legge n. 14/2024). Il Ministro degli affari esteri ha dichiarato alle Camere che si mira a portare in Albania soprattutto cittadini di Paesi di origine sicuri ai fini della protezione internazionale, perché secondo il d. lgs. n. 25/2008 la loro domanda di protezione internazionale deve essere esaminata con procedura accelerata e in condizione di trattenimento nelle more dell'esame della domanda e della decisione dell'eventuale ricorso giudiziario. Questa però è anche una discriminazione per motivi di nazionalità vietata dall'art. 3 della convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato: per il solo fatto di essere cittadini di uno di quegli Stati quei richiedenti asilo saranno trasportati in Albania se avranno i requisiti per la sottoposizione alla procedura accelerata di cui all'art. 28-bis d. lgs. n. 25/2008;

2) si prevedono irragionevoli discriminazioni circa l'effettivo accesso a tutte le misure di assistenza garantite ai richiedenti asilo dalle norme nazionali ed europee e in particolare circa l'effettivo accesso al sistema di accoglienza, perché i trasportati nei centri italiani in Albania e ivi ospitati o trattenuti mai potrebbero accedere in Albania ad una struttura aventi caratteristiche e prestazioni analoghe a quelle strutture italiane del sistema nazionale di accoglienza e integrazione, ma sarebbero sempre sottoposti alla procedura accelerata, mai potrebbero accedere alle altre misure di assistenza e accoglienza come l'istruzione, la formazione professionale e l'accesso all'istruzione;

3) si prevedono irragionevoli discriminazioni tra stranieri portati in Albania e stranieri presenti in Italia circa l'effettivo accesso al diritto alla difesa garantito dall'art. 24 Cost. e al giusto processo garantito dall'art. 111 Cost.: a) l'impossibilità di confrontarsi direttamente e di persona con un difensore di fiducia (che invece ai sensi dell'art. 4, comma 5 l. n. 14/2024 dovrà effettuare on line le sue conversazioni, salvo che quando non è possibile il collegamento da remoto e il rinvio dell'udienza è incompatibile con il rispetto dei termini del procedimento), b) la mancata disciplina dell'accesso al gratuito patrocinio e della nomina dell'avvocato di fiducia, che paiono invece rimesse dall'art. 4, comma 3 della legge n. 14/2024 alla mera volontà del gestore italiano del centro che sta in Albania, o a quelli dell'ufficio di coordinamento della Questura di Roma, i cui compiti in base all'art. 5, comma 2 della stessa legge sono disciplinati con un mero decreto del capo della Polizia, neppure pubblicato in Gazzetta ufficiale, c) l'impossibilità per lo straniero di essere interrogato di persona da un giudice (che invece deve farlo solo in videoconferenza, che invece sul territorio italiano è prevista soltanto in casi del tutto speciali o straordinari), il che può anche minare il principio del contraddittorio e il diritto alla difesa, d) ai soli stranieri trattenuti o accolti nei centri albanesi è impossibile ricevere la visita da parte di familiari, di ministri di culto, di enti specializzati nell'assistenza..

Peraltro in caso di rigetto della domanda di protezione internazionale esaminato con procedura accelerata il ricorso deve essere presentato dallo stesso straniero entro 7 giorni e entro tale termine ognuno dei trattenuti nei centri italiani in Albania dovrebbero sia ricevere informazioni relative alla possibilità e alle modalità di presentazione del ricorso sia individuare un avvocato in Italia (senza il quale il ricorso non può essere presentato), contattarlo, fornire tutte le informazioni rilevanti ai fini della redazione del ricorso e rilasciare una procura, entro un termine di tempo esiguo e, trattandosi di

procedimenti non esenti, dovrebbero presentare anche istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato che, in mancanza di documenti, potrebbe essere del tutto vana.

Perciò le modalità di esercizio del diritto di difesa degli stranieri trattenuti in Albania paiono essere non già disciplinate dalla legge, bensì affidate alla discrezionalità del "responsabile italiano del centro", al quale la legge di ratifica del Protocollo affida il compito di adottare «le misure necessarie a garantire il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa dello straniero» (art. 4, c. 3, legge n. 14/2024). La semplice inerzia, o una scelta errata, del funzionario amministrativo potrebbero pregiudicare l'esercizio di un diritto fondamentale, il che viola l'art. 111 Cost., secondo il quale "il giusto processo" deve essere regolato dalla legge. Dunque, prevedere «oneri tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa» (C. Cost., n. 13/2022), contrasta con gli artt. 24, Cost., 6, CEDU, 46, Direttiva 2013/32/UE, che impongono l'accessibilità di un "ricorso effettivo".

1.2. Vi sono poi la *violazione della riserva di legge in materia di condizione giuridica degli stranieri e di restrizioni della libertà personale e della libertà di circolazione e soggiorno, lacune e possibilità di arbitri della discrezionalità amministrativa.*

La legge n. 14/2024 omette di regolare aspetti fondamentali, che non possono essere lasciati alla discrezionalità amministrativa, il che viola la riserva di legge in materia di stranieri ex art. 10 Cost.:

1) Si omette di disciplinare con norme legislative (e non con mere istruzioni interne come le *Standard Operating Procedures (SOP)* adottate dal Ministero dell'interno nell'ottobre 2024 che strutturano le attività condotte in mare nell'ambito dei trasferimenti in Albania dei cittadini stranieri provenienti da paesi terzi) criteri, modi e limiti per verificare i salvati in mare e distinguere quelli da portare in Italia perché non sottoponibili alle procedure accelerate e quelli trasportabili nei centri in Albania, né quelli utili a rispettare il limite numerico massimo di 3000 persone contestualmente ospitabili nei centri albanesi previsto nell'art. 4 del Protocollo italo-albanese che è decisivo ai fini del rispetto della riserva di legge, e per capire se, quando e come tutti gli altri stranieri salvati in mare saranno portati in Italia Peraltro le stime circa l'effettiva capienza dei centri albanesi in un anno appaiono aleatorie, perché nel punto di crisi l'accoglienza può durare anche pochi giorni, mentre nel centro di permanenza per il rimpatrio il periodo di trattenimento è diverso a seconda del tipo di trattenimento (nell'ordinamento italiano se ne prevedono 9 tipi diversi) e della proroga possibile: per i richiedenti nella procedura accelerata e il trattenimento può durare fino a 30 giorni, ma anche fino a 18 mesi allorché si tratti di trattenimento fondato su impedimenti all'esecuzione dell'accompagnamento alla frontiera dello straniero espulso o respinto.

2) Non si disciplinano modi e costi del trasporto dall'Albania in Italia degli stranieri già ospitati e identificati nel punto di crisi istituto in Albania e che non debbano essere trattenuti nel centro di permanenza per il rimpatrio, ma che debbano essere accolti in Italia perché appartengono a categorie escluse dalle procedure accelerate (p.es. le categorie vulnerabili, come famiglie, minori, minori stranieri non

accompagnati, donne, torturati, malati ecc.) o per i quali il giudice non abbia convalidato il trattenimento o abbia rigettato la richiesta di proroga del trattenimento o che siano stati ammessi alla protezione internazionale o al p.s. per protezione speciale. In proposito il Protocollo all'art. 9, comma 3, prevede l'applicabilità della legge italiana in caso di nascite o morti nei centri albanesi, il che significa che non è escluso che si possano trattenere nei centri albanesi anche donne incinte (categoria esclusa però dalle procedure accelerate e dal connesso trattenimento per effetto del combinato disposto degli artt. 28-bis, comma 6 d. lgs. n. 25/2008 e 17 d. lgs. n. 142/2015) ed anzi prevede che soltanto in casi eccezionali i migranti portati in Albania siano poi trasportati in Italia, il che contrasta con la *ratio* complessiva del Protocollo: saranno comunque portati allorché siano rimessi in libertà o ottengano forme di protezione. Né si disciplina la condizione dei minori (da sottrarsi al trattenimento e comunque da trattare nel superiore interesse del minore, come prescrive la convenzione internazionale sui diritti del fanciullo).

3) Non si indica quale sia l'autorità competente a coordinare e disporre il trasporto in Albania dei soccorsi in mare.

4) Non si disciplinano i modi di accompagnamento alla frontiera degli stranieri espulsi o respinti dai centri albanesi al territorio degli Stati di rimpatrio, che dovrebbe avvenire dal territorio italiano.

5) Di sconcertante vaghezza è la citata norma dell'art. 3, comma 2 della legge che prevede che nelle strutture in Albania possono essere condotte soltanto persone imbarcate su mezzi delle autorità italiane, anche a seguito di operazioni di soccorso, in zone situate all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'UE, perché non è chiaro se si tratti soltanto di persone salvate da mezzi militari italiani oppure anche di persone prese a bordo di navi italiane e che erano state salvate in acque internazionali da altri natanti (commerciali o di O.N.G.) o portate a bordo delle navi italiane nelle acque internazionali. Queste ultime ipotesi paiono violare l'art. 3.1.9 della Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il salvataggio del 27 aprile 1979, che prevede che i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro.

Inoltre, in violazione della riserva di legge e della riserva di giurisdizione in materia di provvedimenti restrittivi della libertà personale e della riserva di legge in materia di libertà di circolazione nella legge di esecuzione mancano norme legislative di coordinamento tra i controlli esterni ai centri albanesi svolte da albanesi e i controlli italiani svolti all'interno dei centri e circa le modalità del trasporto tra i due centri albanesi, il che potrebbe fare violare norme italiane da parte delle forze albanesi.

Nel Protocollo italo-albanese in nessun caso gli stranieri ospitati nel centro albanese possono uscire dal punto di crisi, né circolare sul territorio albanese, ma non si prevede alcuna procedura giudiziaria che disponga o convalidi il provvedimento restrittivo, tenendo conto dell'applicabilità del d. lgs. n. 286/1998 e del d. lgs. n. 142/2015, sicché occorre darne una interpretazione conforme alla riserva di legge e alla riserva di giurisdizione in materia di restrizione della libertà personale (prevista dall'art. 13 Cost. e dell'art. 5 CEDU) nel senso che l'accoglienza nel punto di crisi sito in

Albania deve essere disposta nei casi in cui sia possibile disporre il trattenimento, il che secondo la normativa italiana può accadere soltanto allorché nei confronti di straniero che si rifiuti di sottoporsi a rilievi fotodattiloscopici (art. 10-ter, comma 3 d. lgs. n. 286/1998) o nei confronti di straniero richiedente la protezione internazionale, del quale sia necessario determinare o verificare l'identità o la cittadinanza, anche mediante il ricorso alle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e la verifica delle banche dati (art. 6, comma 3-bis n. 142/2015) o nei confronti di straniero richiedente la protezione internazionale durante lo svolgimento della procedura in frontiera di cui all'art. 28-bis d. lgs. n. 25/2008 (art. 6-bis d. lgs. n. 142/2015), la quale però è applicabile soltanto al cittadino di Paese di origine sicura e che ha eluso i controlli di frontiera. Vale per i casi di persone straniere che non provengono da Paese di origine sicura e sono sottoposti alla procedura di frontiera qualificando il soccorso come operazione di polizia (per es. perché l'imbarcazione è stata scortata fino al porto e non c'è stato trasbordo). (Cass. civ., sez. I, ord. n. 8861/2024 e Cass. civ., sez. I, ord. n. 5878/2024). La persona che non proviene da un Paese di origine sicura non può essere sottoposta a procedura di frontiera se non ha presentato domanda di protezione internazionale solo "dopo essere stato fermato" con esclusione dei casi di presentazione spontanea alle autorità. Inoltre, per la Cassazione la sottrazione ai controlli di frontiera è esclusa qualora venga effettuato un controllo al momento dell'ingresso, compreso il fotosegnalamento (Cass., n. 20668/05, 210/05, 3694/13, 19868/18, 29079/21, 5124/22, 18128/22, 4777/22). Tuttavia, l'art. 31, par. 8, in combinato disposto con l'art. 43, della direttiva 2013/32/UE prevede che gli Stati membri possano adottare una procedura accelerata o svolta in frontiera per una serie di ipotesi tassative, tra cui non è compresa l'ipotesi prevista nella norma italiana e pertanto in tali ipotesi di trattenimento per elusione delle frontiere è ipotizzabile disapplicazione o rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Occorre poi osservare che nei confronti degli stranieri condotti in Albania, appare violato il primo termine della procedura di convalida del trattenimento (le prime 48 ore entro le quali l'autorità di P.S. deve comunicare il trattenimento all'Autorità giudiziaria). Infatti, il termine iniziale del trattenimento di fatto decorre prima della notifica del provvedimento del Questore, cioè dal momento della "selezione" e distinzione del richiedente rispetto agli altri naufraghi che non sono stati condotti in Albania (in quanto vulnerabili o perché hanno consegnato il passaporto, etc.). E tale selezione e distinzione avviene in alto mare. È dunque la "selezione" e la differenziazione del richiedente condotto in Albania a determinare l'inizio della privazione di fatto della libertà personale (CEDU, A.E. e altri c/ Italia - Applications nos. 18911/17 and 2 others - sentenza del 16.11.2023), perché già in quel momento si determina la privazione della libertà personale e il trasporto in Albania in applicazione del Protocollo determina la continuazione del trattenimento del richiedente, che sarà formalizzata solo dopo lo sbarco.

1.3. Vi sono *violazioni delle norme costituzionali connesse con la materia penale*

La legge n. 14/2024 prevede che gli stranieri trattenuti in un centro italiano in Albania qualora compiano in esso reati siano sottoposti al giudizio di giudici italiani e

permangano nel centro albanese di permanenza per il rimpatrio in una situazione (davvero unica) di detenzione penitenziaria italiana all'estero, nella quale si ravvisano plurime violazioni del principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost. perché:

1) I cittadini italiani che commettano reati in uno dei centri italiani in Albania possono subire la giurisdizione italiana soltanto a richiesta del Ministro della giustizia, ai sensi dell'art. 9 cod. pen., la quale invece non è richiesta soltanto per perseguire i reati commessi dagli stranieri ivi ospitati o trattenuti, il che è un'irrazionalità pericolosa, perché gli operatori italiani potrebbero abusarne nella certezza di una ritardata azione dell'autorità inquirente italiana.

2) Irragionevoli sono le discriminazioni nel trattamento sanzionatorio e processuale penale per condotte identiche che non paiono fondate soltanto sull'intento di prevenire la commissione di reati da parte degli stranieri collocati o trattenuti nei centri albanesi al solo fine di farsi trasportare in Italia. Infatti, lo straniero che le commetta in Italia è detenuto in un istituto penitenziario, con le garanzie previste dall'ordinamento penitenziario oppure resta in stato di libertà, mentre se è trattenuto nei centri albanesi deve essere sempre detenuto in un'apposita sezione del centro di permanenza per il rimpatrio.

3) Paiono violate le norme costituzionali sul giudice naturale precostituito per legge e sulla riserva di legge e sulla riserva di giurisdizione circa la disciplina della libertà personale degli stranieri eventualmente sottoposti a pene da eseguirsi nel centro albanese (ordinamento penitenziario): non è chiaro quale sarà il giudice competente ai fini dell'esecuzione della pena.

L'evidente finalità di dissuadere eventuali recidive di reingressi irregolari o di devastazioni dei centri, ideate al solo fine di farsi portare in Italia lascia il grave dubbio circa la durata complessiva della detenzione nel centro di permanenza per il rimpatrio, sito in Albania, che in base alle pene edittali ben potrebbe superare anche i 18 mesi e soprattutto rende del tutto aleatoria l'attuazione nel centro albanese della finalità costituzionale della pena, che consiste nella rieducazione del condannato.

DONATELLA LOPRIENO

Il Protocollo Italia-Albania si inserisce nel fosco quadro di una tendenza ormai consolidata di deterrenza e contenimento dei flussi migratori, tra i cui punti fermi vi sono la delocalizzazione dell'accertamento dello status di richiedente protezione internazionale e la deterritorializzazione del diritto di asilo. Tale tendenza mira, tra le altre cose, a far sì che l'esame delle domande di protezione internazionale, e le correlate misure di accoglienza (o meglio di detenzione amministrativa) vengano effettuate in Paesi terzi ritenuti sicuri. Nelle due aree individuate dal Protocollo Italia-Albania, che si configurano senza dubbio alcuno come luoghi di privazione della libertà personale, sarebbero da condurre i "cittadini di Paesi terzi e apolidi per i quali deve essere accertata la sussistenza o è stata accertata l'insussistenza dei requisiti per l'ingresso, il soggiorno o la residenza nel territorio della Repubblica italiana" (art. 1, lett. d, del

Protocollo Italia-Albania) che siano stati imbarcati dalle autorità italiane all'esterno del mare territoriale italiano (o di altri paesi dell'Unione europea) anche a seguito di operazioni di soccorso in mare (art. 3, co. 2, l. n. 14/2024). Altrimenti detto, i migranti intercettati e/o salvati dalla Guardia costiera in alto mare sarebbero da condurre sul territorio albanese, al "solo fine di effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio previste dalla normativa italiana ed europea e per il tempo necessario alle stesse" (art. 4, co. 3, del Protocollo).

L'esiguità dello spazio (e lo spirito del Forum) consentono di soffermarci solo su alcuni dei più macroscopici ostacoli legali all'accesso a una procedura sicura e adeguata di presentazione della domanda di protezione internazionale. E qui una premessa è d'obbligo specie per chi non sia avvezzo alla materia: accedere ad una procedura sicura e adeguata al caso specifico costituisce un elemento fondamentale per far sì che le persone richiedenti protezione internazionale possano godere dei diritti, sostanziali e procedurali, loro riconosciuti a livello internazionale, convenzionale, unionale e costituzionale.

Una prima "criticità" evidente ha a che fare con il tentativo, perseguito dal Protocollo, di aggirare (diremmo in maniera maldestra) il principio di non respingimento che (semplificando) comporta l'obbligo per gli Stati di garantire alle persone richiedenti protezione internazionale l'accesso al territorio e a procedure di asilo eque affinché le competenti autorità possano determinare se alla persona debba o meno essere riconosciuta la protezione internazionale. È più che noto come il *non refoulement* si considera applicabile ad ogni forma di allontanamento coattivo (deportazione, espulsione, estradizione e via dicendo), ivi compreso il respingimento indiretto e cioè il rimpatrio di una persona in un paese terzo in cui esiste il rischio di respingimento. Nel Protocollo l'aggiramento del divieto di respingimento avviene attraverso quello che è stato chiamato il meccanismo delle "intercettazioni preventive in alto mare" [M.C. CARTA, *La dimensione esterna della politica migratoria europea. Nuovo Patto: sempre più verso gli accordi e i "non-accordi" di esternalizzazione dei controlli e delle responsabilità,* in *Quaderni AISDUE*, fasc. 4/2024]. Per evitare di incorrere in azioni chiaramente illegittime di respingimento in mare (cd *push back*), sanzionate più volte dalla Corte europea dei diritti umani (per tutte *Causa Hirsi Jamaa e altri c. Italia* – Ricorso n. 27765/09) si è previsto un *escamotage* che permette di "trasbordare" i migranti intercettati sulle navi della Guardia costiera italiana (che, invero, a voler prendere sul serio l'art. 10, co. 3, Cost., sono da considerare già territorio italiano a tutti gli effetti). Queste ultime poi condurranno i migranti non *palesemente vulnerabili* nei centri di detenzione albanesi ove la loro domanda di protezione internazionale sarà esaminata nelle forme assai poco garantistiche della procedura accelerata e di frontiera.

Ed arriviamo così alla seconda criticità. Chi sarà condotto in territorio italiano e chi, e sulla base di quali parametri, invece sarà trasferito in territorio albanese? Che ci sia stato, sin dall'inizio, una voluta disattenzione nei riguardi dei minori e dei soggetti vulnerali (di cui all'art. 17 del dlg. n. 25/2008) lo si evince dal resto dal fatto che nel testo del ddl di ratifica ed esecuzione del "Protocollo tra il Governo della Repubblica

italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria" non vi era l'esclusione espressa dalla nuova procedura appunto per minori e soggetti vulnerabili. Né la legge di ratifica, come è stato rilevato dalla dottrina «effettua alcuna distinzione, né prevede alcun accorgimento al fine di evitare il trasporto in Albania dei soggetti vulnerabili» [C. SICCARDI, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria: problematiche costituzionali,* in *Osservatorio costituzionale*, 2/2024]. Circa la identificazione in concreto dei richiedenti asilo vulnerabili, la soluzione paventata (esperita e miseramente fallita) dal Viceministro degli Affari Esteri e della cooperazione internazionale è stata l'introduzione di uno "screening preventivo" da effettuare a bordo della nave, precisandosi di grazia che sarebbe stato possibile effettuare eventuali, ulteriori, valutazioni delle condizioni di vulnerabilità anche in un momento successivo allo sbarco in Albania in quanto "non di rado la condizione di vulnerabilità può essere immediatamente rilevabile mediante lo screening preventivo a bordo". L'accertamento dell'appartenenza o meno ad una delle categorie vulnerabili, è questione delicata che richiede tempi, *setting*, professionalità e competenze. Lo screening preventivo permetterebbe, in astratto, di identificare solo le vulnerabilità immediatamente evidenti (anziani, persone visibilmente disabili, bambini) ma non l'identificazione delle vulnerabilità meno visibili eppure, importanti (si pensi soltanto alle vittime di violenza di genere o ai MSNA). Come è infatti puntualmente accaduto, dei primi 16 migranti trasbordati dalla nave Libra della Marina militare e provenienti da Egitto e Bangladesh e condotto a Shengjin, per 4 sono state poi accertate condizioni di vulnerabilità (due minori e due persone adulte in gravi condizioni di salute). Di conseguenza, per loro (e poi anche per gli altri in quanto provenienti da Paesi di origine non sicura) è ricominciato il viaggio di (ri)entro verso il territorio italiano.

Non particolarmente dirimenti al proposito paiono le procedure operative diramate (tardivamente e *obtorto collo)* il 18 novembre 2024 dal Ministero dell'Interno (Esecuzione del Protocollo Italia-Albania - *Standard Operating Procedures* - Attività condotte in mare). Vi si legge, infatti, che non sono eleggibili per essere condotte presso i Centri albanesi di Shenjiin e Gjader, concessi per l'espletamento delle operazioni di cui al menzionato Protocollo, in senso assoluto, "le persone di sesso femminile, i migranti *visibilmente* minori di età e non accompagnati, le persone affette da patologie o minorazioni fisiche *evidenti,* gli anziani, le persone che spontaneamente consegnino il proprio passaporto o documento equipollente in corso di validità" (corsivo mio). Le attività di pre-screening, da effettuarsi su navi hub, servirebbero ad individuare i requisiti di eleggibilità e il successivo trasferimento in Albania delle persone "elette" e cioè: quanti provengano da Paesi di origine sicura e quanti non presentino "elementi di vulnerabilità di cui all'art. 17 d. lgs. 142/2015 o non appartengano a nuclei familiari (con presenza di donne e/o minori o altre vulnerabilità, con grado di parentela in via retta" (punto 9, lett. b). L'art. 17 del d. lgs. 142/2015, nella sua attuale formulazione, definisce come "vulnerabili" i minori, i MSNA, i disabili, gli anziani, le donne, i genitori singoli con figli minori, le vittime di tratta, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture,

stupri o altre forme di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali". Tra minori e "migranti visibilmente minori di età", persone affette da patologie o minorazioni fisiche *evidenti* e "persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali", così come tra persone di sesso femminile e persone vittima di gravi persecuzioni in ragione anche dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere vi sono non poco sottili differenze. Immaginare che tali poderose "sfumature" possano essere celermente ed efficacemente rilevate in alto mare, dopo essere trasbordati dalla barca in cui hanno viaggiato alla nave italiana e da questa alla nave hub va davvero oltre ogni immaginazione.

CECILIA SICCARDI

Il Protocollo Italia-Albania, siglato il 6 novembre 2023 e ratificato con l. n. 14/2024, pone diverse problematiche relative all'effettività delle garanzie dei diritti costituzionali fuori dai nostri confini.

Con specifico riferimento al tema oggetto del quesito, occorre segnalare che la legge n. 14/2024 prevede che le persone intercettate da autorità italiane «all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'Unione europea» (art. 3, comma 2) possano essere condotte nei centri appositamente costruiti in Albania *(hotspots* e CPR), al fine di accertare i requisiti di ingresso. Medesimo destino spetta anche a coloro che manifestano l'intenzione di chiedere asilo che, analogamente, saranno trattenuti in Albania e sottoposti alle c.d. procedure di frontiera, procedure accelerate di riconoscimento della protezione internazionale indirizzate a cittadini provenienti da Paesi di origine sicuri (art. 3, comma 3, l. n. 14/2024, art. 28 bis, d.lgs. n. 25/2008).

La disciplina appena descritta pone alcuni ostacoli all'accesso al diritto costituzionale d'asilo, per diverse ragioni che attengono a piani differenti: il primo riguarda il diritto di ingresso nel territorio dello Stato; il secondo, attiene al luogo di presentazione della domanda di protezione internazionale; il terzo, alle diverse modalità di svolgimento delle procedure di riconoscimento della protezione al di fuori dei nostri confini e, peraltro, in uno Stato non aderente all'Unione europea.

Per quanto attiene al primo profilo, è utile ricordare che la dottrina più attenta, coerentemente con la giurisprudenza della Corte di cassazione (*ex multiis* cfr. Cass. civ, Sez. Un., 04674/11996), ha desunto dal riferimento testuale dell'art. 10, comma 3 Cost. al "territorio della Repubblica" il diritto di ingresso nel territorio dello Stato, quale contenuto minimo del diritto d'asilo [M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, 174], poiché condizione necessaria per la presentazione della domanda di protezione in una delle forme di protezione oggi vigenti (status di rifugiato, protezione sussidiaria e protezione speciale) e, quindi, dell'eventuale godimento del diritto.

Proprio la disciplina dell'ingresso nel territorio dello Stato dovrebbe essere uno degli elementi che distingue la posizione dei richiedenti asilo da tutti gli altri stranieri,

essendo solo questi ultimi titolari di un diritto di ingresso nel "territorio della Repubblica" [C. Cost. Sent. n. 5/2004; C. PANZERA, *Il diritto all'Asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020, 125].

Inoltre, è importante ai nostri fini evidenziare che il presupposto del diritto d'asilo è l'impedimento della libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana e non già il suo accertamento «per intanto, allo straniero che faccia richiesta di asilo, in applicazione dell'art. 10, comma 3 della Costituzione, dovrà consentirsi l'ingresso e il soggiorno provvisorio in Italia» [C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di) – Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 1958, 223]. Tale tesi sostenuta dai primi commentatori dell'art. 10, comma 3 Cost. è stata confermata anche dalla giurisprudenza della Cassazione la quale ha precisato che «il procedimento non incide affatto sull'insorgenza del diritto *alla protezione*» (Cass., Sez. Un., 29460/2019).

In senso contrario ai principi appena richiamati, le norme del Protocollo Italia-Albania costituiscono una sorta di "filtro di ingresso": i richiedenti asilo, pur essendo titolari di un diritto costituzionale di ingresso nel territorio dello Stato, potranno accedervi solo dopo essere stati trattenuti in Albania e solo in caso di esito positivo del procedimento di riconoscimento della protezione internazionale.

Per quanto attiene al secondo profilo, è opportuno comprendere se la Costituzione consenta di presentare la domanda di asilo al di fuori del "territorio della Repubblica".

In dottrina vi è chi ha sostenuto come l'art. 10, comma 3 Cost. non escluda che la domanda possa essere presentata anche all'estero, poiché il riferimento testuale al "territorio della Repubblica" deve riferirsi al *godimento* del diritto e non già al luogo di presentazione della domanda [M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., 125 ss.].

Questa lettura dell'art. 10, comma 3, seguita solo in alcuni risalenti casi giurisprudenziali (caso Abdullah Öcalan, Trib. Roma, II sez. civ., sent. 49565/1999) deve oggi fare i conti con l'evoluzione del sistema comune europeo di asilo e con l'orientamento consolidato della Corte di cassazione, richiamato anche dalla Corte costituzionale (C. cost. sent. 194/2019), secondo il quale il diritto di asilo «è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo "status" di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario» (*ex multiis* Cass., sez. VI, ord. 10686/2012).

Il sistema comune europeo di asilo si fonda sul principio di territorialità della domanda e le direttive europee in materia (art. 3 del c.d. reg. Dublino III 604/2013 e art. 3 della direttiva c.d. *accoglienza* 2013/33/UE) impongono la presentazione della domanda nel territorio dell'Unione.

Non è un caso dunque che la legge di ratifica si riferisca l'applicabilità delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale, di recepimento delle direttive Ue, esclusivamente «in quanto compatibili» (Art. 4, comma 1, l. 14/2024).

Inevitabilmente, lo svolgimento delle procedure dovrà fare i conti con alcune differenze che derivano dalla loro applicabilità extra-territoriale e che incidono in modo significativo su diritti costituzionali, come il diritto di difesa e quello alla libertà personale.

In primo luogo, una differenza concerne le modalità "da remoto" dell'esercizio del diritto di difesa: i richiedenti sono fisicamente trattenuti nei centri in Albania, gli avvocati (salvo eccezioni art. 4, comma 4, l. 14/2024) e i giudici sono a Roma. Le modalità *on line* non fanno che aggravare le barriere linguistiche e culturali che già nell'ambito delle procedure ordinarie ostacolano l'esercizio del diritto di difesa, quali le tempistiche irrisorie e la mancata previsione, per legge, di un legale nella prima fase davanti alle Commissioni territoriali.

Infine, la restrizione della libertà personale che, nel rispetto dell'art. 13 Cost. dovrebbe sempre costituire l'*extrema ratio*, in Albania rischia di divenire una conseguenza "automatica", poiché si applica l'art. 6 bis del d.lgs. n. 142/2015 sul trattenimento nel corso delle procedure accelerate e poiché nelle aree in cui sono trattenuti i richiedenti protezione, controllate dalla polizia penitenziaria, vige un espresso divieto di allontanamento; il divieto di allontanamento e l'uso della forza sono indici che contraddistinguono il contenuto di quelle misure che determinano «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (C. cost. sent. n. 105 del 2001).

MICHELA TUOZZO

I problemi connessi alla stipula del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei Ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria possono dividersi in almeno due categorie:

- problemi che riguardano la *decisione politica* del Governo di avviare un percorso di gestione dell'immigrazione e dell'asilo fuori dal territorio della Repubblica, con applicazione su larga scala dell'istituto del trattenimento amministrativo previsto dalla procedura di frontiera [G. MELONI, *Visita in Albania, introduzione del Presidente Meloni delle dichiarazioni con il Primo Ministro Rama*, 5 giugno 2024, in https://www.governo.it/it/articolo/visita-albania-introduzione-del-presidente-meloni-nelle-dichiarazione-con-il-primo-ministro];

- problemi che afferiscono all'effettività dell'asilo, ossia al fatto che le garanzie che circondano i diritti del richiedente protezione internazionale – individuate dal diritto Ue (principalmente con dir. 32/2013 e reg. 1348/2024) e dal diritto interno (d.lgs. 142/2015) – possano svuotarsi a fronte della de-territorializzazione della procedura. Su questi ultimi concentrerò le riflessioni che seguono, consapevole della non esaustività della trattazione e delle numerose altre criticità pure evidenziabili.

In apertura poche considerazioni sul rapporto tra territorio e asilo possono essere utili per restituire la complessità dell'argomento. L'*asylum offshore* è nato in Australia come strumento per esternalizzare le responsabilità in capo a uno Stato terzo e ha così ispirato anche in Europa soluzioni che si pongono in aperto contrasto con la Cedu (v. l'accordo Regno Unito-Ruanda). Tuttavia, l'extraterritorialità è altresì lo strumento che consente l'apertura di canali legali di ingresso, come quelle dei corridoi umanitari o dei

visti umanitari. Quest'ultimo profilo sembra trovare un terreno particolarmente fertile nella Costituzione italiana. Infatti, l'art. 10, co. 3 Cost. accoglie un'accezione teleologica del territorio, che si riferisce al «luogo dove lo straniero potrà effettivamente beneficiare della situazione giuridica soggettiva di riferimento e non quale luogo dove il richiedente asilo debba previamente trovarsi al fine di chiederne il riconoscimento, pena un'indebita addizione alla causa di giustificazione indicata all'art. 10, co. 3, Cost. di un requisito ulteriore del quale non vi è traccia» [M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2/2018, 22]. L'art. 10, co. 3, ha insomma un'aspirazione protettiva che va *oltre* lo Stato, ma che sul versante applicativo mostra difficoltà a individuare soluzioni oltreconfine giuridicamente e costituzionalmente sostenibili [ho provato a dimostrarlo in *Corridoi umanitari: chiaroscuri del processo selettivo e della tutela dei diritti*, in *ADiM Blog*, 2024].

È importante altresì sottolineare che la de-territorializzazione voluta dal Governo Meloni si inserisce appieno nel più ampio quadro di riforme europee del Nuovo Patto su migrazione e asilo [D. VITIELLO, *L'ultimo atto: il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è (quasi) legge*, in *ADiM blog*, dicembre 2023], come quella del regolamento 1348/2024 che introduce la procedura di asilo alla frontiera (art. 43).

Ciò a riprova del fatto che l'indirizzo politico interno su immigrazione e asilo sia influenzato dal formante europeo, che a sua volta influenza la forma di governo europea [I. RUGGIU, *Mutamenti della forma di governo e integrazione europea. Gli influssi sulle istituzioni e sul formante patriarcale*, in *Rivista AIC*, 1/2024]. Lo dimostrano le dichiarazioni di ottobre 2024 di Von der Leyen sul modello albanese come soluzione cui dovrebbe guardare l'Unione [sulle tensioni del costituzionalismo democratico A. LUCARELLI, *Per un'Europea politica*, in *Nomos*, 3/2023].

Vi è da dire che la nozione di extraterritorialità cui fa riferimento il Protocollo è quella dell'esercizio dei poteri connessi alla giurisdizione italiana all'interno di un altro Stato. A tal proposito l'art. 4, legge 14/2024 prevede che ai migranti trasferiti in Albania si applichi la disciplina italiana ed europea concernente i requisiti e le procedure relativi all'ammissione e alla permanenza degli stranieri nel territorio nazionale. Similmente l'art. 4, co. 2 del Protocollo stabilisce che le controversie sui migranti accolti nelle strutture italiane in Albania sono sottoposte esclusivamente alla giurisdizione italiana. Tuttavia, l'extraterritorialità del Protocollo e della sua legge di ratifica, potenzialmente non lesiva del principio di legalità secondo una parte della dottrina [M. SAVINO, *La legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo Italia-Albania: tre problemi di sostenibilità giuridica e amministrativa*, in ADiM Blog, gennaio 2024], sconta lacune legislative e operative, che incidono fatalmente sull'applicazione della normativa interna in Albania e dunque sullo stesso standard di protezione del diritto d'asilo tra richiedenti trasferiti e non trasferiti nei centri albanesi.

Tra i numerosi vuoti legislativi come detto qui – per motivi di spazio – se ne menzioneranno solo alcuni.

Tra essi si annovera l'obbligo di informativa verso il migrante soccorso e condotto negli hotspot. Tale dovere dell'art. 10 ter d.lgs. 286/1998, dovrebbe applicarsi anche

nell'hotspot albanese (art. 3, co. 4, l. 14/2024), dove si svolgono le attività di *screening*. Il diritto a ricevere un'informativa completa ed effettiva sulla protezione internazionale, ricollocazione e rimpatrio è rivolto a tutti i cittadini stranieri negli hotspot (ex art. 10 ter), poiché esso assicura la correttezza dell'attività di identificazione da cui dipende l'applicazione della corretta procedura: asilo o rimpatrio. Inoltre, detto obbligo «sussiste anche nel caso in cui lo straniero non abbia manifestato l'esigenza di chiedere la protezione internazionale, posto che il silenzio ovvero una eventuale dichiarazione incompatibile con la volontà di richiederla, che deve in ogni caso essere chiaramente espressa e non per formule ambigue, non può assumere rilievo se non risulta che la persona è stata preventivamente compiutamente informata» (Corte cass., 32070/2023).

Mentre il Protocollo e la legge di ratifica nulla specificano a riguardo, le SOP del Ministero dell'interno [https://inlimine.asgi.it/le-sop-sulle-attivita-condotte-in-mare-nellambito-dei-trasferimenti-forzati-in-albania/] prevedono che sulle *navi hub* sia svolta un'attività di pre-identificazione con foglio notizie e successiva informativa (solamente) sulle procedure accelerate. Tali carenze informative erano già emerse per le procedure di *screening* negli hotspot siciliani, tant'è che hanno rappresentato uno degli elementi su cui si è fondata la condanna italiana per la violazione del divieto di espulsioni collettive nel caso *J.A. e altri c. Italia* da parte della Corte Edu (ric. n. 21329/18).

Lacune evidenti riguardano anche la selezione dei "trattenibili" nei centri albanesi: mancano specifiche cautele per le persone vulnerabili, compresi i minori [sul punto S. CURRERI, *Schema dell'audizione informale svolta il 9 gennaio 2024*]. Ne è derivato che tra i primi migranti a varcare gli *hotspot* albanesi siano stati proprio i minori, riportati in Italia a seguito dell'identificazione. Ciò segnala un'applicazione non unitaria del diritto interno, che invece prevede specifiche garanzie per l'accoglienza delle persone con esigenze particolari.

Infine, poco rassicurante è la moltiplicazione delle cause che giustificano la restrizione della libertà personale connessa al diritto d'asilo. In tal senso, per effetto della stratificazione di più atti legislativi, il d.l. 20/2023, il Protocollo, la l. 14/2024 e, infine, il d.l. 145/2024, le cause che legittimano il trattenimento – anche in Albania – nelle procedure di frontiera vanno sempre più aumentando. Alla mancata consegna del passaporto/altro documento o della garanzia finanziaria, ora si è aggiunta una ulteriore possibilità: ricorrere al trattenimento *nelle more* del perfezionamento della prestazione della garanzia finanziaria.

II Domanda

Alla luce di quanto disposto dall'art. 37 della direttiva 2013/32/UE, interpretato secondo la sentenza della CGUE del 4 ottobre (causa C-406/22), quali sono le circostanze che possono legittimare la disapplicazione del decreto-legge sui c.d. "Paesi sicuri"?

In CGUE, C-406/22, sent. 4 ottobre 2024, *Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*, seppure con riferimento alla designazione di un Paese di origine come sicuro con eccezioni territoriali e non personali, si afferma un principio inequivocabile: spetta al giudice comune rilevare una violazione delle condizioni sostanziali di una siffatta designazione, anche se tale motivo non è espressamente fatto valere a sostegno del ricorso avverso il diniego di una domanda di protezione internazionale. Dunque, la violazione riguarda non il caso in cui un ricorrente lamenti il fatto che tale designazione incide sulla propria situazione individuale, ma l'ipotesi in cui tale designazione sia illegittima in quanto tale. Ciò è da dirsi perché la designazione *de qua* può essere effettuata da uno Stato membro se (e solo se) non vi siano "generalmente e costantemente" (all. I, co. 1, dir. UE n. 32/2013) situazioni che fondano il riconoscimento della protezione internazionale; se tali situazioni sussistono, di contro, la stessa designazione non s'ha da fare.

Sulla scorta della motivazione sin qui esposta vi sono, dunque, due tipologie di vizi in merito alla designazione di un Paese di origine come sicuro: una, per così dire, particolare (o *ob rem*), che si ha allorquando tale designazione investe direttamente e immediatamente la situazione individuale del ricorrente, e l'altra, per così dire, generale (o *in re*), che si ha allorquando essa è incompatibile in sé con i limiti che tale designazione incontra nel diritto sovranazionale. Ciò è tanto vero che, nel giudizio principale o comune da cui è scaturita CGUE, C-406/22, sent. 4 ottobre 2024, *Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*, si trattava di valutare la legittimità della designazione da parte della Repubblica ceca – e certamente non della Moldavia [v. Avvocatura generale dello Stato, ricorso avverso Trib. RM, d. 18 ottobre 2024, r.g. 42256/2024] – di quest'ultima come Paese di origine sicuro con l'eccezione di una sua parte del territorio (la Transnistria), in un caso in cui il ricorrente era un cittadino moldavo non proveniente da quel territorio (o, almeno, dagli atti di causa ciò non traspariva).

A ben guardare, la previsione di un sindacato sulla designazione di un Paese di origine come sicuro anche *in re* e non solo *ob rem* ha un'origine tutta italiana, essendo stato il Tribunale di Firenze, per primo, a disapplicare tale designazione nei confronti di un ricorrente "senza allegare ragioni specifiche, peculiari, riferibili alla sola sua persona, ma facendo riferimento al mutamento del quadro sociopolitico e sicuritario generale della Tunisia riguardante la generalità delle persone" [Trib. FI, d. 20 settembre 2023, r.g. 9787/2023]. Una siffatta motivazione si giustifica anzitutto alla luce di una corretta lettura dei dati statistici sugli esiti delle domande di protezione internazionale in Italia, dalle quali emerge tutt'altro che un'asserita "iperprotezione" [M. SAVINO, *La mancata convalida dei trattenimenti in Albania*, in *ADiM Blog*, 3 novembre 2024, 10] dei richiedenti e, men che meno, un "abuso del diritto di asilo" [M. SAVINO, *Se i giudici*, cit., 6 e 9]. Se è vero, infatti, che i dati del 2023 riportano a livello di UE un tasso di decisioni positive inferiore al 15 per cento per i richiedenti che provengono dal Bangladesh, dall'Egitto e dalla Tunisia, come enfatizzato da parte dei commentatori [v.

M. SAVINO, *La mancata*, cit., 10; M. SAVINO, *Se i giudici*, cit., 6], gli stessi non considerano, però, che, volgendo lo sguardo all'Italia, i numeri salgono al 17 per cento per l'Egitto, al 23 per cento per la Tunisia e financo al 31 per cento per il Bangladesh (v. [*ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_asydcfsta__custom_13487103/default/table*]; tutto questo a tacere il fatto che ci si riferisce sempre e solo alle decisioni amministrative e non anche a quelle giurisdizionali, nelle quali in innumerevoli casi ai ricorrenti viene riconosciuta una qualche forma di protezione.

Tornando a un piano più propriamente giuridico del discorso, va detto che il duplice scrutinio della designazione di un Paese di origine come sicuro sia *ob rem* che *in re* ha trovato non solo il diffuso conforto della più recente dottrina [v. M. BORRACCETTI, *Il trattenimento* off-shore *negato*, in *Eurojus.it*, 4/2024, 4-5; G. CATALDI, *Montesquieu o Elon Musk*, in *Gazzetta forense*, 2024, 598; M. COMETTI, *La sentenza della Corte di Giustizia del 4 ottobre 2024, causa C-406/22, secondo una prospettiva "interna" e di diritto dell'Unione Europea*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2024, 9-10; M. COMETTI, *Rinvio pregiudiziale in Cassazione e in Corte di giustizia e disapplicazione di un atto amministrativo contrario al diritto UE*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 3/2024, 173; C. CUDIA, *Osservazioni sul decreto legge in materia di individuazione dei paesi di origine sicuri nelle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Federalismi.it*, 27/2024, 52 ss.; C. FAVILLI, *Gli ostacoli all'accesso al diritto di asilo e la nozione di Paese sicuro*, in *Diario di diritto pubblico*, 3 novembre 2024, 2 ss.; M. FERRI, *Le ricadute nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia sui Paesi sicuri*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 3/2024, 28 ss.; G. MENTASTI, *Trattenimento dei richiedenti asilo in Albania*, in *Sistema penale*, 23 ottobre 2024, 3; A. NATALE e F. FILICE, *Nota ai provvedimenti di rigetto delle richieste di convalida dei trattenimenti disposti dalla Questura di Roma ai sensi del Protocollo Italia-Albania, emessi dal Tribunale di Roma, sezione specializzata nella protezione internazionale, il 18 ottobre 2024*, in *Questione giustizia online*, 22 ottobre 2024, 3], a fronte di poche opinioni isolate [v. S.E. PIZZORNO, *La sentenza della Corte di Giustizia del 4 ottobre 2024 [causa C-406/22*] *sui Paesi sicuri con riferimento alle conseguenze sul contenzioso nazionale*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1/2024, 8 ss.; M. SAVINO, *La mancata*, cit., 9-10; M. SAVINO, *Se i giudici*, cit., 7]; ma anche (e soprattutto) l'avallo costante della giurisprudenza.

Quest'ultima, anzi, ha travalicato l'ipotesi dell'apposizione di eccezioni territoriali alla designazione di un Paese di origine come sicuro ed ha fatto valere l'*eadem ratio* nei confronti di quelle personali. Infatti, al netto di qualche pronuncia dissonante [v. Trib. MI, d. 1 dicembre 2023, r.g. 38586/2023; Trib. FI, d. 11 gennaio 2024, r.g. 14094/2024], anche con riferimento a quest'ultima tipologia di eccezioni tutti i provvedimenti giurisdizionali sin qui adottati – al di là del loro esito, consistito talora nella non applicazione della normativa italiana per contrasto con il diritto sovranazionale [v. da Trib. FI, d. 20 settembre 2023, r.g. 9787/2023, a Trib. CT, d. 4 gennaio 2025, r.g. 60/2025] e talaltra nella proposizione di un profluvio di questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'UE [v. da Trib. FI, ord. 31 maggio 2024, r.g.

2458/2024, a App. RM, d. 31 gennaio 2025, r.g. 478/2025; P. IANNUCCELLI, *"Paesi d'origine sicuri"*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 3/2024, 2 ss.] – sono concordi. La predette decisioni riconoscono a pari titolo, come anche asseverato dalla giurisprudenza di legittimità, la sussistenza in capo al giudice ordinario di un potere-dovere "di accertamento, di riscontro e di verifica", che si attiva allorquando il ricorrente "sostanzialmente contesta che il paese di origine sia sicuro per rilievi d'ordine generale. In tal caso, le ragioni addotte a sostegno della domanda riguardano, non gravi motivi relativi a una sua situazione particolare, ma situazioni di ordine generale, concernenti intere categorie di cittadini o zone di quel dato paese" [Cass., sez. I, sent. n. 33398/2024]. Ciò emerge in termini inequivocabili nel seguente principio di diritto affermato, seppure sulla base di una motivazione talora ancipite, dalla Corte di cassazione: spetta al giudice ordinario valutare la "sussistenza dei presupposti di legittimità di tale designazione, ed eventualmente disapplicare in via incidentale, *in parte qua*, il decreto ministeriale recante la lista dei paesi di origine sicuri… allorché la designazione operata dall'autorità governativa contrasti in modo manifesto con i criteri di qualificazione stabiliti dalla normativa europea o nazionale" [Cass., sez. I, sent. n. 33398/2024].

Piuttosto, nei più recenti svolgimenti giurisprudenziali è (non l'esistenza ma) la consistenza del sindacato giurisdizionale in merito alla designazione di un Paese di origine come sicuro con eccezioni personali ad essere messa in questione. Infatti, nel giro di pochi giorni a Cass., sez. I, sent. n. 33398/2024 (del 19 dicembre 2024) fa seguito Cass., sez. I, ord. n. 34898/2024 (del 30 dicembre 2024), un'ordinanza interlocutoria di rinvio della causa a nuovo ruolo, in attesa che la Corte di giustizia dell'UE si pronunci su tale designazione. Quest'ultima decisione, recante lo stesso presidente-relatore dell'altra, appare, però, singolare nel metodo e nel merito del giudizio. Per un verso, essa non decide nulla, ma nondimeno si dilunga argomentazioni sotto molti aspetti ultronee e ridondanti, auspicando così di "poter contribuire al dialogo con la Corte di giustizia indicando… alcune considerazioni circa la possibile interpretazione della disciplina ricavabile dal quadro normativo di riferimento, idonea a superare i dubbi di compatibilità comunitaria [*sic*] della disciplina nazionale di recepimento e di attuazione della direttiva". Per un altro verso, con un imprevedibile e subitaneo *revirement* rispetto a quanto asserito solo undici giorni prima, essa sembrerebbe escludere la designazione di un Paese di origine come sicuro con eccezioni personali dal perimetro applicativo di CGUE, C-406/22, sent. 4 ottobre 2024, *Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky* e financo ritenere tale designazione legittima alla luce della dir. UE n. 32/2013.

Una critica articolata delle motivazioni di Cass., sez. I, ord. n. 34898/2024, a cui ha fatto seguito anche l'omologa Cass., sez. I, ord. n. 30/2025, esula dalle finalità delle presenti note, anche perché la loro interlocutorietà le rende, tutto considerato, giuridicamente innocue. Quel che preme sottolineare, però, è che anche in tale ultima decisione residua un margine di scrutinio sulla designazione di un Paese di origine come sicuro tanto *ob rem* quanto *in re* [v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il diritto di asilo in agonia, tra la Cassazione e la Corte di giustizia UE*, 9 gennaio 2025, su

https://www.pressenza.com/it/2025/01/il-diritto-di-asilo-in-agonia-tra-la-cassazione-e-la-corte-di-giustizia-ue/], seppure relegato "in ipotesi limite": le eccezioni personali – si legge – "non sono ammesse a fronte di persecuzioni estese, endemiche e costanti, tali da contraddire, nella sostanza, il requisito dell'assenza di persecuzioni che avvengono generalmente e costantemente, secondo l'allegato I alla direttiva 2013/32" [Cass., sez. I, ord. n. 34898/2024]. Alla stregua di tale ragionamento, non desta alcuna particolare sorpresa il fatto che la successiva giurisprudenza di merito, ancora una volta, non ha applicato la disciplina recante la designazione di un Paese di origine come sicuro con eccezioni personali [v. Trib. CT, d. 4 gennaio 2025, r.g. 60/2025] o ha sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE [v. App. RM, d. 31 gennaio 2025, r.g. 478/2025].

Tali esiti giurisdizionali sono tutto fuorché un "non… senso… sul piano giuridico" [M. SAVINO, *Il Diritto*, cit., 13], ove si consideri l'interesse non solo particolare, ma anche generale – o, per meglio dire, ordinamentale – a che la designazione di un Paese di origine come sicuro avvenga in maniera conforme a diritto. Per quanto riguarda il primo interesse – ossia in presenza di una contestazione della designazione di un Paese di origine sicuro *ob rem* – la sussistenza in capo al giudice ordinario di un "pieno potere cognitorio, rafforzato sotto il profilo della cooperazione istruttoria, potendo il giudice addivenire a un completo accertamento, questa volta in fatto, della condizione soggettiva del richiedente, tale da integrare i gravi motivi" [Cass., sez. I, sent. n. 33398/2024], è già pacificamente riconosciuta nella legislazione vigente; per cui, se il ricorrente invoca "gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova" (art. 2-*bis*, co. 5, d.lgs. n. 25/2008, come introdotto con l'art. 7-*bis*, lett. *a*, d.l. n. 113/2018, conv. con mod. nella l. n. 132/2018), la relativa designazione è improduttiva di effetti. Di converso, in tutte le decisioni sin qui rassegnate la possibilità di obiettare alla designazione di un Paese di origine come sicuro con eccezioni personali *in re* esprime chiaramente la necessaria capacità autocorrettiva dell'ordinamento giuridico a fronte di una "scelta abnorme che ha un impatto su larga scala" [M. SAVINO, *Il Diritto*, cit., 16] e, con essa, investe la "dimensione collettiva dell'interesse pubblico" [M. SAVINO, *Per un diritto amministrativo dell'immigrazione*, in *Diario di diritto pubblico*, 18 ottobre 2023, 1] a che la precitata designazione avvenga *secundum legem* (e, "a monte" di essa, *secundum Constitutionem*). Tale è la ragione per cui, ieri, quando la disciplina di riferimento aveva un fondamento sublegislativo (v. il d.interm. 7 maggio 2024, in GU n. 105/2024), così come oggi, ora che è assurta al rango degli atti normativi di rango primario (v. l'art. 2-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 25/2008, come modificato con l'art. 12-*bis*, lett. *a*, d.l. n. 145/2024, conv. con mod. nella l. n. 187/2024), il relativo sindacato giurisdizionale è "non solo ammissibile ma costituzionalmente necessari[o], in sé (in nome degli artt. 24, 101 e 113 [Cost.]) e, ulteriormente, in ragione della protezione di diritti costituzionalmente garantiti (il diritto di asilo e, di riflesso, il diritto alla libertà personale)" [C. CUDIA, *Sindacabilità e disapplicazione del decreto ministeriale di individuazione dei Paesi di origine sicuri nel procedimento*

per il riconoscimento della protezione internazionale, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2024, 25].

Del resto, si tratta di una soluzione ampiamente confortata anche su un piano comparativo [v. Trib. FI, d. 26 ottobre 2023, r.g. 3773/2023; Trib. BO, ord. 25 ottobre 2024, r.g. 14572/2024; M. GATTUSO, *Tre domande sui Paesi sicuri*, in *Questione giustizia*, 3/2023, 121-122], ove è stata contestata con successo la designazione ora della Giamaica (v., con riferimento al Regno Unito, Supreme Court, dec. [2015] UKSC 8) ed ora del Benin, del Ghana e del Senegal (v., con riferimento alla Francia, Conseil d'Etat, dec. n. 437141/2021) quali Paesi di origine sicuri con eccezioni personali. Anche nel nostro ordinamento giuridico, *mutatis mutandis*, il medesimo esercizio da parte del giudice ordinario si rivela tutt'altro che privo di "utilità in concreto" [M. SAVINO, *Il Diritto*, cit., 16], in difetto della portata *erga omnes* delle sue decisioni. Ne è prova tangibile la nota e recente *querelle* sulla garanzia finanziaria *ex* art. 6-*bis*, co. 2, d.lgs. n. 142/2015, come introdotto con l'art. 7-*bis*, co. 2, lett. *b*), d.l. n. 20/2023, conv. con mod. nella l. n. 50/2023: dallo stesso modulo decisionale [v. da Trib. CT, d. 29 settembre 2023, r.g. 10459/2023, a Cass., sez. un., ord. n. 3563/2024] è invero scaturita un'importante, ancorché insoddisfacente innovazione normativa (v. da d.interm. 14 settembre 2023, in GU n. 118/2024, a d.interm. 10 maggio 2024, in GU n. 142/2024) che non sarebbe intervenuta, probabilmente, se quelle pronunce, ancorché relative a casi particolari, non vi fossero state.

Né, infine, può ritenersi seriamente spendibile l'argomento che l'indebita designazione di un Paese di origine come sicuro con eccezioni personali "incide soltanto sul piano procedurale, interrompendo la procedura accelerata e l'eventuale trattenimento, ma non sul piano sostanziale, non garantendo al richiedente l'ottenimento della protezione" [M. SAVINO, *Il Diritto*, cit., 13]. La tesi appare priva di pregio, vuoi perché la predetta designazione impinge direttamente e immediatamente anche sulla garanzia dei diritti costituzionali – e la necessaria conseguenza del trattenimento, istituto incidente sulla libertà personale [v. C. cost., sent. n. 105/2001], ne è un esempio evidente – vuoi perché essa produce effetti di ordine non solo procedimentale, ma anche processuale, a partire dalla mancata previsione dell'effetto sospensivo automatico dell'efficacia del provvedimento negativo a seguito della proposizione di un ricorso (v. il combinato disposto dell'art. 28-*bis*, co. 2, lett. *b-bis*, d.lgs. n. 25/2008, come modificato con l'art. 7-*bis*, co. 1, lett. *b*, n. 1.2, d.l. n. 20/2023, conv. con mod. nella l. n. 50/2023, e l'art. 35-*bis*, co. 3, lett. *d*, d.lgs. n. 25/2008, come modificato con l'art. 7-*bis*, co. 1, lett. *d*, n. 1, d.l. n. 20/2023, conv. con mod. nella l. n. 50/2023). Sotto quest'ultimo profilo, in un ordinamento giuridico come il nostro, nel quale "l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti… è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione… e caratterizzanti lo stato democratico di diritto" [C. cost., sent. n. 26/1999], una siffatta bipartizione non trova spazio.

Come ha affermato la Corte di cassazione, I sez., ord. 22146/2024, 4 dicembre 2024 (seppur a proposito del previgente analogo decreto interministeriale) al §17.3: "Qualora le fonti provenienti dalle organizzazioni internazionali competenti, contemplate nell'art. 37 della direttiva 2013/32, rendano manifestamente evidente la presenza di persecuzioni con carattere generalizzato, endemico e costante, il giudice potrà ritenere la designazione come sicuro del paese di origine illegittima perché in evidente contrasto con la normativa europea. Il giudice, garante, nell'esame del singolo caso, dell'effettività del diritto fondamentale alla libertà personale, non si sostituisce, in tal caso, nella valutazione che spetta, in generale, soltanto al Ministro degli affari esteri e agli altri Ministri che intervengono in sede di concerto, ma è chiamato a riscontrare, nell'ambito del suo potere istituzionale, la sussistenza dei presupposti di legittimità della designazione di un certo paese di origine come sicuro, rappresentando tale designazione uno dei presupposti giustificativi della misura del trattenimento.". Il giudice può e deve, in particolare, "verificare non solo l'esattezza degli elementi addotti, ma anche la loro attendibilità e la loro coerenza, come pure se essi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che debbono essere presi in considerazione", ossia "effettuare un test di coerenza della qualificazione nel caso concreto con la norma attributiva del potere" e quindi "esercitare il sindacato di legittimità del decreto ministeriale, nella parte in cui inserisce un certo paese di origine tra quelli sicuri, ove esso chiaramente contrasti con la normativa europea e nazionale vigente in materia, anche tenendo conto di informazioni sui paesi di origine aggiornate al momento della decisione."

Nel § 21 la Cassazione, I sez. civ., 19 dicembre 2024 - R.G. 14533/2024 afferma che sono condizioni per l'attivazione del sindacato sulla designazione:

a) che questa sia "rilevante e decisiva rispetto alla spettanza della protezione"

b) che tale valutazione si fondi sulle allegazioni del richiedente ("il giudice dinanzi al quale sia stato impugnato il diniego di protezione internazionale, in tanto può attivare il proprio sindacato sulla qualificazione, ad opera del decreto ministeriale, del paese di origine del richiedente come sicuro, in quanto l'inserimento nella lista di cui al decreto ministeriale e la conseguente designazione siano rilevanti e decisivi rispetto alla spettanza della protezione al singolo e abbiano conseguenze, in concreto, in ordine al diritto a un ricorso effettivo. In ogni caso, inoltre, affinché possa sorgere il dovere di cooperazione si appalesa pur sempre necessario l'assolvimento, da parte del richiedente, dell'onere di allegazione e di presentare una domanda che possa qualificarsi quale richiesta di protezione internazionale, in relazione ai fatti dedotti")

Il sindacato sulla designazione è ammissibile quando la designazione del paese terzo come sicuro "riveste un carattere rilevante e decisivo nell'ambito della complessiva controversia"

a. Esempio (fatto nella stessa sentenza): il richiedente, nell'invocare una circostanza attinente alla protezione internazionale (timore di persecuzione o danno grave), sostanzialmente contesta che il paese di origine sia sicuro per rilievi d'ordine

generale." In tal caso, le ragioni addotte a sostegno della domanda riguardano, non gravi motivi relativi a una sua situazione particolare, ma una situazione di ordine generale, concernente intere categorie di cittadini o zone di quel dato paese.

b. "Pertanto, il giudice, per poter disapplicare, *in parte qua*, il decreto ministeriale, deve verificare, preliminarmente, se la designazione possa rappresentare l'elemento decisivo. Deve, dunque, accertare se sussista un'incidenza diretta di tale qualificazione ai fini dell'esame della domanda attraverso un ricorso giurisdizionale effettivo che garantisca la giustizia della decisione; in altre parole, se la ragione del rigetto non sia basata su un esame individuale della domanda, ma sul mero rilievo che il ricorrente proviene da un paese sicuro".

La disapplicazione non deve essere invece sindacata quando il richiedente abbia addotto, a sostegno della domanda, "gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la [sua] situazione particolare", perché in tali casi applicare il comma 5 dell'art. 2-bis d.lgs. n. 25/2008, che, attuando l'art. 36 della direttiva 2013/32/UE, prevede "il venir meno della presunzione relativa di sicurezza che a quella designazione normalmente si ricollega", sicché in questa ipotesi "non si pone più un problema di rilevanza, e di conseguente disapplicazione, della valutazione governativa", in quanto "il giudice può sempre accertare, a prescindere dalla disapplicazione, ragioni di carattere individuale che depongano per una situazione di insicurezza che caratterizza il singolo richiedente".

DONATELLA LOPRIENO

La questione della designazione del Paese di origine sicuro (di seguito POS) sta, come noto, tenendo banco e impegnando non poco il Governo italiano e la sua maggioranza parlamentare, i giudici di merito e di legittimità così come la Corte di Giustizia dell'Unione europea che, in merito, si è pronunciata con una importante sentenza appunto il 4 ottobre 2024 (causa C-406/22). Si prevede, poi, per fine febbraio 2025 che quest'ultima si pronunci nuovamente sulla materia a seguito del rinvio pregiudiziale del Tribunale ordinario di Bologna, Sez. specializzata in materia di immigrazione (N.R.G. 14572-1/2024). Detto in altri termini, sull'esito, quantomeno temporaneo, della partita "POS" si gioca buona parte della riuscita politica della cd "operazione Albania" atteso che, fino a prova contraria, una persona straniera non può essere sottoposta alla procedura di frontiera se non proviene da Paese di origine sicuro e non ha eluso i controlli di frontiera).

Giova ripercorrere, ancorché sinteticamente, le principali tappe di questa intricatissima vicenda per meglio delineare le circostanze che, quantomeno fino all'entrata in vigore del nuovo Regolamento procedure 2024/1348/Ue, legittimano i giudici interni a disapplicare quanto previsto, da ultimo, con il decreto-legge "paesi sicuri" (D.L. n. 158/2024), poi diventato "magicamente" un emendamento al decreto flussi (D.L. 145/2024, conv. con L. n. 187/2024).

L'art. 36 della direttiva 2013/32/UE specifica che affinché un Paese terzo possa essere considerato POS per un determinato richiedente, *previo esame individuale della domanda,* se questi non abbia invocato gravi motivi per ritenere "che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso" e per quanto riguarda la sua qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva "qualifiche". Al secondo comma, si aggiunge che gli Stati membri stabiliscono, nel diritto interno, "ulteriori norme e modalità inerenti all'applicazione del concetto di paese di origine sicuro". Il successivo art. 37 facoltizza gli Stati membri a mantenere in vigore o introdurre normative che consentano di designare a livello nazionale POS ai fini dell'esame delle domande di protezione internazionale, specificando nell'All. 1 le condizioni per poter designare come sicuro un paese terzo. Il secondo paragrafo dell'art. 37 impone agli Stati membri il riesame periodico della situazione dei POS mentre il terzo paragrafo indica le basi per la valutazione circa la sicurezza/insicurezza del paese terzo. Parimenti rilevante è quanto specificato nell'art. 38 della direttiva che dettaglia una serie di criteri, anche procedurali, tra cui in particolare, i poteri di accertamento delle competenti autorità nazionali senza mai espressamente menzionare la possibilità, per gli Stati membri, di designare un Paese di origine sicuro con eccezioni per particolari categorie di persone.

Il concetto di POS è stato recepito nell'ordinamento italiano dal d.l. n. 113/2018 che ha introdotto l'art. 2-*bis* al d.lgs. 25/2008. Nella sua originaria formulazione, si prevedeva che tale designazione dovesse avvenire tramite decreto interministeriale sulla base di informazioni aggiornate e fornite dalle competenti autorità prevedendosi, non diversamente da altri Stati membri, l'espressa possibilità di eccezioni per specifiche categorie di persone e/o parti del territorio. Il primo decreto "Individuazione dei paesi di origine sicura fu adottato il 4 ottobre 2019. È stato poi aggiornato nel maggio 2023 e nuovamente a maggio 2024.

Già nel maggio del 2024, a seguito della inclusione di Nigeria e Costa D'Avorio, nella lista dei POS, il Tribunale di Firenze proponeva due rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia nell'ambito di due giudizi su ricorsi avverso la decisione di diniego delle Commissioni territoriali per manifesta infondatezza, nell'ambito di procedure accelerate (ai sensi dell'art. 28-bis, co. 2, lett. c), d.lgs. 25/2008) concernenti appunto due richiedenti provenienti da Nigeria e Costa d'Avorio. Paesi, questi ultimi, ritenuti all'epoca sicuri ad eccezione di "categorie di persone" non espressamente menzionate nei D.M. ma nelle schede paese redatte dagli Uffici territoriali competenti del MAE e per le quali non poteva dirsi vigente la presunzione di sicurezza. Tali rinvii riguardavano l'interpretazione degli artt. 36, 37 e 46 della Direttiva procedure e, in particolare, il Giudice di Firenze ha interrogato la Corte sull'interpretazione di tali articoli al fine di comprendere se essi ostino o meno a che uno Stato membro designi un Paese come sicuro con esclusione, non tanto di determinate parti del territorio ma di categorie di persone, nei riguardi delle quali non si applica la presunzione di sicurezza. In subordine, qualora il silenzio della direttiva procedure dovesse essere interpretato nel senso di ammettere tale eccezione, all'autorità giurisdizionale si presenta un ulteriore profilo riguardante la possibilità di inserire nella lista dei paesi sicuri uno Stato che

abbia una presenza, qualitativa e quantitativa, significativa di categorie di persone a rischio di violazione di diritti umani.

Nella causa C-406/22, la Corte di Giustizia ha fornito la sua interpretazione per quanto riguarda la designazione selettiva di un Paese come sicuro per parti del territorio e non ci è dato fare pronostici sulla estensibilità di tale interpretazione anche per le categorie di persone. Come noto, il giudice di Lussemburgo ha interpretato l'art. 37 della direttiva procedure nel senso che esso osta a che un Paese terzo possa essere designato come sicuro se in talune parti del suo territorio non risultano essere soddisfatte le condizioni materiali di cui all'Allegato I. Il carattere derogatorio della procedura di esame della domanda di protezione internazionale per chi provenga da POS imporrebbe una interpretazione restrittiva e letterale dell'art. 37 della direttiva. In ordine alla necessaria verifica da parte dei giudici nazionali della legittimità della designazione di un Paese come sicuro, la CGUE ha sottolineato che il mancato rispetto dei criteri previsti dalla direttiva, attenendo agli aspetti procedurali della domanda, deve essere oggetto di un esame completo ed *ex nunc* da parte del giudice. I giudici nazionali hanno il dovere di rilevare, anche d'ufficio, l'eventuale violazione nel caso loro sottoposto delle condizioni sostanziali (e procedurali) della qualificazione di Paese sicuro enucleate dalla direttiva.

Il governo italiano, a poche settimane dalla pronuncia della Corte di Giustizia, è stato legittimamente "incalzato" dal Tribunale di Roma, sez. specializzate, che non ha convalidato il trattenimento dei primi 12 migranti condotti in territorio albanese in quanto i loro paesi di provenienza (Egitto e Bangladesh) non potevano essere ritenuti sicuri alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia. Da canto suo, il Governo, nel maldestro intento di dar seguito alla pronuncia ha approvato il D.L. 158/2024 che ha emendato l'art. bis, co. 2, d.lgs. 25/2008 espungendo dal testo il riferimento a parti del territorio ma lasciando l'eccezione per "categorie di persone". Peraltro, nell'interregno tra la pronuncia sulla causa C-406/22 e l'adozione del decreto legge Paesi sicuri, alcuni giudici, dovendosi pronunciare sulla richiesta di convalida del provvedimento di trattenimento di cui all'art. 6 bis del d.lgs. 142/2015 hanno ritenuto che i princìpi affermati nella causa C-406/22 in tema di eccezioni territoriali, in considerazione della identità di ratio, "inducono ad escludere che possa designarsi un Paese sicuro con esclusione di categorie di persone che sarebbero comunque a rischio persecuzioni o trattamenti inumani e degradanti" (Tribunale di Palermo, Decreto del 10/10/2024). Non possiamo dar conto delle numerose pronunce dei tribunali italiani che hanno giustamente palesato la nudità del Re ma, certamente, in moltissimi casi i giudici hanno ritenuto estensibile alle eccezioni concernenti le categorie soggettive la *ratio* che ha guidato la Corte di Giustizia nell'interpretate le eccezioni territoriali.

Con ord. dell'11 novembre 2024, sempre il Tribunale di Roma, sez. specializzate, ha sospeso la convalida del trattenimento in Albania di altri sette richiedenti protezione internazionale originari di Egitto e Bangladesh e ha interpellato la Corte di Giustizia in via pregiudiziale con quattro quesiti volti a chiarire la compatibilità della *italica* designazione dei Paesi sicuri con il diritto dell'Unione. Il quarto quesito in particolare chiede proprio se il diritto dell'Unione osti a che un paese terzo sia definito di "origine

sicura" qualora in esso vi siano categorie di persone per le quali non soddisfa le condizioni sostanziali di siffatta designazione (enunciate all'Allegato I).

Ora, se anche si volesse optare per la tesi secondo cui i principi elaborati dalla Corte di Giustizia in materia di eccezioni territoriali non possano valere per le eccezioni riguardanti le categorie soggettive, i giudici nazionali, nell'ambito dell'esame completo ed *ex nunc* richiesto dall'art. 46, par. 3, della direttiva procedura, hanno l'obbligo di sollevare l'inosservanza delle condizioni sostanziali della designazione di un Paese come sicuro. Ogni qualvolta, il giudice si avvalga di fonti documentate che attestino forme generalizzate e costanti di persecuzioni nei confronti di gruppi minoritari all'interno del Paese pur designato come sicuro egli potrà disapplicare l'art. 2-bis, co. 1, d.lgs. 25/2008.

CECILIA SICCARDI

Il giudice ordinario, competente per i procedimenti accelerati di riconoscimento della protezione internazionale (art. 28 bis d.lgs. n. 25/2008) o per i giudizi di convalida del trattenimento (art. 6 bis d.lgs. n. 142/2015, Cass, sez. I, n. 22146/2024), può disapplicare il decreto-legge "Paesi sicuri" (d.l. 145/2024, conv. con l. n. 187/2024), nel caso in cui ritenga - a fronte di una sostanziale contestazione del richiedente e alla luce di verifiche appropriate svolte mediante fonti istituzionali e qualificate (art. 2 bis, comma 4 del d.lgs.n. 25/2008) - che l'inclusione nella lista di un determinato Paese contrasti in modo manifesto con i criteri previsti dall'art. 2 bis d.lgs. n. 25/2008, dall'art. 37 della direttiva 2013/32/Ue e del suo allegato I, i quali impongono che un Paese possa definirsi "sicuro" in assenza *generale* e *costante* di persecuzioni.

Tale risposta al quesito posto si fonda sui principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue nella sentenza del 4 ottobre 2024, nonché dalla giurisprudenza nazionale che ne ha fatto seguito.

Alla luce della sentenza della CGUE del 4 ottobre 2024, il mancato rispetto dei criteri di cui all'art. dall'art. 37 della direttiva 2013/32/Ue e del suo allegato I comportano di riflesso una violazione del diritto al ricorso effettivo dei richiedenti protezione internazionale (art. 47 CDFUE), norma con indiscutibile effetto diretto.

La Corte di giustizia è giunta a tale conclusione alla luce delle motivazioni, espresse in particolare nella decisione sul terzo quesito pregiudiziale, proposto dal Tribunale di Brno.

Anzitutto, l'inclusione nella lista dei Paesi sicuri ha delle conseguenze procedurali di rilievo sui diritti dei richiedenti che provengono da quel determinato Paese poiché determina l'attivazione delle procedure accelerate che – in deroga a quelle ordinarie – prevedono una compromissione dei diritti dei richiedenti essendo fondate su una presunzione di non fondatezza della domanda, essendo contraddistinte da termini dimezzati e prevedendo il trattenimento del richiedente durante l'esame della domanda. Pertanto, al giudice deve essere consentita una verifica, anche d'ufficio, sul presupposto

che determina l'attivazione di tali procedure, ovvero la designazione del Paese di origine sicuro, quale presupposto per l'attivazione di tale procedura derogatoria.

La Corte di giustizia ha specificato che tale potere discenderebbe dal dovere istruttorio, di cui all'art. 46 della dir. 32/2013/UE, che impone al giudice di esaminare *ex nunc* gli elementi di fatto e di diritto alla base della procedura e, quindi, anche la designazione del Paese di origine sicuro. Il dovere istruttorio, previsto dalla direttiva, altro non è che una specificazione del diritto al ricorso effettivo di cui all'art. 47 CDFUE.

Ed è ben noto che il giudice possa disapplicare fonti interne che ritiene in contrasto con norme Ue con effetto diretto, qual è il diritto al ricorso effettivo [cfr. comunicato AISDUE, 2 novembre 2024].

Tale circostanza si è verificata in alcuni casi, concernenti cittadini provenienti dall'Egitto in cui il giudice ha disapplicato il decreto-legge Paesi sicuri e, di conseguenza, non ne ha convalidato il trattenimento constatando, attraverso la verifica delle schede del Ministero degli Esteri e delle fonti istituzionali sul Paese «la qualificata persistenza in Egitto di gravi violazioni dei diritti umani che investono, in maniera generale e costante, non solo ampie categorie di persone, ma anche il nucleo stesso delle libertà fondamentali che connotano un ordinamento democratico, con la conseguenza che in Egitto non è "configurabile uno Stato di diritto che si possa definire realmente sicuro per tutti» (Trib. Catania, sez. imm., 4 gennaio 2025).

Inoltre, il giudice prima di disapplicare dovrebbe valutare altri elementi emersi nella giurisprudenza interna successiva alla sentenza della CGUE del 4 ottobre 2024, in particolare nelle decisioni della Cassazione del dicembre 2024.

Anzitutto, egli dovrebbe valutare se si possa trovare di fronte ad una delle due ipotesi distinte dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 19 del 2024 (Cass., sez. I, 14533/2024). Quest'ultima pur riguardando il panorama normativo antecedente e riferendosi esplicitamente alla disapplicazione del "vecchio" D.M. fornisce indicazioni utili sui casi in cui il giudice può disapplicare e quelli, invece, in cui tale opzione è esclusa.

Da un lato, la Cassazione ritiene che si possa procedere alla disapplicazione nel caso in cui il ricorrente, nell'invocare una circostanza attinente alla protezione internazionale, sostanzialmente contesti che il Paese di origine non sia sicuro per rilievi d'ordine generale (che non attengono quindi alla sua situazione individuale). In tal caso, il giudice può procedere alla disapplicazione nel caso in cui la designazione di sicurezza del Paese abbia carattere «rilevante e decisivo», ovvero abbia un impatto sulla concreta tutelabilità del diritto invocato in giudizio, avendo determinato il rigetto della domanda.

Dall'altro lato, la Cassazione esclude la disapplicazione nel caso in cui il richiedente abbia addotto a sostegno della domanda «gravi motivi per ritenere che quel Paese non sia sicuro per la sua situazione particolare», come prevede il comma 5 dell'art. 2 bis del d.lgs. n. 25/2008. In tal caso, il giudice non si trova di fronte a rilievi di ordine generale sulla sicurezza del Paese, ma deve valutare i gravi motivi, addotti dal ricorrente, in relazione alla sua situazione individuale. Pertanto come previsto dallo stesso art. 2 bis, comma 5 del d.lgs. n. 25/2008 l'invocazione di elementi relativi alla

persona determina di per sé il superamento della presunzione dovuta all'inserimento del Paese di origine nella lista e «non richiede la disapplicazione».

Infine, il giudice prima di procedere alla disapplicazione dovrebbe sempre valutare gli altri rimedi che potrebbe avere a disposizione: rinvio pregiudiziale e questione di costituzionalità.

Per quanto attiene al primo dei predetti rimedi, il giudice deve escludere la disapplicazione e procedere al rinvio pregiudiziale ogni qual volta si trovi di fronte a questioni interpretative sul diritto dell'Unione europea. Tale soluzione è stata prediletta dai giudici ogni qualvolta si sono trovati di fronte, ad esempio, a casi di designazione di Paesi di origine sicuri con eccezioni personali, questione non direttamente affrontata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 4 ottobre 2024 (Trib. di Bologna, n. 14572-1/2024; Trib. Roma, n. 46690/2024; Trib. Palermo, n. 763 e n. 264/2024, Trib. Firenze, ordd. 3303/2024). Non solo, non bisogna sottovalutare che la Corte di cassazione, trovatasi a decidere proprio su un caso in cui veniva in rilievo la designazione di Paesi sicuri con eccezioni personali, ha rinviato a nuovo ruolo l'udienza in attesa del pronunciamento della Corte di giustizia (Cass, sez. I, 30 dicembre 2024, n. 22146). Da ultimo, la via del rinvio pregiudiziale è stata perseguita dal Tribunale di Roma a fine gennaio 2025, il quale non ha convalidato i trattenimenti in Albania di 43 richiedenti dal Bangladesh e dall'Egitto, proponendo contestualmente rinvio pregiudiziale, al fine di domandare alla CGUE, ancora una volta, se il diritto Ue osti a che un Paese sia designato come sicuro «qualora in tale paese, vi siano una o più categorie di persone per le quali non siano soddisfatte le condizioni sostanziali di tale designazione» (Trib. Roma, 31 gennaio 2024, n. 478/2025).

Per quanto attiene al secondo rimedio menzionato, la questione di costituzionalità dovrebbe essere presa in considerazione dal giudice ogni qualvolta la violazione del diritto dell'Ue presenti, allo stesso tempo, un «tono costituzionale» (C. cost. sent. n. 181 del 2024, sent. 1 del 2025) e sembra essere proprio il caso del decreto-legge Paesi sicuri, come si dirà meglio nella risposta la prossimo quesito.

MICHELA TUOZZO

Nel sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali il giudice comune è garante della piena operatività del diritto Ue, sia per sorvegliare che gli Stati rispettino gli obblighi assunti verso l'Unione (*van Gend & Loos*), che per proteggere l'effettività dei diritti (*Rewe*).

Difatti, il giudice – sulla base della soluzione individuata dalla Corte di giustizia (*Simmenthal*) e condivisa dalla Corte costituzionale (*Granital*) – presidia il primato del diritto europeo intervenendo egli stesso sul materiale normativo interno, ridimensionandone l'efficacia nel caso concreto attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, o disapplicandolo nel caso di inconciliabilità tra normativa interna e quella Ue. Per effetto di tali vie rimediali si produce l'arretramento del sindacato accentrato di costituzionalità per la tutela dei diritti fondamentali, a favore

del sindacato diffuso per i diritti [A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 2011, 340 ss.].

Alla tutela decentrata dei diritti, tuttavia, è corrisposta negli anni l'«implosione» del sindacato diffuso europeo [D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 218] e un conseguente movimento inverso di «ri-accentramento» [TEGA, *op. cit.*, 231 ss.]. Come riconosciuto dalla Corte costituzionale, a partire dalla sent. 296/2017, le violazioni che infrangano sia la Costituzione che la Carta dei diritti Ue «postulano la necessità di un intervento *erga omnes*». Intervento, quest'ultimo, che conduce al sindacato di legittimità costituzionale interno e alla doppia pregiudizialità.

Con la sent. 15/2024, la Corte costituzionale afferma che la declaratoria di incostituzionalità «offre un *surplus* di garanzia al primato del diritto dell'Unione europea, sotto il profilo della certezza e della sua uniforme applicazione». Nelle successive sentenze 181 e 210 del 2024 la Corte riconosce al g.o. la piena disponibilità degli strumenti nel concorso di rimedi (disapplicazione, questione pregiudiziale, questione di legittimità costituzionale) in relazione alle caratteristiche del caso concreto (anche sent. 210/2024); tuttavia, con la sent. 181 suggerisce al giudice la via del giudizio in via incidentale quando: 1) «l'esigenza di una pronuncia efficace *erga omnes*, che travalichi la singola controversia e offra ai consociati e al legislatore indicazioni inequivocabili. Tale esigenza si dimostra ineludibile a fronte di una normativa che coinvolge una vasta platea di interessati e si presta ad applicazioni reiterate»; e 2) se «sussista un dubbio sull'attribuzione di efficacia diretta al diritto dell'Unione e la decisione di non applicare il diritto nazionale risulti opinabile e soggetta a contestazioni».

Quale sia il rimedio più idoneo a tutelare i diritti fondamentali nel rispetto del diritto dell'Unione è il quesito che sta attraversando il dibattito interno sui risvolti della disapplicazione del giudice della protezione internazionale in seguito alla pronuncia della Corte di giustizia del 4 ottobre scorso (caso *CV*, C-406/22, § 83). Il giudice europeo ha ricondotto all'art. 37 della direttiva 32/2013 un ulteriore limite per chi designi la lista dei Paesi sicuri avente carattere territoriale. A nuovi limiti al potere corrispondono nuove aree di tutela, che però – visti i molti dubbi sollevati dalla pronuncia – non è pacifico che siano rimessi direttamente al giudice del caso concreto o se invece necessitino di ulteriori interventi di *ius-dicere* accentrati.

In Italia la vicenda ha un ulteriore elemento di complessità, dato dal fatto che con l'adozione del d.l. 20/2023 la provenienza dal Paese sicuro legittima anche la misura del trattenimento amministrativo nell'ambito della procedura di frontiera.

Nell'ottica della massima espansione della tutela dei diritti e della loro effettività, è utile chiedersi se il contrasto tra l'art. 2-bis, d.lgs. 25/2008 – che non ammette l'eccezione territoriale – e l'art. 37 della direttiva 32 cit., possa essere completamente risolto tramite la disapplicazione del primo; ma anche se tale rimedio sia idoneo a promuovere la tutela uniforme del diritto d'asilo e della libertà personale, assicurando altresì l'effetto utile della direttiva 32.

In base alla dottrina della sentenza *Van Duyn contro Home Office* la direttiva ha efficacia diretta quando le sue disposizioni sono incondizionate, sufficientemente chiare e precise.

Chi scrive, tuttavia, ritiene che l'interpretazione data dalla Corte Ue sull'art. 37 non integri i presupposti della sua immediata efficacia, per tre motivi tra loro connessi e afferenti ai nodi irrisolti della pronuncia. In particolare:

1) La dubbia possibilità di estendere le circostanze del caso *CV* anche *i*) quando non vi sia correlazione tra le condizioni di sicurezza del Paese e la situazione personale del richiedente (come accaduto nel decreto Trib. Roma, n. 42260/2024); o *ii*) alla convalida del trattenimento [M. SAVINO, *La mancata convalida dei trattenimenti in Albania: alcuni dubbi sulla decisione del Tribunale di Roma*, in *ADiM Blog*, ottobre 2024].

2) I differenti rimedi adottati dagli stessi giudici: disapplicazione (Tribunale di Roma) e questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (Tribunale di Bologna).

3) Le due decisioni di dicembre della Corte di Cassazione, intervenute sul tema.

Nel caso relativo alla procedura accelerata per la protezione internazionale, la Cassazione (sentenza n. 33398/2024) riconosce al giudice il potere di disapplicare la fonte interna quando la designazione rappresenti l'elemento decisivo del rigetto. In altri termini, il giudice deve «accertare se sussista un'*incidenza diretta* di tale qualificazione *ai fini dell'esame della domanda* attraverso un ricorso giurisdizionale effettivo che garantisca la giustizia della decisione» (p. 21, ult. capoverso, i corsivi non sono testuali).

Nel caso relativo alla procedura di frontiera, la I sez. civile della Cassazione (ordinanza interlocutoria n. 34898/2024) ha indicato la via della disapplicazione solo come «ipotesi limite». In particolare, il giudice potrà ricorrervi quando «la valutazione ministeriale abbia varcato i confini esterni della ragionevolezza e sia stata esercitata in modo manifestamente arbitrario o [se] la relativa designazione sia divenuta, *ictu oculi*, non più rispondente alla situazione reale» (p. 18, ult. capoverso).

Le due pronunce indicano, quindi, ai giudici la via della prudenza nel sindacare la legittimità dell'elenco dei Paesi, senza però fornire presupposti uniformi a riguardo. L'unico aspetto su cui le due pronunce convergono riguarda la non applicazione della designazione di Paese sicuro quando il ricorrente solleva l'eccezione dei gravi motivi personali (art. 2-bis, co. 5); in tal caso il giudice, pur non disapplicando la fonte interna, finisce per escluderne l'operatività.

Utile allora è tornare alle pronunce del 2024 della Corte costituzionale. Se la declaratoria di incostituzionalità offre una garanzia aggiuntiva al primato del diritto UE, sembra questa ora la via più adeguata nella prospettiva della tutela sistemica e non frazionata dei diritti fondamentali.

III Domanda

Avendo particolare riguardo al modo in cui la scelta governativa sui Paesi sicuri può incidere – attraverso la procedura accelerata di frontiera – sull'effettività del diritto costituzionale fondamentale di azione e di difesa e del diritto ad un ricorso

effettivo di cui agli art. 46 della direttiva 2013/32/UE e 47 della CDFUE, esistono spazi residui per sollevare una questione di legittimità costituzionale del decreto-legge (estesa anche alle pertinenti disposizioni del D.Lgs n. 25 del 2008)?

MARCO BENVENUTI

Gli spazi per sollevare una questione di legittimità costituzionale sulla disciplina relativa alla designazione di un Paese di origine come sicuro, ora allocata in un atto normativo di rango primario, vi sono certamente, ma non necessariamente. Infatti, l'approdo della giurisprudenza costituzionale più recente in tema di c.d. doppia pregiudizialità, affermatosi a partire dalla sent. n. 269/2017 e corroborato nella sent. n. 181/2024, è nel senso che spetta al giudice comune "individuare il rimedio più appropriato, ponderando le peculiarità della vicenda sottoposta al suo esame" (C. cost., sent. n. 1/2025). Tale affermazione si accompagna poi a un certo *favor* per il sindacato della Corte costituzionale, "qualora l'interpretazione della normativa vigente non sia scevra di incertezze o la pubblica amministrazione continui ad applicare la disciplina controversa o le questioni interpretative siano foriere di un impatto sistemico, destinato a dispiegare i suoi effetti ben oltre il caso concreto, oppure qualora occorra effettuare un bilanciamento tra princìpi di carattere costituzionale" (C. cost., sent. n. 181/2024).

Si tratta di elementi che si presentano, nel caso qui considerato, con particolare nitore, stante la pluralità e la pervasività dei profili di illegittimità costituzionale che zavorrano l'intera "operazione Albania" e consentirebbero senz'altro al giudice ordinario – ora anzitutto alla corte d'appello in composizione monocratica, in sede di convalida del trattenimento dei "migranti" richiedenti la protezione internazionale (v. l'art. 5-*bis* d.l. n. 13/2017, conv. con mod. nella l. n. 46/2017, come introdotto con l'art. 16, lett. *b*, d.l. n. 145/2024, conv. con mod. nella l. n. 187/2024) – di sollevare una questione di legittimità costituzionale della disciplina *de qua* [v. C. SICCARDI, *Paesi sicuri e categorie di persone "insicure"*, in *Giustizia insieme*, 10 settembre 2024, 10; C. SICCARDI, *Le procedure Paesi sicuri e il protocollo Italia-Albania*, in *Quaderni costituzionali*, 2024, 907-908].

Tuttavia, allo stato attuale della giurisprudenza costituzionale – la quale, naturalmente, può piacere o non piacere (e a chi scrive poco piace) – possibilità non significa necessità; per questo appare fuori fuoco, in tale frangente, lamentare una "duplice 'fuga' dall'oggetto del giudizio e dal giudizio di costituzionalità" [M. SAVINO, *Il Diritto*, cit., 20], che nel contenzioso sulla designazione di un Paese di origine come sicuro con eccezioni personali non si è punto verificata. Pertanto, a meno di non ritenere che l'"operazione Albania" possa costituire l'abbrivio di un generale ripensamento dei rapporti tra le giurisdizioni costituzionale e sovranazionale, ben possono i giudici comuni adire la Corte di giustizia dell'UE piuttosto che la Corte costituzionale o, per altro verso, perseverare nella non applicazione – e non invece, con erronea terminologia, nella disapplicazione [v. Trib. BO, ord. 25 ottobre 2024, r.g. 14572-1/2024] – della disciplina italiana, naturalmente senza rilievo per il fatto che essa sia

ormai incorporata in un atto normativo di rango primario [v. da Trib. CT, d. 4 novembre 2024, a App. RM, d. 31 gennaio 2025, r.g. 478/2025].

Piuttosto, un ultimo aspetto circa il ruolo del giudice comune merita la massima attenzione. Nelle more di un'eventuale decisione della Corte costituzionale avente ad oggetto la disciplina in merito alla designazione di un Paese di origine come sicuro quale presupposto del trattenimento, il primo sarebbe tenuto a dispiegare nell'immediatezza tutti i propri poteri cautelari [v. C. St., a.p., ord. n. 2/1999]: ciò significa, in costanza di quel "sospetto di incostituzionalità" [C. cost., sent. n. 59/1960] che investe la normativa in questione, disporre l'immediata liberazione del ricorrente. Si tratta di un effetto dai risvolti pratici – se si vuole – limitati, posto che la restrizione della libertà personale cessa comunque trascorse quarantotto ore dalla comunicazione all'autorità giudiziaria, ove questa non disponga la convalida *ex* art. 13, co. 3, Cost.; forse per questa ragione tale profilo è stato erroneamente trascurato (non nella motivazione ma) nel dispositivo di alcuni provvedimenti giurisdizionali [v. da Trib. RM, d. 18 ottobre 2024, r.g. 42251/2024, a App. RM, d. 31 gennaio 2025, r.g. 478/2025], mentre si ritrova opportunamente esplicitato in altre coeve decisioni [v. da Trib. CT, d. 13 settembre 2024, r.g. 9302/2024, a Trib. CT, d. 4 gennaio 2025, r.g. 60/2025], le quali meritano, sotto questo profilo, maggiore condivisione. Al contempo, occorre anche che i medesimi giudici considerino sempre e comunque il *tempus a quo* del trattenimento, al fine di rispettare appieno la rigorosa cronologia scandita all'art. 13, co. 3, Cost. Questo tempo – che per la Costituzione si misura non ad anni, mesi o giorni, ma ad ore – decorre senz'altro dal momento in cui lo straniero si trova in una condizione di limitazione della libertà personale: dunque, nel caso dell'"operazione Albania", a partire dalla fase di *screening*/*triage* dei "migranti" a bordo delle navi militari italiane in acque internazionali e non, invece, dallo sbarco [v. App. RM, d. 31 gennaio 2025, r.g. 478/2025], ricorrendo sin dalla prima quell'"assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'habeas corpus" [C. cost., sent. n. 68/1964].

PAOLO BONETTI

La previsione di un'apposta procedura per la designazione di un Paese di origine come sicuro ai fini della protezione internazionale e l'indicazione nella norma legislativa di quei ben determinati Paesi appaiono illegittimi perché violano i presupposti previsti nelle norme UE per la designazione di paesi sicuro e stabiliscono condizioni per l'esercizio del diritto di asilo garantito dall'art. 10, comma 3 Cost. a chiunque nel suo Paese vede impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana che di fatto limitano l'accesso effettivo al diritto di asilo.

Conta dunque l'effettivo esercizio dei diritti fondamentali nel caso singolo, perché invertire l'onere della prova soltanto per gli asilanti provenienti da quei Paesi "sicuri", impedire l'effetto sospensivo del ricorso giurisdizionale e ridurre al minimo i termini l'esercizio dei loro diritti di difesa rendono quasi impossibile l'effettivo accesso al

diritto di asilo e comprimono in modo inaccettabile il diritto ad un ricorso effettivo che è garantito dalla direttiva UE: è improbabile che in pochi giorni o in poche ore chi si trova trattenuto in un CPR sito in Albania riesca a trovare un avvocato, ad interloquire con lui e a preparare difese adeguate alle possibilità.

L'inversione dell'onere della prova a carico di ogni richiedente nei termini ridotti, che caratterizza le procedure accelerate e i relativi ricorsi giurisdizionali fanno sì che lo straniero abbia poco tempo e pochi mezzi per riuscire ad avere un ricorso effettivo e riuscire davvero a dimostrare (trattenuto in un CPR) che nella sua situazione individuale quel paese non è sicuro in quanto vi è il pericolo di subire in esso una persecuzione o un danno grave. È evidente dunque che, qualora si tratti del cittadino di un Paese illegittimamente inserito nell'elenco dei Paesi sicuri, costui subirebbe un'irragionevole discriminazione rispetto al tempo molto più ampio e alle garanzie molto più ampie di tutela del diritto alla difesa che sono consentiti dalla legge a tutti gli altri richiedenti asilo.

L'intento del Governo pare soprattutto quello di designare come Paesi "sicuri" soprattutto gli Stati di maggior afflusso di richiedenti asilo in Italia, supponendo che il loro ingresso nel territorio dello Stato in situazioni irregolari (che deriva dall'impossibilità per qualsiasi fuggitivo di disporre di tutti i requisiti per gli ingressi regolari, come il possesso di un passaporto e il possesso di un visto di ingresso, a causa della mancata previsione del rilascio di visti di ingresso per richiesta di asilo) comporti che le loro domande siano in gran parte pretestuose e infondate e che perciò debbano essere assoggettare alla procedura accelerata e al trattenimento in centri di permanenza per il rimpatrio siti in territorio italiano o albanese.

Si dimentica però che la provenienza più frequente di migranti da alcuni degli Stati designati come sicuri è proprio il tentativo di fuggire alle più forti violazioni dei diritti umani che invece continuano al loro interno.

Insomma, l'Italia non è meno sicura perché un giudice disapplica la norma nazionale incompatibile con la norma europea allorché essa prevede un elenco dei Paesi sicuri, nel quale la designazione di uno di quegli Stati non è conforme alla Costituzione e alle norme europee che tutti hanno il dovere di osservare. Invece sono non sicure proprio le persone che fuggono da quegli Stati in cui è loro impedito l'effettivo effettivo esercizio dei loro diritti fondamentali, che è il presupposto previsto dall'art. 10, comma 3 Cost. per godere in Italia del diritto di asilo.

È facile per chiunque usare rapporti internazionali, dell'ONU, della UE e di organizzazioni non governative sui diritti umani per ricavare in particolare che:

- l'Egitto non compare nella lista dei Paesi sicuri di alcuno dei grandi Stati dell'UE che ospitano asilanti (Germania, Francia, Spagna, Belgio, Paesi Bassi, Austria, Svezia);

- Tunisia, Marocco ed Algeria non compaiono nella lista dei Paesi sicuri né della Francia (ex potenza coloniale che ben conosce la situazione interna di quegli Stati), né della Germania, né del Belgio, e pure la Spagna sta dando asilo a cittadini marocchini;

- la Georgia vede il suo territorio occupato militarmente dalla Russia in due regioni (Abhasia e Ossezia del sud) e dunque sarebbe del tutto incompatibile con i criteri della direttiva UE, come ribaditi dalla CGUE;

- lo Sri Lanka vede un uso smodato della forza da parte delle forze di polizia e militari contro manifestanti politici e minoranze Tamil, come testimoniano i recenti rapporti di Amnesty international;

Analogamente si può dire a proposito della situazione del Bangladesh e forse anche di Senegal, Costa d'Avorio, Ghana, Gambia, Perù.

Perciò alla luce dei rapporti internazionali resta del tutto immotivata e illegittima l'inclusione di alcuni Stati nell'elenco legislativo italiano dei Paesi di origine sicuri perché violano i presupposti previsti norme UE per tale inclusione e dunque nel giudizio di convalida sul trattenimento dei cittadini di quei Paesi che abbiano presentato domanda di asilo il giudice ben potrebbe inviare alla Corte costituzionale la relativa questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt.. 10, commi 2 e 3 e 117, comma 1 Cost. L'errore giuridico e politico grave dell'inclusione di quegli Stati pare confermato dal fatto che le selezioni dei salvati in mare provenienti da tali Stati svolte sulla nave italiana (svolte fino a dicembre 2024 dagli operatori OIM e poi dai militari italiani con la vigilanza di operatori UNHCR) per distinguere chi non sia sottoponibile alle procedure accelerate o al trattenimento perché appartenenti a categorie vulnerabili o in possesso di passaporto hanno inviato in Albania una percentuale irrisoria dei salvati egiziani e bengalesi.

La violazione dei presupposti indicati nelle norme UE da parte della nuova norma legislativa italiana che include nell'elenco quei Paesi renderà rilevante e non manifestamente infondata anche la questione di legittimità costituzionale anche nei giudizi di convalida dei trattenimenti dei richiedenti asilo sottoposti a trattenimento e a procedura accelerata soprattutto perché cittadini di quei Paesi.

Il motivo politico che ha condotto il Governo italiano a fare l'errore giuridico di indicare anche quei Paesi nell'elenco italiano dei Paesi sicuri - a differenza degli elenchi degli altri Stati UE di immigrazione - è quello di ritenere che comunque la maggioranza delle domande da quei Paesi sarebbe stata rigettata. Così il Governo italiano di fatto ha trovato il pretesto per anticipare al 2024 ciò che potrà fare soltanto dal giugno 2026, ammesso e non concesso che anche nel giugno 2026 i richiedenti asilo da alcuni di quei Paesi vedano rigettate le loro domande per più del 20%.

Occorre infatti ricordare che le domande di protezione internazionale presentate dai cittadini di quasi tutti gli Stati sopra indicati superano pure il 20% di accoglimento (come confermano recenti statistiche EUROSTAT) e dunque i richiedenti asilo provenienti da tali Stati neppure potrebbero essere assoggettati dal giugno 2026 alla procedura di frontiera neppure sulla base del nuovo regolamento del 2024 che include anche i richiedenti asilo appartenenti a tale categoria tra i sottoponibili a tale procedura.

Per tutti questi motivi tutti questi Paesi dovrebbero essere fin da subito esclusi dall'elenco dei Paesi sicuri.

Peraltro, la definizione di Paese sicuro rende applicabile ai cittadini di questi Paesi "sicuri" la procedura di frontiera e il connesso trattenimento in un CPR.

Tuttavia, il trattenimento gli stranieri in un centro di permanenza per il rimpatrio è misura che in tutte le ipotesi previste nell'ordinamento italiano è configurata dalle

norme legislative in vigore in modo costituzionalmente illegittimo per molti motivi che si possono così riassumere:

a) è adottato in tutte le ipotesi non già dall'autorità giudiziaria, ma soltanto da un'autorità di pubblica sicurezza, cioè dal solo questore ed è perciò incostituzionale per violazione della riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13 Cost. che soltanto in casi eccezionali e non ordinari consente l'adozione del provvedimento da parte della autorità di p.s. e in tal senso a nulla serve neppure la successiva convalida giurisdizionale;

b) le ipotesi di trattenimento sono fondate su presupposti che in alcuni casi sono troppo generici e perciò violano la riserva di legge assoluta prevista dallo stesso art. 13 Cost.

c) i contenuti del trattenimento non sono disciplinati in modo esaustivo soltanto da norme legislative, ma sono definiti in parte notevole da norme regolamentari o da mere convezioni o protocolli di appalto con gli enti gestori di ogni centro di permanenza per il rimpatrio, il che viola la riserva di legge assoluta e la riserva di giurisdizione circa i modi della restrizione della libertà personale; in tal senso il giudice di pace di Roma con due ordinanze pronunciate il 15 ottobre 2024 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del trattenimento disposto nei confronti dello straniero respinto o espulso disciplinato dall'art. 14 d. lgs. n. 286/1998.

CECILIA SICCARDI

Vi è spazio per una questione di costituzionalità, da impostare su norme oggetto differenti (art. 2 bis d.lgs. n. 25/2008, art. 28 bis, comma 2, lett. b-bis d.lgs n. 25/2008, art. 6 bis d.lgs. n. 142 del 2015, art. 3, comma 3, l. 14/2024), a seconda dei diversi procedimenti (convalida del trattenimento o procedura accelerata di riconoscimento della protezione internazionale) o casi (richiedenti asilo in Italia o trattenuti in Albania), che possono porsi di fronte ai giudici.

Occorre in questa sede distinguere almeno due ipotesi ovvero se l'oggetto della possibile questione di costituzionalità riguardi le norme relative alla designazione sui Paesi sicuri o più specificamente le conseguenze in termini di procedimento che ne possono derivare (procedure accelerate e convalida trattenimento).

Sotto quest'ultimo profilo, vi è sicuramente margine per una questione di legittimità costituzionale, peraltro proprio in relazione al diritto di difesa, richiamato dal quesito. Oltre alle problematiche indicate nella risposta al primo quesito, è necessario considerare che la legge n. 187 del 2024, di conversione del d.l. 145 del 2024 ha modificato anche i procedimenti di convalida del trattenimento, assegnando la competenza alle Corti di appello (e non più alle Sezioni specializzate), nonché modificando le norme sul ricorso in Cassazione. Nello specifico, anche per i trattenimenti dei richiedenti asilo, si applicano le norme di cui all'art. 14, comma 6 del d.lgs. n. 286 del 1998 che ammette il ricorso per Cassazione contro i decreti di convalida del trattenimento osservando «in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 22, comma 5-bis, secondo e quarto periodo, della legge 22 aprile 2005, n.

69» sul mandato di arresto europeo. Secondo queste regole processuali «la Corte, nel termine di sette giorni dalla ricezione degli atti, giudica in camera di consiglio sui motivi di ricorso e sulle richieste del procuratore generale senza intervento dei difensori e deposita la decisione con la contestuale motivazione a conclusione dell'udienza». Proprio queste norme sono state di recente oggetto di una questione di costituzionalità promossa dalla Corte di cassazione poiché impedendo «un'ordinata scansione dei momenti processuali all'interno della quale le parti possono svolgere le loro difese consentendo al giudice di apprezzarle e di esprimersi», rischiano di violare il diritto di difesa e al contradditorio (artt. 3, 24 e 111 Cost.) di persone sottoposte ad una misura restrittiva della libertà personale (cfr. Cass., Sez. I Pen., ord. 1959/2025).

Per quanto riguarda, invece, le norme sulla designazione dei Paesi di origine sicuri, vi sarebbe stato spazio per una questione di costituzionalità, ma probabilmente essendo pendenti oltre dieci rinvii pregiudiziali (contando solo quelli promossi dai Tribunali italiani), si attenderà il pronunciamento della Corte di giustizia.

I giudici che si sono sinora confrontati con il decreto-legge Paesi sicuri, in procedure accelerate o in giudizi di convalida dei trattenimenti, hanno prediletto i rimedi della disapplicazione o del rinvio pregiudiziale, trascurando il fatto di trovarsi di fronte a norme che rischiano di violare non solo il diritto al ricorso effettivo di cui all'art. 47 CDFUE, ma anche diritti sanciti dalla Costituzione italiana, tra i quali il diritto di difesa (art. 24 Cost.), il diritto alla libertà personale (art. 13 Cost.) e il diritto d'asilo (art. 10, comma 3 Cost.), per le motivazioni descritte nella risposta al quesito alla domanda n. 1.

Talvolta, non sembra essersi trattato di una mera questione di opportunità, ma i giudici sono incappati in valutazioni non più in linea con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra diritto Ue e interno.

Emblematico in tale senso è il caso della decisione del Tribunale di Catania del 3 novembre del 2024 che, all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. n. 158/2024 ha optato per la disapplicazione ritenendo «irrilevante la questione di costituzionalità» (Trib. Catania, sez. imm., 3 novembre 2024) prospettata dalle parti, proprio perché era possibile la disapplicazione per contrasto con norme Ue ad effetto diretto.

Si tratta di un orientamento fondato ancora sul "vecchio" schema *Simmenthal-Granital* che determina «l'inammissibilità, per irrilevanza, di questioni di costituzionalità su norme interne delle quali si possa predicare il contrasto con la Carta» [N. ZANON, *Il ruolo della Corte costituzionale nella difesa del principio di uguaglianza e degli obblighi europei*, in *Federalismi*, Editoriale, in *Federalismi.it*, 30/2024]. Questo schema non è più in linea con la giurisprudenza costituzionale che, come noto, ormai a partire dalla nota sentenza n. 269/2017 in casi di c.d. doppia pregiudizialità, impone al giudice di valutare «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.)» (C. cost. sent. n. 20/2019). Si aggiunga che le maglie di tale rimedio potrebbero essere ancora più ampie alla luce delle sentenze n. 181/2024 e 1/2025, in base alle quali la Corte costituzionale «potrà dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale, se accerta l'esistenza

del conflitto tra la normativa nazionale e le norme dell'Unione, indipendentemente dalla circostanza che queste siano dotate di efficacia diretta», essendo sufficiente che esse siano contraddiste da «tono costituzionale» (C. cost. sent. n. 181 del 2024).

Nonostante il chiaro «tono costituzionale» delle violazioni che può comportare l'inserimento abnorme nella lista Paesi sicuri sui diritti costituzionali (termini dimezzati, presunzione di non fondatezza della domanda, trattenimento, conduzione in Albania in determinati casi) i giudici, pur richiamando ampiamente la tutela dei diritti costituzionali nelle motivazioni delle loro decisioni, non hanno preso in considerazione il sollevamento di una questione di costituzionalità.

Si ritiene che si sia persa l'occasione di ottenere sul tema una dichiarazione di illegittimità costituzionale, con efficacia erga-omnes con «il plus-valore (per i beni costituzionalmente rilevanti della certezza, dell'uniformità della prevedibilità del diritto)», nonché la possibilità di consentire alla stessa Corte costituzionale «di disporre eventualmente, essa, il rinvio pregiudiziale, in caso di rilievo costituzionale assoluto» [N. ZANON, *Il ruolo della Corte costituzionale nella difesa del principio di uguaglianza e degli obblighi europei*, cit., iv], uniformando e rafforzando i vari e non sempre efficaci quesiti pregiudiziali posti dai giudici ordinari.

Vedremo se vi sarà ancora uno spazio residuo dopo il pronunciamento della Corte di giustizia, atteso per la primavera del 2025.

MICHELA TUOZZO

La procedura accelerata di frontiera per i richiedenti asilo provenienti dai Paesi sicuri ha fatto la prima comparsa nell'ordinamento italiano con la l. 132/2018. Con le successive riforme all'art. 28 bis del d.lgs. 15/2008 e all'art. 6 bis del d.lgs. 142/2015, prima con il d.l. 130/2020 e poi con il d.l. 20/2023, la domanda di protezione internazionale presentata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito, da un richiedente proveniente da un Paese designato di origine sicuro, non solo segue l'iter delle procedure accelerate, ma comporta anche il trattenimento nelle zone di transito del richiedente che non abbia consegnato il passaporto (o documento equipollente) o non abbia prestato la garanzia finanziaria, durante lo svolgimento della procedura di frontiera, allo scopo di accertare il suo diritto di ingresso nello Stato.

Sul piano del diritto di azione e difesa le ricadute sono molteplici: vi è un tempo notevolmente ridotto per lo svolgimento della procedura davanti la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale e l'adozione della relativa decisione; la riduzione a sette giorni del termine per il deposito del ricorso in via giurisdizionale; il mancato effetto sospensivo automatico derivante dalla proposizione del ricorso al provvedimento di diniego della Commissione; il trattenimento del richiedente per la durata della procedura (fino a un massimo di quattro settimane).

Va inoltre segnalato che a essere inciso è anche l'onere della prova a carico del richiedente asilo, che dovrà fornire le prove delle condizioni di "non sicurezza" del

Paese di origine in relazione alla propria situazione particolare. Da un lato non si tratta di una "semplice" inversione, non basta infatti che il richiedente dimostri i «ragionevoli motivi» che inducono a ritenere non sicuro il Paese di origine: è infatti richiesta una prova ulteriore, quella dei «gravi motivi»; dall'altro non va poi trascurato il valore simbolico che assume la lista dei Paesi sicuri per chi è chiamato a valutare la domanda: «una diffidenza definita altrove "*culture of disbelief*", tale da condurre al venir meno di qualsivoglia possibilità per il richiedente di essere considerato credibile» [F. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «Decreto Sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2019, 166].

Il pregiudizio all'effettività del diritto d'asilo va misurato rispetto alla disponibilità del richiedente di un rimedio giurisdizionale effettivo (art. 47 Carta dei diritti fondamentali Ue; artt. 24 e 113 Cost.), che preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto della protezione internazionale (art. 46, direttiva 32/2013).

Su questo tema lo spazio per una pronuncia della Corte costituzionale può essere ricercato attraverso il principio di equivalenza e di effettività. In tal senso utili spunti si ricavano dalla sentenza 13/2022, con cui la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sul diritto di difesa in relazione alla protezione internazionale, in riferimento alla questione degli oneri posti a carico del difensore per il rilascio della procura per la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento (di rigetto) impugnato. La Corte in quel caso non ha ritenuto violato il diritto al rimedio effettivo perché questo si considera «compromesso solo quando vengano imposti oneri tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale» (sent. 13/2022, cons. in diritto 11).

La compressione del diritto di difesa posta dal legislatore dev'essere ragionevole, ossia frutto di un'operazione di bilanciamento che da un lato tenga conto dell'esigenza individuale al rimedio, dall'altro quella della sostenibilità dell'amministrazione della giustizia. Tale ragionevolezza è considerata attraverso il principio di equivalenza, ossia dal fatto che la garanzia processuale data ai diritti di origine europea non deve essere inferiore a quella riconosciuta rispetto ad analoghe posizioni del diritto interno.

La chiave di accesso alla declaratoria di incostituzionalità pare dunque poter essere ricostruita a partire da tale profilo. La sfida del giudice *a quo* sarà quella di identificare norme processuali che riguardano contenziosi dalla natura simile e da qui svolgere una prima valutazione sull'esistenza o meno della parità di trattamento «dei ricorsi basati su una violazione del diritto nazionale e di quelli, analoghi, basati su una violazione del diritto dell'Unione» (CGUE, *Târşia*, C-69/14, p. 34).

IV Domanda

Il quadro giuridico di riferimento relativo alle condizioni per l'individuazione di un Paese di origine sicuri è destinato realmente a mutare con l'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2024/1348?

Dalla lettura delle norme della direttiva Ue del 2013 (artt. 35, 36 e 37 e allegato I direttiva 2013/32/UE) e del regolamento del 2024 che sarà applicabile dal 12 giugno 2026 (artt. 57, 60, 61, 64 regolamento (UE) 2024/1348) si può facilmente capire che dal 2026 non scomparirà certo, tra i parametri, il riferimento all'assenza nel territorio dello Stato di origine di violazioni gravi dei diritti fondamentali.

Peraltro, alle norme Ue non importa quale autorità nazionale decida l'inserimento di un determinato Paese nella lista nazionale, con quale fonte del diritto interna (legislativa o sublegislativa) o con quale procedura interna, ma esse prescrivono che i criteri e i modi per l'inserimento rispettino i precisi riferimenti giuridici e le fonti di informazione indicati nelle stesse norme.

I presupposti normativi per la dichiarazione dal giugno 2026 (a livello europeo e a livello nazionale) di un Paese d'origine sicuro (previsti dal regolamento UE del 2024) sono sostanzialmente identici a quelli oggi vigenti (previsti dalla direttiva del 2013), anche se scritti con formule verbali e disposizioni apparentemente diverse.

Essi fanno riferimento ad una situazione concreta di ogni Paese di origine in rapporto alla violazione effettiva di ben precisi testi normativi sui diritti umani e alla situazione della democrazia, e fanno di nuovo rinvio a rapporti di vari organismi internazionali ed europei, il che priva e priverà di ogni valenza sostanzialmente politica questa scelta, anche se attuata con norma legislativa, come ha stabilito il legislatore italiano, perché deve essere sempre rivedibile con molta frequenza sulla base dei criteri normativi e della mutazione di quella situazione materiale.

Le norme UE non prevedono però soltanto vincoli di modalità e di revisione periodica, ma anche ben precisi parametri di violazioni da verificare. I vincoli, dunque, riguardano sia aspetti procedimentali, sia aspetti sostanziali. Perciò il rispetto di tali vincoli sarà comunque sottoposto agli ordinari controlli dei giudici, che potranno usare sempre i rapporti delle organizzazioni internazionali e dell'UE

Ecco perché diventano pure decisivi tutti quei rapporti delle organizzazioni internazionali, la cui lettura (aperta a tutti on line, incluso il piccolo giudice...) fa capire facilmente che la lista italiana include Stati la cui attuale situazione materiale non corrisponde affatto ai criteri giuridici indicati in quelle norme per definire come sicuri determinati paesi di origine.

Sicuramente dal giugno 2026 vi saranno due cambiamenti significativi e cioè tornerà la possibilità di mantenere la qualifica di sicuro ad uno Stato, pur in presenza di categorie o zone escluse, e sarà soppresso il riferimento alla verifica che nel Paese di origine non si verifichino "generalmente e costantemente" persecuzioni o torture o trattamenti inumani e degradanti o pericoli a causa di violenza generalizzata in situazione di conflitto interno o internazionale. Le interpretazioni su quest'ultimo cambiamento paiono diametralmente opposte, ma sopprimere il riferimento a che non si verifichino generalmente e costantemente situazioni di persecuzione o di pericolo

significa che basteranno anche alcune violazioni gravi, ma significative, anche se non costanti o discontinue, per escludere che un determinato Paese possa qualificarsi come sicuro ai fini della protezione internazionale.

Inoltre, dal giugno 2026 le procedure accelerate e i connessi trattenimenti riguarderanno non più soltanto i richiedenti asilo (esclusi i vulnerabili), ma anche i richiedenti che vengano da Paesi le cui domande siano accolte per meno del 20%. In apparenza il rischio di uso strumentale di domande di asilo può essere prevenuto da tale misura e dal connesso uso delle procedure accelerate di frontiera (la cui effettività è tutta da dimostrare non essendo chiara la natura giuridica dei trattenimenti previsti nel nuovo regolamento, in quanto sono sia misure limitative della libertà personale, sia misure restrittive della libertà di circolazione), ma il riferimento al 20% delle domande appare comunque molto severo rispetto al diritto di asilo, perché esso forse è pertinente per i pericoli di violenza generalizzata in caso di conflitto armato, il che però appare del tutto irrazionale e controproducente proprio per gli stranieri meritevoli di protezione internazionale sulla base di situazioni individuali, e cioè il pericolo di subire persecuzioni individuali (rifugiati) e coloro che possono ottenere lo status di protezione sussidiaria fuori dalla violenza generalizzata ai civili in situazione di conflitto.

DONATELLA LOPRIENO

Il Regolamento (UE) 2024/1348 rappresenta un significativo, ma problematico, passo in avanti verso l'armonizzazione delle procedure in materia di protezione internazionale a livello europeo. Tale uniformità normativa reca con sé una certa rigidità che mal si concilia con la necessità di rispondere adeguatamente alle diversità presenti nei vari contesti nazionali. L'adozione di procedure standardizzate rischia, infatti, di sacrificare l'adattabilità del sistema derivante dall'applicazione della normativa alle situazioni giuridiche che, di per sé, possono non essere prevedibili, rallentando i processi decisionali e riducendo la flessibilità necessaria. In particolare, la nuova normativa sembra imporre ulteriori livelli procedurali, determinando un aumento dei passaggi amministrativi e un possibile incremento dei tempi di gestione delle pratiche, con un correlato aumento del rischio di sovraccarico degli uffici competenti e la generalizzata e conseguenziale "caduta" delle garanzie sostanziali e procedurali per i richiedenti protezione.

Il Regolamento solleva, in particolare, preoccupazioni in merito alla standardizzazione dei criteri di valutazione dei Paesi di origine sicuri. L'attuale assetto sarà, infatti, parzialmente modificato. Anzitutto, al fine (astrattamente apprezzabile) di contenere le divergenze tra gli elenchi nazionali dei Paesi sicuri, contribuendo altresì "a scoraggiare i movimenti secondari dei richiedenti protezione internazionale" (Cons. 81), il Regolamento in questione prevede la possibilità di designare POS a livello europeo (artt. 60 e 62). Si riconosce l'opportunità che gli Stati membri conservino la possibilità di designare paesi terzi sicuri diversi rispetto a quelli designati a livello dell'Unione (cons. 81), secondo quanto previsto dall'art. 64 del Regolamento.

Quanto alle condizioni per l'individuazione di un Paese di origine sicuro, probabilmente la principale novità con cui occorrerà fare i conti è la previsione di cui al par. 2, art. 61 del Regolamento. La direttiva procedure, vigente fino al giugno 2026, diversamente dalla precedente del 2005, non consente in maniera esplicita, e dopo la sentenza resa nella Causa C-406/2022 neanche implicitamente, la possibilità di designare quale sicuro un Paese ma limitatamente a parti del territorio o con riferimento a particolari gruppi di persone. Ai sensi, invece, dell'art. 61, par. 2 del nuovo Regolamento "la designazione di un paese terzo come paese di origine sicuro a livello sia dell'Unione che nazionale può essere effettuata con eccezioni per parti del suo territorio o categorie di persone *chiaramente* identificabili". Coerentemente rispetto alla possibilità di presunzione di sicurezza eccetto che per parti di territorio o categorie di persone, nell'art. 61, par. 1 del nuovo regolamento non compaiono più gli avverbi "generalmente" e "costantemente" riferiti a persecuzioni, tortura, trattamenti disumani e degradanti o pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato). I due avverbi sono, invece, presenti nell'Allegato I della direttiva procedure e ad essi ha fatto riferimento la Corte di Giustizia nella sentenza sopra richiamata: «l'impiego dell'espressione "generalmente e costantemente" in assenza di qualsiasi riferimento ad una parte del territorio» tende ad indicare che le condizioni di cui all'Allegato I devono essere rispettate in tutto il territorio di un paese terzo ai fini della sua qualificazione come sicuro (punto 69). Ovviamente i giudici lussemburghesi non potevano esimersi dal prendere in considerazione la reintroduzione della facoltà della designazione selettiva. Nel farlo, al punto 82 della sentenza, si riconosce come il legislatore dell'Unione goda della prerogativa di ritornare sul punto "procedendo a un nuovo bilanciamento" ma quest'ultimo deve, comunque, rispettare le prescrizioni in particolare della Convenzione di Ginevra e della Carta. Si tratta di un passaggio importante della pronuncia quasi a voler prefigurare il futuro ruolo della Corte di Giustizia una volta che entrerà in vigore il regolamento procedure. Evidentemente, ai Giudici della Corte non è sfuggito come, *prima facie,* il legislatore europeo tra le esigenze di consolidare l'accelerazione dei tempi per la disamina delle domande di protezione internazionale presumibilmente infondate e l'obbligo di una disamina caso per caso, puntuale ed esaustiva delle domande, correlativamente al godimento di tutte le garanzie di accesso alle informazioni e alla difesa, abbia voluto dare maggior enfasi alla prima.

Un ulteriore profilo su cui bisognerà riflettere e che inciderà presumibilmente sulle condizioni verificatesi le quali un paese potrà essere ritenuto selettivamente sicuro concerne i casi in cui una categoria potrà essere definita "chiaramente identificabile". Alcuni rapporti delle istituzioni europee, nel ricostruire la disciplina specifica dei paesi sicuri da parte degli Stati membri, hanno rilevato come "le eccezioni per alcuni profili dei richiedenti asilo sono spesso applicate a gruppi specifici e persone vulnerabili, in particolare: persone LGBTQI+, minoranze religiose, persone albine, attivisti politici, difensori di diritti umani, giornalisti, donne e bambine vittime di violenza domestica e di genere. Altrimenti detto, una parte consistente di quella umanità dolente che fugge alla ricerca di protezione. Si potrebbe presumere che la ragione per cui gli stati membri

che finora hanno optato per la eccezione di ampie categorie di persone e situazioni lo hanno fatto per poter considerare sicuri quei paesi da cui proviene una buona parte dei richiedenti protezione internazionale. La designazione di paesi con ampi margini di eccezione soggettiva potrebbe rendere vana la prioritaria finalità della procedura accelerata e cioè giungere in tempi brevi, anzi brevissimi, ad una decisione in tutti i casi non problematici.

Ma quali sono le categorie di persone chiaramente identificabili nei cui riguardi può valere l'eccezione? E sulla base di quali informazioni e parametri?

Una prima cosa che balza agli occhi, da un raffronto tra l'attuale art. 37, par. 2, della direttiva procedura e gli artt. 61 e 62, par. 2 del nuovo Regolamento è che né gli Stati membri né la Commissione saranno tenuti a riesaminare periodicamente la situazione nei paesi terzi designati di origine sicura. La Commissione, a norma dell'art. 63, par.1, in caso di "cambiamento significativo della situazione in paese" designato come paese terzo sicuro a livello dell'Unione, esegue una valutazione circostanziata per verificare se siano o meno rispettate le condizioni di cui agli artt. 59 e 61. Se da tale valutazione dovesse emergere che tali condizioni non sono più rispettate, la Commissione può sospendere, per sei mesi, la designazione di tale paese terzo come sicuro (a livello dell'Unione). In tal caso, sulla Commissione incombe l'onere di riesaminare *costantemente* la situazione del paese non più sicuro. La decretazione della sospensione della designazione come paese di origine sicuro a livello unionale comporta che gli Stati membri non possano designarlo, a loro, volta come sicuro a livello nazionale. Non aver imposto la calendarizzazione dell'aggiornamento della lista dei paesi sicuri, né a livello dell'Unione né a livello nazionale, comporterà un ampliamento della discrezionalità delle autorità nazionali così come anche della Commissione europea. Sotto questo profilo, la previsione di cui al nuovo comma 4-bis, art. 2-bis, d.lgs. 25/2008, introdotta con il d.l. flussi, in materia di aggiornamento annuale dell'elenco dei Paesi di origine sicura potrebbe essere modificata. Sugli Stati membri, a norma del par. 4, art. 64 del Regolamento incombe il "solo" onere di notificare alla Commissione e all'Agenzia per l'asilo, entro il 12 giugno 2026 e immediatamente dopo ogni designazione o cambiamento relativo alle designazioni, i paesi terzi ritenuti sicuri a livello nazionale.

CECILIA SICCARDI

Su questo aspetto si stanno interrogando in modo specifico gli studiosi di diritto dell'Unione europea, ma è possibile affermare che il nuovo Regolamento (UE) 2024/1348 del 14 maggio 2024, approvato nell'ambito del nuovo Patto europeo sulla migrazione, comporta almeno due novità importanti.

La prima novità riguarda la creazione una lista di paesi di origine e terzi sicuri anche a livello dell'Unione europea. Il predetto regolamento consentirà (si applicherà a partire dal 12 giugno 2026) la designazione di Paesi sicuri non solo da parte degli Stati membri, come sinora previsto, ma anche a livello dell'Unione.

Come si legge nei *consideranda*, la designazione dei paesi terzi o di paesi di origine sicuri a livello dell'Unione «dovrebbe permettere di superare alcune divergenze tra gli elenchi nazionali dei paesi sicuri», garantendo «l'applicazione uniforme dei concetti da parte di tutti gli Stati membri» (cons. 81). Si tratta di una novità importante il cui intento prioritario è quello «di favorire la convergenza nell'applicazione delle procedure, contribuendo altresì a scoraggiare i movimenti secondari dei richiedenti protezione internazionale» (cons. 81).

Occorre considerare che una lista comune europea era già stata introdotta dalla direttiva 2005/85/CE e ritenuta illegittima dalla Corte di giustizia per un mero motivo procedurale, perché introduceva una riserva di competenza del Consiglio, con semplice obbligo di consultazione del Parlamento europeo (CGUE, C-133/06, 6 maggio 2008).

La seconda novità, molto rilevante anche per il destino della disciplina dei Paesi sicuri in Italia, riguarda la possibilità di designare Paesi di origine sicuri con eccezioni territoriali e personali.

Tale possibilità, infatti, non era menzionata in alcun modo dalla direttiva 32/2013/Ue. Anzi, la Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 4 ottobre 2024 ha sancito l'incompatibilità della designazione di Paesi sicuri con eccezioni territoriali con la nozione di Paese sicuro di cui all'art. 37 della predetta direttiva che contrariamente impone l'assenza generale e costante di persecuzioni. Tant'è che il d.l. n. 158/2024 ha modificato l'art. 2 bis del d.lgs. n. 25/2008 abrogando la possibilità di designare Paesi sicuri con eccezioni territoriali e contestualmente estrapolando dall'elenco i Paesi con tali caratteristiche (Camerun, Colombia e Nigeria). Riguardo, invece, alla compatibilità con il diritto Ue della designazione di Paesi sicuri con eccezioni personali si attende, come visto, il pronunciamento della Corte di giustizia dell'Unione, atteso per la primavera 2025.

In tale contesto, ancora in divenire, bisognerà valutare le novità del regolamento Ue 2024/1348 che, all'art. 61 par. 2, consente che la designazione di Paesi sicuri «sia livello dell'Unione che nazionale possa essere effettuata con eccezioni per determinate parti del suo territorio o categorie di persone *chiaramente identificabili*».

Anzitutto sarà utile comprendere in quali casi una categoria di persone potrà essere definita quale "chiaramente identificabile". La norma sembra voler limitare la previsione di eccezioni di categorie di persone la cui appartenenza non sia individuabile immediatamente e presupponga accertamenti complessi, non adatti alla procedura accelerata. Ad esempio, potrebbero non essere classificati quali "chiaramente identificabili" l'appartenenza alla comunità lgbt+, poiché la verifica dell'orientamento sessuale è un accertamento delicato, le vittime di violenza, di tortura di tratta, i cui segni non sono sempre visibili o dichiarati immediatamente. Al contrario sembrano "chiaramente identificabili" categorie quali le donne poiché il sesso è una caratteristica palese; o persone appartenenti ad un partito politico o ordine professionale in grado di dimostrarne l'iscrizione.

Tuttavia, non si esclude che, proprio alla luce della sentenza del 4 ottobre 2024 e di quella che si attende sulle eccezioni personali, il legislatore dell'Unione non ritorni su tale scelta. Anche perché la Corte di giustizia sembra aver già svolto un giudizio

preventivo di disfavore, affermando come, pur essendo consapevole che l'articolo 61, paragrafo 2, del regolamento 2024/1348, reintroduca la facoltà di designare Paesi sicuri con eccezioni territoriali (ma potrebbe valere di qui a poco anche per quelle personali) «si tratti della prerogativa del legislatore dell'Unione di ritornare su tale scelta, procedendo a un nuovo bilanciamento, purché quest'ultimo rispetti le prescrizioni derivanti in particolare dalla Convenzione di Ginevra e dalla Carta» (CGUE del 4 ottobre 2024, causa C-406/22).

MICHELA TUOZZO

Il regolamento 1348/2023 apporta modifiche alla designazione della lista dei Paesi di origine sicuri, con alcune differenze rispetto a quanto previsto dalla direttiva 32/2013. In particolare, le condizioni per la designazione di un Paese come sicuro sembrano essere più restrittive rispetto a quelle indicate nella direttiva.

Quest'ultima, nell'allegato I, stabilisce che un Paese può essere considerato di origine sicuro se si può dimostrare che i suoi cittadini non subiscono persecuzioni (come definite dalla Convenzione di Ginevra del 1951), né torture o altri trattamenti inumani o degradanti, né rischiano pericoli derivanti da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato. A tal fine, la protezione contro le persecuzioni e i maltrattamenti deve essere garantita da leggi e regolamenti nazionali, dal rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU (in particolare dai limiti dell'art. 15, par. 2 della Convenzione), dall'applicazione del principio di *non-refoulement* e da un sistema che permetta ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà.

Le condizioni indicate nel regolamento 1348 all'art. 61 sono, per effetti del rinvio all'art. 9 del regolamento 1347/2024, in numero maggiore rispetto a quelle dell'allegato I della direttiva 32. L'art. 9 appena citato prevede sia un numero più ampio di atti persecutori che il rischio di danno grave. Al par. 2, l'art. 9 aggiunge agli atti persecutori dell'art. 1 A Convenzione di Ginevra: gli atti di violenza fisica o psichica, compresa quella sessuale; i provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori; le azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; il rifiuto di accesso ai mezzi di ricorso giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria; le azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza al rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto; atti rivolti contro persone in ragione del loro genere, o contro l'infanzia.

Oltre che sul piano delle condizioni, tra i cambiamenti previsti con il regolamento 1348/2024 si segnala quello della creazione di una lista Ue di Paesi di origine sicuri.

La stessa Unione, quindi, designa la sua lista dei Paesi di origine sicuri, così da superare le divergenze tra gli elenchi nazionali e applicare in modo uniforme le procedure accelerate. Il superamento dei diversi elenchi nazionali contribuisce a realizzare l'obiettivo del contrasto ai movimenti secondari dei richiedenti protezione internazionale. Per l'aggiornamento o la sospensione della designazione dei Paesi sono coinvolte la Commissione e l'Agenzia per l'asilo.

Inoltre, qualora l'Unione europea abbia stipulato un accordo internazionale con un Paese terzo, che e garantisce che i migranti ammessi ai sensi del medesimo accordo siano protetti in linea con il principio di *non-refoulement*, allora tale Paese è considerato sicuro.

Rispetto a quanto previsto dall'art. 36 direttiva 32/2013, il regolamento all'art. 61, par. 2, espressamente riconosce che la designazione di un Paese di origine sicuro può essere effettuata con eccezioni per determinate parti del suo territorio o categorie di persone chiaramente identificabili.

Gli Stati membri conservano ad ogni modo la facoltà di applicare o introdurre norme legislative che consentano un'autonoma designazione a livello nazionale dell'elenco. Quest'ultimo infatti potrebbe indicare Paesi diversi da quelli designati a livello dell'Unione. Sulla designazione nazionale, poi, si crea un sistema di controllo e supervisione da parte della Commissione, difatti lo Stato membro può designare un Paese terzo o di origine come sicuri solo se la Commissione non si oppone. In aggiunta, non può avvenire la designazione nazionale di Paese terzo o di origine sicuro nel caso in cui l'Unione ne abbia disposto la sospensione della designazione.

È ancora presto per determinare se la coesistenza di liste nazionali ed europea porterà a un'armonizzazione delle valutazioni di sicurezza sui Paesi terzi, poiché divergenze nelle designazioni potrebbero derivare dalle diverse relazioni di politica estera degli Stati membri.

V Domanda

L'inserimento del testo del decreto-legge 23 ottobre 2024, n. 158 in un emendamento al decreto-legge dell'11 ottobre 2024, n. 145 (c.d. "Decreto flussi") può essere considerato in contrasto con l'art. 77 della Costituzione, avuto riguardo al requisito di omogeneità, all'esistenza di circostanze di straordinarietà ed urgenza e al peculiare nesso esistente fra il decreto-legge e la rispettiva legge di conversione?

MARCO BENVENUTI

La questione attiene, naturalmente, al più generale disordine normativo che assilla il nostro ordinamento giuridico [v. G. TARLI BARBIERI, *Introduzione agli atti normativi*, in M. BENVENUTI e R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, Torino, 2023, V, 29 ss.] e, però, raggiunge dei tratti parossistici proprio nel diritto dell'immigrazione. Anche da questo punto di vista, tutta l'"operazione Albania" nasce male, eccezion fatta per la circostanza, in origine non scontata, che la ratifica del Protocollo Italia-Albania è stata alfine sottoposta ad un'autorizzazione parlamentare *ex* art. 80 Cost. [v. A. FIORENTINO, *L'art. 80 della Costituzione alla prova della prassi*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2024, 33 ss.; A. FUSCO, *"Aiutiamoli a casa d'altri"*, in

Quaderni costituzionali, 2024, 167-168]; questo non già per l'inverosimile prospettazione di "variazioni del territorio" [v. M. ESPOSITO, *Nota*, cit., 1524-1525], ma per la presenza di elementi certamente attinenti alla "natura politica", agli "oneri alle finanze" e alle "modificazioni di leggi" [v. M. SAVINO e F.V. VIRZÌ, *Il Protocollo*, cit., 73]. Tuttavia, dopo appena otto giorni dalla sua promulgazione, la l. n. 14/2024 è stata subitaneamente modificata con l'art. 32, co. 2, d.l. n. 19/2024, conv. con mod. nella l. n. 56/2024, intitolato, in verità, "ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)"; e, in questa sede, non occorrerebbe aggiungere altro, rispetto a quanto asseverato da C. cost., sent. n. 22/2012 in merito alla "necessaria omogeneità del decreto-legge", per indubbiare l'effettiva sussistenza dei requisiti della straordinarietà, della necessità e dell'urgenza.

Venendo alla vicenda del d.l. n. 158/2024 e della l. n. 187/2024, di conversione del d.l. n. 145/2024 e, al contempo, anche di recepimento dei contenuti del primo, vi è più di un motivo di sconcerto nell'osservare la disinvoltura di una siffatta manovra normativa. Anzitutto, non può sottacersi l'imbarazzante premessa al d.l. n. 158/2024, ove si legge che il reg. UE n. 1348/2024 avrebbe "indicato l'orientamento condiviso da parte degli Stati membri dell'Unione europea". Ammesso (e non concesso) che ciò corrisponda al vero – non essendo affatto detto che, alla prova dei fatti, lo spazio per la designazione di un Paese di origine come sicuro *ex* art. 61 reg. UE n. 1348/2024 sarà meno angusto di quello attuale – non si comprende come tale indirizzo potrebbe manomettere i contenuti della dir. UE n. 32/2013, la cui abrogazione troverà applicazione solamente a partire dal 12 giugno 2026.

Inoltre, l'ascrizione al plesso degli atti normativi di rango primario dell'elenco dei Paesi di origine sicuri, stante la necessità di sottoporlo a un periodico aggiornamento (v. l'art. 37, § 2, dir. UE n. 32/2013), comporta che ogni sua modifica dovrà essere disposta con un atto ad esso equiparato. Qui l'art. 1, lett. *d*), d.l. n. 158/2024 contiene due chiari errori di diritto costituzionale. Il primo è che l'enunciato in esame rinvia la propria revisione a un successivo "atto avente forza di legge" e non anche ad una successiva legge o atto avente forza di legge. Si tratta di una spiacevolissima prima volta nel pur variopinto panorama dei nostri atti normativi, che, com'è noto, non consente a un decreto-legge o a un decreto legislativo di rinviare l'adozione di una determinata disciplina a un successivo atto normativo di rango primario di matrice governativa (v. l'art. 15, co. 2, lett. *a*, l. n. 400/1988). Il secondo è che la disposizione summenzionata prelude ad una successiva attività di informazione parlamentare, da svolgersi entro il 15 gennaio di ogni anno, ma solo "compatibilmente con le preminenti esigenze di sicurezza e di continuità delle relazioni internazionali". Si tratta di una previsione che si sarebbe potuto (e dovuto) evitare, posto che le Camere hanno sempre la facoltà di riunirsi in seduta segreta *ex* art. 64, co. 2, Cost. e, comunque, laddove vi sia un'effettiva "idone[ità] a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato" (art. 39, co. 1, l. n. 124/2007), soccorre la disciplina sul segreto di Stato [v. P. BONETTI, *Osservazioni sulla proposta emendativa del*

Governo 12.09 al ddl di conversione in legge del d.l. n. 145/2024, 5 novembre 2024, su https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.49606.05-11-2024-19-54-56.229.pdf, 4]. In definitiva, entrambi i problemi summenzionati avrebbero legittimato, se non addirittura preteso, un diniego del Presidente della Repubblica alla richiesta di emanare il decreto-legge o, in subordine, una successiva correzione da parte delle Camere.

Infine, l'episodio normativo qui considerato si inserisce, ancora una volta, nella più ampia vicenda dei "decreti 'a perdere'" [R. ZACCARIA ed E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 giugno 2009, 11 ss.] o "decreti Minotauro" [G. BRESSA, in AP Camera, XVI legislatura, sed. del 1 aprile 2009, 6, virgolette nell'originale, con una terminologia la cui paternità è riferita, anche in questo caso, a R. Zaccaria], che dir si voglia: ossia quei decreti-legge i cui contenuti sono destinati ad albergare nella legge di conversione di un diverso decreto-legge. Senza volere qui indugiare con reminiscenze storiche più [v. la l. n. 2293/1923 e la l. n. 473/1925; M. BENVENUTI, *Alle origini dei decreti-legge*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, I, Napoli, 2013, 66] o meno [v. la l. n. 28/2022; M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, 38-39] lontane, l'intollerabile confusione sul piano della congruità e della continuità degli atti normativi, nonché la connessa compressione dei tempi di discussione parlamentare [v. M. RUOTOLO, *Sulla "confluenza" dei contenuti di un decreto-legge nella legge di conversione di altro decreto-legge*, in *Consulta online*, 3/2024, 1294-1295 e 1297-1298] sono lampanti; ed anche nella più recente giurisprudenza costituzionale si ritrova una lunga e severa censura di tale "tortuosa tecnica di produzione normativa – frutto di un anomalo uso del peculiare procedimento di conversione del decreto-legge… che reca pregiudizio alla chiarezza delle leggi e all'intelligibilità dell'ordinamento… princìpi questi funzionali a garantire certezza nell'applicazione concreta della legge" (C. cost., ord. n. 30/2024). A fronte della perdurante inerzia che caratterizza tale prassi distorsiva – ripetutamente ma vanamente stigmatizzata ora dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati [v. AP Camera, XVIII legislatura, Comitato per la legislazione, sed. del 12 gennaio 2021, 4-5] ed ora dal Presidente della Repubblica [v. S. MATTARELLA, *Lettera ai Presidenti Casellati, Fico e Draghi in materia di decreti legge*, 23 luglio 2021, su https://www.quirinale.it/elementi/59260, 3] – si tratta ora di passare dalle parole ai fatti, forti della consapevolezza che è proprio quest'ultimo, ancor prima (ed ancor più) della Corte costituzionale, l'organo maggiormente attrezzato ad intervenire in tal senso [v. P. CARNEVALE, *La legge di conversione "ospitale"*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2024, 23 ss.].

PAOLO BONETTI

L'emendamento governativo che nella legge di conversione del d.l. n. 145/2024 ha inserito un elenco di Paesi di origine sicuri di per sé è omogeneo alla materia

disciplinata nel decreto-legge (che è anche la protezione internazionale) e dunque al nesso esistente tra decreto-legge e legge di conversione.

Tuttavia, le perplessità riguardano i requisiti di straordinaria necessità ed urgenza: gran parte del testo emendativo potrebbe essere motivato dall'intento di abrogare il d.l. n. 158/2024 e così togliere il testo normativo sulla cui applicabilità giudici italiani hanno sollevato di fronte alla CGUE la questione pregiudiziale interpretativa di compatibilità con le norme UE

In ogni caso vi sono gravi dubbi di legittimità circa un testo emendativo che mediante la tecnica dell'assorbimento e dell'abrogazione del d.l. n. 158/2024 non ancora convertito in legge elude i termini e le procedure per la conversione in legge di quel decreto-legge previsti dall'art. 77 Cost.

Si tratta di prassi parlamentare invalsa soprattutto a partire dalla pandemia, ma che non ha alcuna ragione costituzionalmente fondata per sussistere.

Il riferimento agli atti aventi forza di legge quale nuovo strumento normativo per la designazione di un Paese come sicuro è un mero autovincolo legislativo, privo di qualsiasi efficacia giuridica vincolante per il legislatore che copia male l'art. 16 a) della legge fondamentale tedesca, la quale peraltro non ha alcuna rilevanza in Italia.

Il riferimento alla "preminente esigenza del mantenimento delle relazioni internazionali" come limite alla comunicazione della situazione di un determinato Paese nella relazione al Parlamento del Governo appare costituzionalmente illegittimo. Infatti, in base all'art. 64 Cost. le sedute delle Camere sono pubbliche, ma le Camere possono sempre deliberare sedute segrete. Perciò qualora davvero la diffusione di eventuali notizie possa davvero danneggiare l'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato. Il Presidente del Consiglio dei Ministri potrebbe sempre apporre il segreto di Stato nei casi, nei modi e con i limiti e le garanzie stabiliti dalla legge n. 124/2007, incluso il possibile sindacato dell'autorità giudiziaria e della Corte costituzionale e la richiesta al presidente del Consiglio dei ministri di riferirne al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica.

Poiché per le norme Ue non conta il tipo di autorità o con quale procedura è approvato l'elenco nazionale (che in molti Stati UE è approvato dai Governi anche col concorso dei Parlamenti o da autorità indipendenti), ma con quali criteri si definisce sicuro un Paese e tali criteri sono solo giuridici sulla base di ben precisi rapporti sulla situazione di quello Stato.

Ciò significa che la violazione di quei criteri rende sempre illegittima l'inclusione del Paese nell'elenco, chiunque l'abbia inserito e con qualsiasi tipo di fonte o di modalità sia stato inserito.

Del resto la supremazia della Costituzione, delle norme internazionali ed europee (previsti dall'art. 117, comma 1 Cost.) e i principi di legalità e di legalità costituzionale (art. 113 e 137 Cost.) comportano che nessun atto, anche di rango legislativo ed anche se deciso da Governo e Parlamento, può essere sottratto al controllo giurisdizionale, sicché in qualsiasi istante il giudice ha l'obbligo di verificarne la conformità alle norme

costituzionali, internazionali ed europee e in caso contrario di annullarlo (se viola le norme legislative) o di disapplicarlo (se viola le norme UE) o di rinviarlo alla CGUE (se ha dubbi interpretativi) e/o di sollevare la questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte costituzionale.

CECILIA SICCARDI

Il decreto-legge "Paesi sicuri" è frutto di un complesso *iter* parlamentare. Tale *iter* non ha condotto alla conversione in legge del d.l. n. 158/2024 che per primo ha codificato in una fonte di rango primario l'elenco dei Paesi di origine sicuri, ma ha determinato l'incorporazione del testo di quest'ultimo nell'ambito della conversione di un altro decreto legge, il d.l. n. 145/2024, poi convertito con l n. 187 /2024. L'art. 1 della l. n. 187/2024 abroga il d.l. n. 158/2024 e ne riprende il testo integralmente all'art. 12 *bis*, il quale ha riprodotto in modo identico l'elenco dei Paesi di origine sicuri, imponendone l'aggiornamento solo con atto avente forza di legge.

Non pochi studiosi, sentiti in audizione davanti alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati nel novembre 2024, hanno evidenziato le problematiche costituzionali non solo sostanziali [P. BONETTI, *audizione davanti alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati del 5 novembre 2024*], ma anche procedurali in relazione all'art. 77 Cost.

Alcuni hanno assimilato la confluenza del decreto-legge in altra legge di conversione alla reiterazione del decreto-legge che, in assenza di nuovi presupposti di necessità e urgenza, è una pratica notoriamente incostituzionale (C. cost. sent. n. 360 del 1996, V. ANGIOLINI, *audizione davanti alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati del 5 novembre 2024*).

Altri hanno ricordato come la Corte costituzionale abbia definito la confluenza del decreto-legge in altra legge di conversione una «tortuosa tecnica di produzione normativa – frutto di un anomalo uso del peculiare procedimento di conversione del decreto-legge (sentenza n. 22 del 2012), che reca pregiudizio alla chiarezza delle leggi e all'intelligibilità dell'ordinamento (sentenza n. 58 del 2018), princìpi questi funzionali a garantire certezza nell'applicazione concreta della legge (sentenza n. 110 del 2023) » [C. cost. ord. 30/2024; su cui R. ZACCARIA, *audizione davanti alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati del 5 novembre 2024*].

MICHELA TUOZZO

La Legge 9 dicembre 2024, n. 187 ha disposto (con l'art. 1, comma 2) l'abrogazione del decreto-legge 23 ottobre 2024, n. 158 (cd. *decreto Paesi sicuri*) e fatto salvi gli effetti *medio tempore* prodottisi sulla base del medesimo d.l. 158.

Il d.l. 158 ha mostrato sin da subito la sua attitudine di decreto "a perdere", dato che pochi giorni dopo della sue entrata in vigore, nel corso della procedura di conversione (AS 1280) in Commissione affari costituzionali, il sottosegretario Matilde

Siracusano comunicava l'intenzione del Governo di non insistere per la conversione in legge del decreto e dichiarando altresì che le relative disposizioni sarebbero state trasfuse, con emendamento, nell'AC n. 2088 (disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 145 del 2024 – cd. *decreto flussi*), il cui esame era già in corso presso la Camera dei deputati.

Le anomale vicende della confluenza, sebbene non siano emerse di recente – avendo avuto origine durante le crisi economica, pandemica e bellica – rappresentano una novità nell'ambito dell'immigrazione e dell'asilo, nonostante sia consolidato il ricorso alle fonti governative per le due materie. Una spiegazione di questa "prima" confluenza può imputarsi a plurime ragioni: 1) la circostanza della sopravvenienza di un *fatto emergenziale* – la decisione della Corte di Giustizia del 4 ottobre 2024 per il decreto Paesi sicuri – a distanza di poco tempo dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri del 2 ottobre 2024 sul primo decreto legge; 2) l'ampio ricorso da parte del Governo Meloni a fonti normative di matrice governativa nelle due materie – da ottobre 2022 a oggi si contano almeno quattro decreti-legge; 3) il fatto che il fenomeno della "confluenza", riguardante anche altre materie, da inizio legislatura si è verificato già dieci volte (https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1354685.pdf?_1695986704531).

Le ricadute sul piano della legittimità costituzionale afferenti al *vulnus* dell'omogeneità nel caso di specie non sembrano però realizzarsi, almeno secondo quanto la Corte costituzionale intende per omogeneità (sent. 22/2012). Il difetto di omogeneità per la Corte si «determina solo quando le disposizioni aggiunte siano totalmente "estranee" o addirittura "intruse", cioè tali da interrompere ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione» (sent. 251/2014). La correlazione deve riguardare l'oggetto e le finalità del decreto-legge; ma la censura ricade solo di fonte alla «evidente o manifesta mancanza di ogni nesso di interrelazione tra le disposizioni incorporate nella legge di conversione e quelle dell'originario decreto-legge …» (sentt. 181/2019, 226/2019, 247/2019).

L'omogeneità rappresenta un duplice limite, diretto sia al Governo, per delimitare le materie oggetto del decreto-legge, che al potere di emendamento del Parlamento.

Alla luce di queste premesse, l'omogeneità, così intesa, pare sia fatta salva nella vicenda qui commentata, visto che tra *decreto Paesi sicuri* e *decreto flussi* non vi è estraneità dell'oggetto e delle finalità. Infatti, il d.l. 145/2024 introduce modifiche anche nella stessa materia su cui è intervenuto il d.l. 158: la protezione internazionale. Paradossalmente, il fenomeno della confluenza ha prodotto l'effetto contrario alla disaggregazione del testo finale.

L'assenza di omogeneità, invece, pare genetica nel d.l. 145. Per esso, infatti, la somma di due eventi emergenziali non risponde a un'unica situazione emergenziale; il d.l. risponde alla congestione amministrativa della procedura di regolarizzazione dei cittadini stranieri per motivi di lavoro; ma poi interviene anche su altri ambiti come le operazioni di soccorso in mare, la procedura di frontiera, le disposizioni processuali sulla protezione internazionale.

La profonda eterogeneità degli interventi incide negativamente sulle funzioni del Parlamento, specialmente a causa del ridotto tempo a sua disposizione (tra l'esame in

Commissione e in Assemblea) per svolgere i compiti assegnatigli dalla Costituzione in tale fase. Inoltre, nel caso del d.l. 158 si è verificata una ulteriore anomalia: l'originaria conversione avviata in Senato, per effetto della confluenza, è stata spostata nell'altro ramo del Parlamento dove si stavano svolgendo i lavori di conversione del d.l. 145.

La somma di queste considerazioni fa sì che la vicenda commentata si allontani dalle indicazioni del Presidente della Repubblica il 23 luglio 2021 sulla confluenza, ossia di ricorrervi «solo in casi eccezionali e con modalità tali da non pregiudicare l'esame parlamentare» (https://www.quirinale.it/elementi/59260).

Inoltre, non può trascurarsi il contesto istituzionale su cui è intervenuto il d.l. 158: lo "scontro" tra giudici e Governo sulla vicenda della non applicazione del diritto interno, attività quest'ultima prodromica a "bloccare" la procedura di frontiera nei centri albanesi.

A partire dalla dottrina che si è interessata alle varianti dei cd. decreti Minotauro, nel caso di specie è possibile ricondurre la confluenza del *decreto Paesi sicuri* all'esigenza del Governo di «"perfezionare in più tappe la formazione dell'accordo politico circa la disciplina normativa da introdurre": una legislazione per approssimazioni progressive, parallela al compimento dell'accordo in seno al governo, che rappresenta "un chiarissimo esempio di come il governo oramai utilizzi i decreti-legge alla stregua di un'effettiva corsia preferenziale…"» [C. DOMINICALI, *La decadenza dei decreti-legge nella prassi. Dalla provvisorietà dell'atto alla transitorietà delle norme*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, 1297, richiamando A. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, 16].

Un'altra lettura sottolinea come la confluenza fornisca un mezzo ancor più rapido di stabilizzazione della disciplina contenuta nel d.l. "a perdere", tale da far ritenere che il medesimo d.l. sia *ab initio* dirottato verso una legge di conversione altra. Il risultato è duplice: «alla comodità offerta in termini di tempo si aggiunge anche quella della riduzione del rischio di non conversione» [P. CARNEVALE, *La legge di conversione "ospitale". Qualche considerazione sul c.d. fenomeno della confluenza di più decreti-legge nella medesima legge di conversione*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2024, 9].

Quale sia il rimedio più idoneo a curare questa patologia del sistema delle fonti non è semplice stabilirlo. Con riferimento al più generale contesto del disallineamento tra decretazione d'urgenza e art. 77 Cost., la dottrina ha rilevato che esiste una certa difficoltà della Corte a intervenire a sanzionare la fuga dai presupposti costituzionali a causa della più generale crisi della legge [S. STAIANO, *Audizione presso i Comitati Riuniti - Comitato per la legislazione della Camera dei deputati e Comitato per la legislazione del Senato della Repubblica, 13 maggio 2024*].

Nello scenario descritto, caratterizzato da una diffusa preoccupazione, emergono i semi di un nuovo filone della giurisprudenza costituzionale (sent. 146/2024), che si mostra particolarmente attento al rispetto dei requisiti previsti dall'art. 77. Rimane da vedere come evolverà questa tendenza in futuro e se riguarderà anche la confluenza.

VI Domanda

Possono ravvisarsi i presupposti, sotto il profilo oggettivo, per un eventuale conflitto di attribuzione sollevato dal singolo parlamentare alla luce dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 17 del 2019?

MICHELA TUOZZO

L'altra opzione di garanzia costituzionale attivabile sul caso commentato nella risposta alla domanda V è quella del conflitto di attribuzione. I giudici della Corte costituzionale verrebbero in tal modo a chiarire se la vicenda della confluenza del decreto-legge nella legge di conversione di un decreto-legge diverso violi le regole del procedimento legislativo e dunque leda le «prerogative costituzionali del parlamentare nel momento deliberativo, che trovano in particolare fondamento negli artt. 64, secondo comma (diritto a esprimere la propria posizione in un dibattito trasparente), 67 (facoltà di partecipare alle discussioni e deliberazioni nel libero esercizio del mandato), 68, primo comma (diritto a esprimere opinioni e voti), 71, primo comma (diritto a esercitare l'iniziativa legislativa anche per mezzo della proposizione di emendamenti), 72, primo comma (diritto di esercitare effettivamente, in commissione e in assemblea, le facoltà di esame, valutazione, emendamento), nonché 70 e 77 (potendosi al riguardo dedurre la negazione dell'essenza stessa della funzione legislativa delle Camere, ove sia loro imposto di ratificare scelte maturate altrove)» [M. RUOTOLO, *Sulla "confluenza" dei contenuti di un decreto-legge nella legge di conversione di altro decreto-legge*, in *Consulta online*, 3/2024, 1298].

Tale opzione rimane tuttavia più teorica che reale; infatti, la giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione del singolo parlamentare, in riferimento al profilo oggettivo, a partire dall'ordinanza 17/2019 (ma anche nelle successive 274 e 275/2019; 60/2020; 151/2021) ha criticato il *modus operandi* del Governo, senza tuttavia mai ravvisarvi manifeste violazioni delle prerogative parlamentari. La Corte, infatti, esplicita tali passaggi – che qui vengono ricostruiti dalla lettura di più pronunce:

- non è sufficiente che il singolo parlamentare lamenti un qualunque tipo di vizio occorso durante l'iter legislativo, bensì è necessario che alleghi e comprovi una sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita (ord. 17/2019, cons. in diritto 3.5, ult. capoverso);

- occorre arginare gli usi che conducono a un progressivo scostamento dai principi costituzionali, per prevenire una graduale ma inesorabile violazione delle forme dell'esercizio del potere legislativo, il cui rispetto appare essenziale affinché la legge parlamentare non smarrisca il ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco (ord. 17/2019, cons. in diritto 4.3, penult. capoverso);

- non si può però trascurare il contesto che comporta la compressione dei lavori parlamentari (nel caso dell'ord. 19 la lunga interlocuzione con le istituzioni europee). In particolare, quando la Corte ricostruisce la sequenza oggettiva dei fatti dai quali

scaturisce la lesione, risulta particolarmente complesso far emergere un irragionevole squilibrio fra le esigenze in gioco nelle procedure parlamentari per poter ritenere vulnerate le attribuzioni dei parlamentari in modo grave e manifesto (ord. 60/2020).

All'indomani dell'ordinanza 17/2019 molte erano le aspettative sul fatto che la Corte costituzionale potesse enucleare regole di comportamento idonee a rimediare a tutti quei mezzi che riducono la partecipazione delle Camere al procedimento legislativo. Nel caso di specie tale compressione conduce verso il monocameralismo alternato e la scarsa partecipazione delle Assemblee all'esame del testo da convertire in legge.

Vi è da dire però che le pronunce successive all'ordinanza 17 non si sono mai espresse sull'illegittimità dei singoli atti che allontanano il procedimento di conversione in legge dallo schema definito all'art. 77 Cost. Ne deriva allora che risulta ancora indeterminata l'effettiva portata delle aperture preannunciate dall'ordinanza sul ruolo della legge parlamentare nel sistema delle fonti [M. SICLARI, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto tra poteri dello Stato e i suoi limiti*, in *Nomos*, 1/2019].

***

I PARTECIPANTI AL FORUM

Marco Benvenuti, Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico – Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Polo Bonetti, Professore associato confermato di Diritto costituzionale e pubblico – Università degli Studi di Milano-Bicocca

Donatella Loprieno, Professoressa associata di Diritto costituzionale e pubblico – Università della Calabria

Cecilia Siccardi, Ricercatrice di tipo B in Diritto costituzionale e pubblico – Università degli Studi di Milano

Michela Tuozzo, Ricercatrice di tipo A in Diritto costituzionale e pubblico – Università degli Studi di Napoli Federico II.