_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

FASCICOLO N. 1/2022

Contributi di E. ALBANESI, A. ALBERTI, S. BARBARESCHI, G. BLANDO, L. BUFFONI, S. CECCANTI, M. CECILI, L. DEL CORONA, C. DEODATO, J. FERRACUTI, G. FONTANA, M. GIANNELLI, A. GIUBILEI, M.A. GLIATTA, A. IANNUZZI, P. IORIO, G. LOFARO, E. LONGO, G. MOBILIO, M. PARODI, M. PICCHI, G. PISTORIO, G. RAGONE, C. STORACE, L. TAFANI, S. TALINI, G. TARLI BARBIERI, M. TOMASI, C. TUCCIARELLI

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

DIRETTORE RESPONSABILE

Paolo Caretti *(Università degli Studi di Firenze)*

COMITATO DI DIREZIONE

Adelina Adinolfi *(Università degli Studi di Firenze)*, Stefania Baroncelli (*Libera Università di Bolzano*), Andrea Cardone *(Università degli Studi di Firenze)*, Massimo Carli *(già Università degli Studi di Firenze)*, Ana M. Carmona Contreras *(Universidad de Sevilla)*, Elisabetta Catelani *(Università di Pisa)*, Marcello Cecchetti *(Università degli Studi di Sassari)*, Annalisa Ciampi *(Università degli Studi di Verona)*, Cecilia Corsi *(Università degli Studi di Firenze)*, Elena D'Orlando *(Università degli Studi di Udine)*, Gianmario Demuro *(Università degli Studi di Cagliari)*, Giovanna De Minico *(Università di Napoli "Federico II")*, Gianni Di Cosimo *(Università degli Studi di Macerata)*, Filippo Donati *(Università degli Studi di Firenze)*, Vincenzo Ferrari *(Università degli Studi di Milano Statale)*, Maria Cristina Grisolia *(già Università degli Studi di Firenze)*, Anna-Bettina Kaiser *(Humboldt-Universität zu Berlin)*, Franck Laffaille *(Université de Paris XIII)*, Pier Francesco Lotito *(Università degli Studi di Firenze)*, Nicola Lupo *(Università Luiss Guido Carli)*, Maurizio Malo *(Università degli Studi di Padova)*, Patricia Popelier *(Universiteit Antwerpen)*, Giusto Puccini *(Università degli Studi di Firenze)*, Orlando Roselli *(Università degli Studi di Firenze)*, Emanuele Rossi *(Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa)*, Andrea Simoncini *(Università degli Studi di Firenze)*, Rolando Tarchi *(Università di Pisa)*, Giovanni Tarli Barbieri *(Università degli Studi di Firenze)*, Giuseppe Verde *(Università degli Studi di Palermo)*

COMITATO DI REDAZIONE

Coordinamento scientifico: Maria Cristina Grisolia
Componenti della redazione: Pietro Milazzo *(responsabile)*, Leonardo Bianchi, Edoardo Caterina, Matteo Giannelli, Erik Longo, Costanza Masciotta, Giuseppe Mobilio, Marta Picchi, Monica Rosini.

Tutti i contributi devono essere inviati, nel rispetto delle scadenze indicate sul sito internet, della *Rivista* all'indirizzo mail: redazione@osservatoriosullefonti.it; una volta ricevuti saranno sottoposti alla procedura di valutazione disciplinata dal *Regolamento per la valutazione scientifica dei contributi proposti alla Rivista*

EDITORIALE

G. DE MINICO, *Le fonti al tempo di Internet: un personaggio in cerca d'autore* 7

SAGGI

A. ALBERTI, *Così antico, così moderno. Una lettura del "Regolamento condizionalità" alla luce del potere di sospensione dei fondi comunitari ex art. 88 del trattato CECA* 13

L. BUFFONI, *Forza>Valore di legge* 37

M. CECILI, *La stabilità della legislazione elettorale: alla ricerca di un mito?* 121

G. TARLI BARBIERI, *Le fonti dell'autonomia universitaria* 157

NOTE E COMMENTI

P. IORIO, *Lo scorrimento delle graduatorie quale eccezione all'indizione di nuovi concorsi pubblici. Norme afferenti e interpretazione del c.d. diritto vivente* 199

G. LOFARO, *Rilievi sulla validazione della telemedicina: modelli procedimentali e semplificazione gestionale della piattaforma* 231

M. PARODI, *Sul potere delle parti sociali di chiedere l'attuazione degli accordi conclusi a livello di Unione e i relativi obblighi della commissione: brevi note a margine della sentenza EPSU c. Commissione (C-928/19 P)* 271

M. PICCHI, *"Ritorno al passato con revirement": Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 240/2021 della Corte costituzionale* 291

G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione è presa sul serio … Note sparse su un recente parere del Consiglio di Stato su un "anomalo" regolamento in delegificazione* 309

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2022

SPECIALE
LE CIRCOLARI DI *DRAFTING*, VENT'ANNI DOPO: BILANCIO E PROSPETTIVE DI AGGIORNAMENTO

G. TARLI BARBIERI, L. TAFANI, E. ALBANESI, E. LONGO, *Introduzione. Le Circolari di* drafting*, vent'anni dopo: bilancio e prospettive di aggiornamento* 327

V. DI PORTO, *La circolare nella giurisprudenza del Comitato per la legislazione: una storia intensa, senza pretese* 331

S. CECCANTI, *Dieci mesi vissuti pericolosamente (6 gennaio 2021 – 5 novembre 2021): riflessioni dalla Presidenza del Comitato per la legislazione sulla produzione normativa in periodo d'emergenza in sei punti sintetici e tre passaggi logici* 363

C. TUCCIARELLI, *Il Consiglio di Stato e le regole tecniche sulla redazione degli atti normativi* 371

E. LONGO, *Brevi note sul contributo recente della Corte costituzionale alla qualità della legislazione* 405

C. DEODATO, *Le ragioni di nuove istruzioni e raccomandazioni sulla qualità della regolazione: una rinnovata attenzione per il* drafting *sostanziale* 423

L. TAFANI, F. PONTE, *Le tecniche legislative statali, regionali e dell'Unione europea a confronto. Per un auspicabile ravvicinamento* 447

E. ALBANESI, *A mo' di appunti in vista di un auspicabile aggiornamento, vent'anni dopo, delle Circolari di* drafting *del 2001: alcune regole ad oggi "mancanti"* 499

SPECIALE
LA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA TRA DIRITTO E TECNICA

A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma* 521

L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19* 535

M.A. GLIATTA, *Tecnica, politica e diseguaglianze territoriali ai tempi dell'emergenza da Covid-19* 563

G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia* 577

M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?* 601

M. GIANNELLI, *Il Comitato tecnico-scientifico e la materia elettorale, ovvero dell'apparente neutralità di decisioni chiave per la forma di stato* 625

A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico* 647

S. BARBARESCHI, *Decisioni del comitato tecnico-scientifico, discrezionalità e rispetto del principio di legalità nel settore giustizia durante l'emergenza da Covid-19* 683

C. STORACE, *Emergenza sanitaria ed esecuzione penale tra diritto e tecnica* 701

J. FERRACUTI, *I verbali del comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata* 719

S. TALINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria fra governo e comitato tecnico-scientifico: i riflessi della pandemia sui diritti della cultura e allo sport* 741

G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del Comitato tecnico-scientifico* 763

G. RAGONE, L*a libertà di riunione in tempi di emergenza sanitaria e distanziamento sociale* 781

G. FONTANA, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia (Considerazioni critiche sulla riserva di scienza)* 799

G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle decisioni governative* 823

_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

EDITORIALE DEL FASCICOLO N. 1/2022

LE FONTI AL TEMPO DI INTERNET: UN PERSONAGGIO IN CERCA D'AUTORE

GIOVANNA DE MINICO*

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".
Contatto: giovanna.deminico@unina.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV – Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Le Domande

Internet ha modificato il sistema delle fonti del diritto, interne ed europee?

Ha avuto effetti sul sistema giurisdizionale?

Quali i rimedi necessari a ricondurre i suoi modelli regolatori e giustiziali entro il perimetro dello Stato di diritto?

Queste le nostre domande.

2. Le Fonti del diritto dei privati

La rete, luogo di incontro tra chi offre beni e servizi e chi li acquista contro i propri dati, è anche il terreno delle regole dirette a disciplinare questi accordi su coordinate fuori dello spazio, ma sensibili al tempo. Il mito di Internet, paradiso dell'autoregolazione, appartiene al passato; contro ogni previsione, l'assenza di regole imperative ha prodotto un'anarchia unidirezionale perché si è risolta in vantaggi regolatori a favore delle Autorità private della rete. Questi soggetti hanno approfittato del vuoto normativo per dettare modelli di condotta e rimedi giustiziali in apparenza di diritto debole, nei fatti più cogenti delle norme imperative. Diversamente da queste ultime, il *soft-law* di Google soddisfa il bene comune in via residuale e occasionale, cioè solo nella remota ipotesi che dovesse coincidere con gli interessi privati del soggetto che ha dettato le regole. L'involuzione egoistica di Internet impone allo studioso di fare due cose: prima, dovrà individuare i punti nodali del sistema-fonti, aggrediti dai *Private interest govermnents*; poi riflettere su come ricomporli in un contesto equilibrato tra esigenze pubbliche e istanze private.

Il profilo identitario dell'eteronomia classica, il principio di gerarchia e le relazioni tra il decisore pubblico delle norme imperative e l'autore privato del *soft-law* meritano la nostra attenzione.

Il sistema delle fonti del diritto ha lasciato spazio all'autoregolazione, in principio non acquisibile agli atti normativi cogenti a efficacia *erga omnes*. La prassi è intervenuta per riempire la distanza che separa il dover essere dall'essere, ha reso i codici di autoregolazione - di Facebook, Google *et alii* - proprio ciò che non dovevano essere: atti privati che compensano l'assenza di cogenza con l'effettività prestata dai regolati e che dilatano l'efficacia *inter partes* verso soggetti terzi rispetto alla base associativa che si autoregola.

Il sistema normativo ha pagato l'equiordinazione dei codici alle fonti interne ed europee, rinunciando ai suoi principi di base: primo tra tutti, la corrispondenza della decisione politica a un'autorità politicamente rappresentativa. I codici hanno interrotto questa relazione biunivoca dettando regole astratte e generali a livello primario, non diversamente da come avrebbe fatto il legislatore. La fondamentale differenza tra l'eteronomia e l'autonomia risiede nell'autore delle regole: gli eletti dal popolo nel primo caso; i privati auto-legittimatisi nel secondo.

La violazione del principio, che riserva l'atto politico a chi appartiene al circuito politico-rappresentativo, compromette anche il principio di gerarchia. Infatti, la preferenza della legge ai codici è stata disattesa perché la prima, per la sua avarizia nel dettare i precetti comportamentali, lasciava ai codici il compito di completare un tessuto prescrittivo dalle maglie sin troppe larghe. Infine, il sistema delle garanzie dei diritti fondamentali è divenuto ineffettivo quando il codice è subentrato alla legge, perché il regime delle protezioni – riserva di legge e di giurisdizione, sindacato della Corte costituzionale, e altri rimedi - è declinato sulla forma e sulla forza dell'atto normativo primario, e quindi non è trasferibile ai codici di autoregolazione, che almeno nella forma non sono assimilabili alla legge.

Mentre il sistema normativo obbediva a una deriva reazionaria-liberale, l'Europa si adoperava a ricondurre le nuove fonti nel perimetro dello Stato di diritto. Così ha affermato con regolamenti e direttive che i codici possono parlare solo per secondi, cioè dopo che gli atti normativi europei abbiano iniziato e sufficientemente impostato il discorso regolatorio; e ha anche prescritto che i codici rispettino un preciso percorso formativo in nome della trasparenza, democraticità e rappresentatività.

L'intervento correttivo del legislatore europeo è sufficiente a recuperare il *soft-law* alla *rule of law*?

Ancora una volta la realtà ha superato l'astratta previsione di legge: i codici europei hanno osservato la secondarietà perché hanno dettano le regole solo dopo l'intervento di un regolamento europeo, solo che quest'ultimo ha finto di anticipare i codici perché il suo contenuto si è limitato a riprodurre fedelmente quello già consegnato nell'autoregolazione. Qui non ricorre la corretta sequenza fonte primaria-fonte secondaria, come la gerarchia europea impone, piuttosto assistiamo al conferimento ingiustificato di una patente di legittimità ai codici: una normativizzazione *sui generis* ed *ex post* del diritto dei privati, sincronica alla rinuncia dell'eteronomia a innovare l'ordine giuridico. In sintesi, i codici rispettano formalmente la prevalenza della legge, di fatto la aggirano, realizzando una raffinata frode al principio di gerarchia.

Per completezza di esame, aggiungiamo ancora una riflessione: Internet ci ha costretto a rinunciare a un altro principio basilare, sintetizzato nella coppia astrattezza e generalità della norma. Infatti, i codici nel vietare una manifestazione del pensiero che istighi alla violenza, all'odio o alla pedopornografia, non tracciano *ex ante* la linea di confine tra il permesso e il divieto, lasciando che a farlo siano i concreti atti di pulizia ordinati da FB. Questo modo di procedere azzera la certezza del diritto, la pretesa del cittadino alla conoscibilità anticipata della norma, copre tutto con un velo in cui lecito e illecito, divieto e permesso, si mescolano fino a confondersi l'uno nell'altro senza soluzione di continuità.

Questo rinvio a scalare - la legge ai codici e i codici, a loro volta, al concreto provvedere delle autorità private - degrada l'astrattezza nella concretezza e la generalità nella particolarità; la legge si risolve nel provvedimento ordinatorio del privato forte, mentre l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge si attenua nel concreto provvedere *ad certam personam*.

3. La giustizia domestica

Anche il sistema della giustizia è stato oggetto di attenzione da parte dell'autoregolazione e in seconda battuta ad opera degli atti normativi europei. FB ha istituito l'*Oversight Board* per risolvere le controversie nate all'interno della sua comunità virtuale, sempre che i privati lo vogliano. Questa forma di autodichia non sta in luogo di quella statale, né condiziona la procedibilità dell'azione giudiziaria, che le parti potranno in ogni momento, senza l'onere di esperire prima il rimedio interno. La prestazione giustiziale, complementare e parallela a quella giurisdizionale, è il risultato massimo che si poteva sperare, vista la natura dell'*O.B.*: un privato previsto, coperto e pagato da FB. La sua fisionomia infatti, non consente di accostarlo a uno dei modelli di *alternative dispute resolution,* che, variabilità di forme a parte, sono comunque riconducibili alla figura del mediatore pubblico o del privato esercente un pubblico servizio, come tale sottoposto a regole pubbliche; garanzie, queste, che non assistono l'*O.B.*
Il fatto che in molte circostanze l'*O.B.* abbia dimostrato autonomia valutativa e di giudizio dalle decisioni di cancellazione o di omessa rimozione di *FB* non sana il suo vizio genetico: rimane il braccio giustiziale di una delle parti in causa, peraltro di quella più forte.

La proposta del *Digital Service Act* della Commissione ha preso atto di queste forme di autodichia, senza promuoverle a condizioni di procedibilità del ricorso al giudice, ma dettando loro regole procedurali, che gioverebbero alla trasparenza e all'obiettività della decisione privata. Gli emendamenti correttivi del Parlamento Europeo all'iniziale proposta della Commissione hanno lasciato invariata l'incapacità dell'O.B. a stare in luogo del giudice in ragione del fatto che il primo coincide fisiologicamente con uno dei soggetti della controversia, a differenza della neutralità del giudice, del quale è propria l'assoluta indifferenza agli interessi in causa. Pertanto, questo surplus di trasparenza e di obiettività è l'abituale rigurgito di un'Europa, che, messa davanti all'alternativa tra risolvere in termini sostanziali e definitivi una *issue* o adottare palliativi deboli nel contenuto ma formalmente corretti, ha scelto la seconda.

4. I rimedi ibridi: un pò autoritativi, un pò negoziali

Ogni analisi si dovrebbe concludere con una parola positiva, e la nostra non si sottrae a questa regola; con il limite dettato dall'impossibilità concreta di correggere ogni mancanza o vizio sopra denunciati, rendendola una positività relativa.

Il rimedio agli strappi provocati al sistema delle fonti dall'autoregolazione è semplice perché già esiste, ma con forti resistenze alla piena operatività. Tornare all'antica regola "a ciascuno il suo", secondo la quale il legislatore europeo si dovrà riappropriare del ruolo di decisore politico; mentre i codici si dovranno limitare a rendere fitta la trama regolatoria imbastita dal primo.

Sul terreno della giustizia, il rimedio invece è tutto da pensare. Perché non riflettere sull'istituzione di un giudice speciale europeo, al quale i cittadini si rivolgono per giudicati sulle liti in Internet? Non stiamo proponendo la sua versione, sbiadita e poco garantista, rappresentata dal modello autorità indipendente; in proposito si pensi che lo *European artificial intelligence board*, intorno al quale è costruita l'intera proposta di regolamento europeo, ha sollevato severe riserve ancora prima di nascere, da chi coglie nella nuova Autorità molti vizi e poche virtù. Tra questi *defeats* c'è la mancata dotazione al *Board* di poteri adeguati per sanzionare gli algoritmi *unfair* e *biased*, omissione, questa, completata sul terreno dei rapporti intersoggettivi dall'assenza di una chiara relazione con le autorità europee di settore, nonché con quelle indipendenti nazionali, coperte dallo stesso velo di opacità.

La nostra idea invece di arricchire la giurisdizione sovranazionale con un giudice speciale ha il pregio di evitare che i cittadini si rivolgano ancora alla giurisdizione domestica in avvenire, perché il giudice speciale saprà essere celere e competente quanto lo è l'*O.B.*, ma a differenza dell'autodichia il giudice speciale condivide del potere pubblico giudiziario anche l'identità soggettiva.

Siamo consapevoli che nel nostro ordinamento questa innovazione potrebbe incontrare un ostacolo nel divieto di istituire giudici speciali posto in Costituzione; ma si tratterebbe di un ostacolo neutralizzabile dalla prevalenza del diritto europeo, che nei Trattati prevede l'istituzione di Tribunali speciali a certe condizioni, che nel caso di specie potrebbero e dovrebbero essere realizzate. Ne riteniamo che i principi fondamentali del nostro ordine giuridico, indiscussi controlimiti al prevalere del diritto europeo, siano così elastici da includere nel loro corpo, oltre i principi di indipendenza e di terzietà del potere giudiziario, anche il divieto di creare giudici speciali *ratione materiae*.

In conclusione, i vantaggi del giudice europeo speciale si manifesterebbero sul sistema delle fonti, restituendo a queste la perduta effettività, e sul terreno della giustizia, consegnando ai cittadini quella tutela dei diritti fondamentali, tanto promessa nei Trattati e nella Carta, ma poco accordata nelle Corti a causa anche di un bizantino sistema di accesso.

COSÌ ANTICO, COSÌ MODERNO. UNA LETTURA DEL "REGOLAMENTO CONDIZIONALITÀ" ALLA LUCE DEL POTERE DI SOSPENSIONE DEI FONDI COMUNITARI *EX* ART. 88 DEL TRATTATO CECA*

JACOPO ALBERTI**

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'art. 88 del trattato CECA. – 2.1. Aspetti procedurali e di inquadramento sistematico. – 2.2. La prassi applicativa. – 3. La sospensione dei fondi "comunitari" dal 1952… al 2020: alcune riflessioni sulla disciplina del Regolamento condizionalità alla luce dell'art. 88 TCECA. – 3.1. La «sospensione dei fondi dovuti ai sensi del trattato», quasi settant'anni dopo: breve inquadramento del Regolamento condizionalità. – 3.2. La natura discrezionale del potere dell'Alta Autorità/Commissione e l'esperibilità di un'azione in carenza avverso una sua inerzia. – 3.3. I limiti del sindacato della Corte di giustizia avverso la decisione di sospensione dei fondi. – 4. Conclusioni.

Abstract

The first form of suspension of EU funds appeared with Article 88 of the ECSC Treaty. After a brief analysis of that 'old-yet-modern' provision and of its application, this article discusses the Regulation (EU, Euratom) No 2020/2092 (the Conditionality Regulation) in the light of its historical 'precedent'. In particular, the research focuses on the discretion of the Commission (as well as on its justiciability by means of an action for failure to act) and on the limits of the scrutiny of the Court of Justice on the measures which will be adopted and, potentially, contested on the basis of the Conditionality Regulation.

Suggerimento di citazione

J. ALBERTI, *Così antico, così moderno. Una lettura del "regolamento condizionalità" alla luce del potere di sospensione dei fondi comunitari* ex *art. 88 del Trattato CECA*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Pur mantenendo piena responsabilità quanto ad errori ed orrori, l'A. desidera ringraziare il Prof. Massimo Condinanzi e la dott.ssa Camilla Burelli dell'Università degli Studi di Milano per i commenti e le riflessioni scambiate sulla presente ricerca. Il presente articolo verrà pubblicato altresì in: A: Arena (a cura di), *La prima assise di una Comunità fra popoli: l'attualità della CECA a 70 anni dal Trattato di Parigi*, Napoli, 2022; l'A. ringrazia Curatore ed Editore per la gentile concessione.

** Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Ferrara.
Contatto: jacopo.alberti@unife.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

Tra i risultati più straordinari e innovativi raggiunti ai tavoli negoziali (o nella piccola sala da pranzo?)[1] di Rue de Martignac, non si può non considerare, a settant'anni dalla sua adozione, l'articolo 88 del trattato CECA. Esso costituiva, *in nuce*, l'antesignano dell'odierna procedura di infrazione, di cui però rovesciava totalmente il paradigma, attribuendo poteri particolarmente incisivi all'Alta Autorità (tanto in fase di constatazione, quanto di sanzione dell'illecito) e prevedendo un coinvolgimento della Corte di giustizia unicamente successivo ed eventuale.

Rimandando a future ricerche cosa si potrebbe trarre dall'esperienza della CECA per ripensare l'attuale disciplina della procedura di infrazione,[2] il presente scritto intende concentrarsi sugli aspetti sanzionatori previsti dall'art. 88 e, in particolare, sul potere dell'Alta Autorità di sospendere le somme dovute ai sensi del trattato allo Stato inadempiente. Esso desta, alla luce delle più recenti e impellenti sfide a cui l'Europa è chiamata, il maggior interesse; evidente è, infatti, il parallelo tra tale disposizione e il recente Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092[3] (in seguito, "Regolamento condizionalità"), che ha chiuso lunghi negoziati arrivando, finalmente e faticosamente, a dotare l'Unione europea di un nuovo strumento a tutela dello Stato di diritto, ovvero la possibilità di sospendere in tutto o in parte l'erogazione di fondi europei, richiederne la restituzione o vietare nuovi impegni giuridici in tal senso, nei confronti di quei Paesi che hanno posto in essere violazioni al principio della *rule of law* e, in cotal guisa, alla sana gestione del bilancio dell'Unione.

Beninteso: l'articolo 88 del trattato CECA non è espressamente richiamato né nel Regolamento condizionalità, né in altre fonti normative attualmente

[1] J. MONNET, *Cittadino d'Europa*, 1978, Milano, p. 252-253: «Ho già parlato dei meriti della nostra piccola sala da pranzo, alla quale si giungeva per una scala scomoda: eravamo sicuri che lì nessuno ci avrebbe disturbato… e proprio lì è nata l'amicizia tra i capi delegazione, che diventarono presto un gruppo unito, deciso a interpretare le istruzioni nazionali nel senso dello sforzo comune. […] Agli stranieri che venivano ad informarsi su come si realizza un progetto, dicevo spesso: "Prima di tutto, ci vuole una sala da pranzo". Nella nostra, in rue de Martignac, molti problemi hanno trovato, nel modo più semplice del mondo, la loro soluzione».

[2] In tema, si veda R. MASTROIANNI, *La procedura di infrazione e i poteri della Commissione: chi controlla il controllore?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 1021, in particolare p. 1025; V-A. HOUPPERMANS, P. PECHO, *L'inflation des désistements et le pouvoir de la Commission européenne dand le cadre de l'article 226 CE*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, p. 289, in particolare p. 297; A. J. G. IBÁÑEZ, *The "standard" administrative procedure for supervising and enforcing EC law: EC Treaty Articles 226 and 228*, in *Law and Contemporary Problems*, 2004, p. 135, in particolare p. 147; C. AMALFITANO, *La procedura di "condanna" degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2012, in particolare p. 297; L. PRETE, *Infringement proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2017, in particolare p. 327 e ss.; A. DASHWOOD, R. C. A. WHITE, *Enforcement actions under Articles 169 and 170 EEC*, in *European Law Review*, 1989, p. 388, in particolare p. 410.

[3] Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in *GUUE* L 433I, p. 1.

vigenti; e non è nemmeno il caso di specificare quanto profondamente divergano i contesti politici e fattuali in cui e per cui tali fonti sono state adottate, nonché, come si vedrà *infra*, l'enorme differenza economica tra l'ammontare dei fondi erogabili e, quindi, passibili di sospensione ai sensi dell'ordinamento CECA e quelli che si stanno mettendo a disposizione degli Stati membri in questi mesi e per gli anni a venire. Eppure, l'articolo 88 del trattato CECA rimane il primo esempio di sospensione diretta, da parte di istituzioni comunitarie, di somme erogate in forza dei trattati;[4] e i problemi interpretativi e applicativi che esso pose, *mutatis mutandis* e con i *caveat* anzidetti, intercettano alcune delle problematiche riferibili anche alle norme attualmente vigenti. Pertanto, dopo essere «*progressivement tombé dans l'oubli, plus qu'en désuétude*»,[5] presumibilmente per via dell'estremo grado di ambizione delle sue disposizioni e di una prassi applicativa (fortunatamente) scarna, l'articolo 88 del trattato CECA sembra ora meritare una nuova considerazione.

Per offrire un'ulteriore chiave interpretativa del presente, che sia rispettosa di una tradizione tanto antica quanto, paradossalmente, avanzata, le pagine che seguono muovono dunque da un breve inquadramento dell'articolo 88 e, in particolare, del suo terzo comma (§ 2); successivamente, esse affrontano alcuni aspetti di quest'ultimo che risultano particolarmente stimolanti per l'analisi del Regolamento condizionalità (§ 3.1), soffermandosi in particolare sulla discrezionalità lasciata alle istituzioni coinvolte nella procedura e sulla possibilità di

[4] Si noti che l'Unione europea si è comunque dotata, anche prima del Regolamento condizionalità, di strumenti di sospensione dei fondi dalla stessa erogati; si tratta, però, di discipline specifiche, connesse ai singoli strumenti finanziari (o meccanismi di controllo dei disavanzi pubblici eccessivi), che quindi non erano pensati per una tutela di principi generali o valori quali lo Stato di diritto (si veda, per una ricostruzione, M. CARTA, *Strumenti finanziari e tutela della rule of law: i recenti sviluppi nell'Unione europea*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea – Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 153, in particolare p. 158-162). Eppure, l'adozione del Regolamento condizionalità pare aver suggerito un utilizzo più incisivo anche di siffatte clausole: ad esempio, nell'ambito della procedura di infrazione INFR(2021)2115, il 15 luglio 2021 la Commissione ha minacciato gli Enti locali polacchi che si erano auto-proclamati "*LGBTQI free zones*" di sospendere l'erogazione di fondi strutturali di cui erano beneficiari, presumibilmente basandosi sul combinato disposto degli articoli 7 e 142 del Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale e altri Fondi, in *GUUE* L347, p. 320, come successivamente modificato. Si noti, tuttavia, che l'art. 7 (rubricato "Promozione della parità fra uomini e donne e non discriminazione") non prevede, in quanto tale, la possibilità di sospensione dei fondi strutturali in caso di violazione di siffatto principio; e che l'art. 142, che disciplina la procedura sospensiva, non richiama espressamente l'art. 7 né altri motivi generali di sospensione per violazione dei principi generali del Regolamento stesso. Pertanto, pare ragionevole ipotizzare che la Commissione abbia operato siffatta minaccia – che, peraltro, ha sortito gli effetti sperati, visto che solo pochi mesi dopo molti Enti locali hanno ritirato le proclamazioni – non solo e non tanto per la gravità della situazione, quanto anche perché "coperta", politicamente, dall'avvenuta adozione del Regolamento condizionalità.

[5] G. TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire - Relazione Generale XV° Congresso della Federazione Internazionale di Diritto Europeo, Lisbona 1992,* in *Rivista di diritto europeo*, 1992, p. 489.

controllare la medesima per il tramite di un'azione in carenza (§ 3.2), nonché sui limiti del sindacato della Corte di giustizia sulle misure che verranno adottate e, potenzialmente, impugnate (§ 3.3). Chiudono, infine, alcune riflessioni conclusive (§ 4).

2. L'art. 88 del trattato CECA

2.1 Aspetti procedurali e di inquadramento sistematico

Ai sensi dell'art. 88 del trattato di Parigi, l'Alta Autorità aveva il potere di constatare, tramite decisione, l'inadempimento di uno Stato membro agli obblighi pattizi; ovviamente, tale constatazione poteva avvenire solo «dopo avere posto detto Stato in condizione di presentare le sue osservazioni», secondo la nota terminologia giunta, invariata, fino ai giorni nostri, e aver assegnato al medesimo «un termine per provvedere alla esecuzione del suo impegno».

Diversamente dal modello portato poi avanti con i trattati di Roma, l'articolo 88 prevedeva, dunque, un potere di accertamento dell'infrazione direttamente in capo all'Alta Autorità, da estrinsecarsi nell'adozione di una specifica decisione, anticipata unicamente da una lettera (di messa in mora, diremmo con terminologia odierna, sconosciuta però sia alla norma che alla procedura ora in esame) di preventiva contestazione dell'illecito; sì che Paul Reuter descriveva il ruolo esercitato dall'Alta Autorità in questo frangente come una «*quasi-judicial function*».[6] Il coinvolgimento della Corte di giustizia era, infatti, sì previsto; ma si connotava come solo eventuale e lasciato alla discrezione dello Stato inadempiente, che poteva scegliere se rimanere del tutto inerte, contestare detta decisione in giudizio, oppure uniformarsi alla decisione di quello che veniva chiamato, con terminologia forse già all'epoca non del tutto convincente, ma certamente più calzante allora di ora, "l'Esecutivo della Comunità".[7]

In caso di persistenza dell'illecito (e, quindi, in caso di inerzia o di rigetto del ricorso), l'Alta Autorità poteva sospendere, come già anticipato, i fondi dovuti ai sensi del trattato allo Stato inadempiente, nonché «prendere, o autorizzare gli Stati membri a prendere, misure di deroga alle [norme fondamentali di funzionamento del mercato comune del carbone e dell'acciaio] al fine di correggere gli effetti dell'inadempienza constatata». È fondamentale osservare come ambo tali misure potessero essere adottate unicamente dietro

[6] Come riportato da G. MARCHISINI, *Les novelles*, Bruxelles, 1969, p. 370.

[7] Sul rapporto tra la struttura della CECA e quella statale, e quindi sui limiti dell'applicazione alle istituzioni della CECA una terminologia propria dell'organizzazione dei poteri di uno Stato, si veda, *ex multis*, G. M. RUGGIERO, U. DRAETTA, *Commento all'art. 7*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Commentario CECA*, Milano, 1970, p. 139-141.

autorizzazione espressa del Consiglio, a maggioranza di due terzi,[8] secondo uno schema in fondo non dissimile da quello inizialmente previsto per il Regolamento condizionalità (ovvero, quel sistema "a maggioranza qualificata inversa", in forza del quale la decisione della Commissione sarebbe entrata in vigore a meno che una maggioranza qualificata di Stati membri non decidesse di bloccarla),[9] poi superato nell'art. 6 della disciplina ora vigente attribuendo il potere decisionale direttamente in capo al Consiglio, a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione.

La maggior parte della dottrina ritenne che tali misure avessero un carattere sanzionatorio;[10] tuttavia, non mancarono voci, anche particolarmente qualificate,[11] che sottolinearono la natura compensativa delle medesime, che miravano maggiormente a correggere gli effetti di un inadempimento, attraverso forme di autotutela della Comunità e degli altri Stati membri scevre di elementi puramente satisfattivi o punitivi.

Anche sul fronte sanzionatorio, in ogni caso, la norma in esame accentrava in capo all'Alta Autorità un potere di intervento diretto – ancorché bilanciato dall'intervento autorizzativo del Consiglio, giuridicamente e politicamente fondamentale – lasciando alla Corte di giustizia solo un compito successivo, e meramente eventuale, di controllo della legittimità delle misure adottate.

Paradossalmente, quindi, l'articolo 88 del trattato di Parigi, pur essendo stato redatto agli albori della costruzione dell'edificio europeo, in un periodo in cui necessariamente la mutua fiducia tra gli Stati membri, e tra essi e le istituzioni sovranazionali, si stava ancora affinando, attribuiva poteri piuttosto incisivi alle istituzioni comuni, presentando elementi sensibilmente più avanzati di quelli che si sarebbero ritrovati, nei decenni successivi, nel tessuto pattizio delle Comunità delineate dai trattati di Roma. In queste fonti, infatti, (ma, in fondo, lo stesso è a dirsi per il trattato di Maastricht: si potrebbe dire che tale tendenza sia stata solo recentemente, e parzialmente, superata),[12] i poteri sanzionatori vennero costruiti come largamente tributari dei sistemi nazionali. Certamente, le Comunità vennero dotate sin dagli albori di poteri incisivi nei confronti di cittadini e imprese, ancorché in settori molto specifici; e, sin dagli inizi, il processo di integrazione marcò la propria differenza con le altre forme

[8] Per la disciplina specifica relativa al calcolo della maggioranza da raggiungersi in Consiglio, v. G. RASQUIN, *Les manquements des Etats membres des Communautés Européennes devant la Cour de justice*, Kortrijk-Heule, 1964, in particolare p. 22.

[9] Si veda, sul punto, *ex multis*, M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *European Papers*, 2019, p. 695, in particolare p. 709.

[10] L. M. BENTIVOGLIO, *Articolo 88*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Commentario CECA*, cit., p. 1268-1269.

[11] A. TIZZANO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Napoli, 1967, p. 210 (vedasi anche nota 67).

[12] Si veda, *ex multis*, S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO, *EU law enforcement: the evolution of sanctioning powers*, Londra, Torino, 2021

di cooperazione a livello internazionale, grazie al ruolo di controllo attribuito ad un organo sovranazionale comune come la Commissione e ad un giudice indipendente, e la cui giurisdizione non poteva essere rifiutata, come la Corte di giustizia. Eppure, ciò nonostante, tali elementi vennero sempre sviluppati con estrema attenzione, limitando gli aspetti di sanzione dell'illecito in favore di quelli relativi ad una sua mera constatazione, per non intaccare oltremodo quel «giardino segreto»[13] della potestà statale che veniva percepito essere lo *jus puniendi*. Come efficacemente sintetizzato nel 1991 dall'allora Avvocato generale Tesauro, «*la Communauté, hormis une exception partielle pour le domaine de la concurrence, ne dispose pas des moyens, contraignants ou administratifs, permettant de faire face à des phénomènes de transgression de grande ampleur et souvent difficiles à vérifier, de sorte qu'elle doit nécessairement compter sur le moyens le cas échéant prévus dans les Etats membres*».[14]

In questo quadro, dunque, l'articolo 88 del trattato CECA costituiva un'interessante eccezione,[15] non limitandosi "soltanto" a prevedere poteri sanzionatori dell'azione statale – che, è bene ricordarlo, tornarono nel campo della procedura di infrazione solo 40 anni più tardi, con il trattato di Maastricht, e pure in termini assai meno significativi di quelli che ora ci occupano[16] – ma accentrando anche i medesimi direttamente in capo all'Alta Autorità e prevedendo un intervento giudiziario solo successivo ed eventuale.

2.2 La prassi applicativa

Forse proprio per l'incisività di tale quadro sanzionatorio, da unirsi però certamente alla peculiarità del settore carbo-siderurgico e dal clima politico evidentemente favorevole che si registrò negli anni, questa disciplina di controllo e sanzione dell'operato statale trovò una prassi applicativa piuttosto scarna.

Da un lato, infatti, le constatazioni di inadempienza furono sensibilmente minori delle procedure di infrazione instaurate, negli anni, ai sensi dei trattati di Roma. In assenza di dati ufficiali,[17] basti pensare che nella prima relazione annuale della Commissione europea al Parlamento europeo sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario, relativa all'anno 1983, i casi di

[13] S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, p. 26.

[14] G. TESAURO, *op. cit.*, p. 504-505.

[15] Sull'opportunità di ricondurre anche l'art. 88 del Trattato CECA al generale approccio restìo all'attribuzione di poteri sanzionatori eccessivamente incisivi agli organismi sovranazionali, si veda *infra*, § 4, nota 80.

[16] Si veda, sul tema, per tutti, G. TESAURO, *op. cit.*, *passim*.

[17] Si noti che già nel 1969 la stessa Commissione ammetteva, in una risposta scritta ad un'interrogazione dell'on. Vredeling circa l'applicazione degli articoli 169 TCEE, 88 CECA e 141 CEEA, che «non è possibile fornire dati sulla ex Alta Autorità poiché, contrariamente alla Commissione CEE, in questa istituzione non vi è stato un censimento sistematico delle procedure di infrazione» (in *GUCE* C 159, p. 6).

inadempienza alle norme del trattato CECA erano 3 su 414 infrazioni totali[18] e che, nell'ultima relazione annuale in cui figurano infrazioni aperte nell'ordinamento CECA, ovvero il 1994, si registrava un solo procedimento CECA pendente, a fronte dei 1433 casi totali.[19] I numeri, peraltro, non aumentano di molto nemmeno a guardare i primi anni di vita della Comunità, in cui certamente il settore carbo-siderurgico risultava assai più cruciale nelle economie degli Stati membri: la dottrina, nel 1974, ricostruiva una prassi di circa 20 casi aperti in tutto sino al 1969, con un ritmo che, negli anni successivi, si era attestato ad un solo nuovo caso all'anno.[20] Infine, degno di nota è anche il fatto che il numero limitato di illeciti contestati (e quello ancor minore di illeciti *constatati*, il cui esatto ammontare, purtroppo, non è mai stato riportato in dati ufficiali) generò un contenzioso parimenti scarno: in tutti gli anni di vita della Comunità, le cause celebrate dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 88, comma 2, del trattato di Parigi furono unicamente sei, di cui tre conclusesi in favore dell'Alta Autorità/Commissione e altrettante in favore dello Stato membro.[21] Un numero certamente rilevante se parametrato all'esiguità delle procedure aperte, ma comunque chiaramente limitato in senso assoluto, vista anche la peculiarità della procedura e la comprensibile volontà degli Stati membri di saggiarne i limiti dinanzi alla Corte di giustizia.[22]

[18] Relazione annuale della Commissione europea al Parlamento europeo sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario – anno 1983, 16 aprile 1984, COM(84)181 def, in particolare p. 24 (per il totale delle infrazioni pendenti, divise in 289 lettere di intimidazione, 83 pareri motivati e 42 ricorsi in Corte) e p. 39 (per il totale di casi aperti ai sensi dell'ordinamento CECA).

[19] Dodicesima relazione annuale della Commissione europea sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario – anno 1995, COM(95)500 def, in *GUCE* C254, p. 1, in particolare Allegato I (per il totale delle infrazioni pendenti) e p. 83 (per il caso pendente nel settore CECA).

[20] H. G. SCHERMERS, *The law as it stands against treaty violations by States*, in *Legal issues of economic integration*, 1974, p. 111, in particolare p. 112-113.

[21] In assenza di statistiche ufficiali e limitando la ricerca alle pronunce pubblicate nella Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia, si rimanda a Corte di giustizia, sentenza del 8 marzo 1960, *Germania c. Alta Autorità*, causa 3-59, EU:C:1960:9 (conclusasi con un rigetto del ricorso); 15 luglio 1960, *Italia c. Alta Autorità*, causa 20-59, EU:C:1960:33 (conclusasi con un accoglimento del ricorso); 15 luglio 1960, *Paesi Bassi c. Alta Autorità*, causa 25-59, EU:C:1960:34 (conclusasi con un accoglimento del ricorso); 10 dicembre 1969, *Francia c. Commissione*, cause riunite 6-69 e 11-69, EU:C:1969:68 (conclusasi con un rigetto dei ricorsi); 25 ottobre 2001, *Germania c. Commissione*, causa C-276/99, EU:C:2001:576 (conclusasi con un accoglimento del ricorso).

[22] Oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente, pare interessante ricordare le seguenti pronunce, sebbene non siano *stricto sensu* contenziosi circa le decisioni di constatazione di inadempimenti *ex* art. 88, ma solo occasioni in cui la Corte, a diverso titolo, si è espressa sui limiti di tale norma: Corte di giustizia, sentenza del 10 maggio 1960, *Germania c. Alta Autorità*, causa 19-58, EU:C:1960:19, circa l'(im)possibilità di qualificare come decisioni adottate *ex* art. 88 atti presi secondo diverse basi giuridiche; 6 luglio 1971, *Paesi Bassi c. Commissione*, causa 59-70, EU:C:1971:77, sul silenzio-rifiuto della Commissione nell'adottare una decisione ai sensi dell'art. 88 del trattato CECA avverso la Francia; 12 luglio 1962, *Paesi Bassi c. Commissione*, causa 9-61, EU:C:1962:27, circa l'asserito aggiramento della procedura di cui all'art. 88 da parte dell'Alta Autorità; ordinanza del Tribunale, 11 luglio 2002, *Société des mines de Sacilor - Lormines c. Commissione*, T-107/01 R e T-175/01 R, EU:T:2002:192, circa una

Dall'altro lato, questa limitata attività, a monte, di constatazione delle inadempienze si rifletté, a valle, nel procedimento sanzionatorio: ambedue le misure previste dall'articolo 88, comma 3, infatti, non trovarono mai applicazione[23] e, di conseguenza, nessun contenzioso si registrò sul punto.

È interessante notare, per i nostri fini di comparazione della disciplina in commento con quella attualmente in vigore nel campo della tutela dello Stato di diritto (*rectius*: degli interessi finanziari dell'Unione, per il tramite dello Stato di diritto),[24] che per lo meno la prima delle misure previste dall'art. 88, comma 3, ovvero la sospensione dei fondi dovuti allo Stato inadempiente in virtù del trattato CECA, non venne comunque giudicata in dottrina come capace di marcare una reale efficacia dissuasiva. Cahier non la riteneva «*de nature à intimider l'Etat*»;[25] Rasquin supponeva, in assenza di prassi, «*que la suspension du versement des sommes […] est plutôt théorique et sans grand effet*».[26] È probabile che ciò fosse dovuto al fatto che i fondi erogati dalla Comunità all'epoca erano essenzialmente quelli previsti dall'art. 56 del trattato di Parigi, che chiamava l'Alta Autorità a partecipare agli oneri di riadattamento delle imprese che, in forza delle modifiche del quadro economico portate dall'instaurazione del mercato comune del carbone e dell'acciaio, vedevano cessare o modificare sensibilmente la propria attività. E sebbene gli interventi comunitari a questo titolo siano stati numerosi, l'ammontare delle cifre in gioco non era in alcun modo comparabile con quello dell'attuale *Next Generation EU*.[27]

mancata adozione di una decisione di constatazione di inadempimento da parte della Commissione *ex* art. 88 del trattato CECA.

[23] L. PRETE, *op. cit.*, p. 7; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 489, nota 13; H. G. SCHERMERS, *op. cit.*, p. 112.

[24] La mente non può non andare alla comprensibile obiezione sollevata da tanta parte della dottrina, che ha efficacemente osservato come il Regolamento condizionalità, pur essendo tecnicamente uno strumento per la tutela del bilancio e degli interessi finanziari dell'Unione *per il tramite* dello Stato di diritto, costituisca, quantomeno politicamente, uno strumento per la tutela dello Stato di diritto tramite il bilancio dell'Unione: *ex multis*, A. CIRCOLO, *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento «sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto»*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 395-409.

[25] P. CAHIER, *Le recours en constatation de manquements des Etats membres devant la Cour des Communautés européennes*, in *Cahier des droit européen*, 1967, p. 123, in particolare p. 157.

[26] G. RASQUIN, *op. cit.*, in particolare p. 22.

[27] Pur nella difficoltà di offrire una comparazione adeguata tra periodi storici e valute differenti, si pensi che, come evidenziato da E. REUTER, *Commento all'art. 56*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Commentario CECA*, cit., p. 726, in particolare p. 730, fino al 1967 (periodo in cui, d'altronde, è lecito ipotizzare che si verificarono la maggior parte degli interventi dell'Alta Autorità) furono erogati fondi per 42.747.000 unità di conto. Esse erano pari a 26.716.875.000 lire dell'epoca che, dagli indici ISTAT, equivalgono a circa 271 milioni di euro del 2020 (per la precisione, 271.450.096,22 €): una cifra chiaramente incomparabile con i 750 *miliardi* di euro, *rectius* 806,9 miliardi espressi a prezzi correnti, del *Next Generation EU* (per il cambio unità di conto/lire si veda *ibidem*; per la conversione al potere d'acquisto attuale, si veda ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *Il valore della moneta in Italia dal 1861 al 2020*, reperibile *online* all'indirizzo https://www.istat.it/it/files//2021/06/Nota_informativa_valore_moneta_2020.pdf).

Viceversa, più impattanti parevano già allora le misure previste sub let. b) della norma ora in commento, ovvero la possibilità di adottare, o far adottare dagli altri Stati membri, misure correttive dell'inadempienza constatata, anche andando contro alle norme fondamentali del mercato comune.

Tali misure, secondo Rasquin « *pourraient avoir pour effet d'isoler du marché commun l'économie de l'Etat fautif et de le priver du bénéfice des mesures prévues pour favoriser les échanges internationaux* »,[28] costituendo « *mesures de rétorsion […] classiques et bin connues en droit international* »[29] e, segnatamente, « *d'une application contrôlée de l'exception* non adimpleti contractus ».[30] Ma se certamente l'impatto di tali misure si appalesava come rilevante nei confronti dello Stato inadempiente, lo stesso era a dirsi nei confronti della Comunità stessa e, più in generale, nella tenuta del processo di integrazione europea. Non a caso, la Commissione europea, nella Conferenza intergovernativa che avrebbe portato all'adozione del Trattato di Maastricht, in un documento in cui esaminava le possibili sanzioni da introdurre all'interno della procedura di infrazione escluse immediatamente quelle ora in commento, osservando che «*while it might be possible to conceive of this kind of measure in the ECSC, which is a Community of limited scope, the idea is inconceivable in a general Community. If there were a whole series of infringements, and derogations along these lines proliferated, new barriers would inevitably be raised whereas the point of the Community is to remove them. In other words, the remedy would run the risk of actually dismantling the single market*».[31]

3. La sospensione dei fondi "comunitari" dal 1952… al 2020: alcune riflessioni sulla disciplina del Regolamento condizionalità alla luce dell'art. 88 TCECA

3.1 La «sospensione dei fondi dovuti ai sensi del trattato», quasi settant'anni dopo: breve inquadramento del Regolamento condizionalità

Nonostante la sua genesi così risalente nel tempo, e così fortemente connessa allo strumento principe di controllo dell'attuazione degli impegni pattizi, il potere di sospensione delle somme dovute ai sensi del trattato ha perso, negli anni successivi, la propria rilevanza, riemergendo nell'ordinamento "comunitario" solo diversi anni più tardi, essenzialmente con l'introduzione di forme di

[28] G. RASQUIN, *op. cit.*, p. 22.
[29] Ivi, p. 23.
[30] *Ibidem*.
[31] *Intergovernmental Conferences: Contributions by the Commission*, in *Bulletin of the European Communities*, Supplemento 2/91, 1991, p. 151.

condizionalità prima nell'azione esterna, poi nell'Unione economica e monetaria.[32] Ma è certamente con riguardo al controllo dello Stato di diritto che il potere di sospensione dei fondi ha assunto i tratti più interessanti e, potenzialmente, rivoluzionari, cristallizzatesi nell'adozione del già menzionato Regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

In breve, ai sensi di tale Regolamento, l'Unione europea potrà sospendere, ridurre o interrompere i pagamenti o l'esecuzione di altri impegni giuridici dovuti in forza di specifici impegni finanziari assunti con gli Stati membri allorquando questi ultimi pongano in essere delle violazioni al principio dello Stato di diritto capaci di compromettere (o di rischiare di compromettere) la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

La procedura prevista a tal fine vede un ruolo di primo piano attribuito alla Commissione europea, che è chiamata a proporre al Consiglio l'adozione, a maggioranza qualificata, delle misure anzidette, non prima di aver messo lo Stato membro interessato nelle condizioni di poter presentare le proprie osservazioni, tanto sul merito dei comportamenti asseritamente illegittimi, quanto sulla concreta misura sospensiva proposta al Consiglio. Per quanto interessa in questa sede,[33] i tratti caratteristici di tale meccanismo si trovano proprio nella sua capacità di colmare i limiti storici della procedura di cui all'art. 7 TUE,[34] ovvero l'assenza di termini temporali certi e definiti (scanditi invece precisamente e in maniera quasi incalzante nell'alveo dell'art. 6 del Regolamento condizionalità); l'utilizzo della maggioranza qualificata in luogo dei quattro quinti o dell'unanimità previsti all'art. 7, par. 1 e 2, TUE; il ruolo della Corte di giustizia, che con riguardo alle decisioni di sospensione assunte ai sensi del Regolamento condizionalità, non sarà più confinato nei margini, quasi "notarili", dell'art. 269 TFUE, ma che si estenderà – con i limiti, eventuali, su cui tra poco si tornerà[35] – al classico giudizio di legittimità dell'azione di annullamento potenzialmente esperibile nei confronti della misura di sospensione, riduzione o interruzione dei pagamenti.

L'adozione del Regolamento condizionalità, pertanto, ha costituito un passo storico, sia perché permetterà di colpire le derive autoritarie da più parti emergenti, minando alle fondamenta il potere di spesa e, quindi, il serbatoio di consenso dei governi illiberali, sia perché è parte integrante di un ulteriore

[32] J. ŁACNY, *The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020—Is it all About the Money?*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, p. 79-105, in particolare p. 83-84.

[33] Si veda, per una disamina più approfondita della procedura prevista nel Regolamento condizionalità, *ex multis*, *ibidem*.

[34] Nella vastità della bibliografia sul tema si veda, *ex multis* e tra i più recenti, M. CARTA, *Unione Europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020.

[35] V. *infra*, § 3.3.

strumento fondamentale per il rilancio del processo di integrazione, «forse il più grande progresso nella storia dell'Unione in termini di solidarietà»,[36] ovvero il *Next Generation EU*[37] – benché, beninteso, ai sensi del medesimo potranno essere sospesi i pagamenti relativi anche a qualsiasi altro programma finanziario dell'Unione.

Al tempo stesso, tuttavia, il Regolamento condizionalità ha anche già generato conflitti tra gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione, nonché unicamente tra queste ultime, sfociati altresì in contenziosi dinanzi alla Corte di giustizia. Pur fornendo una sommaria definizione di cosa debba intendersi per "Stato di diritto" (art. 2), di quali comportamenti possano costituire violazioni del medesimo (art. 3), e di quando questi ultimi possano arrivare ad intaccare, in modo sufficientemente diretto, gli interessi finanziari dell'Unione (art. 4), è del tutto evidente che l'applicazione in concreto di questo Regolamento risulterà estremamente complessa e delicata, visti gli interessi politici che è in grado di interessare, così sovrapponibili a quelli oggetto della procedura di cui all'art. 7 TUE. Non a caso, il compromesso sull'approvazione di tale atto[38] è giunto anche grazie all'intervento del Consiglio europeo, che con delle "conclusioni interpretative"[39] assai poco compatibili con il divieto di esercitare funzioni legislative di cui all'art. 15, par. 1, TUE, sanciva, a pochi giorni dall'adozione formale del Regolamento condizionalità, che lo stesso avrebbe potuto trovare applicazione non già il 1° gennaio 2021, come previsto dal proprio art. 10, ma solo dopo l'adozione di specifiche linee guida, da redigersi da parte della Commissione europea «in stretta consultazione con gli Stati membri»;[40] e che, ove nel frattempo fossero stati depositati ricorsi avverso la legittimità di tale atto, dette linee guida si sarebbero potute adottare solo a valle della sentenza della

[36] Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona del 18 marzo 2021, causa C-848/19 P, *Germania c. Polonia*, EU:C:2021:218, nota 43.

[37] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in *GUUE* L 57, p. 17; per la composizione del più ampio pacchetto legislativo su cui il *Next Generation EU* si appoggia, si veda la nota successiva.

[38] Si noti, infatti, che l'adozione del Regolamento condizionalità necessitava, *de facto*, dell'unanimità, anche se la sua base giuridica prevedeva unicamente la maggioranza qualificata, dal momento che è stato negoziato come elemento di un più ampio quadro negoziale per la ripresa post-pandemica in cui figuravano atti da adottarsi, per l'appunto, all'unanimità. Limitandosi agli atti principali del compromesso politico, si rimanda al Regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio del 17 dicembre 2020 che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, in *GUUE* L 433I, p. 11; Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 in *GUUE* L 433I, p. 23; Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, in *GUUE* L 424, p. 1; Regolamento (UE) 2021/241, cit.

[39] Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, EUCO 22/20.

[40] Ivi, punto 2, let. c.

Corte di giustizia, «in modo da incorporarvi eventuali elementi pertinenti derivanti da detta sentenza».[41]

Si è trattato di conclusioni molto criticate in dottrina,[42] certamente fondamentali per la riuscita del progetto politico ma che hanno creato non pochi cortocircuiti istituzionali tra i ruoli esecutivi, giudiziari e legislativi nell'Unione europea, nonché tra fonti *hard* (quale un Regolamento che, per sua natura, sarebbe direttamente applicabile, salvo diversamente previsto dal Regolamento stesso) e *soft* (quali delle non meglio precisate "linee guida" da adottarsi da parte della Commissione europea e dagli Stati membri, emarginando così il Parlamento europeo che pure di quell'atto è il co-legislatore e che sulla necessità di tali linee guida, o di altra fonte attuativa, non si era espresso). Inoltre, *ça va sans dire* che il Regolamento condizionalità è stato poi effettivamente impugnato dai governi ungherese e polacco, ma indirettamente anche dal Parlamento europeo, che ha contestato alla Commissione la mancata attivazione di tale Regolamento e, segnatamente, il non aver ancora sospeso i fondi europei in quei casi più evidenti di violazione dello Stato di diritto,[43] arrivando recentemente addirittura a notificare alla Corte di giustizia un ricorso in carenza per contestare la legittimità di siffatta inerzia.[44] Il primo contenzioso si è risolto solo recentemente, con il pieno rigetto dei ricorsi magiari e polacchi da parte della Sezione Plenaria della Corte di giustizia,[45] a cui è seguita, poche settimane dopo, l'adozione delle linee guida.[46] Il secondo contenzioso risulta, invece, tutt'ora pendente.

Un'analisi che prende le mosse dall'esperienza CECA in materia di sospensione dei fondi non può, necessariamente, affrontare tutti i profili problematici sollevati dal quadro anzidetto. Eppure, al tempo stesso, essa permette di osservare, da un'altra prospettiva e con i *caveat* anzidetti, alcune questioni che si

[41] *Ibidem*.

[42] N. KIRST, *Rule of Law Conditionality: The Long-awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?*, in *European papers*, 2021, p. 101; A. ALEMANNO, M. CHAMON, *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020 e K. L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 13 dicembre 2020.

[43] Risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2021 sulla situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea e l'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo alla condizionalità, 2021/2711(RSP) e Risoluzione del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, il meccanismo di condizionalità dello Stato di diritto, 2021/2582(RSP).

[44] Causa C-657/21, *Parlamento c. Commissione*, attualmente pendente.

[45] Corte di giustizia, sentenze del 16 febbraio 2022, cause C-156/21 e C-157/21, rispettivamente *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* e *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, rispettivamente ECLI:EU:C:2022:97 e ECLI:EU:C:2022:98, pronunciate nelle more della pubblicazione del presente articolo.

[46] Comunicazione della Commissione europea, *Guidelines on the application of the Regulation (EU, EURATOM) 2020/2092 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget*, C(2022)1382 final, pubblicata il 2 marzo 2022 nelle more della pubblicazione del presente articolo.

ponevano allora come ora. Nel 1967, Ferrière osservava come rispetto all'art. 88, comma 3, del trattato di Parigi «*l'intérêt […] est plus théorique que pratique*»;[47] e tale considerazione era allora condivisibile, vista l'assenza di prassi applicativa relativa alla sospensione di fondi erogati ai sensi del trattato CECA. A oltre cinquant'anni di distanza, le pagine che seguono propongono però di riconsiderare quella conclusione, legando le riflessioni dottrinali sull'art. 88 del trattato di Parigi con i problemi applicativi che incontra, oggi, la discendente diretta (anche se probabilmente inconsapevole) di quella disposizione.

3.2 La natura discrezionale del potere dell'Alta Autorità/Commissione e l'esperibilità di un'azione in carenza avverso una sua inerzia

Particolare interesse riveste, in primo luogo, il tema relativo alla discrezionalità della Commissione nell'attivare la procedura di sospensione dei fondi e i possibili rimedi giurisdizionali esercitabili in caso di inerzia, oggetto dell'attenzione dottrinale dell'epoca in termini solo speculativi e resa, invece, ora assai più concreta in seguito all'azione in carenza recentemente depositata dal Parlamento europeo.

Nella procedura di cui all'ordinamento CECA, la dottrina era unanime nel rispondere in senso positivo ad una piena discrezionalità dell'Alta Autorità nell'adottare le decisioni previste dall'art. 88, comma 3.[48] Ciò desta particolare stupore, se si considera che l'art. 88 – e il punto pare particolarmente interessante per gli studiosi dell'attuale procedura di infrazione – delineava un contesto in cui la decisione precedente, ovvero quella dichiarativa dell'inadempienza statale, era invece incredibilmente sottratta alla discrezione dell'Alta Autorità. Quest'ultima, infatti, manteneva una libertà di apprezzamento sul momento in cui iniziare la procedura di contestazione dell'inadempimento, come avviene anche nel quadro normativo vigente, ma era invece tenuta a constatare l'illecito statale allorquando riteneva, dopo aver ricevuto le osservazioni dallo Stato, di non aver acquisito elementi suscettibili di modificare la propria valutazione iniziale[49] (secondo un approccio, dunque, poi totalmente – e forse inavvertitamente – abbandonato con l'attuale procedura d'infrazione).[50]

[47] G. FERRIERE, *Le contrôle de légalité des actes étatiques par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue général de droit international public*, 1967, p. 879 e ss., in particolare p. 909.

[48] L. M. BENTIVOGLIO, *op. cit.*, p. 1267-1268.

[49] Ivi, p. 1262-1263.

[50] *Ex multis*, R. MASTROIANNI, *op. cit.*; C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Accountability and law enforcement: the centralised EU infringement procedure*, in *European Law Review*, 2006, p. 447-475; E. VARNAY, *Discretion in the Articles 258 and 260(2) TFEU procedures*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 836.

Il quadro delineato dal Regolamento condizionalità pare tutelare la discrezionalità della Commissione, ma in termini diametralmente opposti.[51] A mente dell'art. 4, infatti, si delinea una conseguenza diretta tra l'accertamento delle violazioni e l'adozione di misure (con verbo indicativo presente, si sancisce che «sono adottate opportune misure qualora siano accertate, ai sensi dell'articolo 6, violazioni dei principi dello Stato di diritto […]»).[52] Viceversa, l'art. 6, ai sensi del quale dovrebbe avvenire l'accertamento della violazione, non pare contenere alcun obbligo in capo alla Commissione di agire in tal senso. Essa dovrà, sì, notificare allo Stato membro le proprie conclusioni relative a possibili violazioni, ma solo «se conclude che vi sono motivi fondati per ritenere che le condizioni di cui all'articolo 4 siano soddisfatte» e «a meno che non ritenga che altre procedure previste dalla legislazione dell'Unione le consentano di proteggere più efficacemente il bilancio dell'Unione» (par. 1). Inoltre, la circostanza per cui a dette conclusioni la Commissione debba giungere solo dopo aver tenuto conto delle osservazioni del Parlamento europeo (art. 6, par. 2), dello Stato membro in questione (non citato espressamente in questa fase, ma desumibile dall'art. 6, par. 4), nonché delle «pertinenti informazioni provenienti dalle fonti disponibili, comprese le decisioni, le conclusioni e le raccomandazioni delle istituzioni dell'Unione, di altre organizzazioni internazionali competenti e altri enti riconosciuti» (art. 6, par. 3) pare, francamente, rafforzare la natura discrezionale, e non già vincolata, del potere riconosciuto alla Commissione.[53]

[51] Si noti, tuttavia, che rispetto all'iniziale proposta legislativa (COM(2018)235 final) i margini di discrezionalità della Commissione europea si siano ristretti; si veda, sul punto, anche il parere prestato dalla Corte dei conti (parere n. 1/2018, in *GUUE* C 291, p. 1).

[52] Si noti, tuttavia, che il successivo art. 5, par. 1, sembra invece prevedere l'adozione delle misure sospensive come unicamente potenziale, sancendo che «purché siano rispettate le condizioni di cui all'articolo 4 del presente regolamento, possono essere adottate una o più delle seguenti opportune misure secondo la procedura di cui all'articolo 6 del presente regolamento». Tuttavia, la dicotomia tra l'art. 4, par. 1, e l'art. 5, par. 1, del Regolamento condizionalità potrebbe spiegarsi nel senso che l'adozione di misure sia attività vincolata (come sancito dall'art. 4), purché a monte la Commissione non abbia scelto, ai sensi dell'art. 6, di tutelare il bilancio dell'Unione con altri meccanismi (come sancito all'art. 5).

[53] *Contra*, M. LANOTTE, *La mancata applicazione del meccanismo di condizionalità: carenza o incoerenza?*, in *BlogDUE*, 16 novembre 2021. Si consideri, altresì, che la disposizione di cui all'art. 6, par. 3, del Regolamento condizionalità non pare potersi leggere come capace di far discendere conseguenze precettive da considerazioni stilate in documenti dichiaratamente non vincolanti e aventi solo funzione di monitoraggio dello Stato di diritto, quali ad esempio la Relazione annuale sullo Stato di diritto, come invece argomentato *ibidem*. Ad una prima lettura, anche le già citate *Guidelines on the application of the Regulation (EU, EURATOM) 2020/2092* non sembrano permettere che documenti o informazioni possano limitare la discrezionalità della Commissione (cfr., in particolare, punti 6-8 e 54-65; particolarmente degno di nota è il punto 64, dove si sancisce che le *general sources of information* previste nel Regolamento «*do not have a specific or absolute probative value*»). Un discorso più ampio, che non può essere affrontato in questa sede, va condotto con riguardo alle richieste che potrebbero provenire da altri organismi di controllo quali OLAF e EPPO (cfr. art. 4, par. 2, let. g) del Regolamento condizionalità e punti 21 e 22 delle *Guidelines*), anche alla luce della lettera inviata da

Pertanto, mentre nell'art. 88 del trattato CECA l'Alta Autorità era sostanzialmente obbligata a constatare l'illecito, ove sussistessero le condizioni, ma non a sanzionare il medesimo, in seno al Regolamento condizionalità il paradigma *pare* (l'ambiguità del dato letterale del Regolamento, che risente pesantemente dei compromessi politici di cui è frutto, impedisce conclusioni certe) completamente rovesciato, dal momento che si lascia discrezionalità alla Commissione nella fase accertativa, contraendola, invece, al momento di reazione all'illecito statale.

È interessante notare che, nonostante la discrezionalità garantitale anche nel momento sanzionatorio, nell'ordinamento CECA era comunque possibile agire in carenza per contestare la legittimità dell'inerzia dell'Alta Autorità nel disporre misure sospensive. Infatti, ai sensi dell'art. 35, comma 2, del trattato di Parigi tale azione era esperibile anche nei confronti di poteri discrezionali, sebbene unicamente per far valere, quale motivo di ricorso, lo sviamento di potere.

Il quadro delineato dall'attuale art. 265 TFUE è, notoriamente, differente;[54] e parimenti notorio è il grado di consolidamento della giurisprudenza relativa alla natura discrezionale dei poteri della Commissione nel controllo degli illeciti statali (tanto sul fronte della procedura di infrazione, quanto degli aiuti di Stato), nonché della connessa impossibilità di contestare l'inerzia dell'esercizio di siffatti poteri per il tramite di un'azione in carenza.[55]

Eppure, all'indomani dell'entrata in vigore dei trattati di Roma, Tizzano correttamente notava come la differenza tra ordinamenti CECA e CEE in materia di azione in carenza non dovesse portare a una limitazione del sindacato giurisdizionale sull'inerzia delle istituzioni. In particolare, nella scelta tra lasciare «privi di controllo giurisdizionale tutti gli atti rimessi alla facoltà delle istituzioni e sui quali peraltro non viene esercitato un penetrante controllo politico»[56] e «evitare un controllo giurisdizionale sui loro atti discrezionali, che si

EPPO alla Commissione europea, esattamente nello stesso giorno in cui la Corte di giustizia ha sancito la piena legittimità del Regolamento condizionalità, nella quale si denuncia, ai fini dell'applicazione del medesimo Regolamento, il rifiuto della Polonia di collaborare con EPPO (https://www.eppo.europa.eu/en/news/letter-sent-european-commission-regarding-polands-refusal-cooperate-eppo).

[54] Per tutti, S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2012.

[55] Si veda, sul fronte delle procedure di infrazione, per tutte e quale caposaldo, Corte di giustizia, sentenza del 14 febbraio 1989, *Star Fruit c. Commissione*, causa 247/87, EU:C:1989:58, punti 10 e ss., confermata in ultimo con sentenza del 9 luglio 2020, *Repubblica ceca c. Commissione*, C-575/18 P, EU:C:2020:530, punto 78; sul fronte degli aiuti di Stato, Tribunale, sentenza del 22 maggio 1996, *AITEC c. Commissione*, T-277/94, EU:T:1996:66, punto 66, nonché Corte di giustizia, sentenza del 16 maggio 2013, *Commissione c. Ryanair*, C-615/11 P, EU:C:2013:310, punto 39 dove si ammette la possibilità di un minimo sindacato giurisdizionale sui poteri della Commissione in detto ambito, ma solo limitatamente al dovere in capo alla Commissione di riscontrare le denunce ricevute.

[56] A. TIZZANO, *Articolo 175*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Commentario CEE*, Milano, 1964, in particolare p. 1297.

trasformerebbe in un potere di impulso da parte della Corte»,[57] pur notando come il quadro normativo e dottrinale non consentisse «di accogliere con sicurezza l'una o l'altra opinione»,[58] si sceglieva la prima opzione, per «l'esigenza di assicurare nella misura più piena possibile il controllo della Corte sulle istituzioni della Comunità».[59]

In particolare, ciò potrebbe avvenire – prendendo spunto dall'esperienza dell'ordinamento CECA – interpretando i motivi di ricorso esperibili nell'azione in carenza in termini espansivi e, segnatamente, ricomprendendo anche lo sviamento di potere all'interno della nozione di «violazione dei trattati» (l'unica espressamente prevista nell'art. 265 TFUE, e che, d'altronde, già è stata letta come ricomprendente anche «*any rule of Union law which is as such binding on the defendant institution, body, office, or agency and contains a duty to act*»).[60]

La Corte, nonostante diversi ricorsi – anche presentati da istituzioni dell'Unione[61] – sollevando tale motivo di ricorso, non ha mai espressamente avallato tale lettura estensiva; eppure, essa meriterebbe di essere presa in considerazione, come già sostenuto in dottrina,[62] dal momento che, «nel silenzio del Trattato, una larga interpretazione dei mezzi di gravame è senz'altro da preferire».[63] Peraltro, la violazione dei trattati è da sempre motivo di ricorso residuale e omnicomprensivo; e la circostanza che un'istituzione utilizzi un potere conferitole dai trattati per scopi diversi da quelli ivi previsti è, essa stessa, una violazione dei trattati. Inoltre, secondo una giurisprudenza costante,[64] tra i pochi elementi che il giudice dell'Unione può limitarsi a verificare in caso di valutazioni tecniche complesse – tra le quali pare lecito ricomprendere quelle relative a violazioni dello Stato di diritto capaci di intaccare gli interessi finanziari dell'Unione – vi è da ricomprendersi proprio l'assenza di sviamento di potere, a dimostrazione di come ciò costituisca un baluardo ultimo di legittimità degli atti che ben potrebbe applicarsi anche ai ricorsi in carenza.

Una tale lettura non consentirebbe, beninteso, una sindacabilità *tout court* dei poteri discrezionali attribuiti dai trattati alle istituzioni, ma semplicemente amplierebbe i casi in cui l'inerzia nell'esercizio dei medesimi può essere

[57] *Ibidem*.

[58] *Ibidem*.

[59] *Ibidem*.

[60] K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, J. T. NOWAK, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, p. 423.

[61] Si veda, per il più recente, il ricorso proposto il 6 maggio 2013, *Commissione c. Consiglio*, C-248/13, in cui poi parte attrice ha desistito dal ricorso.

[62] Si veda la ricostruzione operata da S. CAZET, *op. cit.*, p. 186-191.

[63] A. TIZZANO, *Articolo 175*, cit., p. 1297.

[64] *Ex multis*, Tribunale, sentenza del 11 dicembre 2014, *Heli-Flight c. EASA*, T-102/13, EU:T:2014:1064, punto 89.

controllata dalla Corte di giustizia;[65] in particolare, estendendo la giurisdizione della Corte anche a valutare se i motivi dell'inazione sono coerenti con gli scopi per i quali i trattati hanno lasciato a dette istituzioni un margine di discrezionalità.

Ad esempio, con riguardo all'attivazione del Regolamento condizionalità, la discrezionalità lasciata alla Commissione in fase di accertamento delle violazioni sembra dovuta alla delicatezza della questione e, quindi, alla necessità di raccogliere quante più informazioni possibili sia sulla situazione di fatto, *ergo* sul merito delle violazioni, sia sulle modalità per contrastare le medesime (poiché, come si ricorderà, la scelta di proporre una sospensione dei fondi deve avvenire solo «a meno che [la Commissione] non ritenga che altre procedure previste dalla legislazione dell'Unione le consentano di proteggere più efficacemente il bilancio dell'Unione»).[66] Nel contesto di una procedura di infrazione l'analogo margine discrezionale di cui gode la Commissione mira a lasciare alla medesima un potere di "regolazione indiretta", ovvero una leva negoziale da poter utilizzare anche su altri tavoli, ad esempio legislativi; ciò arriva talvolta a risultati anche "odiosi",[67] ma al limite sempre comprensibili nell'ottica, più ampia, del sistema di controllo della corretta applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, della necessità di salvaguardarlo da una pluralità di azioni in carenza.

Lo stesso, però, pare più difficile dirsi nell'ambito della tutela dello Stato di diritto, dove sarebbe aberrante pensare che proprio l'istituzione sovranazionale *par excellence* scendesse a compromessi sul rispetto di un valore fondante dell'Unione europea per ottenere vantaggi su altri *dossier*, con il rischio di esacerbare, invece di lenire, le differenze tra Paesi su come promuovere i valori fondamentali del processo di integrazione.[68] In questo quadro, offrire lo

[65] La discrezionalità sulle modalità e sul contenuto dell'azione, nonché sulla natura dell'atto da adottare, già ora non costituiscono un ostacolo alla constatazione di una carenza, che notoriamente è limitata al fatto che l'atto *debba* essere adottato, a mente dei trattati o di altra norma ad essi relativa: cfr. *ex multis*, Corte di giustizia, sentenza del 22 maggio 1985, *Parlamento c. Consiglio*, causa 13/83, EU:C:1985:220, punto 65.

[66] Art. 6, par. 1, del Regolamento condizionalità. Si noti, peraltro, che come già rilevato da S. CAZET, *op. cit.*, p. 189, proprio l'esistenza di un potere di scelta tra diverse opzioni da intraprendere prima dell'adozione dell'atto renderebbe sindacabile l'inerzia nell'adozione di una di queste scelte: «*[…] il faut distinguer deux paliers dans l'action. L'institution peut avoir un premier choix entre agir et ne pas agir. À ce stade, si le traité laisse à l'institution un pouvoir discrétionnaire, aucune obligation ne peut être isolée. En revanche, si l'institution a le choix entre plusieurs solutions légales, il y a une place pour un contrôle minimum*».

[67] Si pensi, a titolo esemplificativo, alla mancata chiusura delle infrazioni aperte per comunicazione (e non esecuzione!) non tempestiva della misura di recepimento di una direttiva adottata con procedura legislativa ordinaria, una volta avvenuta detta comunicazione; oppure alla proposizione di infrazioni nuove su aspetti di dettaglio, dopo l'avvenuta soluzione delle violazioni "macro" a monte di quei problemi. Su questi e altri aspetti si veda M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, in *Federalismi.it*, 2020, 19, p. 217.

[68] Per conclusioni simili, con un diverso *iter* argomentativo, cfr. M. FISICARO, *op. cit.*, p. 710-711.

strumento dell'azione in carenza potrebbe dunque aprire scenari interessanti; anche perché, stanti i noti limiti previsti dall'azione in carenza per i ricorrenti non privilegiati, non implicherebbe l'esposizione della Commissione ad una miriade di istanze particolari, ma semplicemente costituirebbe un ulteriore strumento, da utilizzarsi in uno a quelli politici e amministrativi già esistenti,[69] che chiamerebbe la Commissione europea a non indugiare in un contesto così delicato, o quantomeno a rendere conto a (talvolta) cittadini e (più spesso) istituzioni delle (buone) ragioni della propria inerzia all'interno della fase precontenziosa dell'azione in esame.

Si noti, peraltro, che nell'art. 88, comma 3, del trattato CECA il motivo della discrezionalità lasciata all'Alta Autorità era da rinvenirsi nella volontà di lasciare un margine politico alla stessa, ad esempio per tentare «in via conciliativa di far recedere tale Stato dal proprio atteggiamento»,[70] e si giustificava nella più generale dimensione politica di cui era ammantato quel momento procedurale, vista la precedente autorizzazione del Consiglio, a maggioranza di due terzi, che l'Alta Autorità doveva ricevere per procedere con le misure sospensive. Anche il Regolamento condizionalità riconosce e tutela quella dimensione politica, però in un contesto normativo totalmente diverso, per cui non ha più senso riconoscere alla Commissione un elevato, e insindacabile, margine di discrezionalità.[71] Infatti, mentre nell'art. 88 era l'Alta Autorità ad adottare la decisione sospensiva, su autorizzazione del Consiglio, nel Regolamento condizionalità tale potere spetta al Consiglio, su proposta della Commissione. Pertanto, nel quadro attuale la dimensione politica è tutelata *in re ipsa*. Anzi, proprio per accedere a quella sfera politica occorre che la Commissione attivi il meccanismo di controllo e presenti, sul tavolo del Consiglio, la proposta di decisione: solo così, infatti, il libero dibattito politico potrà decidere se è opportuno o meno sanzionare lo Stato.[72]

[69] Si pensi, quanto agli strumenti politici, ai meccanismi di pressione che il Parlamento europeo può esercitare nei confronti della Commissione, che come ben noto sfociano, con gradazione crescente, sino alla censura *ex* art. 234 TFUE; viceversa, con ottica *bottom up*, si vedano ad esempio i meccanismi di denuncia previsti dall'art. 5, par. 4, del Regolamento condizionalità stesso.

[70] L. M. BENTIVOGLIO, *op. cit.*, p. 1267.

[71] Si veda, sul punto, anche *Editorial Comments*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 267, in particolare p. 282, dove si afferma che «*Such an obligation to act on the part of the Commission as guardian of the Treaty might indeed be more constraining, and conversely the degree of its discretion whether or not to act might be more limited, in the context of the new conditionality mechanism*».

[72] Si noti, peraltro, che la natura apparentemente vincolata del momento sanzionatorio (v. art. 4, par. 1, del Regolamento condizionalità) apre interessanti scenari sulla censurabilità, tramite azione in carenza, di un'eventuale inazione del Consiglio nell'esprimersi (vuoi approvando, vuoi rigettando) la proposta della Commissione. Questa possibilità, visti gli stalli già registrati sull'art. 7 TUE pare, invero, tutt'altro che improbabile; essa, tuttavia, non può essere compiutamente affrontata in questa sede.

3.3 I limiti del sindacato della Corte di giustizia avverso la decisione di sospensione dei fondi

Infine, l'esperienza dell'ordinamento CECA in materia di sospensione dei fondi pare suggerire un'ulteriore riflessione, relativa ai limiti del sindacato della Corte di giustizia negli eventuali contenziosi che dovessero sorgere sulla legittimità delle misure adottate ai sensi del Regolamento condizionalità.

Nel sistema delineato dall'art. 88 del trattato di Parigi, era sempre attribuito agli Stati membri – tanto per contestare le decisioni di mera constatazione dell'illecito, quanto per quelle di sanzione del medesimo – il diritto ad un «ricorso *anche di merito*» dinanzi alla Corte di giustizia.

La necessità di prevedere un sindacato di piena giurisdizione (di «*pleine juridiction*» parla, infatti, la versione francese del trattato di Parigi) era dettata dalla necessità di distinguere il ricorso esperito ai sensi dell'art. 88 dalla classica azione di annullamento prevista all'art. 33.[73] In ambedue i casi, infatti, la richiesta delle parti alla Corte di giustizia era relativa a un mero annullamento dell'atto; d'altronde, anche nell'alveo della procedura di infrazione, la constatazione dell'illecito o la sua successiva sanzione avveniva per il tramite di una decisione dell'Alta Autorità, di cui dunque lo Stato in questione poteva chiedere l'espunzione dall'ordinamento. Eppure, il procedimento previsto dall'art. 88 veniva, a ragione, percepito come più delicato, poiché occorreva attribuire alla Corte di giustizia la competenza a conoscere, e valutare, anche tutte le circostanze fattuali relative al comportamento statale, che l'Alta Autorità aveva valutato come lesive degli impegni pattizi ma che, potenzialmente, la Corte ben avrebbe potuto valutare diversamente. In breve, l'attribuzione di una giurisdizione anche di merito alla Corte poggiava sull'idea di permettere agli Stati di poter «far valere tutti i mezzi, non solo di legittimità, ma pure quelli tratti da tutte le ragioni che giustificano la mancata esecuzione»;[74] un novero di cause giustificative, dunque, che esulerebbe da un sindacato di mera legittimità, come quello tipico dell'azione di annullamento, e che al contrario permetteva al giudice, unicamente nell'alveo dell'art. 88, «*à porter une appréciation sur des faits et des circonstances économiques, ce qui lui serait interdit s'il statuait sur la base de l'article 33*».[75]

[73] Oltre a quanto citato nelle note successive, si veda, sullo specifico punto della piena giurisdizione della Corte nell'alveo dell'art. 88, G. RASQUIN, *op. cit.*, p. 16-22; J. MERTENS DE WILMARS, I. M. VEROUGSTRAETE, *Proceedings against Member States for failure to fulfil their obligations*, in *Common Market Law Review*,1970, p. 385 e ss., in particolare p. 399; A. Tizzano, *Articolo 169*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Commentario CEE*, cit., in particolare p. 1223; conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange del 5 novembre 1959, causa 3-59, *Germania c. Alta Autorità*, EU:C:1959:25, a p. 143.

[74] Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 1960, *Italia c. Alta Autorità*, causa 20-59, EU:C:1960:33, p. 666.

[75] G. FERRIERE, *op. cit.*, p. 906.

Una siffatta previsione è del tutto assente nel Regolamento condizionalità. Ciò potrebbe essere dovuto al fatto che, a mente dell'art. 261 TFUE, la giurisdizione anche di merito è attribuibile alla Corte di giustizia unicamente per quanto riguarda le sanzioni;[76] e, per mantenere lo strumento *de quo* il più possibile distinto da quelli attivabili ai sensi dell'art. 7, par. 3, TUE, pena evidenti profili di illegittimità del medesimo per incompatibilità con quest'ultima disposizione, era opportuno evitare di introdurre elementi capaci di inquadrare in termini sanzionatori le misure di sospensione dei fondi.

Pertanto, ci si può chiedere se la sussistenza di una giurisdizione di mera legittimità della Corte di giustizia nei giudizi avverso le misure sospensive disposte ai sensi del Regolamento condizionalità possa minare i diritti di difesa dello Stato asseritamente violante lo Stato di diritto, per i medesimi motivi per cui, nel trattato di Parigi, si decise invece di attribuire alla Corte piena giurisdizione.

La risposta è certamente negativa, perché la Corte di giustizia ha saputo declinare il proprio sindacato di legittimità, nei settant'anni di integrazione nel frattempo intercorsi, in termini particolarmente incisivi, arrivando – nella giurisprudenza relativa allo scrutinio sugli atti ad alto contenuto tecnico e scientifico, che ben potrebbe, *mutatis mutandis*, essere trasposta nel settore ora in esame – anche a sottolineare che l'istituzione che ha adottato l'atto impugnato non ha tenuto conto di tutti gli elementi di fatto rilevanti; che non ha seguito la corretta procedura di valutazione, ad esempio omettendo di ottenere determinati documenti o pareri; o, infine, che ha commesso errori materiali e manifesti di valutazione dei fatti, così da «*in practice […] includ[ing] a review of the adequacy and quality of the informational basis of science-based measures*».[77]

Eppure, uno Stato membro potrebbe avere tutti gli interessi a far valutare dalla Corte di giustizia anche documenti magari sfuggiti dall'interlocuzione con la Commissione, oppure che quest'ultima, in uno con il Consiglio, ha inteso valutare in un modo lesivo per gli interessi di quello Stato. Ed è probabilmente proprio immaginando tale scenario che la Corte di giustizia, nella recente sentenza pronunciata sui ricorsi polacco e ungherese avverso il Regolamento condizionalità, ha specificato che lo Stato interessato dalla sospensione «può contestare il valore probatorio di ciascuno degli elementi [di prova] considerati» e

[76] Si noti, tuttavia, che il principio sancito all'art. 261 TFUE ben può declinarsi, nel diritto derivato, anche diversamente: ad esempio, nel contenzioso della funzione pubblica è attribuita alla Corte una giurisdizione anche di merito per più generiche controversie aventi carattere pecuniario (v. art. 91 del Regolamento n. 31 (C.E.E.) 11 (C.E.E.A.) del Consiglio relativo allo statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica, in *GUCE* P 45, p. 1385 e successive modificazioni).

[77] Si veda, sulla pervasività del sindacato della Corte di giustizia, *ex multis*, E. VOS, *The European Court of Justice in the face of scientific uncertainty and complexity*, in M. DAWSON, B. D. WITTE, E. MUIR (a cura di), *Judicial activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013, p. 142 e ss.; per la citazione in particolare, p. 144.

che, comunque, «la fondatezza delle valutazioni della Commissione può, in ogni caso, essere soggetta al controllo del giudice dell'Unione nell'ambito di un ricorso proposto avverso una decisione del Consiglio adottata ai sensi di tale regolamento»[78].

Tuttavia, ogni Stato membro ben potrebbe voler veder riconosciuta, al di là dell'illegittimità della misura di sospensione dei fondi dell'Unione per qualsivoglia motivo di illegittimità dell'atto (*errores in procedendo*, un collegamento non sufficiente con gli interessi finanziari dell'Unione, un'errata identificazione delle somme da sospendere), la propria piena innocenza rispetto alla constatazione di aver violato un valore fondamentale come lo Stato di diritto, per le implicazioni politiche, interne ed esterne, di una siffatta accusa. Ma per la natura stessa della giurisdizione attribuita alla Corte di giustizia nell'alveo dell'art. 263 TFUE, essa non potrà sostituire la valutazione dei fatti condotta dalla Commissione e dal Consiglio con una propria, diversa; e, certamente, non potrà arrivare a constatare che il comportamento tenuto dallo Stato era pienamente compatibile con lo Stato di diritto, perché oggetto del ricorso sarà e dovrà rimanere la legittimità dell'atto adottato sulla base di quei comportamenti. L'innocenza dello Stato potrà emergere dal tessuto motivazionale della sentenza, certamente, ma verrebbe sancita solo in termini indiretti: ad esempio, poiché era viziata la procedura di constatazione operata dalla Commissione, o poiché era carente l'istruttoria. Elementi forse poco consoni all'importanza delle questioni politiche sottese alla causa, e che impediscono una piena luce su come un valore fondamentale dell'Unione europea viene effettivamente promosso negli Stati membri.

È vero che tale problema potrebbe anche avere scarse implicazioni pratiche, visto che la valutazione dei comportamenti asseritamente lesivi sarà condotta non solo dalla Commissione, ma anche dal Consiglio, in sede di adozione della misura sospensiva proposta da quest'ultima, con uno schema che saprà quindi certamente tenere nella massima considerazione tutti gli interessi statali e le ragioni di una piena istruttoria. Tuttavia, ci si può chiedere se gli stessi Stati membri non dubitino di tale possibilità: a mente del considerando 26 del Regolamento condizionalità, essi hanno attribuito al Consiglio europeo, su istanza dello Stato membro interessato, il potere di valutare se la procedura di adozione e revoca delle misure abbia rispettato «i principi di *obiettività*, non discriminazione e parità di trattamento degli Stati membri e […] [sia stata] condotta secondo un *approccio imparziale* e *basato su elementi di prova*»; e, ove così non fosse, i medesimi hanno attribuito al Consiglio europeo il potere di sospendere la procedura di applicazione delle misure.

[78] Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2022, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* e *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 287 (in ambo le sentenze).

Benché evidentemente questa disposizione sia stata inserita soprattutto per concedere agli Stati un "freno di emergenza" politico, operante per consenso e non già a maggioranza, ci si può chiedere se essa non risponda anche all'esigenza di avere un "foro onnipotente", che possa rivedere nel merito e in profondità la valutazione compiuta da Commissione e Consiglio dei comportamenti statali rispetto al principio di Stato di diritto. Ma allora, meglio sarebbe stato attribuire chiaramente tale potere alla Corte di giustizia, lasciandosi ispirare dall'esperienza dell'ordinamento CECA e prevedendo esplicitamente una giurisdizione anche di merito, estesa non tanto e non solo alla definizione del *quantum* della misura, quanto soprattutto alla valutazione di tutti i fatti e i comportamenti statali oggetto della procedura di constatazione della violazione.

4. Conclusioni

Benché l'articolo 88 del trattato di Parigi venne salutato da taluni come «una delle più ardite concessioni fatte dagli Stati nazionali alla Comunità sopranazionale»,[79] altra parte della dottrina preferì toni meno trionfalistici,[80] sottolineando come tale disposizione non fosse del tutto autonoma e definitiva nel perseguire le infrazioni, necessitando, in ultima ed estrema *ratio*, di un intervento del Consiglio dei Ministri. In particolare, fu osservato che le istituzioni della Comunità non potessero arrivare ad annullare l'atto statale contrastante con il trattato CECA,[81] né avessero a disposizione mezzi coercitivi per eseguire *contra nolentem* la decisione, o la sentenza, che accertava l'illecito.[82]

A settant'anni di distanza, la conclusione a cui può giungersi chiama certamente a maggior indulgenza.

Da un lato, talune delle soluzioni adottate nel trattato CECA si sono dimostrate oggettivamente pioneristiche ed audaci;[83] dall'altro, i limiti ai poteri coercitivi della Comunità si sono dimostrati lacune croniche, mai pienamente colmate nei decenni successivi, la cui stessa evidenziazione è figlia di una vocazione federalista che suona, purtroppo, quasi *naïf* nel contesto attuale. Il Regolamento condizionalità marca dei passi in avanti su questo fronte, prevedendo – grazie in particolare agli apporti in fase negoziale provenienti dalla Corte dei

[79] G. SPERDUTI, *L'unione degli Stati partecipanti alla Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, in *Comunicazioni e studi*, 1956, p. 81, in particolare p. 92.

[80] L. M. BENTIVOGLIO, *op. cit.*, p. 1258 definiva questi passaggi come «azzardati».

[81] Corte di giustizia, sentenza del 16 dicembre 1960, *Jean Humblet c. Belgio*, causa 6-60, EU:C:1960:48, p. 1113.

[82] L. M. BENTIVOGLIO, *op. cit.*, p. 1271.

[83] Analogamente, si veda D. DE BELLESCIZE, *L'article 169 du Traité de Rome et l'efficacité du contrôle communautaire sur le manquement des États membres*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1977, p. 174 ss., spec. p. 175.

conti[84] e dal Parlamento europeo[85] – regole specifiche che limitano la possibilità dei governi illiberali di scaricare sulla società civile le conseguenze di una sospensione dei fondi europei, in particolare prevedendo un obbligo per le amministrazioni nazionali di procedere ai pagamenti anche di quei fondi restituiti o sospesi, e implementando un sistema di informazione aperto e diretto specificatamente agli esecutori delle opere finanziate.[86] Eppure, nonostante i quasi settant'anni trascorsi dall'entrata in vigore del trattato di Parigi, queste disposizioni sono ben distanti dai poteri coercitivi che si ipotizzava che la Comunità avrebbe dovuto conseguire, sebbene non nell'immediato, e probabilmente anche non del tutto capaci, autonomamente presi, di tutelare a pieno i beneficiari finali dei fondi europei.[87]

Paradossalmente, lo scarto maggiore di incisività viene segnato dal Regolamento condizionalità in ragione del quantitativo incredibilmente più ingente di fondi che lo stesso può, ora, arrivare a sospendere o ritirare, del tutto incomparabile con le cifre per cui trovava applicazione l'articolo 88 del trattato di Parigi.[88] Con un rapporto di proporzionalità diretta, la prospettiva di questo maggior beneficio finanziario potrebbe tradursi in un incentivo parimenti maggiore per lo Stato membro nell'astenersi a commettere comportamenti illeciti, o nel porre fine ai medesimi.

Da questo punto di vista, la mera adozione del Regolamento condizionalità – a prescindere dalla sua effettiva attivazione, di cui però si sono visti diversi segnali,[89] anche durante la sua condizione *sub iudice* – sembra aver suscitato un cambio di prospettiva nei rapporti tra Unione e Stati membri e nelle modalità con cui questi ultimi approcciano i valori fondanti delineati all'art. 2 TUE. Certamente solo la prassi potrà dire se effettivamente il Regolamento condizionalità potrà effettivamente essere un *game changer* nella tutela dello Stato di diritto e dei valori fondanti dell'Unione europea. Se ciò avverrà, in ogni caso, sarà per l'approccio fortemente funzionalista di cui esso è intriso, insieme all'intero pacchetto legislativo connesso al *Next Generation EU* e alla ripresa post-pandemica: ovvero la volontà di risolvere un problema comune, senza per questo

[84] Parere n. 1/2018 della Corte dei conti dell'Unione europea, cit., p. 26-27

[85] Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sul prossimo QFP: preparazione della posizione del Parlamento in merito al QFP per il periodo successivo al 2020 (A8-0048/2018); si noti, in particolare, al punto 119, in cui il Parlamento europeo mette in guardia le istituzioni europee sottolineando che «*i beneficiari finali del bilancio dell'Unione non possono in alcun modo subire le conseguenze di violazioni delle norme di cui non sono responsabili*».

[86] Cfr. art. 5 del Regolamento condizionalità.

[87] Si veda, in proposito, M. FISICARO, *op. cit.*, p. 719-721.

[88] V. *supra*, § 2.2, nota 27.

[89] Oltre a quanto già esposto *supra*, nota 4, si vedano talune notizie riportate dalla stampa: L. BAYER, Z. WANAT, *Commission questions Hungary and Poland on corruption, judiciary*, in *Politico.eu*, 20 novembre 2021.

creare alcun Superstato sovranazionale e offrendo un beneficio immediato ai popoli d'Europa.

Ma, allora, se così sarà, ancora maggiore potrà dirsi il suo tributo all'esperienza della CECA.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2022

FORZA>VALORE DI LEGGE*

LAURA BUFFONI**

Sommario

1. Forza/valore di legge - 2. La *force de loi* nella Rivoluzione: il «valore senza pari» - 3. La forza di legge nello Statuto albertino: la distanza dall'origine - 4. La forza di legge nella Costituzione: l'in-decisione - 5. La forza di legge è efficacia provvisoria - 6. La forza ~~di legge~~ senza legge - 7. L'apologia della forza di legge - 8. L'apertura: il valore di legge - 9. La ri-conversione del valore di legge in 'regime' - 10. La (forma di) legge è il valore.

Abstract

The essay focuses on the relation between force of law and value of law in the Italian Constitution, investigating the constitutional theories involved.

Suggerimento di citazione

L. BUFFONI, *Forza>Valore di legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: *http://www.osservatoriosullefonti.it*

* La presente ricerca è stata finanziata con il fondo di Ateneo per la ricerca dell'Università degli studi di Sassari per il 2019.

** Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli studi di Sassari.
Contatto: labuffoni@uniss.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Forza/valore di legge

Scriveva Schmitt che i giuristi teoretici non possono liquidare «la differenza tra *forza* di diritto […] e *valore* di diritto […] come una sfumatura insignificante»[1] e ammoniva a soppesare le parole, a non usarle con leggerezza[2].

La Costituzione discorre di «forza» e di «valore» di legge. L'idea dominante tra gli studiosi di diritto positivo è quella di una certa indifferenza del testo, dell'indistinzione tra l'una e l'altra, della loro confusione[3].

Qui non rileva se chi pose la Costituzione fosse un giurista più o meno teoretico e se usò forza e valore di legge con leggerezza o con un certo grado di pesantezza. Rileva piuttosto se l'uso delle due categorie, una volta poste nel testo costituzionale, una volta divenute diritto costituzionale vigente, reagiscano sul termine di cui sono predicati e fondino una dottrina interpretativa della legge, con conseguenze normative.

Non si nega che il dittico forza/valore di legge, genericamente inteso, ordini, secondo il grado, o almeno l'intensità, di normatività gli atti giuridici e, quindi, sia parte di un regime 'operativo', tecnico. Ma, teoricamente, accostare, identificare, valore e forza rasenta l'ossimoro. Dogmaticamente, il testo costituzionale apre alla possibilità di distinguere la forza dal valore e, quindi, gli atti che avrebbero la forza ma non il valore o, viceversa, il valore ma non la forza.

Per il diritto, il passaggio dalla forza al valore non è una graduazione di potenza, di 'intensità', misurabile con il più e il meno. Forza e valore sono grandezze incommensurabili, incomparabili. La forza di legge si avvicina al «diritto del potere», la seconda al «diritto del diritto»[4]. Esplicitiamone le ragioni.

La forza (di legge) rinvia all'essere, al fatto, all'effettività. Si muove sul piano esistenziale. Risponde della legge dell'efficacia. Di per sé, in linea teorica, è irrelata rispetto al diritto, al diritto come dover-essere, al diritto valido. Riguarda la sua realizzazione, la sua applicazione, il suo compimento. È, con altro lessico, un tipico dispositivo. Lo stesso sintagma «forza di legge» è aporetico: è l'essere del dover-essere, il dover essere che *è*, quindi non dover-essere. E' aporetico come lo è la normatività del fattuale, di cui la prima è il rovescio. Entrambe incrinano la Grande divisione tra fatto e norma/valore, condannata

[1] C. SCHMITT, *Tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2013, 18.

[2] *Ivi*, 66.

[3] È l'idea dominante a partire da un libro delle 'origini', G. FERRARI, *Formula e natura dell'attuale decretazione con valore legislativo*, Milano, Giuffrè, 1948, 36 e 70, nota 41, ove il valore di legge è la forza di legge, l'efficacia, gli «effetti formali della legge» fino a, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, § 2, che assimila il decreto legislativo e il decreto-legge «ai quali è espressamente conferita efficacia (o forza o valore, come si esprime senza differenze la Costituzione) di legge». L'indistinzione è comune nel linguaggio della Corte, a partire dalle decisioni nn. 26 del 1966 e 79 del 1970.

[4] Adeguo, con un po' di libertà, le formule di H. HOFMANN, *Il diritto del diritto, il diritto del potere e l'unità della costituzione*, Mucchi, Modena, 2013.

dalla tesi della fallacia naturalistica[5]: dalla forza, da un fatto, violenza o meno che sia, non si passa mai al diritto.

Il valore (di legge) porta, invece, al dover-essere e non all'essere. Il suo etimo – *valeo* – rinvia, più che alla forza fisica, al «poter disporre» (*walten* in tedesco). Il valore vale, non è. Il valore è normatività, più in generale idealità, la sua specifica forma di esistenza è la validità. In tedesco, *geltung* al femminile significa validità (sintattica), al maschile valore. Il problema del valore è, con molta approssimazione, quello kantiano della deduzione trascendentale, nel senso che è nell'«essenza stessa del criticismo», perché criticare significa distinguere il diritto dal fatto, il dover essere dall'essere, a seguire il valore dall'esistente [6]. La dicotomia tra valore e essere è sviluppata, a partire dalla logica di Lotze[7], dalla Scuola neokantiana di Marburgo: allo statuto della fatticità proprio dell'essere, delle cose, si oppone lo statuto della validità proprio dei valori, più precisamente dei giudizi di valore, che appartengono, seppure ne sono distinti, al genere delle idee (platoniche) e delle leggi. La categoria del valore di legge, quindi, conosce 'puramente' il diritto come diritto, come dover-essere e non sul piano dell'essere. E la validità 'pura' della legge come statuto del valore, del dover-essere che in quanto tale non *è*, si oppone allo statuto della fatticità intesa come effettività o, più estesamente, come essere e, in pari misura, a quello del valore inteso come virtù, come giustizia. Così pensato, il 'valore' di legge è un altro modo di guardare al diritto valido che, come il valore, è concetto relazionale[8], perchè dipende dal confronto con uno schema, con un modello. Il valore è tale in forza di un fondamento e di un giudizio, appunto, di validità e, a sua volta, fonda un giudizio, una 'valutazione'. Nel definire il valore, siamo sempre nella dimensione della relazionalità, in un gioco continuo di rimandi. In questo preciso senso il valore ha un'origine economica. Misura e compara beni diversi: il valore ne è il parametro perché li correla ma non ne dipende, è l'unità di misura, quindi è invariabile.

Dogmaticamente, il valore di legge è ciò che contende il campo alla forza di legge, perché nel testo costituzionale l'efficacia è distinta dalla validità. E il

[5] E ciò perché fatto e diritto si intrecciano, si sovrappongono, si contaminano, ma co-esistono, quindi hanno una esistenza autonoma: R. BIN, *Normatività del fattuale*, Piccole Conferenze, a cura di Aljs Vignudelli, Mucchi, Modena, 2021.

[6] C. ROSSO, *Figure e dottrine della filosofia dei valori*, Guida, Napoli, 1973, 18-9.

[7] H. LOTZE, *Logik. Drei Bücher vom Denken, vom Untersuchen und vom Erkennen*, Hirzel, Leipzig, 1874, 506 ss. Sul rapporto in Lotze tra valore e validità e sul debito contratto dai neokantiani almeno S. BESOLI, *Il valore della verità. Studio sulla «Logica della validità» nel pensiero di Lotze*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1992 e B. CENTI, *Realtà, validità e idee nel pensiero di Lotze*, in *Riv. storia della filosofia*, vol. 52, 1997, n. 4, 705 ss.

[8] Secondo C. ESPOSITO, *Decreto-legge,* in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 838, invece, la forza di legge è concetto relazionale. Seppure per ragioni diverse, anche per G. QUADRI, *La forza di legge*, Giuffrè, Milano, 1979, 15 ss., la forza di legge è «concetto di relazione», nel senso che rinvia alla posizione della legge rispetto agli altri atti-fonte dell'ordinamento.

testo lascia un interstizio all'auto-*nomia*, in senso proprio, del valore di legge dalla forza e apre alla identificazione tra legge e valore. Ma per riempire di 'senso' quell'interstizio testuale occorre esperire una 'genealogia' dei due concetti nel diritto positivo. Non può che muoversi da quello più antico, la forza di legge, per seguirne i movimenti dal suo principio, quando, in origine, vi era solo 'forza' di legge, fino alla scrittura, in-decisa, del testo costituzionale vigente, in cui compare il predicato 'valore'.

2. La *force de loi* nella Rivoluzione: il «valore senza pari»

La «forza di legge» è tutt'uno con la dottrina rivoluzionaria francese della legge come deliberazione dell'Assemblea rappresentativa della nazione e, quindi, come deliberazione della nazione.

L'espressione *force de loi*, accolta in tutte le Costituzioni rivoluzionarie francesi[9], rinvia alla legge parlamentare come «potere iniziale», «primario», «statutario», «originario» e «sovrano» in quanto deliberazione del 'Corpo legislativo', che è, rappresentativamente, espressione del sovrano, della volontà del popolo sul popolo e, quindi, espressione della volontà generale[10]. In quella dottrina e in quel diritto positivo, che predica delle deliberazioni del Parlamento ciò che Rousseau riferiva alla deliberazione del popolo[11], non esiste il gradualismo tra norme, non conta di per sé la creazione di diritto mediante altro diritto, non vi è relazione gerarchica tra norme sulla produzione giuridica e norme prodotte, che nelle prime hanno il fondamento di validità, ma vi è il gradualismo tra organi, tra il Parlamento, che è il rappresentante della nazione sovrana e, quindi, sovrano e gli altri, che sono «agenti», «semplici autorità», «funzioni», che eseguono/applicano [12]. Si dà – come si darà nel diritto costituzionale

[9] Cfr., tra le molte succedutesi, Costituzione del 1791, tit. III, c. III, sez. 3, art. 6, che dispone che «i decreti sanzionati dal Re, e quelli che gli saranno stati presentati per tre legislature consecutive, hanno forza di legge, e portano il nome e l'intitolazione di Leggi».; v. anche Cost. an. III, art. 92 e, dopo le Costituzioni giacobine, legge costituzionale 25 febbraio 1875, art. 1. Sulle prime, almeno, C. GHISALBERTI, *Le costituzioni «giacobine» (1796-1799)*, Giuffrè, Milano, 1957.

[10] Per tutti, sull'idea della (e al contempo sulla critica alla) legge come «*pouvoir initial*» R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim* e spec. 33 ss.

[11] In questo spostamento sta tutta l'ambiguità del diritto rivoluzionario francese, la cui origine è nell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che, dopo aver disposto che «la legge è l'espressione della volontà generale», perché su quella volontà deve essere fondata, prescrive che «tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione». Lascia aperta sia la forma identitaria che quella rappresentativa della volontà generale. La prima è rousseauviana. La seconda, e con essa la dottrina rivoluzionaria, no, perché Rousseau ha dimostrato che il popolo non può essere né sostituito né rappresentato per l'esercizio della sua sovranità. Discorre di «interpolazione» nell'art. 6 del principio di rappresentanza alla «dottrina democratica della legislazione» di Rousseau H. HOFMANN, *Il diritto del diritto*, cit., 25-6.

[12] Quella dottrina, le sue connessioni e i suoi errori, vive con una notevole sistematicità nelle pagine di R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni*

contemporaneo – una corrispondenza tra la gerarchia delle fonti e quella degli organi, ma ciò che rileva è che qui non è la costituzione che fonda la competenza legislativa del Parlamento. La «forza di legge» è il suo «*valore* senza pari», la sua «qualità sovrana», che gli deriva dalla qualità del suo autore di rappresentante della nazione e, perciò, di sovrano: la legge è l'atto con cui si manifesta la volontà del sovrano[13]. Non vi è alcun spazio di riserva per «un eventuale scarto tra la legge e il suo fondamento»[14].

Quel «valore di legge» è tutt'uno con la sua «forma» rappresentativa: «rappresentare» significa «volere per la nazione»[15] e, nello specifico, «fare le leggi che sono l'espressione della volontà generale significa rappresentare tale volontà»[16]. La fonte della forza di legge è la volontà generale, perché la volontà della nazione/popolo si esprime solo attraverso l'Assemblea dei *deputati* eletti: il Corpo legislativo, autorizzato e legittimato mediante le elezioni, rappresenta il (sta al posto del) corpo dei cittadini, che esiste prima del processo di rappresentanza[17]. La forza è una qualità, la «virtù sovrana» della legge, che è l'autovincolo del popolo e non la sua efficacia, il comando, l'obbedienza, perché non si comanda o ubbidisce a sé stessi[18]. È distinta, viene prima, della promulgazione e della pubblicazione.

Non rileva la distinzione tra la generalità o la concretezza del dispositivo. Non ha senso il dualismo 'tedesco' tra legge materiale e legge formale e non si può dare la dissociazione tra «forza» e «valore di regola legislativa» che affliggerebbe la seconda[19]: o la legge è formale o non è; quindi, la stessa espressione legge formale è un pleonasmo[20]. Il che significa che non esistono norme di per sé legislative, ma la natura legislativa di un atto dipende dalla deliberazione del Parlamento e, dunque, valore e forza coincidono: diversamente il Parlamento non sarebbe sovrano.

A catena, non tiene la separazione tra potere costituente e costituito. È vero che la natura del potere costituente del popolo nella teoria rivoluzionaria è

del diritto positivo francese, Giuffrè, Milano, 2003, *passim* e spec. 35 ss., 44, 45 e 47; ID., *La legge,* cit., 31 ss. e 64 ss.

[13] R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto*, cit., 45 (l'enfasi è aggiunta); ID., *La legge*, cit., 35.

[14] F. FURET, *Introduzione*, in F. FURET (a cura di), *L'eredità della rivoluzione francese*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 11.

[15] R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge*, cit., 30.

[16] Letteralmente, R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 51, nota 15, 53 e 81; ID., *La legge*, cit., 35-7.

[17] R. CARRÈ DE MALBERG, *op. ult. cit.*, 26 ss. e 209.

[18] *Ivi*, 96, 200 ss. e spec. 208.

[19] *Ivi*, 21-2, 74-6 e 94-6.

[20] R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 50 ss.; ID., *La legge*, cit., 56 ss.

ambigua[21]. L'esaltazione del potere costituente come potere originario e incondizionato, come cominciamento assoluto e costruzione di un nuovo tempo, di cui è titolare il popolo/nazione e che sta prima di (e per questo sopra a) ciò che costituisce, è funzionale alla sovranità, alla indipendenza e alla libertà assoluta della nazione: è il culto dell'Essere supremo[22]. Quel potere costituente non è condizionabile dall'ordine giuridico preesistente: si oppone alla volontà del sovrano precedente. Nella stessa misura è fondativo e condizionante dell'ordine costituito: è volontà del nuovo sovrano. Anzi, la Costituzione fonda un ordine nuovo proprio perché è decisione del potere costituente della nazione. Ciò implica l'esclusione dell'onnipotenza dei poteri costituiti, che al più possono essere poteri di revisione della Costituzione. Ma se prima di tutto viene il popolo/nazione, non si vede perché la sua volontà debba esaurirsi in una sola, irripetibile e originaria, manifestazione: la nazione è sovrana, di una sovranità non solo permanente ma anche illimitata, se può sempre volere – seppure con la mediazione dei rappresentanti eletti – con la stessa intensità[23]. Non si vede cioè come distinguere la rappresentatività dell'Assemblea costituente da quella costituita nella medesima forma. Ecco che nel diritto positivo post-rivoluzionario, alla riduzione del potere costituente, dopo la sua prima ed unica manifestazione, a procedimento parlamentare di revisione nella Costituzione del 1791[24], è succeduto il noto divieto dell'art. 28 della Costituzione giacobina del 1793, in forza del quale una generazione non può assoggettare alle sue leggi le

[21] Quell'ambiguità è ricostruita accuratamente nei classici P. PASQUINO, *Il concetto di rappresentanza e i fondamenti del diritto pubblico della Rivoluzione: E. J. Sieyès* in F. FURET (a cura di), *L'eredità della rivoluzione francese*, cit., 309 ss.; P. COLOMBO, *Instaurazione mantenimento e mutamento dell'ordine politico. La Constitution nel lessico politico della Rivoluzione francese,* in *Filosofia politica*, XLII (1991), 303 ss. e ID., *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Giuffrè, Milano, 1993, 270 ss.; nella dottrina costituzionalistica, v. G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO e J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione,* Einaudi, Torino, 1996, 40 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 2004, 7 ss.

[22] H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Einaudi, Torino, 2009, 211 ss.

[23] Sempre che si riesca a risolvere il paradosso che affligge l'illimitatezza di ogni volere e, quindi, di ogni dottrina della sovranità illimitata: se il soggetto che vuole può porre limiti alla sua onnipotenza, se può stabilire di non volere più, non è per ciò stesso onnipotente perché ha un limite; se non può porre limiti, non è onnipotente, perché non dispone di quello specifico potere di porre limiti.

[24] Il potere costituente scompare in Carrè de Malberg perché passa dal potere costituente del popolo/nazione alla sovranità dell'assemblea rappresentativa. L'assemblea rappresentativa, per essere sovrana, deve imporre la *mise en forme* del potere costituente: l'esito è lo scivolamento del potere costituente in potere di revisione o comunque la sua irripetibilità. Ciò che di assoluto e informe viene prima e fuori dall'Assemblea rappresentativa, al più, rileva come questione di fatto: R. CARRÈ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'E'tat, spécialement d'après les donnés fournis par le droit constitutionnel français,* Paris, t. II, 1922, 493 ss.; ID., *La legge,* 125 ss. Sul potere costituente in Carrè de Malberg A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002, 99 ss.; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale,* Il Mulino, Bologna, 1994, 226-7.

generazioni future. Una legge non è abbastanza forte da vincolare quelle successive, perché – secondo i termini del coevo dibattito che negli Stati Uniti opponeva Paine e Jefferson a Madison – una volontà non può obbligare sé stessa: «ciò che il popolo in quanto tale si è dato, il popolo in quanto tale può togliersi»[25]. Una Costituzione che fosse vincolante, che fosse superiore gerarchicamente alla legge, non sarebbe democratica. La forza di legge riemerge nella ripetibilità dell'inesauribile potere costituente che è indistinguibile dal potere legislativo costituito.

Si livella il rapporto tra costituzione e legge, in quanto entrambe hanno la medesima forma, sono entrambe il prodotto di una Assemblea rappresentativa della volontà generale e egualmente sovrana, sia che si tratti dell'Assemblea nazionale, costituente, che del Corpo legislativo, costituito[26]. Non vi è differenza qualitativa perché «il sovrano rimaneva vivo nella Costituzione, permaneva cioè nella legge»[27]. L'una non può vincolare l'altra e non ha senso sottrarre ai poteri costituiti la disponibilità dei diritti e delle competenze fissate dalla costituzione. Prima di tutto, all'origine di tutto, c'è la nazione e la sua volontà generale, poi la costituzione e le altre leggi; e la legge, benché regolata dalla costituzione, non deriva la sua 'forza' dalla costituzione, ma dalla nazione rappresentata in Parlamento. La costituzione non conferisce la sovranità al Parlamento, ma la riconosce come un fatto, che preesiste ed è indipendente da una norma di diritto. Se un organo è riconosciuto come sovrano, come libero, dalla costituzione, significa non che la costituzione abbia conferito un'abilitazione generale, ma che l'organo non ha bisogno di essere abilitato. Le leggi non sono meno rappresentative e meno autonome della costituzione: non si saprebbe dimostrare perché in un dato momento un'Assemblea è più originaria, più costitutiva, di un'altra, se è formata e delibera nello stesso modo, se non ricorrendo alla metafisica della 'pienezza dei tempi', dell''epoca'. Il discorso non cambia se si prevede che le leggi di revisione costituzionale siano deliberate da un'Assemblea nazionale e non da due Camere separatamente: cambia poco. La forza di legge è una perché ciò che il Parlamento delibera è sempre espressione della volontà generale, rappresenta sempre la nazione, sia che si chiami costituzione, legge o legge di revisione costituzionale: è una come una è la volontà generale e la sovranità. La forza o è una o non è. E la posizione della regola di chi è legislatore e di come legifera non determina la superiorità di 'grado' della costituzione, se la revisione è deliberata con un procedimento ordinario e se la legge non ha altro giudice che il Parlamento.

[25] S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO e J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione,* Einaudi, Torino, 1996, 182.

[26] R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 77 ss. e 84 ss.; ID., *La legge*, cit., 145 ss.

[27] M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Piccole Conferenze a cura di Aljs Vignudelli, Mucchi, Modena, 2021, 17.

Non può avere senso la riserva di legge, in quanto la costituzione non può 'concedere' alla legge competenze o materie e, cioè, limitare la legge, perché prima della costituzione viene la nazione, la volontà generale, rappresentata nella legge parlamentare, che è originaria, sovrana e illimitata. Se la costituzione prevedesse riserve di legge, significherebbe che la legge ha concorrenti e che la legge non è più sovrana, perché non potrebbe decidere il conferimento di abilitazioni speciali all'esecutivo[28]. Per le stesse ragioni non può neppure darsi la delega legislativa, la delegazione all'esecutivo di atto con forza di legge: non perché il Parlamento, che è divenuto il sovrano, non possa disporre della propria competenza, di cui dispone perché può modificare l'ordine costituzionale delle competenze, ma perché il potere legislativo, cioè il potere di enunciare la volontà generale, può essere esercitato solo dall'organo che, per la natura elettiva, rappresenta quella volontà. Per questo il parlamento non può trasmettere a nessun'altra 'autorità' la qualità di rappresentante e, con essa, l'esercizio e men che meno la titolarità del potere di legiferare: strumentalizzando Rousseau, la sovranità del Parlamento è intrasmissibile[29]. L'impensabilità della delega è tutt'uno con la derivazione della forza di legge dalla sua origine e forma parlamentare, l'unica incondizionata e sovrana: ciò che è delegato non può essere originario[30].

Al contrario, l'esecutivo adotta regolamenti, «diritto secondario»[31], che necessitano della previa abilitazione del Parlamento, che serve perché l'esecutivo non ha alcuna attribuzione originaria. L'abilitazione parlamentare, che ne è fondamento di validità, deve essere speciale, a dire che si consente al delegato l'esercizio eccezionale di una competenza che è del delegante; ove la abilitazione fosse generale, disposta con una regola generale, si avrebbe una attribuzione di competenza. La costituzione, per suo conto, non è semplicemente indifferente: non potrebbe affatto abilitare direttamente il Governo e men che meno contenere riserve di regolamento perché la nazione e la sua volontà rappresentata permanentemente nel corpo legislativo non sarebbe più sovrana[32]. A rovescio, la libera conferibilità, la 'concessione', con legge della potestà regolamentare all'esecutivo prova che la costituzione ha eguagliato a sé la legge,

[28] R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge*, cit.,123.

[29] L'argomento malberghiano riecheggia nella dottrina italiana che, contro la legittimità della delegazione legislativa, ha ritenuto che il Parlamento non poteva delegare i poteri ricevuti dal popolo, previa delega: S. GALGANO, *Contributi alla dottrina delle delegazioni legislative. I pieni poteri del secolo scorso in Italia*, in *Riv. int. di scienze sociali e disc. aus.*, 1920, 82, 3 ss. Concatena, invece, alla delega rappresentativa del popolo al parlamento quella dal parlamento al Governo che adotta le leggi delegate 'in nome' e 'in luogo' del potere legislativo G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in ID., *Scritti vari di diritto pubblico,* Giuffrè, Milano, 1955, 153.

[30] R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica,* cit., 133; ID., *La legge,* cit., 99-108.

[31] R. CARRÈ DE MALBERG, *La legge*, cit., 62.

[32] R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 81 ss.

che la legge è potere costituente[33]. Ma questo non significa che i regolamenti siano gerarchicamente sotto-ordinati alla legge, perché non appartengono allo stesso ordine. La differenza di grado, la relazione gerarchica, presuppone atti della stessa «specie» e «natura», comparabili, ma tra gli atti legislativi e quelli solo legali l'eterogeneità è tale che non può darsi alcuna relazione[34]. La differenza è di «natura», di «valore», rimanda alla differenza di qualità tra l'organo rappresentativo e sovrano e i poteri esecutivi, amministrativi e giudiziari: solo il primo, a rigore, crea nuovo diritto, pone norme, che «sono fattori costitutivi dell'ordinamento»[35] e, in ogni caso, solo la legge, generale o individuale che sia, crea diritto della «comunità»; i secondi, contro la nomodinamica kelseniana, necessitano della manifestazione legislativa preliminare e, dunque, non creano mai ciò che prima non c'era e, comunque, nei casi eccezionali in cui creano nuovo diritto, creano solo «diritto particolare», di una parte e non della comunità, della universalità dei cittadini[36]. Il diritto legislativo è diritto di specie e qualità diverse da quello creato dalle autorità esecutive: è una dualità che replica la differenza che esiste tra il sovrano e il funzionario, che rompe l'unitarietà dell'ordinamento giuridico e che mette fuori gioco la semplice differenza di grado.

Non si può neppure pensare un sindacato giurisdizionale della legge: è il principio della *loi-écran*, ove la 'forza' di legge è 'schermo' al proprio sindacato e a quello degli atti amministrativi che ne sono diretta applicazione[37]. La legge è valida perché esiste, cioè per il solo 'fatto' di esistere. Anzi la costituzione non deve neppure contemplare il 'potere', più correttamente, l'«autorità» giudiziaria, che deve trovare il solo e diretto fondamento nella legge. L'unico «potere» in senso proprio è quello legislativo: fuori da quello vi è l'«abisso giuridico». Tutto si tiene.

Per ora il punto è che la forza di legge nasce come una qualità della legge

[33] Nella dottrina rivoluzionaria la 'abilitazione' non può essere una autorizzazione, ma è necessariamente una 'delegazione' in senso proprio, una concessione, perché nessuna competenza normativa dell'esecutivo può preesistere al (o co-esistere col) potere legislativo. Ma se così è, allora, il dualismo tra legge formale e legge materiale, scartato, riemerge, perché solo così si spiega l'indelegabilità della legge formale, dell'atto con forma/forza di legge, e la delegabilità di una potestà legislativa in senso materiale. Si pone, però, un problema: se la legge è la forma di manifestazione della volontà del Corpo legislativo, in quanto rappresentativo della volontà generale, come può quel Corpo essere al contempo titolare di una potestà che, proprio perché regolamentare, esecutiva, non è manifestazione della volontà generale? Ma se non fosse una competenza originariamente propria, non potrebbe delegarla. Resta, in ogni caso, che si tratta di un dualismo tra legge in senso materiale e formale differente da quello della dottrina tedesca: lì aumenta quantitativamente e qualitativamente i poteri dell'esecutivo, qui è orientato alla sua limitazione.

[34] R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 96 e 162-3; ID., *La legge*, cit., 23 e 49 ss.

[35] R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 148.

[36] *Ivi*, 163 ss. e spec. 164, nota 36.

[37] L'espressione in corsivo è mutuata dal noto caso Arrighi, deciso da *Conseil d'Etat,* 6 novembre 1936, in *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, 1936, 966.

derivata dal legislatore, come una forza che deriva dalla sua forma, nello specifico dalla forma rappresentativa del potere che la produce, che unifica costituzione e legge in quanto entrambe produttive di un nuovo ordine e nega la gerarchia tra norme. È tutt'uno con il suo fondamento, con la sua origine: è potere 'iniziale'. È un predicato del potere e non dell'atto. E' potenza. Anche il re faceva la legge, ma la forza della sua persona era esattamente ciò che faceva scomparire la forza di legge.

Non si tratta qui di mettere in questione i presupposti teorici su cui la dottrina rivoluzionaria della forza di legge si regge, ovvero la sovranità parlamentare fondata sulla triplice equi-valenza tra volontà parlamentare=volontà popolare=volontà generale e l'insignificanza logica della creazione di chi è legislatore e di cosa sia legge al fine di determinare la superiorità della Costituzione. Né interessano di per sé le conseguenze dogmatiche che ne sono derivate, che non riguardano il diritto costituzionale vigente. Potrebbero interessare solo ove si ri-fondasse una genealogia comune tra costituzione e legge.

Interessa, però, che, esaurite le dottrine rivoluzionarie e mutato il diritto costituzionale, la locuzione forza di legge è rimasta nel diritto della «reazione e restaurazione»[38] delle monarchie.

È così transitata nel diritto legislativo nella vigenza dello Statuto albertino, che non regolava le condizioni della propria modifica, affidava l'interpretazione delle leggi esclusivamente al potere legislativo e non disponeva espressamente il controllo giurisdizionale delle leggi. È stata ri-convertita nella Costituzione vigente, che istituisce un procedimento rin*forzato* per la propria revisione e integrazione e il sindacato giurisdizionale delle leggi e degli atti che hanno, appunto, la «forza di legge». Ma alla forza di legge la Costituzione vigente affianca, con espressione 'originale', il «valore di legge».

Seguiamo i passaggi di queste conversioni, di questi spostamenti.

3. La forza di legge nello Statuto albertino: la distanza dall'origine

È giudizio comune, nella storia costituzionale, che nella vigenza dello Statuto albertino la «forza di legge» è la manifestazione sensibile, il 'simbolo', della riduzione della Costituzione a atto politico, *droit politique*, della «politicizzazione della costituzionalità»[39]. Quella riduzione esclude la superiorità gerarchica dello Statuto rispetto alla legge e la sua giustiziabilità e significa ordine «legicentrico»[40]. La validità di legge non è conformità alla previa norma

[38] F. ENGELS, *La lotta di liberazione in Italia e la causa del suo attuale insuccesso (12 agosto 1848)*, in K. MARX, F. ENGELS, *Opere complete*, VII, Ed. Riuniti, Roma, 1972, 398.

[39] Il virgolettato è tratto da G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. II – Il popolo delle scimmie*, Giappichelli, Torino, 2015, 403-5.

[40] U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni,* Il Mulino, Bologna, 2014, ed. ebook, pos. 608.

statutaria.

Bisogna capirsi. Può anche dirsi che, se lo Statuto non è legge suprema, o perché può essere modificato dal potere legislativo in quanto non è rigido o perché è flessibile proprio perché può essere modificato, tutte le leggi sono supreme e la forza di legge è onni-potenza in ogni tempo. La legge è così la fonte 'primaria', la «fonte più alta, che le altre condiziona, senza essere da nessuna altra condizionata» e 'sovrana', poiché è l'ultimo grado delle fonti di produzione: presiede alla gerarchia delle fonti, anzi la rende pensabile, perché la forza di legge implica la «differenziazione di *forza* od efficacia delle diverse fonti»[41].

È, però, tutt'altro dall'onni-potenza del 'corpo legislativo', dalla *force de loi*. Non è di certo l'Essere Supremo. Non ci si riferisce al giudizio storico di debolezza del Parlamento e al conseguente errore di legare la «strana» flessibilità dello Statuto a un, malinteso, principio di supremazia parlamentare, di «onnipotenza del legislatore»[42]. Ci si riferisce al mutamento qualitativo della *forza* di legge al mutare della *forma* di legge.

Nello Statuto non compare il sintagma «forza di legge». La legge fondamentale della Monarchia 4 marzo 1848, n. 674, che ha concesso e fondato l'ordine statutario, non è prodotta «da un'Assemblea costituente, né da un atto rivoluzionario, ma dai gentiluomini piemontesi convocati dal re Carlo Alberto», che scelgono il termine minimale Statuto in luogo di Costituzione, che «sapeva troppo di Rivoluzione»[43]. Non poteva non riprodurre in una qualche misura la propria origine nella forma legislativa che istituiva. Così, la legge non è la deliberazione parlamentare, ma, nella lettera degli artt. 3, 7 e 56, è atto collettivo del Re e del Parlamento. In ogni caso, disgiunta la rappresentanza della nazione dalla sovranità del popolo o, che è lo stesso, il principio rappresentativo dal principio elettivo, non è la proiezione nella produzione del diritto della sovranità del corpo politico che rappresenta la volontà generale. Lo Stato, ai sensi dell'art. 2, è «monarchico rappresentativo». La legge è 'suprema' manifestazione della volontà dello Stato, ma, nel governo duale che si sostituisce al

[41] Secondo la nota definizione di V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 777-8.

[42] Svelato da G. REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, Il Mulino, Bologna, 2011, ed. ebook, pos. 1119-37.

[43] *Ivi,* pos. 30 e pos. 592 e negli stessi termini G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. I – L'Italietta (1861-1915)*, Giappichelli, Torino, 2009, 23. Più di recente, sul ripudio della nozione ««terribile» di potere costituente» della nazione/popolo all'origine della concessione regia dello Statuto almeno C. DE FIORES*, La genesi dello Statuto Albertino e le sue implicazioni sugli sviluppi della forma di governo,* in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo,* disponibile in *Consultaonline*, 2.

monismo rivoluzionario, è manifestazione della sovranità del Re in Parlamento[44]. È cambiato il sovrano. Il che significa che le Camere «rinunziavano a proporsi in senso costituente, come rappresentanza esclusiva della nazione, al di là e senza la monarchia»[45].

Ciò significa che la forza di legge, allusa ma non scritta nel testo, non è più la forma rappresentativa 'iniziale', originaria, del diritto rivoluzionario. Il punto è se, nella dissomiglianza dall'origine, la 'forza' di legge sia rimasta propriamente tale, suprema, illimitata e insindacabile, seppure con-divisa da Re e Camere[46]. Non mettiamo in questione né le intenzioni del Re concedente, né l'interpretazione ed applicazione dell'epoca liberale, ma ci limitiamo alle implicazioni logiche dell'ordine interno delle fonti disegnato dallo Statuto.

Se ci atteniamo al testo statutario, alle sue pieghe, la forma di legge è istituita, costituita, come potere permanente dallo Statuto, che è norma sulla produzione, con quel tanto di gerarchia strutturale che pertiene alle norme che regolano la produzione di altre norme[47]. La legge non è, poi, l'unica norma giuridica riconosciuta nello Statuto e non fonda la validità delle altre fonti: non è la fonte delle fonti. Compaiono, infatti, nelle disposizioni statutarie sui diritti dei cittadini e sull'organizzazione dell'ordine giudiziario e delle istituzioni territoriali locali riserve di legge; un po' ovunque sono sparsi semplici rinvii alla legge quale prosecuzione dello Statuto. Ma la preferenza per la legge, su cui le riserve, se non i rinvii, si fondano, implica la concorrenza tra più fonti del diritto e limita il potere del legislativo di concedere, conferire, abilitazioni all'esecutivo. In ogni caso, lo Statuto pone un ordine che precede la legge e ne predetermina in qualche misura i compiti. L'art. 6 attribuisce direttamente al Re il potere di adottare i decreti e i regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza

[44] Sul Re in Parlamento, come patto che fonda e garantisce lo Statuto, vi è ora lo studio di F. FERRARI, *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle* Chartes *francesi al* Political Constitutionalism, FrancoAngeli, Milano, 2018, spec. poss. 1946 e 2088.

[45] A. CARDONE, *«Dimmi quanto è rigida la tua costituzione e ti dirò come intendere il suo procedimento di revisione» Brevi note sul rapporto tra forma e sostanza nella revisione costituzionale*, in ID. (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione. Seminario fiorentino 13 febbraio 2014,* Esi, Napoli, 2014, 264.

[46] In linea generale, nella monarchia costituzionale (e parlamentare) ottocentesca la sovranità legislativa resta tale, suprema e non limitata, seppure sia condivisa tra monarca e borghesia, tanto da consentire il sindacato giudiziale di legalità solo degli atti del re, per O. CHESSA, *La scomparsa della sovranità. Sul costituzionalismo come ideologia e mitologia*, in *L'Ircocervo*, 2020, n. 1, 20.

[47] Perviene a qualificare la specifica norma statutaria dell'art. 3, che costituisce l'esercizio collettivo del «potere legislativo», come disposizione 'rigida', materialmente e non solo strutturalmente superiore alla legge regolata e, quindi, immodificabile, in quanto specchio della decisione politica fondamentale che regge lo Statuto, il patto, seguito al conflitto, tra Re e Parlamento (borghesia), F. FERRARI, *op. cit.*, poss. 478, 2021, 2088 e 2151, sulla scia di R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano,1996, 91.

che questi possano sospenderne o dispensarne l'osservanza[48]. La disposizione, di certo, significa che il potere regolamentare è direttamente attribuito al Re dallo Statuto, dalla legge istitutiva e non dalla legge istituita. L'art. 6 consente – o forse addirittura esige – che la legge, regolata agli artt. 3, 7 e 56, conferisca la specifica potestà di ordine materiale al Governo. Ma la legge non è la norma che fonda la competenza regolamentare: lo Statuto è la norma attributiva della competenza.

Ad ogni modo, dalla disposizione statutaria si trae la norma che i decreti e i regolamenti dell'esecutivo non hanno forza di legge, perché non possono derogare o sospendere leggi: diversamente, il divieto dell'art. 6 non avrebbe alcun senso[49]. Quindi, anche qui il Parlamento non può dis-porre della forza di legge, delegandola o attribuendola a decreti reali. Muta, però, la ragione dell'indisponibilità della funzione legislativa rispetto alle Costituzioni rivoluzionarie. Lì il Parlamento, che è il sovrano, dispone della propria competenza, perché può modificare l'ordine costituzionale delle competenze, ma il potere legislativo, cioè il potere di enunciare la volontà generale, può essere esercitato solo dall'organo che, per la natura elettiva, rappresenta quella volontà. Qui, la legge non è prodotta dallo stesso soggetto che ha fondato l'ordinamento: tra lo Statuto e la legge non vi è più quella corrispondenza di soggetto e forma che, nelle dottrine rivoluzionarie, univa Costituzione e legge, ma vi è eteronomia. L'uno è atto del Re, l'altra è patto tra Re e Parlamento. Ne deriva che lo Statuto è il fondamento dell'ordine materialmente costituzionale delle competenze e la legge, dal medesimo costituita e regolata, non può disporre della propria specifica competenza, appunto, perché, formalmente e strutturalmente, etero-fondata. Più precisamente, la legge non può disporre della propria forza perché non dispone della forma degli atti adottati nell'esercizio della competenza attribuita, ma se non dispone della forza di legge non è ammessa alla creazione di fonti concorrenti e non può delegare né l'esercizio, né tantomeno la titolarità, della funzione legislativa al Governo. In una, la disciplina statutaria delle competenze le sottrae alla disponibilità del legislatore perché questo non coincide con chi ha posto lo Statuto. Se così è, la forza di legge è una, è la forma di legge o più propriamente l'efficacia degli atti formalmente legislativi. Nelle parole della dottrina di allora, la «forza di legge» è «l'efficacia dell'atto», è l'effetto proprio della forma legislativa, di quella manifestazione di volontà rispetto alle

[48] Sulla disposizione, valga per tutti M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del Governo. Dalla Francia d'*ancien régime *all'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. 171 ss.

[49] Nella dottrina di inizio secolo il punto era pacifico: F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo: legge ed ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. 3, Società editrice Libraria, Milano, 1901, spec. 193 ss.; F. RACIOPPI-BRUNELLI, *Commento allo statuto del Regno*, UTET, Torino, 1909, I, 314 ss.

volontà manifestate dagli altri organi ovvero «è una qualità» dell'atto e «non un potere dell'organo competente a emanarlo»[50]: non è più la competenza di un organo. Se fosse un potere dell'organo legislativo, questi potrebbe disporne, rinunciarvi o trasferirlo: «non è il potere legislativo che ha la competenza di emanare atti con forza di legge, ma sono gli atti del potere legislativo che hanno la forza di legge»[51]. La forza di legge non è patrimonio disponibile del 'corpo' legislativo, costituito dallo Statuto. A rovescio, proprio la sottrazione al potere legislativo della competenza, sovrana, di disporre dei propri atti e di graduarne la forza significa che quel potere non è superiore agli altri, non vi è gradualismo tra organi, ma è, al pari degli altri, manifestazione dell'unitaria volontà dello Stato.

Con coerenza, a differenza delle costituzioni che celebravano la *force de loi*, l'«ordine giudiziario» compare nel testo statutario. Vero è che, nell'assenza di una gerarchia materiale tra le (poche) norme statutarie sostanziali e le norme legislative successive, la statutarietà materiale della legge era insindacabile. Ma l'inesistenza di un controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto vivente del regime statutario non ha a che vedere con la natura flessibile dello Statuto e, quindi, con una irresistibile forza di legge: la giustizia costituzionale era semplicemente impossibile in una costituzione dualista che si fondava sull'equilibrio tra monarchia e rappresentanza borghese, sull'in-decisione di una sovranità che non doveva essere decisa[52]. In ogni caso, quella insindacabilità presuppone una legge che esista come tale: è dunque esercitabile – ed esercitato nell'ordinamento statutario – almeno un controllo formale sull'esistenza della legge (ovvero sull'esistenza della deliberazione parlamentare e della sanzione regia). Il che, però, dimostra che i giudici 'riconoscevano' una qualche rigidità allo Statuto, per lo meno alla sua regola di produzione legislativa[53]. Resta che la forza di legge non ha più nulla del potere iniziale e illimitato del diritto rivoluzionario: non ha più nulla a che vedere con quella specifica idea di sovranità parlamentare e, con essa, di illimitatezza della deliberazione parlamentare.

Così posta, la questione della forza di legge si sovrappone, ma non coincide affatto con la decisione della natura dello Statuto, della sua rigidità o flessibilità.

[50] Il virgolettato è tratto da E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, Cedam, 1932, 33-4, che, però, fonda quella conclusione non già sulla lettera degli artt. 3 e 6 dello Statuto, ma sull'assunto teorico che il legislatore non può disporre della forza di legge, della propria competenza, perché è impossibile graduare l'intensità della volontà statuale. Così l'argomentazione si complica perché bisogna spiegare perché non è ammissibile la graduazione della volontà statale teoricamente e, comunque, in base allo Statuto.

[51] *Ivi*, 35.

[52] P. PINNA, *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 24-9.

[53] Da ciò si è dedotto che proprio il sindacato formale sulla legge svela la componente 'pattizia' di rigidità dello Statuto, che implica la protezione della possibilità di concorrere alla produzione della legge, appunto, fondata sull'accordo Re/Camera dei deputati: così F. FERRARI, *op. cit.*, poss. 2151-84.

Va da sé che la conclusione cui si è giunti si rafforza ove si ritenga che lo Statuto contenga, in una qualche misura, un po' di rigidità, un po' di resistenza ad essere modificato con la forma di legge istituita, per il silenzio sul procedimento di modifica[54] o già solo perché documento scritto e, dunque, naturalmente rigido. La rigidità, nella misura in cui crea il grado costituzionale, aggiunge la gerarchia materiale all'eteronomia formale e strutturale della legge costituita rispetto alla fonte costituente, della norma prodotta rispetto alla norma sulla produzione. A maggior ragione la legge non può disporre di sé e della forma della competenza attribuita. Al contrario, ove si ritenga che proprio l'assenza della previsione espressa di un procedimento speciale di revisione statutaria, del grado statutario, e di un sindacato giurisdizionale sulle leggi renda lo Statuto una legge inidonea a limitare le leggi successive, potrebbe concludersi che il legislatore costituito possa, con disposizione espressa e nel rispetto della forma vigente di esercizio del potere legislativo, disporre di sé medesimo e delle norme costitutive della propria competenza e, quindi, istituire fonti con forza di legge a sé concorrenti e diversamente fondare la potestà regolamentare. Nello specifico, la forza di legge potrebbe essere trasferita ad altri organi, anche non rappresentativi, una volta venuta meno l'ipoteca rivoluzionaria della forma rappresentativa del legislativo. Ma se il potere legislativo dispone della propria competenza, decide l'efficacia dei propri e degli altrui atti, decide chi è il legislatore, è potere costituente, se di potere costituente può parlarsi nel caso del Re in Parlamento. Per altra via, la forza di legge tornerebbe tutt'uno con la sovranità illimitata, ma si tratterebbe di una sovranità diversa, divisa, monarchico-parlamentare.

Qui, però, non occorre rieditare i termini di quel dibattito, per due ragioni.

Dal punto di vista teorico, il problema lo si può risolvere prescindendo dalla manichea distinzione rigidità/flessibilità. Può argomentarsi che, benché lo Statuto non ponga limiti procedurali espliciti alla propria modifica e questo possa significare modificabilità con legge, la forza di legge è per lo meno limitata dalle disposizioni statutarie che contengono direttamente norme attributive di competenze che, in quanto norme sulle norme, sono logicamente anteriori rispetto alle altre perché dicono chi e come produce norme[55]. Se si accetta l'idea del diritto prodotto attraverso il diritto, il diritto che viola la regola prestabilita sulla sua produzione è illegittimo. La gerarchia formale o strutturale tra norme

[54] A partire dalla tesi della immodificabilità, della eternità o più correttamente della perpetuità (considerato che l'eternità a rigore è fuori del tempo) della Costituzione come principio normologico di A. MERKL, *L'immodificabilità delle leggi, Principio normologico*, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè,1987, 142.

[55] Sull'indisponibilità dell'efficacia formale degli atti di competenza del legislatore, quindi della forza di legge, per l'inderogabilità delle disposizioni sulla distribuzione delle competenze, sia nel caso di Costituzioni flessibili che rigide, A. ALBERTI, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Giappichelli, Torino, 2015, 33 ss.

prescinde o almeno è distinta dalla gerarchia materiale tra fonti[56]. La norma che regola la produzione di un'altra è superiore rispetto alla norma prodotta anche ove non vi sia la forma costituzionale di legge, il 'grado' costituzionale. Le *meta*-norme, norme che qualificano altre norme, sono infatti «ragioni superiori su un piano linguistico», talchè se è vero che le norme giuridiche di fonte superiore sono sempre anche meta-norme, perché devono almeno stabilire chi produce diritto, non è vero che tutte le metanorme sono in una 'posizione' di superiorità: «la categoria del metalinguaggio è più potente, cioè più comprensiva, delle altre relazioni gerarchiche»[57]. La tesi, poi, è logica, 'naturale', perché ciò che è prodotto è condizionato dalla sua origine. Lo Statuto insomma è per lo meno una legge 'speciale' che può essere modificato con le forme istituite, ma non violato. Né nell'ordinamento statutario la legge istituita può appellarsi direttamente all'origine dell'ordinamento, per superare quella primazia logica, in quanto non vi è più corrispondenza tra il soggetto che ha posto la prima legge e il soggetto che fa le leggi. Potrebbe, addirittura, sostenersi che la regola statutaria costitutiva della forma legislativa limita materialmente – e non solo logicamente – la legge successiva in quanto la sua modifica equivarrebbe alla modifica della decisione politica fondamentale dualista su cui si sostiene lo Statuto e, quindi, ad una nuova Costituzione[58]. E, dal punto di vista del diritto posto, non può che presupporsi la resistenza dello Statuto al suo superamento.

In ogni caso, la questione teorica può essere accantonata perché il diritto legislativo ha dis-posto della forza di legge e, con essa, dello Statuto, decidendo l'alternativa[59]. Il legislatore, con l'art. 1, comma 1, n. 3, l. n. 100 del 1926, ha attribuito ai decreti reali di natura regolamentare la disciplina dell'organizzazione e del funzionamento delle Amministrazioni dello Stato «quand'anche si

[56] Si mutua la tassonomia elaborata da R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, n. 2, 470 ss., che esemplifica il caso della costituzione flessibile, che è sovraordinata alla legge secondo il criterio logico, poiché contiene norme sulla legislazione, ma, tuttavia, pari-ordinata ad essa secondo il criterio della forza, nel senso che la legge è autorizzata a derogare ad essa. Con minime variazioni, lo segue G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Piccole Conferenze, a cura di Aljs Vignudelli, Mucchi, Modena, 2016, 24 ss. Riscrive, invece, la gerarchia formale o strutturale come gerarchia logica tra «atti normativi» (e non tra norme) che, in quanto costante, originaria e bilaterale, è concettualmente distinta dalla gerarchia materiale che è gerarchia eventuale, derivata e trilaterale tra «norme sul mondo» incompatibili G. RESCIGNO, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *Dir. pubbl.*, 2010, n. 2, 1 ss.

[57] L'argomento tratto dalla teoria linguistica dei discorsi e metadiscorsi, del linguaggio-oggetto e del metalinguaggio, è in C. LUZZATI, *La teoria del diritto attraverso lo specchio*, Piccole Conferenze, a cura di Aljs Vignudelli, Mucchi, Modena, 2017, 13 e 43-4.

[58] E' l'argomento che fonda il nucleo di rigidità dello Statuto sull'assetto costituzionale dualista, sul patto tra Re e Parlamento, sviluppato, come già accennato, in F. FERRARI, *op. cit.*, *passim.*

[59] Áncora la natura rigida o flessibile di una Costituzione non già alle sue disposizioni, alla previsione o meno di un procedimento di revisione o di un organo supremo di controllo di costituzionalità, ma all'«uso che ne fanno coloro che con esse hanno a che fare» G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. I*, cit., 27.

tratti di materie sino ad oggi regolate per legge». Sono regolamenti, sostanzialmente, autorizzati o delegati all'abrogazione della legge[60]. Con l'art. 3, ha espressamente fondato il potere del Re di adottare atti con «forza di legge», previa legge di delegazione o nei casi straordinari di urgente ed assoluta necessità. Questi come quella sono insindacabili: l'insindacabilità è la conseguenza in sede giurisdizionale della forza di legge. Con una differenza: la legge formalmente valida (approvata, sanzionata e pubblicata) ha forza di legge, a prescindere dal contenuto; il decreto del re ha forza di legge se adottato previa legge di delega, quindi nei limiti della delegazione, sia che si ritenga norma (generale) di attribuzione della forza di legge l'art. 3, l. n. 100, sia che la norma attributiva sia la delega specifica adottata in forza dell'art. 3 o se fondato sulla necessità.

Può dubitarsi che la legge n. 100 'inventi' il potere costituente o che, comunque, crei la distinzione tra leggi ordinarie e leggi costituzionali in quanto non prevede aggravi procedurali. Crea una legalità costituzionale solo se si presuppone che siano leggi materialmente costituzionali quelle che regolano la produzione delle norme: il che è teoricamente sensato, ma indimostrabile in assenza di fondamento positivo della supposta 'materia costituzionale'. L'invenzione di una forma iniziale di rigidità costituzionale è, più fondatamente, avvenuta con l'esplicita introduzione, all'art. 12 della l. n. 2693 del 1928, di una legge aggravata per le «questioni aventi carattere costituzionale», tra le quali espressamente le leggi concernenti «la facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche»[61]: il che implica che, da un lato, senza quell'aggravio la legge è invalida o meglio non esiste quale legge costituzionale, dall'altro, leggi ordinarie non possono mutare quelle qualificate costituzionali, che costituiscono per le prime disposizioni immutabili.

Non pare, però, revocabile in dubbio che, poiché l'art. 3 della legge n. 100

[60] Il 'meccanismo' è stato solo perfezionato con la l. n. 1547 del 1940, che ha precisato che, nel caso di cui all'art. 1, n. 3, l. n. 100, i decreti reali possono essere emanati «anche quando si modifichino con esse disposizioni contenute in provvedimenti legislativi emanati prima dell'entrata in vigore della presente legge».

[61] A seguire, gli artt. 2 e 3 delle Disposizioni sulla legge in generale hanno qualificato «leggi di carattere costituzionale» quelle riguardanti le materie della «formazione delle leggi», «l'emanazione degli atti del governo aventi forza di legge» e del «potere regolamentare del governo». La 'forma' costituzionale è quella della legge aggravata con il parere del Gran Consiglio del Fascismo istituita con la l. n. 2693: non ve ne erano altre. Il contenuto della legge specifica, invece, il 'carattere' costituzionale dell'art. 12, l. n. 2693. Ma la categoria di legge formalmente costituzionale, come fonte distinta da quella ordinaria, nasce, prima della Costituzione vigente, con l'art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 98 del 1946, che attribuisce la «materia costituzionale» alla competenza legislativa eccezionale dell'Assemblea costituente. La materia costituzionale è sfera sottratta alla funzione legislativa ordinaria (allora delegata al Governo) e rimessa al potere costituente: nasce il grado costituzionale, in quanto ora la materia costituzionale implica, formalmente, una legge diversa da quella ordinaria e, materialmente, almeno la normazione delle altre fonti del diritto, con la sovra-ordinazione strutturale e materiale della fonte costituzionale sulle altre.

è incompatibile con l'art. 6 dello Statuto[62], questo è stato abrogato/modificato dalla legge posteriore o per effetto della clausola statutaria implicita di cessazione della propria vigenza[63].

Così è avvenuto che, contro l'origine della *force de loi*, impensabile se separata dal corpo legislativo rappresentativo e senza concorrenti, la legge abbia riconvertito il sintagma 'forza di legge' per equiparare, negli effetti, decreti del Governo alla forma di legge. Ma se così è, la legge mostra, aporeticamente, la forza di legge, la sua potenza, negandosi e rinunciando ad essere 'una', alla propria singolarità. Abbandona la propria origine, si separa dalla sua forma e, con essa, dalla derivazione dal potere legislativo. La forza di legge è ancora di più predicato dell'atto e non del potere che pone l'atto. Anzi, celebra la propria sovranità detronizzando il corpo legislativo.

Ma per ciò stesso non può che essere manifestazione dell'unitaria volontà dello Stato e, solo in quella misura, partecipe della sovranità dello Stato: la sovranità parlamentare è fuori gioco[64]. Così la via è aperta per la radicale messa in questione della forza di legge come «valore senza pari»[65]. Il passaggio è la critica espositiana alla graduazione della volontà dello Stato e alla supremazia della legge, se declinata come illimitatezza e insindacabilità, tanto nelle Costituzioni flessibili che rigide: il presupposto implicito è la dottrina della divisione dei poteri o, almeno, delle funzioni, rigettata dalla dottrina rivoluzionaria della Legge[66]. Porta con sé un'ulteriore ri-conversione della forza di legge e apre alla sua sindacabilità.

La gradazione dei poteri dello Stato e la conseguente gradazione delle volontà che manifestano è sbagliata per due motivi: perché la legge, anche in regime di Costituzione flessibile, non è la suprema manifestazione di volontà illimitata e incontrollabile e perché non è la pura ed esclusiva creatrice di diritto.

La supremazia della legge è contraddetta dal pari valore di tutte le manifestazioni di volontà dello Stato[67]. Tutti gli atti giuridici sono eguali in quanto

[62] Per tutti G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. II*, cit., 109; L. PALADIN, *Fascismo,* in ID., *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Il Mulino, Bologna, 2008, 39.

[63] L'abrogazione interveniva dopo che la dottrina aveva già argomentato l'esistenza di una consuetudine in deroga allo Statuto o, ancora più radicalmente, la necessità come fonte del diritto….

[64] Nella dottrina pre-repubblicana, per tutti, G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità tra le fonti,* in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, 308 ss. fonda sulla unitarietà e quindi superiorità della volontà dello Stato la 'forza' di legge di disporre di sé a favore della legge materiale, che è inferiore poiché forma di autonomia.

[65] R. CARRÈ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., 45.

[66] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1964.

[67] Riprende la critica di Laband (e in parte di Jellinek) all'idea di una *Rangordnung* degli atti statuali. Seppure Esposito, nel suo rigore logico, non indulga mai in argomenti ideologici, pare verosimile una certa contiguità tra la critica espositiana alla supremazia della legge e l'antiparlamentarismo tipico della dottrina dello Stato tedesca e coerente con la struttura dualistica del *Reich* guglielmino, come ha

tutti egualmente limitabili e quindi sindacabili. I limiti posti dal e nel diritto sono diversi, per intensità, per ciascun atto, ma tutti gli atti sono limitabili. Il che non significa, però, che la supremazia della legge sia contraddetta da quella della Costituzione, perché tra le due vi è, piuttosto, una relazione di competenza: questa è eccezionale e regola una materia e un oggetto diversi da quella, quindi non può concorrere con essa e non può graduarsi gerarchicamente rispetto ad essa. Anzi, anche la Costituzione-legge è limitabile: dipenderà dai singoli ordinamenti se è limitata[68]. La pensabilità di limiti passa, piuttosto, dalla critica alla forza di legge come forza dell'organo. All'«atto legislativo formale» è attribuita «una particolare forza e una particolare efficacia. In virtù della prima la legge può essere mutata o abrogata solo con altra legge, in virtù della seconda essa regola, deroga e abroga ogni altra e diversa manifestazione di volontà dello Stato o dei singoli»[69]. La forza di legge implica che la legge resiste a ogni altra manifestazione della volontà dello Stato; l'efficacia impone la legge a tutti gli altri atti giuridici, amministrativi e giurisdizionali che alla prima devono essere conformi. Quella supremazia deriverebbe dalla diversa graduazione di intensità del volere dello Stato, che si manifesterebbe con la massima intensità negli atti legislativi e, ove il contenuto di due disposizioni sia dal punto di vista qualitativo della stessa specie, la legge rappresenterebbe «il gradino più elevato»[70]. Ma per Esposito non è argomentabile il diverso valore degli atti statuali sulla base della diversità del soggetto. Contro la dottrina rivoluzionaria francese che deriva la forma rappresentativa della legge dalla forma rappresentativa dell'Assemblea, la posizione dell'organo non può decidere il «valore» dell'atto, poiché un organo può essere supremo perché gli è affidata la funzione legislativa e non viceversa e perché dal medesimo organo possono provenire atti di valore e di natura giuridica diversi. Né è utile sostenere, come sostiene quella dottrina, che, ove leggi ordinarie e costituzionali provengano dallo stesso organo, le leggi ordinarie, «provenendo dalla stessa fonte, abbiano forza per derogarvi e per contraddirvi»[71]. L'argomento, se portato alle sue logiche conseguenze, porterebbe a dire che, poiché tutti gli atti dello Stato si riportano alla

rilevato P. RIDOLA, *Carlo Esposito*, in ID., *Esperienza Costituzioni Storia. Pagine di storia costituzionale*, Jovene, Napoli, 2019, 271 ss., sulla scia di E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtliche Positivismus,* Duncker & Humblot, Berlin, 1958, 231 ss.

[68] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 53.

[69] *Ivi*, 57-8, ove è evidente che con 'forza' intende la sola forza passiva e con 'efficacia' la forza attiva. La distinzione tra forza e efficacia in questi medesimi termini torna in E. SPAGNA MUSSO, *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Morano, Napoli, 1966, 17-18, nota 9.

[70] *Ivi*, 59. L'obiettivo polemico è, con evidenza, la dottrina malberghiana, ma anche i suoi seguaci tedeschi come A. HÄNEL, *Das Gesetz in formellen und materiellen Sinne*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968.

[71] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 61.

medesima fonte, lo Stato, e poiché la creazione attraverso organi diversi determina solo diversi procedimenti di formazione, tutti gli atti dello Stato hanno il medesimo «valore» e ciascuno può contraddire ed eliminare la volontà degli altri[72]. In ogni caso, anche ammesso che la volontà giuridica, a differenza di quella psicologica, sia graduabile[73], fondare «la forza e l'efficacia della legge» – e questo è il passaggio decisivo – «sulla speciale intensità del volere» non spiega perché la legge posteriore abroghi quella anteriore in contrasto. Le due leggi hanno la medesima forza, quindi l'abrogazione non può essere il risultato di volontà più forti e volontà meno forti: se si confrontassero le forze, dovrebbe concludersi che le due volontà incompatibili, quella anteriore e quella posteriore, proprio perché atti di pari forza ma opposti, si annullano[74]. Né si vede come si possa sostenere che l'intensità del volere statuale cresca col tempo: a tutto concedere, se l'intensità fosse collegata, approssimativamente, alla legittimazione dell'organo legislativo, diminuirebbe, quindi non vi sarebbe motivo a che la legge più antica ceda a quella più recente. E, comunque, ciò negherebbe che la legge, come atto tipico, sia la più intensa manifestazione della volontà dello Stato.

La soluzione, nota, è che la legge anteriore contiene «un termine o (...) una condizione risolutiva implicita con effetto ex nunc della sua efficacia e validità» all'emanazione della legge successiva incompatibile, salva l'espressa rimozione di tale clausola o la condizionalità della sua rimozione[75]. È la legge anteriore che non frappone ostacoli alla validità e alla vigenza della legge futura, del «diritto a venire»[76], ma la può vincolare, subordinando a determinate condizioni la propria abrogabilità e, quindi, a rovescio, integrando le condizioni di validità della legge successiva. Se fosse la legge posteriore a prevalere sulla anteriore, si negherebbe la pari forza ed efficacia dei 'singoli' atti rientranti nel tipo. La legge futura, che viola quei limiti, invece, manca della «forza di legge» «non perché la legge anteriore prevalga su quella posteriore, […], ma perché la legge anteriore è atto valido e quella posteriore, poiché è contraria al diritto da cui è regolata, è invalida e perciò non produce effetti […] La legge posteriore non

[72] *Ivi*, 60-1.

[73] E Esposito riteneva che non lo fosse, con argomenti analoghi a G. JELLINEK, *Legge e decreto. Ricerche di diritto pubblico su base storica e comparata*, a cura di C. Forte, Giuffrè, Milano, 1997, 194-5.

[74] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 63.

[75] *Ivi*, 55. E' esattamente il rovescio A. MERKL, *L'immodificabilità delle leggi*, cit., 140, ove la regola è l'immodificabilità, salvo il caso in cui il legislatore fissi, con una positiva *Derogationsnorm*, il termine finale della validità della legge o la regola del suo mutamento, su cui valgano ancora le critiche di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, 36-8, nota 73.

[76] Secondo l'evocativa espressione che C. ESPOSITO userà in *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in ID. (a cura di), *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 265.

ha effetto perché è nulla e giuridicamente inesistente e non perché abbia forza minore che quella anteriore»[77].

Non interessa se la teoria espositiana sia o meno immune da vizi dommatici e logici ed, in particolare, su cosa fondi la presunzione di una clausola risolutiva implicita nel silenzio della legge e se, in ogni caso, la tesi della rimovibilità della clausola risolutiva implicita implichi, a rovescio, e come spieghi la prevalenza della volontà anteriore, contraddicendo così il principio della parità degli atti[78] o se presupponga, comunque, l'esauribilità o l'eccezionalità della funzione legislativa[79].

Interessa per ora che la forza di legge presuppone la validità della legge. Fonda la pensabilità della legge illegittima, del diritto invalido: la legge può essere abrogata, ma non può essere violata prima di essere abrogata, prima della sua ultima applicazione. E' in qualche modo assimilabile all'idea kelseniana del diritto che deriva dal diritto, ma qui la legge precedente condiziona la validità della legge successiva semplicemente perché è precedente e in quanto tale stabilisce la regola della propria abrogazione o modificazione e non perché costituisce la legge. La «forza» di un atto normativo non è una questione di «resistenza» o «durezza» maggiore nei confronti delle disposizioni prodotte da altra specie di atti, non è una «qualità o attitudine di alcuni atti di produrre disposizioni in grado di privare di vigore le disposizioni prodotte da atti normativi di qualsiasi diversa specie», ma dipende dalla «normatività» delle disposizioni prodotte da un atto, vale a dire dalla circostanza che, secondo le disposizioni sulle fonti, è «più estesa» l'attività normativa legittimamente esercitabile attraverso gli atti di una specie che non quella esercitabile attraverso atti di altre specie[80]. La forza di un atto dipende dalle condizioni di validità della sua produzione e della sua modifica poste dal diritto legislativo vigente, quindi preesistente[81].

[77] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 69 e più avanti 75.

[78] Potrebbe replicarsi, con F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, 15, nota 18, che l'idea della condizione risolutiva implicita regge se si considera che la parità degli atti di Esposito non riguarda gli atti individui rientranti nel medesimo tipo o specie, ma i differenti tipi o specie tra loro, quindi, non è contraddetta dalla prevalenza del 'singolo' atto anteriore.

[79] Potrebbe sostenersi che la teoria che fonda l'abrogazione sulla clausola risolutiva implicita può essere seguita anche dove vi è un potere legislativo costituito come competenza permanente, a patto che non si riferisca alla legge che costituisce il legislatore e la legge, che, in quanto fondamento del potere, è logicamente superiore – anche se di pari grado – alla legge costituita. Resterebbe, però, valida per la legge precedente che disciplina le modalità di esercizio del potere e che non fonda il potere.

[80] C. ESPOSITO, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1962, 468.

[81] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 124 ss., lo dice chiaramente a proposito del principio della preferenza della legge: «empiricamente, […] l'atto legislativo proveniente dagli organi legislativi è dotato di forza maggiore dei regolamenti, sicché esso può derogarli, mentre invece quelli non possono né derogare, né abrogare le leggi; giuridicamente […] sotto la apparente prevalenza delle leggi

Interessa che, anche a voler ritenere – come Esposito ritiene – lo Statuto albertino una Costituzione flessibile per la mancanza di una clausola espressa che rimuova la condizione risolutiva implicita, la forza di legge non è illimitatezza e supremazia intesa come assenza di vincoli: anche se la legge fosse suprema, anche se mancassero atti superiori, ciò non ne escluderebbe la limitabilità. La legge può, infatti, condizionare la propria validità: più esattamente, la legge anteriore, che viene cronologicamente prima, regola la vigenza e la validità della legge futura. Quindi, la legge può disporre della forza di legge[82]. La legge è limitabile per forma, perché senza quella forma non sarebbe legge e per materia. La legge costituisce sempre «attuazione, applicazione e messa in esecuzione delle disposizioni sulla formazione, sulla forza, sull'efficacia, sulla durata e sul contenuto degli atti legislativi; […] essa, e l'attività diretta a crearla, sono perciò anche esecuzione ed attuazione del diritto preesistente; e che sarebbe inesatto, dato questo carattere della legge, affermare che essa creando diritto non possa soggiacere ad alcun limite giuridico»[83]. Allo stesso modo, la legge può abrogare un regolamento o eliminare l'efficacia di un atto amministrativo e giurisdizionale non perché sia più forte, ma perché la legge è la condizione cui è subordinata la cessazione della loro validità: la validità di quegli atti è condizionata da una legge contraria proprio come è condizionata la validità delle leggi[84]. Così un regolamento (delegato) può abrogare una legge ove il regolamento sia la condizione da cui dipende la cessazione di validità della legge[85]. Non si comparano le forze (della Costituzione, della legge, del regolamento, etc..): se le manifestazioni di volontà dello Stato si contraddicono, non prevale quella più forte, ma quella valida, che significa che è nulla e invalida, e perciò priva della forza propria degli atti validi appartenenti a quella categoria, quella che viola le condizioni prestabilite della propria validità.

A cascata, la forza di legge non è lo 'schermo', la protezione, dal controllo giurisdizionale. Al contrario, anche in assenza dell'esplicita previsione nello

sta più semplicemente il fatto che la legge in genere non condiziona la propria permanenza alla non emissione di un regolamento contrario, mentre la validità del regolamento è in genere subordinata e condizionata (*legalmente*) alla inesistenza o non emissione di legge contraria». E', però, vero che così resta teoricamente inspiegato perché sia la legge a imporre condizioni ai regolamenti.

[82] Tra le molte conseguenze, come noto, Esposito ne trae che l'indicazione generica nella Costituzione della procedura legislativa non implica in maniera assoluta l'invalidità di una disposizione, contenuta in una legge semplice, che stabilisca speciali forme per il proprio mutamento e di una legge che rinforzi o indebolisca la propria validità. Da qui, ancora, l'ammissibilità della legge di delegazione (anche in una Costituzione rigida ove la delega non sia stata espressamente prevista: *ivi*, 71, nota 37) e il rapporto di condizionalità tra legge delega e decreto delegato che, in caso di difformità, non acquista forza di legge, perché sarebbe assurdo «ritenere che il decreto legislativo abbia forza per contraddire alla legge da cui trae la sua forza» (*ivi*, 135-6).

[83] *Ivi*, 111.

[84] *Ivi*, 72.

[85] *Ivi*, 75.

Statuto del sindacato diffuso di costituzionalità, la forza di legge ha bisogno dell'accertamento da parte del giudice dell'invalidità, «della possibilità di negare valore di legge»[86]. Se il giudice applicasse una legge invalida, avrebbe «forza e potere» non già inferiore alla legge, come deve avere chi deve obbedirvi, ma superiore, tanto da rendere valida una legge che non ha vigore, che non è legge, avrebbe «un potere costitutivo»[87]. L'argomento presuppone – contro la dottrina pura del diritto – che la legge contraria alla Costituzione sia legge invalida e, in un ordinamento che non dissocia validità ed efficacia, priva di forza di legge[88]. La forza di legge è la sua validità: più precisamente l'esistenza e la validità dell'atto sono presupposti della sua efficacia, della «forza di atto riconosciuto dal diritto», perché è assurdo affermare che il diritto riconosca, attribuisca «vita e forza giuridica, ad un atto contrario a sé»[89]. La dottrina di Esposito, insomma, concepisce e giustizia il diritto invalido.

Alla medesima considerazione conduce il secondo argomento. Gli atti giuridici sono tutti creatori di diritto, quale più quale meno e, quindi, sono giuridicamente pari [90]. È la necessaria conseguenza della confusione in ciascun atto giuridico delle tre funzioni, legislativa, amministrativa e giurisdizionale, seppure diversamente mescolate: ogni atto è volontà, azione e giudizio; la prevalenza dell'una o dell'altro determina il trattamento giuridico dell'atto[91]. Non è vero né che solo la legge crei diritto né che ogni atto materialmente limitato dalla legge non crei diritto: la concezione materiale della legge è infondata. Né è vero che la legge crei solo diritto: la legge può porre diritto nuovo ma esegue e applica sempre il diritto preesistente, in quanto la vita della legge è regolata dal diritto preesistente, dalle norme sulla sua produzione. Non è mai pura creazione di diritto. Diversamente non sarebbe pensabile la legge illegittima. Non può non derivarne la critica al concetto di «potere costituente anteriore ad ogni potere costituito che con la sua forza imporrebbe la Costituzione, senza cedere o concedere niente del suo potere alla organizzazione che viene creata»[92]. Non può che concludersi che la legge, inclusa la Costituzione che è una specie di legge, è limitabile, per forma e per contenuto, tanto che non ha alcun senso la

[86] Non prova nulla della validità teorica della tesi espositiana la circostanza storica che nell'ordinamento statutario il sindacato (almeno) sostanziale sulla legge non sia stato esercitato: non prova nulla perchè è un fatto, un accadimento. In ogni caso, quel fatto può spiegarsi non solo e non tanto per l'assenza di una previsione statutaria ma per l'assenza di indipendenza dei giudici 'istituti' dal Re, da cui emana la Giustizia e nel cui nome è amministrata, secondo la lettera dell'art. 68 dello Statuto: così, recuperando il giudizio di Arangio Ruiz, A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *Giur. cost*., 2014, n. 6, 4812, nota 12.

[87] *Ivi*, 23.

[88] *Ivi,* 22, nota 49.

[89] *Ivi*, 252-3.

[90] *Ivi*, 77 ss. e spec. nota 45.

[91] *Ivi*, 108 ss.

[92] *Ivi*, 198.

distinzione, tratta dalla dottrina tedesca prussiana, tra leggi formali e materiali, perché tutte, e non solo le prime, sono limitate e perché tutti gli atti statuali validi creano materialmente diritto[93].

La dottrina di Esposito contiene in sé tutte le ambiguità del concetto di «forza di legge» nell'ordinamento statutario, poco importa a questo punto se a Costituzione rigida o flessibile. Se una legge – costituzionale o meno – può sempre vincolare una legge, se può porne le condizioni di validità, se può essere norma vincolante sulla produzione, allora la legge può dis-porre della forza di legge, che è efficacia e validità, perché il potere di vincolare implica anche quello di sciogliere. Il che è la definizione più elementare di libertà e, dal lato del potere, di sovranità. Così guardata, la legge che si auto-lega e si auto-fonda, come Ulisse che si lega all'albero maestro, non è limite, bensì espressione di libertà: è atto sovrano[94].

Al tempo stesso, però, se una legge può limitare, almeno, una legge futura, significa che già qui la forza di legge non è illimitabilità, ma, al contrario, è tutt'uno con la limitabilità formale e materiale e, dunque, con la validità di legge, senza la quale non si dà 'forza'. «L'autolimitazione di un legislativo sovrano è una *contradictio in adiecto*»[95]. In una, la 'forza di legge' è, per mutuare una tipica espressione espositiana, il punto di incidenza tra fatto e diritto, tra efficacia e validità[96].

4. La forza di legge nella Costituzione: l'in-decisione

Nel diritto positivo il secondo passaggio è la scrittura della «forza di legge» nella Costituzione vigente. Il senso di quella scrittura è complicato ed esige una certa gerarchizzazione dei livelli del discorso. L'idea di fondo è che tra forza di legge e Costituzione non vi sia opposizione dualistica e che la forza sia pensabile al plurale.

[93] La conclusione torna in C. ESPOSITO, *Legge*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII, Utet, Torino, 1938, spec. 720.

[94] E lo è nel senso specifico del 'sovrano' in T. HOBBES, *Leviatano*, cap. XXVI, 6, a cura di R. Santi, Bompiani, Milano, 2001, 433, perché «è libero chi può essere libero quando vuole e non è possibile per una persona essere vincolata a se stessa, perché chi può legare può sciogliere e quindi chi è vincolato solo a se stesso non è vincolato».

[95] A. MERKL, *L'immodificabilità delle leggi*, cit., 133.

[96] In Esposito il rapporto tra efficacia e validità si complica (e muta rispetto al rapporto adombrato nella monografia del 1934) nella nota voce *Consuetudine (diritto costituzionale),* cit., ove l'efficacia non presuppone più la validità, ma la prima è, semplificando, condizione della seconda: la consuetudine di obbedienza e di esecuzione di un fatto normativo è, infatti, la prova della sua vigenza e della invalidità delle regole sulla produzione del diritto contraddette; viceversa, le consuetudini confermative confermano la vigenza delle regole sulla produzione. Qui Esposito ha toni hartiani (o viceversa, visto che le opere sono coeve), come rilevato S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, 2013, Torino, 145. M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2015, 106-8, invece, accosta Esposito alla consuetudine di riconoscimento di MacCormick.

Ad una lettura di primo livello del *feno*-testo, deve registrarsi che il sintagma «forza di legge» è tornato, come ai tempi del diritto rivoluzionario francese, diritto costituzionale positivo: compare negli artt. 77, comma 2, 134, comma 1 e 136, comma 1, della Costituzione. La forza *di* legge attiene alla dogmatica e non alla teoria generale[97]. Quindi, impone la ricerca di un senso del sintagma negli enunciati costituzionali.

Se si attinge al *geno*-testo, si registra che la forza di legge è posta *da* e *in* un testo costituzionale che è una deliberazione legislativa di un'Assemblea (costituente) rappresentativa del popolo.

È punto controverso della teoria costituzionale se la Costituzione si risolva nel documento, nella scrittura, ma, almeno dopo le rivoluzioni borghesi del Settecento, non è controvertibile il fatto che la Costituzione sia almeno (se non solo) deliberazione scritta di una Assemblea rappresentativa del popolo/nazione. La «registrazione scritta del diritto» è necessaria proprio «lì dove, in seguito ad un mutamento repentino dei rapporti di forza, non si è in presenza di una tradizione sicura e viene messa in dubbio l'articolazione del potere propugnata dal legislatore»[98]. L'atto rivoluzionario consiste, cioè, specificamente nel 'fare' una Costituzione. E la si fa, la si produce, nella forma di una deliberazione dei rappresentanti del popolo, che costituisce, consapevolmente e intenzionalmente, ciò che prima non c'era[99], un nuovo ordine giuridico, un 'cominciamento'. E' *deliberazione* perché non riguarda «il passato o l'impossibile»: in senso letterale, infatti, «si chiama *deliberazione* in quanto è un fissare uno scopo alla *libertà* di fare o di non fare che avevamo sulla base del nostro appetito o della nostra avversione»[100]. E' *la* prima legge parlamentare. A catena, non può che dare forma al nuovo potere ponendo sé stessa, la propria forma, come figura, modello: quale esercizio del potere costituente del popolo costituisce in senso materiale la legge, il potere ordinario e permanente di fare leggi, sempre come deliberazione dell'assemblea rappresentativa del popolo. La Costituzione, dunque, si riflette nella legge e questa, poichè è costituita da quella, non può che somigliarle[101].

[97] Nella dottrina costituzionalistica è diffusa la riscrittura della forza *di* legge in forza *della* legge. Il diritto costituzionale, però, autorizza la domanda, relativa, sulla prima, ma non già quella, assoluta, sulla seconda, che interessa più propriamente la teoria generale del diritto.

[98] H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, Esi, Napoli, 1988, 415.

[99] Su questo specifico lascito 'costituzionale' delle Rivoluzioni francese e americana, v. P. COMANDUCCI, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I, Milano, 1990, 173 ss.

[100] T. HOBBES, *Leviatano*, cap. VI, 50, cit., 99-101.

[101] E' argomento antico, aristotelico-scolastico, e veicolato nel diritto comune pubblico da Dante: «in ogni azione, sia che agisca per necessità della natura sia volontariamente, l'agente mira a realizzare qualcosa di simile a sè»: *De Monarchia*, I XII 12-XIII 1, in D. ALIGHIERI, *Opere*, vol. II, Mondadori, Milano, 2014, 1017.

La Costituzione vigente costituisce il legislatore e la legge nello stesso modo: secondo la «regola costitutiva»[102] dell'art. 70, la legge, come la Costituzione che la costituisce, è deliberazione di una Assemblea che rappresenta il popolo sovrano.

In questo senso può dirsi che la Costituzione rinsalda il fondamento rappresentativo della legge parlamentare: Costituzione e legge partecipano della medesima forma, che deriva dall'identità dei soggetti deliberanti o, per lo meno, dalla loro natura rappresentativa del popolo[103]. Ciò che le accomuna è, infatti, la derivazione da un'assemblea rappresentativa del popolo, fondativa e, quindi, necessariamente costitutiva[104]. Il 'grado' legislativo, così inteso, è unico: e tra legge costituzionale e legge ordinario il 'grado' è unico perché in fondo il legislatore è il medesimo. Tra Costituzione e legge vi è una differenza di intensità, di quantità[105], nel senso che la legge partecipa un po' della 'genealogia', alla lettera del valore dell'origine, e la Costituzione partecipa del potere che costituisce. E ciò a tal punto che la stessa Costituzione deliberata potrebbe considerarsi espressione della vera onnipotenza del Parlamento. Prendiamo a prestito la distinzione che Hart ricava dall'ambiguo concetto di onnipotenza giuridica. La si può intendere come onnipotenza «permanente» o come onnipotenza illimitata «riguardante se stesso»: in forza della prima, il Parlamento gode in ogni momento della sua esistenza degli stessi poteri illimitati, non può precludere ai parlamenti successivi di abrogare la legislazione precedente e così è incapace di privarsi di questi, ma perciò stesso non è onnipotente perché si preclude il potere di autolimitazione; nel secondo senso, il Parlamento ha la capacità, almeno una volta nella sua storia, di limitare irrevocabilmente la competenza legislativa dei suoi successori, ha il potere di autolimitazione che può essere esercitato soltanto una volta, ma questa è davvero onnipotenza, perché

[102] Nel significato specifico dell'ontologia sociale di Searle ripresa da O. CHESSA, *Concetto e tipologie di norma giuridica*, in *Diritto costituzionale*, 2019, n. 1, 52.

[103] Delinea una genealogia 'unitaria' del valore di legge, che includerebbe, oltre alle leggi ordinarie dello stato e leggi regionali, le leggi costituzionali, F. MODUGNO, *Legge – Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, 23-7: ciò che le unisce sarebbe la «medesimezza» della «forma» di legge, ovvero l'identità dei soggetti deliberanti o, per lo meno, la loro natura «rappresentativa», che ne giustifica lo stesso regime tipico, lo stesso 'valore'. Ma qui quell'unitarietà non arriva ad includere la Costituzione. Se la legge ordinaria rappresenta il necessario sviluppo del valore costituzionale, come svolgimento dialettico, ovvero mediato attraverso una necessaria negazione, il valore di legge non potrà che essere, prima e indipendentemente dal giudizio costituzionale, precisamente l'opposto del valore costituzionale, ossia l'oggetto del giudizio, ciò che propriamente si oppone al parametro: ID., *L'invalidità della legge. II.,* cit., 20-39.

[104] Per l'articolata argomentazione di questo passaggio v. P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 2018, 61 ss. e spec. 152-4.

[105] Seppure discorra di «differenze di grado» subito dopo aggiunge che tra l'una e l'altra vi è, nel contenuto e nella sua interpretazione, differenze «di *quantum*, epperciò non differenze di *qualitas*» M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in AA. VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Giappichelli, Torino, 2007, 46.

i suoi poteri comprendono quello di distruggere per il futuro la propria onnipotenza e, quindi, una sfera più ampia di competenza legislativa [106].

Il che non significa non cogliere lo scarto tra sovranità del popolo e principio rappresentativo. Ma lo scarto riguarda entrambe, considerato che anche la Costituzione scritta non è la decisione immediata, istantanea, del popolo presente che acclama, ma una deliberazione piena di mediazioni rappresentative. In questo preciso senso la dottrina del potere costituente del popolo non fonda, giustifica, la superiorità della Costituzione deliberata rispetto alla legge, perché il potere costituente è esso stesso rappresentativo e, quindi, non è qualitativamente diverso dal potere legislativo permanente. La medesima forma del legislatore costituente e di quello costituito potrebbe allora assolutizzare, come nel diritto rivoluzionario, la forza di legge quale qualità del potere e non dell'atto, con la conseguente insindacabilità del Legislatore.

Così, però, non è stato. L'analogia con la rivoluzionaria *force de loi,* almeno per ora, si ferma qui.

La Costituzione vigente è legge superiore, indisponibile da parte della forma legislativa, per almeno due ragioni: è legge, strutturalmente e logicamente, anteriore che contiene la regola di produzione della legge ed è legge rigida, perché scritta e/o perché prescrive la regola – e la giustiziabilità – della forma della legge costituzionale per la propria modifica e questa regola è «generale limite alla forza delle leggi future»[107]. Ancora, la Costituzione-legge dispone della forza di legge in molti modi: differenzia e pluralizza le leggi per sfere di competenza, attribuisce quella forza, pre-supponendola, ad atti che non hanno forma legislativa e, quindi, istituisce fonti concorrenti in deroga all'art. 70, dispone riserve di (o rinvii alla) legge e, coerentemente, sottrae ambiti materiali alla legge, con la conseguente inderogabilità dell'ordine costituzionale delle competenze con legge[108]. Il che non implica necessariamente che

[106] H. L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, 175.

[107] L'ultimo argomento è ormai da tempo quello prevalso: e ciò persino in C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, loc. ult. cit., rispetto all'originario argomento articolato ne *La validità delle leggi.* Resta, però, che, benché superiorità e rigidità siano legate, concettualmente non si identificano: la prima fonda la seconda, ma non ne deriva né si esaurisce in essa; la seconda non giustifica la prima – la Costituzione non è superiore perché rigida, ovvero immodificabile con la forma legislativa, ma è rigida perché è superiore – ma ne deriva, pur non esaurendola. Sulla distinzione tra superiorità e rigidità (ovvero supremazia gerarchica sulla legge ordinaria) della Costituzione e, quindi, tra rigidità e giustizia costituzionale, contro la comune credenza derivante dalla dottrina costituzionale nordamericana, ancora P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, cit., 13 ss.

[108] Il che non significa di per sé che non sia integrabile, nei limiti di compatibilità con l'ordine costituzionale e con la riserva regolamentare per il procedimento di formazione della legge, da leggi ordinarie, ovvero che la legge non possa essere norma sulla produzione, ove si ammetta l'idea di legge illegittima. Può pure parlarsi di auto-vincolo del legislatore, a patto però di riferirsi non già ad una legge che ponga le condizioni della 'propria' validità, perché non è possibile – con Hobbes – essere vincolati a sé stessi, ma alle limitazioni della legge rispetto ad altra legge che viene dopo.

la Costituzione indebolisca la forza di legge. Anzi, è sensato che proprio quella inderogabilità contenga in sé la conversione del limite in garanzia della forza di legge[109]. Replicando l'auto-paternalismo dell'essere costretti per essere liberi, la fondazione costituzionale della forza di legge significa la sua irrinunciabilità: è la dottrina del vincolo costituzionale come vincolo democratico per garantire il potere a tutte le maggioranze future, il cui paradigma è il divieto di schiavitù volontaria di Mill[110]. Così ecco che «le rigidità possono creare flessibilità»[111]. La Costituzione limita la forza di legge per proteggerla rispetto alle generazioni future: il vincolo costituzionale impedisce di essere liberi di non essere liberi, limitando la volontà per preservare la possibilità di continuare a volere liberamente. Ma è fuori discussione che la forza di legge, così ri-fondata, si slega dal potere 'iniziale', originario, rappresentativo, per essere trasmessa e conferita anche ad atti del potere esecutivo, che è tale proprio perché non rappresentativo. A conferma, la forza di legge non è più l'ostacolo al sindacato giurisdizionale, ma tutto al contrario è il presupposto, negli artt. 134 e 136[112], del sindacato di validità costituzionale, sia esso custodia politica della superiorità o, più precisamente, della sola rigidità costituzionale o pura giurisdizione che accerta il diritto legislativo invalido[113].

Dunque, la legge non è fonte suprema, né strutturalmente, perché è costituita dalla Costituzione, perciò logicamente sovra-ordinata, né materialmente, perché è limitata dalla forma di legge costituzionale e, quindi, è condizionata dalla Costituzione, che non può contraddire a pena di invalidità: insomma, non è suprema perché, per forma e per materia, può essere invalida. Ha forza, perché gliela attribuisce la Costituzione, ma la sua forza non è sovrana, in-dipendente.

Potrebbe allora tornarsi all'inizio e sostenersi che, così, è messo in questione il presupposto concettuale della forza di legge: la sua monoliticità, la sua unicità,

[109] L'ambivalente significato della sottrazione alla legge della propria forza, del potere di disporre di sé, è già tutta in V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.,* vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 955 ss.: è la Costituzione che «salva» la legge dalla espansione «devastante» della competenza e che conserva così alla legge una superiorità. La costituzione, disponendo della forza di legge, la limita (con la competenza); ma la salva altresì (vietando alla legge di disporre della propria forza). La salva, come scrive S. FOIS, *Legalità (principio di),* in *Enc. dir.,* 1973, v. XXIII, 669, nota 59, dalla «autodistruzione». A rovescio, la capacità della legge di «rinnegare sé stessa a favore della fonte regolamentare» è «radicalizzazione» della supremazia di legge per E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, 83 ss.

[110] S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, cit., 206.

[111] Si ri-converte al diritto costituzionale interno l'espressione adoperata per il diritto costituzionale americano da S. HOLMES, *op. cit*., 197.

[112] E, a seguire, negli artt. 23 e 27-30, l. n. 87 del 1953.

[113] E' l'esatto contrario di G. JELLINEK, *op. cit*., 211, che attribuiva la «stessa forza formale di legge perfino alle leggi incostituzionali, quelle approvate cioè senza l'osservanza delle forme per la modifica della costituzione», seppure solo laddove «risulti escluso un diritto giudiziale di verifica della costituzionalità interna delle leggi».

la sua linearità. La forza ha senso se è una, se è certa, «*irréprochable*»[114], ma qui, a tutto concedere, si sdoppia in forze differenti, ove a quella legislativa si sovrappone quella costituzionale. Quindi, la 'forza di legge' non dice più nulla al diritto costituzionale. Ma questa conclusione è teoricamente e dogmaticamente controvertibile.

Solo una male interpretata filosofia della volontà, come unità e identità del volere, pensa la 'forza' al singolare. Tutto al contrario, se si rivaluta la declinazione pluralista della filosofia della volontà, «l'essere della forza è plurale». Più precisamente «solo la forza ha, per essenza, la possibilità di entrare in rapporto con un'altra forza», perché la forza, che è volontà, implica sempre un'altra volontà, cui comandare e cui obbedire[115]. E «in una pluralità di forze, queste sono reciprocamente attive e passive a distanza, in quanto la *distanza* è l'elemento differenziale di ogni forza, in virtù del quale essa entra in rapporto con le altre»[116]. Chè non significa negazione dialettica di una forza o di un'altra. Una forza, che entra in relazione con un'altra forza, che sia la forza che le ubbidisce o, viceversa, che comanda, non nega ciò che non è ma «afferma la propria differenza e ne gode»[117]. All'opposto, solo se la forza, la volontà, è unica, si nega come volontà. Nel rapporto tra forze, «l'origine è la differenza nell'origine, la differenza nell'origine è la *gerarchia*», ossia la relazione tra forza dominante e dominata, che implica che «la gerarchia è il fatto originario, l'identità di differenza e origine»[118]. Ma, così detta, la gerarchia è differenza di forze, quindi, non è sottomissione: il problema della gerarchia è «precisamente il problema degli «spiriti liberi»»[119]. Abitua all'idea che la forza di legge non esclude la pensabilità di una forza della Costituzione e viceversa, ma che l'una implica l'altra, che predicare la, meglio *una*, forza della Costituzione non la ascrive ad un potere obbligante ed escludente, perché solo la forza, in quanto dominio, è capacità di relazione con l'oggetto dominato e che nella gerarchia, nel rapporto tra forze, in fondo, si è liberi[120].

[114] Si mutua l'espressione da C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione,* Laterza, Roma-Bari, 1979, 154.

[115] Secondo la nota interpretazione della filosofia critica di Nietzsche di G. DELEUZE, *Nietzsche e la filosofia e altri testi*, Einaudi, Milano, 1992, 10-1.

[116] *Ivi*, 10 e, più avanti, 61.

[117] *Ivi,* 14.

[118] *Ivi*, 12-3.

[119] *Ivi*, 13 e ancora 90.

[120] L'argomento rimette in questione la nota tesi che la Costituzione ha 'valore', ma non 'forza', perché non è manifestazione di una parte, di una maggioranza, di una forza dominante insomma su una dominata, ma è l'accordo, l'unione, è la Costituzione bilanciata, senza relazioni di forza e tra forze: per tutti M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 2004; ID. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana,* Laterza, Roma-Bari, 2014, pos. 489 ss.; ID., *Stato costituzionale in trasformazione*, cit. D'altronde, potrebbe aggiungersi che proprio la peculiare forma di esistenza del valore, il valere, implica sempre una tensione all'attuazione e perciò

Né la superiorità della Costituzione annichilisce la forza di legge nel diritto positivo.

Con un qualche schematismo, la supremazia della Costituzione, nella sua declinazione teoreticamente incontaminata, implica il sindacato diffuso di costituzionalità: a rigore, solo lì si ha il mono-fondamento di validità del sistema delle fonti di produzione giuridica e solo lì «al tradizionale concetto di forza di legge si sostituisce quello di forza – o meglio, superiorità – della Costituzione»[121]. L'assolutizzazione del principio gerarchico-gradualistico e con essa la compenetrazione tra Costituzione e ordine legale è tutt'uno con la disapplicazione della legge incostituzionale che è nulla e con l'emarginazione di un'autonoma forza di legge.

Nel sindacato accentrato la legge è sindacabile e, quindi, non è illimitata e onnipotente: la concezione monistica giacobina, tutta incentrata sulla sovranità del Parlamento rappresentativo, è lontana. Ma la forza/supremazia della Costituzione non sostituisce la forza di legge, la pienezza della legge: ne «relativizza» la forma e la forza tipiche[122] e l'obbligatorietà, che è divisa. L'efficacia della legge si dissocia, infatti, dalla sua validità, almeno dalla sua validità costituzionale: può darsi una legge efficace, benché incostituzionale. Ciò vale anche ove è previsto l'accesso in via incidentale: pure lì, dinnanzi a un giudice che non può applicare né la legge invalida né la Costituzione, ma solo sospendere il giudizio, non prevale né l'una né l'altra. A dire che, di per sé, la Costituzione non manifesta l'in-fondatezza della legge, nel senso che non la priva di ogni fondamento e di una autonoma forza, che anzi presuppone. Guardato da questo punto di vista, il sindacato accentrato è «privilegio del legislatore»[123] che esclude l'applicabilità immediata della Costituzione e in qualche misura rinsalda o funziona da meccanismo di ricarica della 'forza' di legge. Non è detto che questo sia sufficiente per connotare il giudice costituzionale in senso maggioritario, come difesa della regola di maggioranza o, che è lo stesso, per escluderne la funzione contro-maggioritaria. Ma di certo significa che il fondamento monistico-gradualistico dell'ordinamento vacilla perché superiorità della Costituzione e forza di legge convivono o, meno irenicamente, si contendono il campo.

Nella Costituzione vigente la dissociazione tra efficacia e validità e, dunque,

reclama la posizione-imposizione, che è l'esatta negazione dell'idea di limite, che permea il concetto di Costituzione bilanciata. Ma qui non è possibile andare oltre nella dimostrazione. Seppure per ragioni diverse da quelle che qui si sostengono, discorre testualmente di «forza di legge costituzionale» M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, cit., 115-6.

[121] C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, cit., 150.

[122] G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. V. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1990, 63 e 65.

[123] C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, 57, nota 59 e 67.

la «forza di legge» incostituzionale non derivano dall'art. 101: l'esclusiva soggezione del giudice alla legge include la soggezione alla Costituzione-legge e l'obbligatorietà dell'una e dell'altra; implica piuttosto l'applicazione del solo diritto valido. Derivano dall'art. 134, da cui si ricava la riserva del controllo di costituzionalità degli atti che sono legge o che hanno «forza di legge» alla Corte costituzionale e dall'art. 136, comma 1, da cui si trae il divieto per il giudice comune di disapplicare, prima del giorno successivo della pubblicazione della sentenza di accoglimento, la legge o l'atto che ne condivide la forza, per ciò stesso 'efficaci'[124]. È dall'art. 134 e dall'art. 136 che si trae un in-deciso fondamento dell'ordine giuridico e la tensione tra ordine legale e ordine costituzionale. Più precisamente, proprio la resistenza della forza di legge, che la legge è 'forza' anche se costituzionalmente invalida, parrebbe concetto incoerente rispetto a quello di superiorità della Costituzione ed al mono-fondamento di validità del diritto[125]. Ma le cose sono più complicate se si scava.

La cessazione di 'efficacia' della norma dichiarata incostituzionale, secondo la lettera dell'art. 136, comma 1, non significa a rigore cessazione della sua 'obbligatorietà', perché la superiorità o almeno l'obbligatorietà della Costituzione esclude l'obbligatorietà della legge incostituzionale, anche prima della sentenza di accoglimento[126]. Una legge invalida è efficace, perché non può essere disapplicata dai giudici prima della dichiarazione di incostituzionalità, ma non ha forza costrittiva, in quanto non può mai essere di per sé fonte di obbligo, comando o responsabilità né per chi la applica né per chi la disapplica e, quindi, non deve essere né obbedita né disobbedita. Ciò, in pratica, significherebbe che non è efficace e non ha vigore[127]. Ma questo non può essere, perché l'art.

[124] L'art. 134 (e l'art. 101) non prova(no), invece, che la legge semplicemente illegittima, e non incostituzionale, sia efficace benché invalida: al contrario, se si dimostra che la legge anteriore (anche non costituzionale) condiziona la vigenza e la validità della legge successiva, perché il diritto deriva dal diritto stabilito, che l'art. 134 accentra solo il sindacato di costituzionalità e che, quindi, ciò non esclude il controllo giurisdizionale comune di legittimità della legge, torna la conclusione di Esposito che la forza di legge è la sua validità, almeno ordinaria. Ai nostri fini, resta il problema dogmatico di distinguere la forza di legge a seconda che sia sindacabile dal giudice comune o da quello costituzionale, considerato che il testo non offre elementi per confermare la dottrina interpretativa di Esposito.

[125] C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale,* cit., *passim*.

[126] Questo l'argomento di A. PACE, *Superiorità della Costituzione*, cit., 4813-4, ma già almeno V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967, 199; ID., *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 527; L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, 1033; A. MASARACCHIA, *Non obbligatorietà della legge e connessi profili di responsabilità* in *Scritti in onore di A. Pace*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 743 ss.

[127] Come conclude P. PINNA, *La funzione giurisdizionale della giustizia costituzionale*, in *Diritto@storia*, 2015, n. 3, 7, che perviene a questa conclusione perché l'inutilizzabilità nelle controversie giudiziarie della disposizione dichiarata incostituzionale non deriva dalla perdita di efficacia disposta dalla Costituzione, dall'effetto propriamente abrogativo che riguarda il futuro, ma dalla 'dichiarazione' di incostituzionalità, che accerta definitivamente l'invalidità della legge, quindi, non innova ma dice quale è il diritto esistente e valido.

134 ne presuppone testualmente la «forza» e l'art. 136 l'«efficacia». L'obiezione è superabile perché, in linea teorica, non si può escludere che la legge, in quanto esistente e vigente, seppure non obbligatoria, sia esecutoria per il potere esecutivo e applicabile dai giudici[128] o che sia efficace solo perché *può* essere obbedita, eseguita o applicata[129]. Potrebbe, però, più radicalmente obiettarsi che negare l'obbligatorietà della legge incostituzionale in ragione della superiorità della Costituzione è una petizione di principio, perché significa presupporre quella superiorità, che invece proprio la resistenza, nel testo costituzionale, della 'forza' di legge incostituzionale mette in discussione[130]. L'obiezione è infondata. La superiorità della Costituzione non si trae – o non si trae soltanto – dalla previsione del controllo di costituzionalità delle leggi. Gli preesiste e si fonda sulla regola costitutiva di chi è legislatore e di cosa è legge e sulla previsione della forma di legge costituzionale. Al più il sindacato di costituzionalità conferma quella superiorità. Il che, a rovescio, significa che, se la Costituzione è superiore, la sua obbligatorietà non può convivere con l'obbligatorietà di una legge incostituzionale.

In ogni caso, anche a lasciare perdere l'argomento della superiorità della Costituzione, l'efficacia della legge incostituzionale si rivela 'debole' alla luce degli effetti delle sentenze di accoglimento. Se si ritiene che l'effetto detto, seppure impropriamente, retroattivo delle sentenze di accoglimento sia deducibile già dall'art. 136, unitamente all'art. 24 della Costituzione[131], l'applicabilità ai

[128] C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 270-1 (e ID., *Elementi soggettivi ed oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, 1078) e ID., *Decreto-legge*, § 5 e spec. 838, note 27 e 29) e V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 71, qualificavano le leggi incostituzionali, fino alla dichiarazione di illegittimità, «esecutorie ma non obbligatorie» (il virgolettato è tratto dal primo).

[129] Per la 'possibilità' di obbedire ad una legge invalida prima dell'accertamento costitutivo dell'incostituzionalità G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 362; già G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., § 46.

[130] C. MEZZANOTTE, *op. ult. cit.*, 151-2, fondava l'in-deciso, ancipite, fondamento del sistema delle fonti proprio sulla circostanza che «se si eccettua la Corte costituzionale, le leggi, ancorché illegittime, sono efficaci e applicabili o meglio da applicare, perché "validamente produttive di effetti"», il che significa che sono obbligatorie per i cittadini, ed esecutorie, cioè da applicarsi dagli organi del potere esecutivo anche se in contrasto con la Costituzione. Ad un orizzonte non dissimile pare riconducibile F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. cost.*, 1963, 1728 e 1732, nota 3, e ID., *L'invalidità della legge. II,* cit., 230 ss., secondo cui prima della pronuncia una legge è solo potenzialmente incostituzionale, quindi valida e a maggior ragione efficace nel senso di obbligatoria. Più indietro nel tempo la tesi dell'obbligatorietà era sostenuta da F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, 971; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico,* Cedam, Padova, 1976, 1417; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, ed. 1984, 389 ss.

[131] Come argomenta A. PACE, *op. ult. cit.*, 4809-13 e 4827, che pure sottolinea la mera virtualità di questa specifica retroazione. Derivano dall'art. 136 sia l'abrogazione (ovvero la perdita di efficacia) della legge incostituzionale sia la sua disapplicazione, tra i molti, G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus,* 1951, 359; A. M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle*

rapporti già pendenti della norma che risulta dalla decisione di incostituzionalità implica la disapplicazione della norma incostituzionale nel giudizio *a quo*. Ma, considerato che prima dell'accertamento il giudice non poteva né disapplicare la legge incostituzionale né applicarla, ma solo sospendere il giudizio, la conclusione è che la legge incostituzionale non ha mai prodotto effetti, né prima né dopo[132]. La conclusione non cambia ove si ritenga che dall'art. 136 sia ricavabile solo l'efficacia per il futuro delle sentenze dichiarative d'incostituzionalità e dagli artt. 1, l. cost. n. 1 del 1948 e 30, l. n. 87 del 1953 la disapplicazione delle norme incostituzionali nei giudizi anteriori[133]. Secondo la prima disposizione, la sentenza di accoglimento della questione di legittimità non ha alcun effetto costitutivo. Non è costitutiva dell'illegittimità perché – come testualmente dispone l'art. 136, comma 1 – è 'dichiarativa' di un'invalidità preesistente. È dichiarativa non già perché le leggi incostituzionali siano inesistenti e, come tali, secondo le categorie processuali generali, inidonee a produrre effetti, ma perché è giurisdizione, quindi dichiara, accerta, il diritto invalido. Non è, però, neppure direttamente costitutiva della cessazione di efficacia: la dichiarazione di incostituzionalità è la condizione («quando […], la norma cessa»), il fatto, cui la disposizione costituzionale direttamente subordina la produzione dell''abrogazione' della disposizione incostituzionale, così che l'effetto abrogativo è disposto dall'art. 136 e non dalla sentenza di accoglimento[134]. Il che significa che, come nella dottrina di Esposito dell'abrogazione, la legge invalida è originariamente inefficace[135]. Alla medesima conclusione si

pronunce della Corte costituzionale, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 41; M. GALLO, *La «disapplicazione» per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Giuffrè, Milano, 1960, 916 ss.; V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 518; L. ELIA, *Sentenze 'interpretative' di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1716.

[132] C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 270-1, concludeva che dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione «la legge non ha più efficacia, non solo come norma dei fatti futuri, ma anche come criterio di valutazione dei fatti passati, sicché questi fatti sono da giudicare, quando siano ancora suscettibili di giudizio, come se la norma di legge non fosse mai esistita». Simile le conclusioni cui è pervenuta M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni d'incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 84.

[133] Per tutti, siano sufficienti F. PIERANDREI, *op. cit.*, 968 e 971; S.P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche in riferimento ad esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, 275 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Cedam, Padova, 1997, 14 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 349 ss.

[134] Proprio in questo senso F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della «giustizia costituzionale» (natura, efficacia, esecuzione)*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1954, 133, discorreva di «accertamento costitutivo».

[135] P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, FrancoAngeli, Milano, 2015, 96; ID., *La funzione giurisdizionale della giustizia costituzionale*, cit., 7-9. Anche G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., § 42 e G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, *Giustizia costituzionale*,

perviene anche ove si argomenti che l'art. 136 non vieta gli effetti retroattivi, proprio perché discorre di 'cessazione/perdita di efficacia' e non di 'abrogazione' e la Costituzione presuppone la differenza tra gli effetti temporali dell'una e dell'altra. Come si trae dalla lettera dell'art. 77, comma 3, e, a rovescio, dell'art. 75 della Costituzione, la perdita di efficacia, a rigore, non esclude il passato, ma travolge anche i fatti decorsi[136]. In ogni caso, l'art. 30, comma 3, l. n. 87 del 1953, nel disporre – in coerenza con l'art. 134 Cost. e con l'accesso incidentale introdotto con l'art. 1, l. cost. n. 1 del 1948 – la disapplicazione – e non, come l'art. 136, la perdita di efficacia – delle norme dichiarate incostituzionali implica, di certo, che nessun giudice, dopo l'accertamento d'incostituzionalità, possa più applicare neppure ai fatti già passati, di cui giudica, quelle norme, seppure dedotte da disposizioni legislative a quel momento vigenti. La dissociazione tra efficacia e validità di legge si ridimensiona e la forza di legge si attenua[137].

In una, se si supera la teoria 'costitutiva' dell'incostituzionalità, l'efficacia della legge incostituzionale è provvisoria, perché è condizionata dal giudizio di validità, da cui deriva la cessazione di efficacia – con un po' di approssimazione, l'abrogazione – per il futuro della disposizione incostituzionale e la disapplicazione della norma incostituzionale nei giudizi pendenti. La forza di legge, dinnanzi alla Costituzione, si rivela una efficacia in-decisa, che non gli consente di produrre effetti permanenti nell'ordine legislativo.

Comunque, se anche si ammette l'in-decisione tra superiorità/forza di Costituzione e forza di legge, l'in-decisione è l'opposto del dualismo, della dicotomia, tra ordine legale e ordine costituzionale. Teoricamente, la separazione tra legalità «legale» e «costituzionale»[138] e tra i loro custodi presuppone,

Il Mulino, Bologna, 2012, 346, derivano l'effetto costitutivo della perdita di efficacia della legge incostituzionale dall'art. 136 e non dalla sentenza di accoglimento, ma non concludono nel senso che la legge fosse fin dall'origine inefficace. Invece, F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, § 9, attribuisce alla pronuncia di incostituzionalità sia la natura «*dichiarativa* della invalidità *stricto sensu* dell'atto o del testo», sia quella «*costitutiva* dell'inefficacia, rispettivamente del testo o della norma»; al pari A. PACE, *Superiorità della Costituzione*, cit., 4820, secondo cui la pronuncia di accoglimento è accertativa perché dichiara la nullità ma è «"costitutiva" in quanto "solleva" il giudice e la p.a. statale dall'obbligo di applicare la legge incostituzionale a meno di non sollevare la q.l.c.».

[136] L'argomento è tratto da F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, cit., § 48, nota 367. Concatenando, si potrebbe andare oltre e dire che l'abrogazione vale per il futuro perché è l'eliminazione di un atto valido, ove, invece, la perdita di efficacia è la conseguenza di un atto invalido. Se poi si lega la lettera dell'art. 136 a quella dell'art. 77, comma 3, potrebbe derivarne un argomento letterale a favore dell'invalidità originaria del decreto-legge.

[137] F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1972, 28 nota 76, discorreva di «efficacia ridotta».

[138] Si traggono le espressioni da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, 463-4; ma già ID., *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 501 ss.

almeno, la differenza di materia tra l'una e l'altra, seppure la diversità qualitativa non ne implichi necessariamente la separatezza. Tra le molte cose che si sono dette, si può dire che la Costituzione è il «trascendimento», la trascendenza o più semplicemente il programma/progetto e la legge parlamentare ordinaria è l'immanente, l'economia, la gestione: l'una è l'assoluto, l'altra il relativo. Alla razionalità strumentale, economica, della forza di legge, si oppone la razionalità rispetto al valore della Costituzione che, «anziché restaurare il ruolo della legge, come auspicava il gradualismo kelseniano, le sottrae il dominio del valore; il che equivale ad affermare che la legge, se per un verso è sgravata da quell'onore di fondatezza a priori che essa non è più in grado di sopportare, si trova per altro verso reintegrata in una posizione di relativa autonomia (ossia d'indipendenza dal valore)»[139]. Ci si può rifiutare di discorrere di «forza» di Costituzione in luogo di 'forza di legge', per l'alterità, la differenza qualitativa, che separerebbe la normatività giuridica della prima, riconducibile alla 'naturale' dualità del diritto, dalla seconda, espressione tipica del positivismo monistico e statuale[140]. Ma, in una lettura minimale del *documento* costituzionale, è difficile revocare in dubbio che la Costituzione vigente, lunga, contenga regole di 'obbligazione', regole sostanziali di condotta e, almeno in quella parte, goda della medesima precettività di disposizioni legislative. Il che, a rigore, esclude che alla legge, alla sua «forza», possa attribuirsi il carattere della primarietà[141].

Per le medesime ragioni, però, è sbagliato leggere nell'art. 134 i segni di una dualità, quasi che la 'forza' di legge sia l'esistente, il dato, la sfera dell'essere e la Costituzione la normatività, la sfera del dover essere. Ciò può essere vero se si considera solo la costituzionalità della legge e se si considera il suo oggetto quale 'diritto vivente'. Ma il giudizio di costituzionalità, se è un incidente nel giudizio comune, concreto, è funzionale, pregiudiziale, al secondo: e nell'incidente di costituzionalità Costituzione e legge convergono per individuare la regola del caso concreto, il diritto da applicare per risolvere il caso controverso e rendere giustizia al diritto azionato in giudizio. Se è giudizio principale, accerta il dover essere costituzionale del dover essere prescritto dalla legge. Per suo conto la dottrina del 'diritto vivente', e con essa le sentenze interpretative

[139] C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tip. Veneziana, Roma, 1984, 124. Riprende la tesi di Mezzanotte della legittimazione della Costituzione e del 'suo' giudice rispetto al valore A. GUAZZAROTTI, *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl. comp. eur*., 2019, n. 3, 809 ss.

[140] Per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008.

[141] «E cioè della non derivazione da altre disposizioni contemporaneamente vigenti e della novazione del già vigente»: C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5. Si può attribuire alla legge la primarietà solo se la si intende, come è convenzionalmente intesa, quale «svolgimento effettivo di una funzione normativa immediatamente soggetta alla Costituzione, senza intermediazioni legislative»: così per tutti G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., §§ 4 e 5.

di accoglimento, implicano il riconoscimento dell'esistente, ovvero della concreta possibilità, della pratica, di interpretazioni incostituzionali della legge ordinaria: il che può ammettersi solo se Costituzione e legge sono reciprocamente estranee e, al contempo, quasi pari-ordinate almeno prima del giudizio di costituzionalità[142]. Ma la riduzione della legge, dell'oggetto del giudizio, al 'vivente', al 'fatto', alla 'prassi', è specificatamente proprio ciò che non va della dottrina del diritto vivente e della teoria dei due 'mondi': all'opposto, anche quella è normatività[143].

Infine, praticamente, quella scissione, già superata, prima delle sentenze interpretative di accoglimento, con le sentenze interpretative di rigetto, è contraddetta – seppure nella direzione contraria della diffusione del giudizio di costituzionalità – dall'obbligo per il giudice comune di praticare l'interpretazione conforme, ove la Costituzione fonda, modella (l'interpretazione del)la legge[144].

Ma se non vi è scissione, teorica e pratica, tra ordine costituzionale e ordine legale, potrebbe allora sembrare corretto che la supremazia della Costituzione contende la 'forza' di legge, tanto che «per descrivere questo fenomeno sono necessarie categorie giuridiche duttili, elastiche, quale certamente non era il monolitico concetto di «forza»: si spiega così la nascita e il progressivo consolidamento del moderno concetto, assai più fluido, di «valore» di legge, con cui si vuole appunto rappresentare, attraverso una sintesi verbale, il fenomeno per il quale le leggi sono sindacabili dalla sola Corte costituzionale»[145]. Detto diversamente, potrebbe non avere più senso per il diritto discutere di forza di legge perché l'efficacia è dissociata dalla validità costituzionale.

È una conclusione sbagliata e, comunque, prematura. Non possiamo liberarci della 'forza' di legge perché, teoricamente, è declinabile al plurale e perché, seppure de-potenziata, relativizzata e spezzata, è ancora diritto positivo. Anzi, la forza di legge, in un certo qual modo, si misura meglio quando si manifesta una contro-forza. È presa nella differenza, nella sua negazione.

[142] P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, cit., 89-93; ID., *La funzione giurisdizionale della giustizia costituzionale*, cit., 3-5. Al contrario, interpreta il vincolo della Corte al diritto vivente come uno strumento di coordinamento e non già di divaricazione della sfera della «legalità legale» da quella, «diversa», della «legalità costituzionale» M. LUCIANI, *op. loc. ult. cit.*

[143] Per una critica teorica alla dottrina del diritto vivente in questi esatti termini C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, cit., 164.

[144] È vero che l'obbligo è limitato proprio dal diritto vivente, ma è evidente la paradossalità della conclusione, rilevata da M. CAVINO, *Diritto vivente,* in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Utet, Torino, 2010, 141: «poichè il significato conforme poteva certamente essere ricavato anche dai giudici che con le loro pronunce hanno prodotto il diritto vivente, si deve concludere che pur essi hanno mancato, in tempi diversi, al proprio dovere».

[145] C. MEZZANOTTE, *op. ult. cit.*, 152.

5. La forza di legge è efficacia provvisoria

Possiamo tornare al *feno*-testo, ove forza di legge compare in sole tre disposizioni. Nell'ordine testuale, l'art. 77, comma 2, attribuisce «forza di legge» a «decreti», più precisamente «provvedimenti provvisori» del Governo. A seguire, gli artt. 134, comma 1 e 136, comma 1, equi-parano leggi e «atti aventi forza di legge» ai fini dell'oggetto del giudizio di costituzionalità e degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

La prima operazione è conferire senso alla proposizione «di» del sintagma «forza *di* legge»: l'operazione conduce a dire che la legge *è* (la) forza, nel senso che la forza pertiene alla legge[146].

La seconda è constatare che il testo costituzionale enuncia, all'art. 77, la «forza di legge» per riferirla a decreti del Governo, ma «in questo modo si ammette una forma specifica della legge»[147]. La forza di legge è pre-supposta dal testo e come tale attribuita ad atti diversi dalla legge, che non *sono* – come la legge – la forza ma che *hanno* forza di legge. È, quindi, necessariamente qualcosa di diverso dalla (o, comunque, di non sovrapponibile e riducibile alla) forma legislativa: è specificatamente qualcosa che possono avere (di cui possono godere, un 'trattamento', insomma) anche atti privi della forma di legge. Vuol dire che la forma legislativa, la legge, non ha una forza diversa da quella degli atti, diversi dalla legge, di cui viene predicata la stessa forza (di legge). È qualcosa di paradossale o, più correttamente, di aporetico: la forza di legge nel testo è «forza differenziale»[148], nel senso che si attesta l'esistenza della forza di legge mediante atti che non hanno forma di legge. Sono i decreti del Governo che 'convocano' la legge, la rendono presente, la affermano, negandola. È un po' come se già nel suo statuto, nella sua definizione, la legge non fosse se non in virtù della sua trasgressione, della sua negazione *formale*, della sua 'forzatura'.

La terza operazione è rilevare che il testo, agli artt. 134 e 136, fa esplicitamente seguire alla qualità di legge o di atto «avente forza di legge», che presuppone, il sindacato di validità costituzionale, ovvero uno specifico 'trattamento'. Anche qui, si consuma un paradosso: la Costituzione enuncia la forza di legge per limitarla, per dichiararne la debolezza, per convertirla in impotenza.

Tutto questo ci dice che cosa non è la forza di legge nel testo costituzionale

[146] Seppure non con riguardo al diritto positivo, legge la proposizione 'di' nel senso che «la legge dispone di una forza» F. GARRITANO, *Introduzione.* «In nome della legge», in J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 9, che però ri-scrive il sintagma come «forza *della* legge» (il corsivo è nostro: *ivi*, 26 e 31) o la forza «come legge» (*ivi*, 42).

[147] Così, a partire dal tipo «decreto avente forza di legge», H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, 259.

[148] Ri-convertendo J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, in ID., *Forza di legge*, cit., 54.

vigente. Non è predicato, qualità, «virtù sovrana» del potere legislativo, alla maniera del diritto rivoluzionario, perché è attributo di atti adottati dal potere esecutivo. Non è più potere «iniziale», «sovrano» e «rappresentativo» proprio perché è trasmessa e conferita anche ad atti del potere esecutivo, che è tale proprio perché non rappresentativo. Non ha a che vedere con la forma rappresentativa della legge, intesa come distanza minima o prossimità massima al popolo rappresentato. A seguire, non è illimitatezza, ma all'opposto sindacabilità. In una, non è *force de loi*, non è l'auto-vincolo del popolo[149].

Cosa, invece, sia lo si desume dalla peculiare relazione che lega le tre disposizioni in cui compare il sintagma e dagli elementi comuni, dalle costanti, che ricorrono in tutte le disposizioni. Lo si comprende mettendo a profitto la connessione/disgiunzione tra efficacia e validità giuridica già indagata.

La relazione che lega le disposizioni è un diallelo: premesse e conseguenze si condizionano reciprocamente. L'art. 77, comma 2, costituisce il decreto con forza di legge e ne regola le condizioni di adozione e di conservazione della forza di legge. Non costituisce, quindi, la forza di legge, ma la presuppone. Gli artt. 134 e 136, a loro volta, presuppongono – non direttamente la forza di legge ma – gli atti che hanno forza di legge e quindi, in qualche modo, l'art. 77. Non costituiscono né l'atto che ha forza di legge né la forza di legge, ma dispongono che i decreti del Governo che vogliano essere come legge soggiacciono ad un particolare controllo, che è comune alla legge che *è* la forza. Nessun'altra disposizione dice che cosa sia, in cosa 'consista', la forza di legge. Nessuna disposizione costituzionale parrebbe, cioè, porre la regola costitutiva della forza di legge. Dal testo, però, si trae che l'art. 77, comma 2, attribuisce espressamente ai provvedimenti di necessità e di urgenza del Governo «forza di legge» e che quella qualità porta con sé il controllo degli artt. 134-6, che l'atto condivide con la legge. Ecco che il trattamento, la conseguenza, retroagisce sulla premessa costituendo la forza di legge: la forza di legge è presupposta ed al contempo costituita dal suo trattamento giuridico.

Ciò significa non già che atti diversi dalla legge hanno forza di legge e, quindi, godono di quel trattamento, ma che se atti, né amministrativi né giurisdizionali, vogliono essere parificati alle leggi devono soggiacere allo stesso trattamento[150]. A rigore, però, questo non vuol dire che la forza di legge sia il

[149] Muove, invece, da questa concezione idealtipica della forza di legge, riscritta come «valore di legge», per leggere il diritto vigente G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 50, che arriva così a concludere che gli atti con forza di legge del governo sono senza legge.

[150] L'argomento è in C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, note 27 e 29, che denomina «forza di legge in generale», inerente differenti specie di leggi, una propria competenza, «una situazione formale della legge e non [..] una particolarità del suo contenuto», ovvero il 'regime' della sindacabilità dell'atto da parte del giudice costituzionale che accomuna la legge ordinaria, quella regionale, quella costituzionale, etc.... E così ne trae un criterio normativo: gli atti con forza di legge, sindacabili dalla

suo sindacato speciale. Sarebbe un contro-senso, visto che ne è il presupposto. Il sindacato è, piuttosto, il limite di quella forza e, a ritroso, restituisce l'elemento comune tra gli atti che ne sono oggetto e che, appunto, sono o hanno forza di legge.

Quel 'qualcosa' che congiunge ciò che è disgiunto (legge e atto che ne ha la forza) è l'efficacia. L'art. 77, comma 2, dispone che i decreti d'urgenza del Governo con forza di legge perdono «efficacia» sin dall'inizio ove non intervenga la legge di conversione. L'art. 136, comma 1, dispone che quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, ovvero degli atti individuati nell'art. 134 oggetto del sindacato, la norma cessa di avere «efficacia» dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

In questo senso può convenirsi con quella dottrina che ha attribuito alla forza di legge il senso minimale di efficacia[151]. Di per sé l'idea è dogmaticamente coerente con la separazione della forza di legge dalla «virtù sovrana» del potere legislativo: la forza di legge è nel diritto vigente predicato di atti che non provengono dall'Assemblea rappresentativa del popolo, è efficacia, comando, obbedienza, perché si comanda o ubbidisce all'altro da sé. Così come è teoricamente coerente con il rinvio all'essere, al fatto, all'effettività della *forza* di legge: è ciò che residua dell'assolutistica *Gesetzeskraft* della dommatica tedesca, ove il *valore* di legge deriva dalla dichiarazione che essa ha *forza* giuridica obbligatoria. Si muove sul piano esistenziale e riguarda la realizzazione, l'applicazione del diritto[152]. È un significato antico. La forza di legge è espressione che

Corte, sono gli atti per i quali ricorre la condizione negativa necessaria, anche se non sufficiente, della natura di atti pubblici che non siano giurisdizionali o amministrativi, quali quelli politici e di governo, in ordine ai quali, diversamente, non vi sarebbe sindacato e quella positiva della provenienza da organi di governo. Sul punto già ID., *Elementi soggettivi ed oggettivi*, cit., 1078.

[151] Convergono su questo punto, salvo poi dividersi sulla preminenza teorica e dogmatica della «forza di legge» o, piuttosto, del «valore di legge», V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, 351; ID., *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., 959 ss.; A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 ss.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II,* cit., 10-20; ID., *Legge,* cit., 43-4.

[152] Guarda alla «forza di legge» come al punto di vista che si dispiega nel giudizio di chi applica la legge M. FIORAVANTI, *Lettura. GUSTAVO ZAGREBELSKY, La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, *Il Mulino, Bologna, 2008*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, n. 39, 588. Sull'efficacia come pura fattualità G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, 270-3, il quale più precisamente ritiene che l'efficacia sia un «puro fatto contingente, un fatto "dipendente dalla credenza", analogo in questo ad altri fatti istituzionali: un fatto, in altre parole, che consiste in un accordo diffuso nella cultura giuridica, una pratica sociale non codificata e non codificabile, se non in maniera approssimativa». La definizione pare corretta ove riferita al principio di effettività. In ogni caso, così formulata, non è pertinente se riferita al diritto costituzionale positivo, che regola le condizioni di efficacia, che non è, dunque, irrelata rispetto alla validità. In linea generale, sulla forza-effettività come fondamento *fattuale* della (e che, perciò, non fonda la) *normatività* V. ANGIOLINI, *Una rimeditazione sulle relazioni tra «norma» ed «effettività»*, in AA. VV., *La necessaria discontinuità. Immagini nel diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 150.

nel diritto romano – e poi medievale – equivale a «legis virtus» e ha il significato di forza obbligante, che produce l'effetto di comandare, proibire, permettere e punire[153]. Oscilla, però, tra il contenuto, la norma, e la fonte, la disposizione. Si dice che ha più forza quella che vieta rispetto a quella che comanda, come se rilevasse il contenuto[154], ma l'efficacia è predicato della disposizione e non della norma, della sua interpretazione. Nello stesso ordine di idee si è detto che la forza di legge è «l'essere un decreto ed un ordine valido per tutti»[155].

Il testo costituzionale consente, però, di attribuire un significato più preciso alla forza/efficacia di legge. Si tratta di un'efficacia peculiare, perché pertinente al diritto: è un'efficacia provvisoria a valere come legge perché disgiunta ma, al contempo, condizionata dalla validità della legge, dalla sua normatività, dal dover essere. E' la connessione necessaria tra efficacia e validità giuridica, che restituisce l'essenza del concetto di diritto: l'efficacia della singola disposizione è presupposto della sua validità, ma la validità retroagisce sulla prima. A questa conclusione conducono sia le disposizioni sulla formazione delle leggi che sulla giustizia costituzionale. Partiamo dalle seconde che condizionano le prime, che pure sono presupposte.

L'art. 134 presuppone l''esistenza' di leggi e di atti che ne hanno la 'forza' e ne dispone il controllo di legittimità costituzionale. L'esistenza della legge o

[153] MODESTINO, *Dig. De legibus* I.3; CICERONE, *De Inventione.* II. Libro, c. 49.

[154] G. SICHIROLLO, *I Tre libri di M.T. Cicerone. Intorno alle leggi*, Tip. del Seminario, Padova, 1878, 49-50. Potrebbe vedersi un'eco di questa antica concezione materiale dell'efficacia nella giurisprudenza costituzionale (cfr. sentt. nn. 372, 378 e 379 del 2004) che ha ritenuto prive di «efficacia giuridica» «enunciazioni» «anche se materialmente inserite in un atto-fonte [..] collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale»; tali enunciazioni, di «carattere non prescrittivo e non vincolante [...] esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa». In questa interpretazione abrogante, in cui disposizione e norma si sovrappongono e indeterminano una nell'altra, potrebbe dirsi che l'inefficacia definisce una disposizione non normativa, una proposizione linguistica che non produce un significato normativo,

[155] Se ne trova traccia in C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3*, in ID. (a cura di), *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., 30-1, ove traeva la forza di legge dalla disposizione sull'eguaglianza, che non disciplinerebbe il contenuto della legge, ma costituirebbe la pari forza ed efficacia dell'ordinamento per tutti i cittadini, la pari sottoposizione alla «forza formale delle leggi e dell'ordinamento giuridico». Al più l'eguaglianza si riferirebbe al contenuto delle leggi che disciplinano la forza o l'efficacia della legge. Sulla forza di legge in Esposito, come una forza che, ciononostante, «deve creare l'eguaglianza», seppure formale, L. PALADIN, *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, in ID., *Saggi di storia costituzionale*, cit., 203. Nella voce *Decreto-legge*, cit., § 5, Esposito escludeva, però, che fosse esatta la tesi, romaniana, che «sia caratteristica della forza di legge (qualunque ne sia il contenuto) la vigenza universale e cioè la obbligatorietà per tutti i soggetti, mentre sarebbe caratteristico di ogni atto diverso dalla legge la efficacia soggettivamente delimitata». Si danno infatti leggi che contengono norme di sola 'azione' e per converso atti amministrativi generali; talchè ogni atto di autorità, può, in potenza, vigere per tutti. Non vi è contraddizione tra le due tesi: la prima allude al divieto di leggi individuali, personali, al contenuto della norma; la seconda alla circostanza che l'universale vigenza dell'atto, che di certo implica la generalità del contenuto e la potenziale obbligatorietà per tutti, non è sempre vera per la legge e non è sempre falsa per gli atti diversi dalla legge.

dell'atto equiparato è, cioè, condizione preliminare per l'ammissibilità del sindacato di validità costituzionale. Implica che il controllo è circoscritto all'atto giuridico effettivamente riconducibile al 'tipo' corrispondente, con la conseguente esclusione delle mere parvenze o degli atti inesistenti[156]. E la legge inesistente è atto non riconoscibile come 'figura' di legge[157].

Teoricamente, può essere difficile distinguere tra esistenza e validità. Il 'fatto' legislativo non è un fatto naturale, che esiste in sé, ma un fatto istituzionale, costituito da e per il diritto: un testo, un documento, è legge in virtù di un 'titolo' giuridico, di una qualificazione giuridica, di una regola che lo costituisce tale. L'esistenza insomma è già da sempre validità. Ma resta che qualcosa, una 'cosa', una qualche entità fisica, documentale, materiale, deve pur sempre esistere. Il diritto è fatto prima di essere arte-fatto. Approssimativamente, un documento per esistere come legge, per essere un fatto legislativo, deve almeno soddisfare la condizione minima di identificazione: provenire dall'organo competente secondo Costituzione. La soglia minima è la conformità alla regola di chi è legislatore. E' la soglia minima anche per Kelsen che, seppure non distingue l'esistenza della legge dalla sua validità, perché non pensa il diritto invalido, ritiene che, per essere valida, la norma deve essere prodotta mediante un atto empiricamente accertabile, un essere, l'atto di volontà. Poi, anche ove non sia previsto il controllo di costituzionalità delle leggi, gli organi dell'applicazione devono per lo meno controllare che ciò che si presenta con il senso soggettivo di legge sia stato deciso dal legislatore previsto in Costituzione[158].

Dogmaticamente, l'art. 134 implica la distinzione tra esistenza e validità costituzionale, nel senso che la legge esistente può essere costituzionalmente

[156] Nella giurisprudenza costituzionale sono stati ritenuti atti esistenti ed efficaci e, quindi, sindacabili perché atti con «forza di legge» la legge approvata dalle due Camere con testi difformi (Corte cost., sent. n. 292 del 198; conf. sentt. nn. 9 del 1959 e 152 del 1982), la legge delega non approvata dal plenum della Camera (Corte cost., sent. n. 32 del 1962) oppure il decreto-legge privo dei presupposti di necessità e di urgenza (Corte cost., sent. n. 171 del 2007). Più ambiguamente la Corte ha ritenuto atto esistente, ma formalmente invalido, con conseguente ammissibilità del ricorso, un decreto-legge regionale, seppure con evidenza adottato in carenza assoluta di attribuzioni (Corte cost., sent. n. 50 del 1959). Al contrario, una legge approvata non dal Consiglio regionale ma dal Presidente della Regione con un decreto, emanato quale commissario ad acta, è stata qualificata nel giudizio su conflitto di attribuzioni atto adottato in carenza assoluta di attribuzioni, una «parvenza di legge» ovvero una legge inesistente, pertanto assolutamente inefficace, priva di idoneità lesiva e insindacabile da parte del giudice costituzionale (Corte cost., sent. n. 361 del 2010; conf. sent. n. 123 del 2011).

[157] Guardano alle condizioni di esistenza della legge da questo punto di vista, tra i molti, C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi ed oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, cit., 1078 ss.; V. CRISAFULLI, *Interrogativi sui criteri di identificazione degli atti «con forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, 715 ss.; A.M. SANDULLI, *Legge (Diritto costituzionale)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, 1963, 648; più di recente, F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.,* XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 1026; ID., *Validità (dir. cost.)*, cit., 49 ss.; A. SPADARO, A. RUGGERI, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 92; M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Jovene, Napoli, 2011, 134.

[158] H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 303 e 306.

valida o invalida, ovvero per essere valida o invalida la legge deve almeno esistere, deve vigere. Esiste se è riconoscibile come un fatto legislativo. E' vero che nel diritto vigente la regola costitutiva di ciò che è legge o atto che ne ha la forza ha la specifica forma costituzionale. Potrebbe sembrare che, poichè la legge inesistente viola una regola di grado costituzionale, la sua 'incostituzionalità' sia di competenza del giudice della validità costituzionale della legge. Ma non può essere così perché l'art. 134 presuppone che la legge esista e per il diritto non può che esistere almeno come fatto legislativo, un fatto che sia conforme alla regola che costituisce ciò che vale come legge. Ciò non significa che una legge o un atto equi-parato inesistente non sia in qualche modo invalido. È un atto invalido, ma di un'invalidità non accertabile nel giudizio costituzionale, che richiede almeno la qualificazione dell'atto come legge: rientra nella competenza residuale del giudice comune accertarne l'invalidità e disapplicarne le norme ricavabili, poiché, a rovescio, il vincolo dell'art. 101 presuppone pur sempre l'esistenza come 'tipo' di una legge o di atto che ne abbia la forza[159]. Se, invece, la legge o l'atto che ne ha la forza violano condizioni di

[159] In accordo con C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, cit., 273 e ID., S*ul giudice competente a sindacare la invalidità formale delle leggi anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1961, 1121, F. PIERANDREI, *op. ult. cit*., § 14, nota 63, seppure limitatamente agli atti «completamente *extra iuris ordinem*»; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., § 16, 549-50; ID., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, 139 ss.; F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, cit., § 4; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 242-243; P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, cit., 109 ss. Contro la radicale separabilità dell'invalidità dall'inesistenza e, quindi, contro l'esclusione della Corte dal giudizio di invalidità di una legge inesistente, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio in via incidentale*, Cedam, Padova, 1984, 128-9, secondo cui l'apparenza/inesistenza di una legge è, comunque, il risultato di un giudizio preordinato a sciogliere il dubbio sulla qualificabilità di un atto come legge, come tale di competenza della Corte costituzionale, per lo meno a fini di certezza, salvo, nei casi più evidenti, il potere di disapplicazione immediata da parte di tutti i giudici. Più decisamente, riprendendo un po' l'argomento kelseniano, secondo cui i vizi di illegittimità sono sempre di invalidità costituzionale (ID., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, 164), A. ALBERTI, *La delegazione legislativa*, cit., 40-50 e note 18-9, secondo cui, nel caso specifico del decreto legislativo che eccede la legge di delegazione, «la perdita della forza di legge determina necessariamente la perdita della validità, con ciò dimostrando che il controllo diretto ad accertare la sua forza è tutt'uno col controllo diretto a stabilire se è un atto valido». Ma allora la sua disapplicazione diffusa da parte dei giudici comuni «contrasta con l'art. 134 Cost., che riserva alla Corte costituzionale il controllo di validità degli atti con forza di legge» (*ivi*, 48). La conclusione si fonda sulla presupposta identificazione tra forza di legge e validità: «Certo, non c'è alcun dubbio che se manca la legge di delega o se questa non offre copertura al modo in cui il potere delegato è esercitato, il decreto non ha forza di legge: ma non ha forza di legge perché è invalido, cioè perché non si è realizzata una condizione di validità, così come non può avere forza di legge qualsiasi altro atto normativo che sia adottato in modo invalido, cioè disattendendo una o più condizioni di validità» (*ivi*, 49). Ora, è vero che nel diritto positivo se un atto non ha forza di legge è invalido in quanto viola la regola (costituzionale) che lo costituisce come fatto legislativo, ma ciò allora significa che l'atto non supera la soglia minima di esistenza. Ma non è vero che ogni atto invalido non ha forza di legge. L'art. 134 regola, infatti, il (solo) controllo di validità costituzionale di ciò che ha già forza di legge, quindi presuppone che l'atto abbia forza di legge e restringe l'invalidità rimessa alla Corte a quella di un atto che non è a tal punto invalido da essere privo di forza di legge in quanto inesistente. Del resto, se fosse

forma ulteriori rispetto alla regola costitutiva fondativa e condizioni di sostanza (che poi sono sempre di forma, di violazione della forma costituzionale) prescritte dalla Costituzione sono esistenti ma costituzionalmente invalidi e sindacabili dal giudice della «legittimità costituzionale». In ogni caso, per il nostro discorso, dall'art. 134 si ricava che la forza di legge è almeno esistenza.

L'art. 136 implica l'efficacia dell'atto oggetto di controllo, perché prescrive la condizione della sua cessazione. Quindi, per essere o avere «forza di legge», gli atti sindacabili devono essere efficaci, ovvero in grado di produrre gli effetti del tipo cui appartengono, a ritroso, vigenti[160] e, sia che si ritenga l'esistenza condizione sufficiente e necessaria o solo possibile della vigenza e dell'efficacia, esistenti per il diritto, ovvero riconducibili, secondo la loro regola costitutiva, al (e riconoscibili come il) modello di cui portano il nome. In più, l'art. 136 presuppone la separazione tra efficacia e validità costituzionale[161]. Dispone che la Corte «dichiara» l'illegittimità costituzionale: se ne trae che l'illegittimità pre-esiste. La natura dichiarativa è un argomento a favore della qualificazione dell'invalidità costituzionale quale nullità, che – al contrario dell'annullabilità – si 'accerta', si 'dichiara' di una legge esistente e invalida[162]. Se la legge incostituzionale è nulla, infatti, è invalida prima della decisione, se è annullabile è valida fino alla declaratoria d'incostituzionalità. Senza rieditare qui il dibattito sulla natura della legge incostituzionale, basti qui che l'argomento più noto contro la tesi della nullità della legge incostituzionale e a favore della sua annullabilità è quello crisafulliano[163], secondo cui la legge incostituzionale è annullabile perché l'efficacia di cui discorre l'art. 136 deve pure avere un qualche significato. Ma l'argomento prova troppo. L'art. 136 presuppone sì che la legge

inesistente e ciononostante sindacabile dalla Corte non avrebbe senso neppure l'art. 136, che ne presuppone l'efficacia: e sarebbe assurdo presuppore l'efficacia di un atto addirittura inesistente. L'identificazione tra forza e validità è proprio ciò che l'art. 134 pare escludere.

[160] A rigore, efficacia e vigenza non coincidono. Una legge efficace è vigente, ma una legge può vigere e non essere efficace: ad esempio la deroga temporanea, propriamente la sospensione, incide sull'efficacia, sulla 'applicabilità', ma non sulla vigenza; diversamente l'abrogazione incide sull'efficacia e sulla vigenza.

[161] La dissociazione vale anche laddove si ritenga che, se il Tribunale costituzionale è il giudice esclusivo del vizio di incostituzionalità della legge, ciò non esclude che i giudici comuni siano competenti a sindacarne l'illegittimità, non costituzionale. Ma, limitatamente a questo sindacato giurisdizionale, parrebbe porsi l'identificazione – e non la dissociazione – tra forza e validità di legge.

[162] E' evidente che tutta questo affannarsi è inutile e insensato per H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 308-10: la nullità non è una qualificazione giuridica, predicabile di una norma appartenente all'ordinamento giuridico, perché una norma nulla non è una norma, non è un dover essere, quindi non pertiene al diritto. In ogni caso, se la si predica, deve essere accertata, ma l'accertamento, anche nella forma di dichiarazione di nullità, ha effetto costitutivo, quindi, è un annullamento retroattivo di una norma considerata valida fino a quel momento. Insomma, per Kelsen «nell'ordinamento giuridico, la nullità è soltanto il massimo grado di annullabilità».

[163] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., 389; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, cit., § 48, note 380 ss.

dichiarata invalida sia efficace, tanto che ne dispone la cessazione di efficacia. Ma l'effetto della cessazione dell'efficacia, ovvero dell'abrogazione/annullamento, della disposizione non deriva direttamente dalla sentenza, ma appunto dall'art. 136 che pone la sentenza quale fatto, quale condizione, al cui verificarsi si 'produce' – quasi 'naturalisticamente' – l'effetto. Al contrario, l'effetto, proprio e diretto che l'art. 136 attribuisce alla sentenza della Corte è quello tipicamente giurisdizionale – e decisivo per i giudizi e rapporti pendenti – della «dichiarazione» di illegittimità costituzionale, che pare incoerente ove si intenda la legge incostituzionale come legge annullabile: in tal caso la sentenza avrebbe natura costitutiva. In ogni caso, la nullità non esclude che la legge invalida, fino al suo accertamento, benché non obbligatoria, sia efficace, perché esecutoria per il potere esecutivo e perché non può essere disapplicata dal giudice, che al più può sospendere il giudizio[164]. Se così è, la «forza di legge» nell'art. 136 presuppone la possibilità di una legge invalida: le leggi efficaci possono essere valide o invalide e, quindi, le leggi invalide, già giuridicamente esistenti, sono efficaci fino al giudizio di costituzionalità[165].

Da questo punto di vista, solo il sindacato accentrato rende pensabile e accertabile la «forza» di legge in sé e per sé. Nel sindacato diffuso, infatti, efficacia e validità coincidono, perché la legge invalida deve/può essere disapplicata, quindi, la forza di legge è la sua validità, in quanto le leggi invalide non esistono come leggi o per lo meno non ne hanno la forza. La Costituzione americana, nella sua lettera, si limita a discorrere di «*effect*», nell'art. 1, sec. 7, paragrafo 3, ove prescrive le condizioni affinché si producano gli 'effetti' di un progetto di legge: lì la forza di legge è annichilita dalla natura subalterna, derivata, del corpo legislativo 'delegato' rispetto al potere costituente 'originario' del popolo che produce la Costituzione e, di conseguenza, dalla, almeno ipotetica, identità

[164] Comunque, se nel diritto vigente la legge invalida è una legge nulla, deve escludersi dogmaticamente che la nullità sia l'inesistenza giuridica della legge. Se la nullità è la conseguenza giuridica dell'illegittimità costituzionale, le leggi nulle sono leggi invalide, ma per ciò stesso esistenti e efficaci, quindi con forza di legge e pertanto sindacabili dalla Corte costituzionale; al contrario se la nullità è l'inesistenza giuridica, la negazione logica della rilevanza e della qualificazione giuridica di un atto, le leggi nulle sono leggi inesistenti, che delle leggi hanno la mera parvenza, sono inefficaci, quindi prive di forza di legge e non sono sindacabili dalla Corte. Ovviamente se si ritiene che la nullità sia irriducibile all'invalidità, e perciò non si distingua dall'inesistenza, la legge invalida, che si contrappone all'atto nullo-inesistente, è legge annullabile e obbligatoria sino al suo annullamento. Su tale alternativa teorico-dogmatica G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, *passim*. Nel primo senso A. PACE, *Superiorità della Costituzione*, cit., 4814 ss. e ID., *Postilla: la legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 2010, n. 6, 5100 ss. Nel secondo F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 297 ss.

[165] Sinteticamente, sulla relazione qui allusa tra esistenza, vigenza/efficacia e validità almeno V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Giappichelli Torino, 2010, 1-25; e, con specifico riguardo alla legge oggetto di sindacato costituzionale, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Laterza, Roma-Bologna, 2007, 530 ss.

tra validità e efficacia[166].

Ma il paradosso della legge o dell'atto equi-parato invalido e, ciononostante, efficace si ridimensiona se si osserva che, nel diritto costituzionale vigente, l'efficacia di cui godono è un'efficacia limitata nel tempo. Di certo, le disposizioni invalide cessano di produrre effetti dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione costituzionale. Per il passato, già in base all'art. 136, la sentenza della Corte è 'dichiarativa' di un'invalidità pre-esistente, quindi la legge, già da sempre invalida, più che obbligatoria, pare esecutoria, seppure con giudizio *à rebours*, secondo la categoria grammaticale del futuro anteriore. In ogni caso l'art. 30, comma 3, l. n. 87 del 1953 dispone la disapplicazione delle norme dichiarate incostituzionali ai giudizi pendenti e non solo al giudizio *a quo*, per il quale è sufficiente il meccanismo, altrimenti inutile, dell'incidentalità. Cosicché, se si sommano gli effetti dell'abrogazione/annullamento della disposizione per il futuro e della 'dichiarazione' dell'invalidità preesistente, che consente la disapplicazione della norma invalida ai fatti accaduti nella vigenza della legge invalida, ne deriva che la forza di legge è una efficacia «provvisoria»[167] perché è condizionata dalla sua validità, una efficacia in-decisa, che non gli consente di produrre effetti permanenti nell'ordine legislativo.

La forza di legge, così intesa, trova conferma nella lettera dell'art. 77, comma 2. Innanzitutto, deve esistere materialmente un testo, un documento, una deliberazione del Consiglio dei ministri auto-qualificata decreto-legge. In più, vi deve essere l'emanazione del Presidente della Repubblica, la presentazione del decreto alle Camere per la conversione e, quindi, la sua pubblicazione. La forza di legge del decreto dipende dalla proposta di conversione in legge prima della pubblicazione. L'efficacia del decreto è presupposta, perché la disposizione stabilisce le condizioni della sua perdita e perché è la competenza a provvedere per il caso straordinario di necessità ed urgenza, che sarebbe insensato pre-vedere ove fosse inefficace. Ma anche questa è un'efficacia provvisoria, per due ragioni: è provvisorietà delle norme e dell'atto[168].

[166] E per questa ragione, ai nostri limitati fini, pare inutile la dottrina (per tutti E. NEWLAND, *Executive Orders in Court*, in *The Yale Law Journal*, vol. 124, n. 6, 2015, 2026 ss.) e la giurisprudenza americana sulla *force and effect of law* degli *executive orders* (a partire da quella più datata, tra cui da *Jenkins v. Collard,* 145 U.S. 546 (1893), *United States v. Pink,* 315 U.S. 203 (1942), *Farmer v. Philadelphia Elec. Co.,* 329 F.2d 3, 7 (3d Cir. 1964) e *Gnotta v. United States,* 415 F.2d 1271, 1275 (8th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 934 (1970).

[167] Discorre di «provvisorietà», «interinalità» degli effetti degli atti invalidi L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 551.

[168] Come noto, limita la provvisorietà all'atto C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit. § 5, concludendo, però, che, visto che il decreto è destinato ad essere sostituito dall'origine dalla legge o a non essere mai sorto (almeno come decreto con forza di legge), «le disposizioni, gli imperativi cui l'atto dà nascimento non sono provvisori, bensì sono disposizioni di incerta vigenza e validità fino a conversione». Se non sono vigenti, pare difficile ritenere che non siano provvisori. Ma così si lega destino dell'atto e della disposizione/norma.

Le norme devono essere provvisorie perché il decreto d'urgenza del Governo è qualificato «provvedimento provvisorio» con «forza di legge». L'art. 77 distingue la «forza di legge», propria dei decreti del secondo comma, dal «valore di legge ordinaria» del decreto del primo comma. È provvedimento 'provvisorio' del Governo nel senso che – coerentemente alle 'misure' tipiche dello stato di eccezione – deroga temporaneamente il diritto legislativo vigente o, forse, presupponendone la vigenza, ne sospende l'efficacia per il caso straordinario, ma non innova il diritto legislativo con effetti permanenti[169]. I decreti legislativi, invece, poiché hanno «valore» e non solo forza di legge, abrogano la legge ordinaria, la modificano con definitività. Hanno la stessa capacità attiva e passiva della legge[170].

L'atto è provvisorio, «precario»[171], perché l'efficacia del decreto-legge, ovvero la sua idoneità a derogare la legge, dipende dalla conversione in legge, da cui deriva o la perdita della forza di legge dall'origine o il consolidamento della sospensione della legge. La provvisorietà dell'atto implica quella della norma, perché se il decreto avesse la forza di abrogare la vigenza della legge si tratterebbe di una ben strana provvisorietà dell'atto[172].

Ci si è, poi, da tempo domandati se prima della conversione il decreto sia valido o invalido o se sia obbligatorio o solo esecutorio[173]. Ai nostri fini cambia poco. Seppure in misura diversa, il decreto è sempre condizionato dalla convalida (o sanatoria, se ritenuto invalido) con la conversione. Senza la conversione in legge, meglio senza la legge di conversione, il decreto non produce valido diritto legislativo, non produce validamente deroghe alla legge; produce gli effetti di un atto amministrativo, invalido se deroga, ovvero viola, la legge[174].

[169] P. PINNA, *Lo stato d'eccezione e il decreto-legge*, cit., 7. E' vero che già per V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., 221, il decreto-legge è l'esempio, con le leggi temporanee, di atto che sospende e non abroga. Ma per Crisafulli quello specifico effetto non è il criterio distintivo tra forza e valore di legge, perché tra i due non vi è distinzione.

[170] Sin d'ora, contro la tradizione, pare, dunque, più coerente con il testo costituzionale definire la 'potenza' della legge come valore e non come forza di legge….

[171] Nel linguaggio di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., 87.

[172] Gli effetti irreversibili dei decreti-legge sono, infatti, per il diritto costituzionale un problema…

[173] La «forza di legge» non implica necessariamente l'obbligatorietà dell'applicazione del decreto da parte dei giudici allo stesso modo in cui non la implica la forza di legge degli artt. 134 e 136 della Costituzione, che è efficacia provvisoria perché separata dalla validità. Per cui valgono gli stessi argomenti articolati nella dottrina costituzionalistica a sostegno della mera esecutorietà o, comunque, della non obbligatorietà della legge invalida. Va, poi, da sé che, ove si ritenga il decreto-legge diritto di per sé invalido (secondo la nota conclusione cui giunge Esposito: ID., *Decreto-legge*, cit., §§ 8 e 9), non può che escludersi l'obbligatorietà della sua applicazione fino alla conversione. Anzi si afferma più decisamente la sospensione dell'applicazione del decreto come delle disposizioni derogate e, quindi, la sospensione del giudizio. Ma ciò non esclude quella «provvisoria forza» di legge del decreto invalido che, anzi, è proprio ciò che giustifica la sospensione del giudizio e la sua sindacabilità.

[174] E ciò sia nel caso in cui si consideri la legge di conversione novazione del decreto-legge originariamente valido sia che la si ritenga legge di sanatoria di un decreto originariamente invalido.

Quindi, la forza di legge del decreto, prima della conversione, è efficacia o finanche validità provvisoria – sospensivamente o risolutivamente – condizionata dalla legge di conversione. In più, la regola che il Governo, quando provvede nella necessità ed urgenza, debba adottare provvedimenti che abbiano la «forza di legge» per sospendere il diritto vigente implica che l'atto tipico dell'emergenza sia sottoposto al regime, al 'trattamento', che è proprio dell'atto, al giudizio di validità costituzionale.

La conclusione raggiunta per la 'forza' del decreto-legge potrebbe essere revocata in dubbio per il decreto legislativo. Potrebbe obiettarsi che il decreto legislativo è l'altro atto con forza di legge cui allude l'art. 134 della Costituzione, che usa l'espressione al plurale «atti aventi forza di legge», ma non ha nulla della provvisorietà della competenza di eccezione. È vero, ma il decreto legislativo non ha solo «forza» di legge: ha, se preceduto dalla previa legge di delegazione, «valore di legge ordinaria» ai sensi dell'art. 77, comma 1. Distinguere la «forza di legge» dal «valore di legge ordinaria», secondo la lettera costituzionale, non significa escludere che l'atto che ha 'valore' di legge ordinaria abbia anche forza di legge. Così il decreto-legge ha forza e non valore di legge; al contrario, lo specifico valore di legge ordinaria del decreto-legislativo non esclude la forza di legge[175]. La sua validità costituzionale è, però, sindacabile dal giudice delle leggi solo se rispetta almeno la condizione – in questo caso la delegazione delle Camere – che l'art. 77, comma 1, impone affinché valga, appunto, come legge. Quindi, non confuta l'identificazione della «forza di legge» con un'efficacia tutta particolare, provvisoria e separata, ma non irrelata rispetto alla validità.

Bisogna, a questo punto, capire cosa significhi che nel diritto vigente la forza di legge è disgiunzione, ma non è irrelazione, in-dipendenza, dalla validità della legge. In questa separazione che unisce o unione che separa si dà la sola possibilità di «forza di legge».

Attingendo ai differenti concetti di diritto valido, possono darsi tre diverse combinazioni della relazione tra forza di legge e validità.

Partiamo dalla identificazione tra esistenza e validità. Se la si intende nel senso che una legge è valida in quanto esistente, è la forza-di-legge senza legge. È la presunzione di validità della legge e quindi la riduzione della validità dell'atto alla sua esistenza. Le leggi esistenti sono valide e quelle invalide non esistono: si regge sull'equazione tra un essere, l'esistenza, e un dover essere, la validità. È la forza-di-~~legge~~[176], ove il primo termine annulla il secondo. Il diritto è valido perché è applicato.

[175] Seppure con argomenti differenti, perveniva a questa conclusione già C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, nota 32.

[176] Si ri-scrive così la grafia del sintagma forza di legge di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 52, che, però, come vedremo tra poco, non è pertinente al diritto costituzionale vigente.

Se la si intende nel senso opposto che una legge è esistente in quanto valida, quindi la legge invalida è nulla (/inesistente, ma l'inesistenza è un fatto, non un concetto giuridico[177]), la forza di legge si identifica con la validità. È la dottrina espositiana: se la legge è valida produce effetti, se è invalida non li produce, almeno non ha la forza di quel tipo. Quindi, solo la legge valida *è* forza di legge. È la negazione della prima tesi. È la ~~forza di~~-legge. La normatività annichilisce la forza (di legge). Il diritto è applicato perché è valido.

Solo se si separa l'esistenza/efficacia dalla validità, si apre alla pensabilità della forza di legge in senso proprio: la legge o l'atto assimilato esiste perché è riconoscibile secondo le norme sulla produzione; è efficace, perchè è idoneo a produrre effetti tipici; ma può essere invalido. La forza è condizione dell'accertamento di validità ma è a sua volta condizionata dalla validità. Significa che una legge invalida esiste e produce effetti, che non è una non-legge, un nulla, ma significa anche escludere che una legge perché esistente, perché ha forza, sia valida: si incunea la possibilità dell'invalidità nonostante l'esistenza. È esattamente la linea di mezzo che non annulla nessuno dei due termini del sintagma forza di legge. E' la negazione dei dualismi: è la dialettica tra essere e dover essere, tra esistenzialità e normatività, tra natura e spirito, tra forma e contenuto, tra realtà e idea/valore, tra volontà e norma, in una tra potenza e diritto[178]. La 'forza di legge' è il segno che alla «capacità del potere di produrre diritto» corrisponde «la capacità del diritto di produrre potere», il cui condizionamento reciproco esclude, dal lato del potere, della positività e della legalità, la validità del diritto ingiusto e, dal lato del diritto, della normatività e della legittimità, l'inesistenza del diritto invalido[179].

Ma perciò stesso questa 'forza', che non si sa se sia comando e obbligatorietà, esclude dal diritto costituzionale vigente due iperboli: la esorcizzazione della

[177] Il riferimento è all'argomento di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 247, che criticava l'idea che in regime di Costituzione flessibile potessero esserci leggi inesistenti che non fossero leggi nulle, in quanto mancava ogni disposizione di ordine superiore che avesse forza sufficiente per eliminare il valore e l'efficacia propria dell'atto legislativo esistente, per due ragioni. Innanzitutto, perché anche nella Costituzione flessibile sono astrattamente ammissibili e concretamente esistenti limiti degli atti legislativi. Poi «o il concetto di inesistenza viene inteso in senso empirico e di fatto (ed allora differisce da quello di nullità ma è giuridicamente irrilevante) oppure viene inteso in senso giuridico (ed allora si identifica con quello di nullità, poiché giuridicamente l'atto nullo non è quello che esiste e che tuttavia non ha validità, ma è quello che, non avendo validità, giuridicamente non esiste e non viene riconosciuto dal diritto)». Allora, però, l'identificazione tra inesistenza e nullità non aveva conseguenze normative, in quanto non vi era alcuna dissociazione tra efficacia e validità: la nullità/inesistenza è l'unica forma di invalidità perché non può darsi una legge invalida e ciononostante esistente.

[178] Seppure non articoli una teoria delle fonti, è forse la dottrina di Heller quella che meglio ha colto nel giuridico la relazione permanente, più precisamente la connessione dialettica, tra normalità e normatività, tra la «forza normativa della normalità» e la «forza normalizzante della sfera normativa» (387) e che, infatti, pensa il diritto invalido, anzi ingiusto.

[179] H. HELLER, *op. cit.,* 301.

forza di legge come violenza, 'potenza' senza diritto, e la sua assolutizzazione come 'potenza' del diritto.

6. La forza ~~di legge~~ senza legge

Si è detto che la «forza di legge» è un assoluto, è, hegelianamente, un «concetto ultimo» che non richiede la ricerca di un «senso»[180]. Quindi, nel diritto costituzionale vigente, può essere emarginata o ridimensionata.

Ciò è vero nel senso che la forza di legge non è la traccia, nel testo vigente, della forza di legge come forma 'iniziale', originaria, fondativa.

Non è, però, vero se si intende che la forza di legge è un concetto ultimo perché è forza, fattualità, che si impone e non si giustifica. Questa conclusione implica l'elisione del genitivo e la riscrittura del sintagma forza di legge, in cui la legge è (la) forza, nella legge della forza, ove il diritto nasce dalla forza e ove la forza è (la) legge.

Questo è, grossomodo, il discorso realista sulla sovranità, sull'ineluttabilità della *hybris* su cui il diritto si fonda: la legge ha valore perché promana dal sovrano, chiunque esso sia, quindi non ha valore ma *forza*, perché è, perché esiste come forza originaria la cui potenza e volontà sono irresistibili[181]. Alla legge in quanto tale si deve obbedienza. Il potere della legge, la sua 'forza', non sta nella legge, ma in ciò che è alle sue 'spalle', 'prima' e 'fuori' della legge, che la sostiene e regge. Se si concede un'approssimazione, è la linea che, seppure con molte discontinuità e rotture, da Montaigne, passando per Pascal, Benjamin e Schmitt, giunge a Derrida, ove la forza di legge rivela l'origine che la legge cerca di occultare, di mettere fuori scena, la forza, la violenza creatrice di diritto, *rappresentata*, ripetuta, nella violenza conservatrice. La forza di legge è *Gewalt*, che può significare, nella sua anfibologia, anche violenza[182]. Per questo la 'forza' di cui dispone la legge ricorda ai poteri rappresentativi, decaduti perché rappresentativi, alla democrazia parlamentare, la violenza da cui sono nate e che può in ogni momento ri-emergere, con un nuovo inizio, sotto «una crosta di una meccanica irrigidita nella ripetizione»[183].

Ma, sintatticamente, «forza di legge» è un ossimoro, perché mette assieme essere e dover essere, fatto e norma, applicazione e imperativo. Nella sua lettera, il sintagma si oppone alla separazione tra la forza e la legge, tra il potere

[180] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I*, cit., 6.

[181] Ma dice sempre meno nello Stato che si è allontanato dalla forza-violenza della sua instaurazione, della sua origine.

[182] *Gewalt* è una di quelle parole che forse non si dovrebbero 'citare', 'ripetere', se le sono state dedicate corsi interi: J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano. Volume II (2002-2003)*, Jaca book, Milano 2010. Così come i suoi composti, *Umgewalt, Übergewaltigkeit*, riempiono i testi di Heidegger…

[183] Non c'è bisogno di dire che si profitta di C. SCHMITT, *Teologia politica: Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, 41.

teologico-politico e l'ordinamento giuridico: la forza *di* legge non è altro dalla legge, non può essere altro perché è predicata della legge, deve appartenere all'ordine discorsivo del diritto. L'una non può essere negazione dell'altra. Il discorso 'realista', invece, scioglie, de-cide, l'ossimoro a favore del primo termine.

In ogni caso, il punto decisivo è se, dogmaticamente, il testo costituzionale vigente consenta l'elisione del genitivo. Solo in quel caso il paradigma teorico della forza di legge come violenza, occultata, razionalizzata e integrata dall'ordine normativo, può significare qualcosa per il giurista. Definiamo meglio i contorni del paradigma.

È la tesi della «forza-~~di legge~~», della forza-di-legge senza legge come manifestazione sensibile, fenomeno, nel diritto vigente dello stato di eccezione[184]. L'eccezione è il «dispositivo originario attraverso cui il diritto si riferisce alla vita e la include in sé attraverso la propria sospensione»[185]. L'eccezione concerne una soglia, «una zona di indifferenza, in cui dentro e fuori non si escludono, ma s'indeterminano»[186]. È in questione il limite dell'ordine giuridico, il paradosso dell'iscrizione nel diritto della sospensione del diritto, dell'essere fuori e, tuttavia, dell'appartenere all'ordine giuridico, senza opposizione topologica dentro/fuori[187]. La sospensione della norma non significa la sua «abolizione» (giuridicamente, a rigore, la sua abrogazione), quindi la zona di anomia che si instaura non è irrelata rispetto all'ordine giuridico. Può anche dirsi che lo stato di eccezione si presenta come l'apertura nell'ordinamento di una lacuna fittizia allo scopo di salvaguardare l'esistenza della norma e la sua applicabilità alla situazione normale. Ma la lacuna non è dentro la legge, è esterna, riguarda la sua relazione con la realtà, la sua applicazione. Ecco che, più precisamente, lo stato di eccezione crea una zona in cui l'applicazione della legge è sospesa, ma la legge rimane in vigore. È uno stato della legge in cui questa vige senza applicarsi ovvero si applica dis-applicandosi. Nel linguaggio delle fonti

[184] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., spec. 50 ss.; già ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, II ed. 2005, spec. 57 ss. E' l'ultimo anello della catena ideale che lega Benjamin, Schmitt e Derrida. Solo Agamben, però, riferisce esplicitamente la forza di legge senza legge, quale epifania dello stato di eccezione, ai decreti del Governo che hanno forza ma non valore di legge. Con essa quindi ci misuriamo: è quella che mette più immediatamente in questione il diritto costituzionale positivo.

[185] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 10.

[186] *Ivi*, 34.

[187] Non parrebbe distante da C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 39, che già sottraeva lo stato d'eccezione alla dicotomia dentro/fuori «poichè lo stato d'eccezione è ancora qualcosa di diverso dall'anarchia o dal caos», da cui la formulazione aporetica che «dal punto di vista giuridico esiste ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico». Sul punto specifico O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 2012, n. 3, 787 ss.

del diritto, può tradursi separando la vigenza dall'efficacia: la sospensione riguarda l'efficacia della legge e non la sua vigenza.

Questo non significa che lo stato di eccezione sia uno «stato del diritto»[188]. Resta nell'ordine del diritto la dottrina schmittiana della decisione sovrana che, seppure non sia norma, è diritto, permane «nell'ambito del dato giuridico»[189]. Così come vi restano gli altri meccanismi, le altre 'mosse', che Schmitt escogita per iscrivere il 'fuori' nel diritto: ovvero le distinzioni tra norma del diritto e norma di attuazione del diritto e tra potere costituente e costituito. Così, per Schmitt la sospensione dell'efficacia della norma significa che viene meno la decisione, la volontà *esistente*, che, però, è pre-condizione e condizione immanente della normatività. E la sospensione non rivela la forza, la violenza o la arbitrarietà, ma il fatto che ogni norma «presuppone una situazione normale»[190]. Ma, contro Kelsen, vuol dire che la normalità, quindi un essere, non è solo presupposto esterno, ma carattere essenziale ed interno della validità della norma, quindi pertiene al diritto, anzi è «una definizione normativa della norma stessa»[191]. Al contrario lo stato di eccezione di Agamben è uno spazio senza diritto, ove il diritto è dis-attivato: vi prevale la vita, il fatto, l'azione. Non è uno stato *pleromatico*, uno stato di pieni poteri, ma uno stato *kenomatico*, un vuoto e un arresto di diritto[192], l'in-esecuzione del diritto sulla base del *iustitium* romano. Il che, a sua volta, non significa affatto che sia uno stato di natura: non lo è perché l'anomia risulta dalla sospensione del diritto e, quindi, implica il diritto proprio nel momento in cui lo esclude, sospendendolo. È, in qualche modo, impuro, condizionato.

Lo spazio dell'anomia – e qui è il passaggio decisivo – è (in-)definibile come la separazione, l'isolamento, della «forza-di-legge» dalla «forma» di legge, dell'applicazione dalla vigenza: una soglia di indecidibilità fra vita e diritto, fra anomia e nomos. L'anomia 'vive' nella moderna forza-di-legge, come nell'antica legge vivente. Nel diritto e nella gius-pubblicistica contemporanea, il sintagma «forza di legge» si riferisce, infatti, non alla legge ma ai decreti del Governo d'urgenza: la forza di legge è esattamente il dispositivo che attribuisce ai decreti un'efficacia pari alla legge, valgono come leggi, ma per ciò stesso separa l'applicazione, la *vis obligandi*, della legge dalla sua forma. In questo senso

[188] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 66.

[189] C. SCHMITT, *op. cit.*, 39 e 34, che conferma l'ossimoro estasi-appartenenza perché l'eccezione «si sottrae all'ipotesi generale, ma nello stesso tempo rende palese in assoluta purezza un elemento formale specificamente giuridico: la decisione», cioè, appartiene al giuridico ma eccede il normativo; e perché afferma che il sovrano «sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso». Il sovrano de-cide: e il taglio non è né dentro né fuori, ma istituisce il dentro e il fuori, in una il diritto.

[190] C. SCHMITT, *Il concetto di «politico»*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., 130

[191] C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, 260.

[192] G. AGAMBEN, *op. ult. cit.*, 63.

Eichmann diceva che «le parole del Führer hanno forza-di-legge [*Gesetzeskraft*]»[193]. A dire che l'esistenza è superiore alla validità. La decisione di chi è sovrano, perché decide sullo stato di eccezione, è la pura forza che vale come legge. E la forza-di-legge è manifestazione dello stato di eccezione perché è uno stato in cui la norma vige ma non si applica (non ha forza) e in cui, invece, i decreti che non hanno valore di legge (perchè non ne hanno la forma) ne hanno, però, la forza. È una «forza-di-legge senza legge»[194], graficamente forza-di-~~legge~~: la sospensione della (forma di) legge libera la forza. Nel caso dei decreti del governo con forza di legge norma e applicazione esibiscono la loro separazione: «una pura forza-di-~~legge~~ attua (cioè applica-dis-applicando) una norma la cui applicazione è stata sospesa»[195]. Il diritto si scinde in una pura vigenza senza applicazione (la forma di legge) e una pura applicazione senza vigenza (la forza-di-~~legge~~).

Ma la forza-di-~~legge~~, così significata, è con evidenza una *fictio iuris* in cui il diritto paradossalmente cerca di annettersi (o almeno di relazionarsi con) la realtà, la mancanza di sè. La forza di legge è pura applicazione, quindi la negazione del carattere più proprio della legge, l'imperatività: non può vigere perché non è diritto. Più chiaramente, gli atti del governo con forza di legge sono violenza «governamentale»[196]. A dire quasi che gli atti del governo con forza di legge sono atti che hanno dalla loro la forza, l'efficacia: non sono semplicemente invalidi, non sono diritto.

È Benjamin che smaschererà la finzione giuridica: se si lega l'ottava tesi di filosofia della storia a *Per la critica della violenza*[197], la violenza 'divina', la *reine Gewalt*, si situa in una zona in cui lo stato di eccezione è divenuto la regola e in cui la legge è indiscernibile dalla vita. Lo stato di eccezione non è decisione sovrana che sospende il diritto vigente, ma è anomia senza alcuna veste giuridica: della maschera della forza-di-~~legge~~ non resta che la forza, la violenza 'pura'[198]. Alla violenza mitica del diritto, che è violenza che pone il diritto, pertiene, infatti, la forza di legge, poiché la funzione specifica del porre diritto «non è di promulgare le leggi, ma qualunque decreto emanato con forza di legge»[199]. Ma ad essa si oppone la violenza divina: è violenza «pura» perché non si trova in relazione di mezzo rispetto a un fine, ma è mezzo puro che si emancipa da un fine e si tiene – in modo assai antikantiano – in relazione alla

[193] *Ivi*, 51.
[194] *Ivi*, 52.
[195] *Ivi,* 54.
[196] *Ivi*, 111.
[197] W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R. Solmi, Einaudi, Torino, 2014, 79 e 5 ss.
[198] Secondo la lettura dei testi di Benjamin di G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 73-4; ID., *Stato di eccezione*, cit., 69 ss.
[199] W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., 15.

sua stessa medialità[200]. Appartiene all'ordine delle 'manifestazioni'. Non è strumentale al diritto e in questo senso è pura relativamente ad esso. In quanto mezzo legato a un fine, ogni violenza fonda o conserva il diritto. Quella divina, invece, è violenza pura proprio perchè espone e disattiva il nesso fra violenza e diritto: è la violenza «al di là del diritto», che non pone né conserva, ma depone[201]. È la violenza che non è «imbastardita col diritto» e che perciò è «insegna e sigillo, mai strumento di sacra esecuzione, è la violenza che governa»[202]. Ciò non significa che in Benjamin la violenza pura sia figura, condizione, originaria: è ricavata per negazione e contrapposizione al diritto, quindi *condizionata*[203]. Se si dice che è presupposta al diritto, significa che è un pre-supposto, nel senso che è posta dal diritto, retrospettivamente, come proprio pre-supposto. Quindi, dipende dal diritto pre-supponente: la purezza è *a posteriori*, consapevolmente *aprés-coup.* Significa, però, che la violenza divina è decidibilità, è azione, è manifestazione e che la violenza mitologica è indecidibilità[204]. Ma un diritto che ha spezzato il proprio nesso con la violenza, con la *prassi*, è un diritto che non ha forza e applicazione. Per questo nello stato di eccezione non si ha la vigenza di una legge che non si applica, ma la cessazione della legge, che nel suo compimento messianico si indetermina in ogni punto con la vita: se si sospende il diritto, resta la vita.

Ciò alla fin fine è «la disattivazione e l'inoperosità del diritto», più precisamente del dispositivo che lega il diritto alla vita, vale a dire proprio ciò che la forza-di-~~legge~~ «– che mantiene in opera il diritto al di là della sua sospensione *formale* – intende impedire»[205].

[200] *Ivi*, 22 ss. e spec. 26.

[201] *Ivi*, 26 ss. e 29.

[202] *Ivi*, 29. La ripetizione *Gewalt-waltet* è tradotta da J. DERRIDA, *Nome di Benjamin*, in ID., *Forza di legge*, cit., 135, come violenza «sovrana».

[203] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 79 ss. Torna sulla natura condizionata della purezza di cui parla Benjamin in quanto purezza relativamente al diritto, in 'rapporto' al diritto, in ID., *Karman. Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, 134.

[204] Questo almeno secondo la lettura del testo *Per la critica della violenza* di J. DERRIDA, *op. ult. cit.*, 130-2, che, distinguendo tra conoscenza e azione, schematizza, da un lato, «la decisione senza certezza decidibile» propria della violenza divina, dall'altro, «la certezza dell'indecidibile ma senza decisione» della violenza mitico-giuridica. Assai diversamente, invece, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 70-1, pare sovrapporre indecidibilità dell'azione e della conoscenza, ove scrive che «è in risposta all'idea benjaminiana di una indecidibilità ultima di tutti i problemi giuridici che Schmitt afferma la sovranità come luogo della decisione estrema». Ma l'idea benjaminiana dell'indecidibilità nell'ambito della violenza divina si riferisce alla conoscenza (e non all'azione), l'idea schmittiana della decisione/violenza sovrana si riferisce all'azione.

[205] *Ivi,* 83. Agamben completerà nell'opera *L'uso dei corpi*, Neri Pozza, Vicenza, 2014, il progetto 'politico' di una forma-di-vita, l'inoperosità, che non significa inerzia, ma un'attività che disattiva e apre a un nuovo uso il diritto. Parallelamente sostituisce al potere costituente quello di una potenza destituente, che non si lascia mai riassorbire in un potere costituito. Ma questo è un altro discorso.

Qui non si vuole – né si saprebbe – discutere se lo stato di eccezione – e la forza di legge che ne sarebbe fenomeno – sia l'arresto del diritto: non è possibile discutere giuridicamente di ciò che non è giuridico o, in fondo è lo stesso, di ciò che non può essere distinto dal non giuridico. Né si intende negare che le concezioni, le teorie dello stato di eccezione come concetto-limite, come soglia, siano un proficuo concetto per elaborare dottrine interpretative. Ma per lo studioso di diritto positivo le dottrine devono avere conseguenze normative, perché consentono di ricavare norme da disposizioni vigenti.

Ora, in linea teorica può rilevarsi che proprio la critica della violenza, del diritto come violenza e della violenza come diritto, rischia, dal suo interno, di confondere, di rendere inutile, non misurabile, la distinzione tra legge e decreto del governo che ha forza di legge, tra 'forma' e 'forza' di legge, perché non vi è opposizione rigorosa tra la violenza che pone e quella che, quale pura applicabilità, conserva il diritto[206]. In fondo, l'origine e la fondazione dell'autorità, la posizione della legge, sono sempre basate su sé stesse, quindi, sono «una violenza senza fondamento»[207]. La violenza fondatrice è a sua volta *rappresentata*, nel senso che è ripetuta, iterata, dalla violenza conservatrice: «l'iterabilità inscrive la promessa di conservazione nell'istante più dirompente della fondazione», così «la posizione è già iterabilità, appello alla ripetizione autoconservatrice» e «la conservazione è a sua volta ancora ri-fondatrice per poter conservare ciò che pretende di fondare»[208]. Non si ha, dunque, nè fondazione pura nè conservazione pura. E la confusione tra l'una e l'altra è proprio ciò che viene in gioco nei due casi estremi, quello della decisione del caso eccezionale e quello della polizia. Nel primo, nell'istante rivoluzionario, «la fondazione di un nuovo diritto *gioca*, per così dire, su qualcosa di un diritto precedente, che essa estende, radicalizza»[209]. La polizia dello Stato moderno mescola le due violenze, perché non solo applica «la legge con la forza», quindi la conserva, ma inventa la legge, «è la forza di legge, ha forza di legge». Il che significa che non possono darsi dei «puri e grandi fondatori, iniziatori, legislatori», perché la conservazione è da sempre, dall'origine, inscritta nella struttura della fondazione[210]. E, comunque, entrambe sono *Gewalt*, entrambe sono «la forza di legge»[211] e al contempo violenza. Così riguardati, tra legge e decreti esecutivi che ne contendono la forza non vi è differenza qualitativa. Al più si tratta di

[206] Seguiamo la decostruzione della dicotomia, dell'opposizione, che struttura la critica della violenza di Benjamin, ad opera di J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, cit., 63 ss. e ID., *Nome di Benjamin*, cit., 95 ss. e spec. 106 ss.

[207] J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, cit., 63.

[208] J. DERRIDA, *Nome di Benjamin*, cit., 106-9.

[209] *Ivi*, 109.

[210] *Ivi*, 112 e 114.

[211] Come J. DERRIDA, *ivi*, 95, traduce *Gewalt.*

graduare, di misurare, quantitativamente, quanta forza, quanta violenza, stia al fondo dell'una e degli altri.

In ogni caso, se torniamo al diritto costituzionale vigente, è vero che la «forza di legge» è separata dalla forma legislativa, non è *force de loi*, ma non è uno stato *kenomatico*, l'indeterminazione tra fatto e diritto, il punto in cui il fatto è diritto e il diritto è fatto. La «forza di legge» è diritto positivo, è posta da e in un documento giuridico: è dentro l'ordine giuridico costituito. Ma se il documento costituzionale, quale legge costituzionale deliberata, include come diritto vigente i decreti con 'forza' di legge, non può dirsi che quei decreti siano forza-di-~~legg~~e, almeno non nel senso di forza-di-legge senza legge, vita, mera efficacia/applicazione, 'violenza governamentale' e, dunque, non diritto. Gli art. 76 e 77, come l'art. 70, sono diritto esistente-vigente, efficace e valido, in quanto fondato e riconosciuto[212]. Può anche dirsi che «la *forma* affascina quando non si ha più la forza di comprendere la forza nel suo interno. Cioè di creare»[213] e che, quando la forza si separa dalla forma, resta la forza che si autofonda. Ma abbiamo dimostrato che nella forza di legge l'efficacia, la produzione di effetti, presuppone un atto giuridicamente esistente, in quanto conforme alla propria regola costitutiva e, benché disgiunta dalla validità, ne è variamente condizionata. La legge esiste, a prescindere dalla sua validità, ma non ne è affatto superiore. Solo se la legge o l'atto equiparato è inesistente, perché non è riconducibile al 'tipo, rileva come mero fatto, ma allora è privo di forza di legge.

La conclusione non muta se si guarda al solo atto con forza di legge che, in qualche misura, ha a che vedere con l'eccezione, il decreto-legge, che è poi l'unico decreto a cui la Costituzione attribuisca espressamente «forza di legge». All'art. 77, comma 2, è stata formalizzata una tipica competenza di emergenza: è quel tanto di stato di eccezione che la Costituzione democratico-pluralistica ha sopportato e ha incluso nel diritto. Forse, proprio per includere, escludendolo, lo stato di eccezione come stato estremo, anomia e violenza pura, ha 'messo in forma' il potere di eccezione come esercizio di una competenza delimitata dal diritto, un'eccezione per così dire relativa. La Costituzione, che è la 'prima' legge, ammette la sospensione, la deroga temporanea, della legge con un atto che non ne ha la forma. È in un certo qual modo il legame, la relazione, che il diritto scritto tenta di assicurare tra quel tanto di *Gewalt* anomica che il diritto può concepire e il diritto stesso. Ma è diritto e non pura applicazione: il decreto con forza di legge del Governo non è un fatto, ma una competenza istituita dall'art. 77, comma 2[214]. Se poi si ritenesse il decreto-legge diritto,

[212] Nei limiti e nei termini in cui si può parlare di validità delle Costituzioni, scritte, il che è tutt'uno con la questione teorica del 'fondamento' della loro validità…

[213] J. DERRIDA, *La scrittura e la differenza*, Einaudi, Torino, 2002, 5.

[214] P. PINNA, *Lo stato d'eccezione,* cit., 9.

originariamente, invalido, resterebbe diritto, non diverrebbe un fatto: diversamente non se ne potrebbe predicare la validità o invalidità. In ogni caso, dal punto di vista interno al diritto posto, la limitazione del decreto con forza di legge ai «casi straordinari di necessità ed urgenza» è ciò che precisamente ne esclude la normalizzazione: l'eccezione non deve divenire la regola e, se si rispettano le condizioni di validità, i suoi due elementi costitutivi, il fatto e il diritto, l'efficacia e la validità, separati ma correlati, non si indeterminano e non trasformano il dispositivo giuridico in una «macchina letale»[215]. Per il diritto posto, l'eccezione che diviene regola è semplicemente diritto invalido.

Né potrebbe considerarsi l'art. 77, commi 2 e 3, o la separazione della forza dalla forma di legge come una sospensione o una rottura della Costituzione: è sempre Costituzione, per lo meno, legge costituzionale deliberata, che internamente al diritto vigente eccepisce la regola generale che gli atti del governo non violano la legge. Il giurista deve trovare le norme di quella convivenza, della relazione regola-eccezione.

Non è evocabile la forza quale fondazione della legge esterna o irrelata rispetto all'ordine giuridico neppure ove si sostenesse che la forza di legge dell'art. 77 abbia la forza per sospendere le leggi costituzionali[216]. A quella tesi, nel merito, è obiettabile che, sebbene negli artt. 134 e 136 la forza di legge includa anche la forza di legge costituzionale, sindacabile per vizi di forma (e di contenuto se si ammette l'esistenza di principi supremi), l'art. 77 è posto, topologicamente, in relazione all'art. 70 e non all'art. 138. In più, è vero che l'art. 77, comma 1, si riferisce al «valore di legge *ordinaria*» e il comma due alla forza di legge, senza specificare di quale tipo di legge si tratti, ordinaria o costituzionale. Ma è irragionevole sopravvalutare la 'forza' rispetto al 'valore' di legge nel testo costituzionale vigente, visto che il valore è espressamente predicato di un decreto del Governo preceduto dalla previa legge parlamentare[217]. Comunque sia, se la vita del decreto-legge dipende dalla sua conversione, vale l'argomento della particolare collocazione dell'art. 77, che esclude la forma costituzionale della legge di conversione. Se, poi, il fondamento di quella

[215] Per escludere, quindi, dall'orizzonte del diritto positivo la conclusione che G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 110, trae dalla trasformazione dello stato di eccezione, in cui vita e diritto si indeterminano, in regola.

[216] Valga ancora C. ESPOSITO, *Decreto-legge,* cit., § 5 e 6. Alla medesima conclusione perveniva L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme,* in *Giur. cost*., 1965, 149, nota 8. Più di recente ha argomentato la sospensione (provvisoria) con decreto dell'efficacia delle norme costituzionali A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. dir*., 1995, 402 e ID., *Problematica delle libertà costituzionali*, Utet, Padova 2003, 340 ss.

[217] Per questo sembra sbagliato l'argomento (così A. PACE, *op. e loc. ult. cit*.) secondo cui la sospensione dei diritti costituzionali con il decreto-legge troverebbe conferma nella circostanza che «anche a proposito delle misure ex art. 78 Cost. la eventuale sospensione delle garanzie costituzionali avviene in forza di un atto avente valore di legge ordinaria»: anche ad ammettere che l'art. 78 consenta quella sospensione, li vi è una deliberazione delle Camere…

sospensione della Costituzione fosse fuori della legge, nell'effettività, nella forza normativa del fattuale, nella consuetudine di riconoscimento, non ci sarebbe bisogno dell'art. 77, perché vorrebbe dire che il decreto d'urgenza è un fatto[218]. Ma, al contrario, il decreto è una competenza costituita dal testo costituzionale. Quindi, un decreto-legge che provveda in contrasto con una disposizione costituzionale è invalido. In ogni caso, si tratterebbe di una forza di legge interna al diritto, perché sarebbe il diritto costituzionale posto che autorizza il dispositivo della propria sospensione mediante altro diritto: sarebbe una sospensione del diritto scritto mediante altro diritto scritto, cosicché non sarebbe una sospensione del diritto (né della scrittura). Ma la legge che ha «il potere di negare sé stessa», di porre la propria disapplicazione, è onnipotente: la sospensione della legge ad opera della legge mostra la massima potenza della legge, è il segno che la legge è il potere, che «il potere della legge non è altro dalla legge» [219]. Insomma, non si tratterebbe affatto del «fondamento mistico» della legge *à la* Derrida.

L'elisione della legge dal sintagma forza di legge è, infine, insostenibile se si guarda all'altro decreto del Governo, quello fuori dall'eccezione, il decreto legislativo. L'art. 77, comma 1, esclude che il Governo possa, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria, quindi implica che il decreto, adottato previa legge di delegazione, ha «valore di legge ordinaria». Ha «valore», ma ciò non esclude che abbia anche la «forza». Anzi, dall'art. 77 si trae, per ora intuitivamente, che il valore è di certo qualcosa di più – meglio, di diverso – della forza. Quel 'più' è ravvisabile precisamente nell'autorizzazione con deliberazione legislativa del Parlamento, nella 'forma' di legge. Ma allora la forza, separata dalla legge, è fuori gioco perché la legge fonda (o co-fonda con la Costituzione che istituisce la fonte) il decreto. La forza-di-legge senza legge, la scissione tra pura vigenza senza applicazione e pura applicazione senza vigenza, non si pone.

[218] C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, § 2, invero, con coerenza, sostiene proprio che i provvedimenti d'urgenza sono un «fatto» cui la Costituzione vuole dare disciplina, che sarebbero «sorti da attività di fatto del governo»: a dire che sono una mera eventualità che accade, che si dà e che la Costituzione si limita a regolare ove accadano. Definisce la lettura espositiana 'svalutativa' del testo costituzionale N. LUPO, *I decreti-legge nel primo dopoguerra, nelle letture dei giudici e dei giuristi*, in *Osservatoriosullefonti.it,* 2014, n. 2, 4; su questo specifico punto della dottrina di Esposito, C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita*, EUM, Macerata, 2006, 57 ss. Qualificava il decreto-legge «fatto» con forza di legge, insindacabile dalla Corte perché fatto, F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1978, 760.

[219] I virgolettati sono tratti dalla critica ai critici del formalismo giuridico di V. VITIELLO, *Il potere della legge*, in L. BASILE (a cura di), *Morte della sovranità*, Inschibboleth ed., Roma, 2016, 61.

7. L'apologia della forza di legge

All'estremo opposto sta l'apologia della «forza di legge» (rispetto al «valore di legge»).

È l'ipotesi dominante, che identifica la forza di legge con la potenza creativa di diritto e presuppone una concezione materiale della legge. Così la forza di legge preesiste al conseguente regime giuridico, al suo 'trattamento', vale a dire alla sindacabilità nel giudizio di legittimità costituzionale, che sarebbe il «valore di legge». Ma il valore è condizionato dalla forza, quindi, si scioglie nella forza. La *force de la loi* è divenuta un dispositivo, un meccanismo di funzionamento della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico.

È la tesi originariamente crisafulliana: la forza di legge è l'efficacia nello specifico significato di 'potenza', è l'idoneità (attiva) a porre nuove norme giuridiche e, quindi, a abrogare norme anteriori, equi-parate o inferiori, nonché la capacità (passiva) di resistere alla abrogazione disposta da fonti non equi-parate o non superiori. La forza di legge è la capacità di «innovare il diritto oggettivo preesistente»[220], nella forma dell'abrogazione. Nella Costituzione vigente è «il grado primario»[221], ma condizionato dalla forma legale costituzionale, dal 'grado' costituzionale. Quella potenza è propria della legge e di tutti gli atti, diversi dalla legge, che la Costituzione rigida equi-para nella potenza. In questo preciso senso il sistema delle fonti (a livello costituzionale e) a livello primario è chiuso: la forza di legge dipende dalla Costituzione, quindi la legge ordinaria – senza esservi autorizzata, almeno implicitamente, dalla Costituzione – non può validamente istituire «fonti «concorrenziali» rispetto a sé medesima, vale a dire dotate della medesima forza, ovvero in grado du escluderla del tutto da certe materie»[222]. La legge non dispone della propria forza, non può istituire fonti a sé equivalenti, quindi non può condizionare la validità di una legge successiva che, al contrario, abroga la precedente[223]. La forza di legge fonda l'applicazione dell'abrogazione, dunque, del criterio cronologico tra fonti del medesimo tipo; condiziona, perché così vuole la Costituzione, la validità e, con essa, la gerarchia o la competenza tra la legge e le fonti di 'tipo'

[220] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II,* cit., 67.

[221] *Ivi*, 68. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 17, nota 23, 25, nota 37 e 37, obietta che la teoria della forza di legge come subordinazione alle – e derivazione dalle – sole fonti di grado costituzionale è contraddetta dai regolamenti delegati, che sono autorizzati dalla legge – e non dalla Costituzione - a abrogare o modificare leggi e non spiega la carenza di «valore legislativo» dei regolamenti delegati nelle ipotesi in cui questi si pongono su un piano concorrenziale con le leggi. Insomma, i regolamenti delegati hanno forza di legge, ma non sono sindacabili dalla Corte costituzionale, perché non ne derivano, quindi, la forza di legge è nozione inutile nella vigenza di una Costituzione rigida. Invero, l'obiezione potrebbe non essere risolutiva, perché tutto dipende da cosa si intende per forza e valore di legge.

[222] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale.* II, cit., 126. Ma già ID., *Fonti del diritto,* cit., 940.

[223] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., 186-7.

differente, poiché gerarchicamente ordinate o materialmente separate. In una, la forza di legge esprime, in verticale e in orizzontale, la *posizione* della legge nella *Stufenbau* e, per assimilazione o per esclusione, quella delle altre fonti decisa dalla Costituzione.

Ma proprio la Costituzione, con la regola costitutiva del grado costituzionale, relativizza la forza di legge e dissolve la linearità dell'ordine gerarchico. Da un lato, frammenta il tipo della legge ordinaria per effetto delle leggi a-tipiche, che hanno la stessa forma di legge ma una forza attiva de-potenziata e/o una forza passiva rin-forzata[224], e delle leggi rinforzate, che, in fondo, sono leggi a-tipiche sia per forma che per forza/efficacia differenti rispetto al 'tipo' normale. Il «tipo formale» dell'atto non determina più il «grado» delle disposizioni[225]. Dall'altro, riconduce ad unità gli atti con ««forza» o «valore» di legge»[226] del Governo, equiparati alla legge dagli artt. 76 e 77 Cost. Dall'altro ancora, in virtù del principio di competenza, la forma di legge subisce limiti di contenuto rispetto ad altre fonti, il che rende insensato parlare di forza o maggiore efficacia di una fonte rispetto ad un'altra. Non vi è più, comunque, un solo ««tipo» di legge, individuabile per la «forma» che gli è propria» e a cui è riconosciuto un grado di efficacia creativa di diritto, che si soleva designare, «appunto perché collegato alla forma caratterizzante il tipo di fonti, indipendentemente dal loro vario contenuto, «forza formale»»[227]. È la conseguenza del crollo «del mito della sovranità della legge (e del Parlamento)» per effetto della rigidità costituzionale[228].

Il che, però, non significa neppure che la Costituzione annichilisca la forza di legge e, con essa, la gerarchia tra fonti. Il «concetto-base» resta quello «della particolare forza propria della legge formale»[229]. Dalle leggi atipiche non può dedursi una moltiplicazione dei gradi della gerarchia, che restano quello

[224] Per A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2009, 125, le leggi atipiche non spezzano la forza di legge in due, ma al più in due manifestazioni dell'«unica forza», poiché la loro maggiore forza passiva si determina proprio in ragione della possibile limitazione della loro forza attiva. L'esaltazione della forza di legge, però, finisce qui, perché converte la forza di legge – meglio la riadatta – in 'primarietà', quale connotato delle fonti, siano o no 'separate' rispetto alla legge, direttamente ed esclusivamente fondate in Costituzione. Se poi, proprio, si vuole distinguere la forza dal valore di legge, concorda con Crisafulli che questo ha un «mero rilievo processuale» quale esclusiva assoggettabilità delle fonti primarie al sindacato costituzionale (*ivi*, 16-7).

[225] V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 809.

[226] *Ivi,* 326. Seppure, un po' prima, *ivi*, 193, connota i decreti-legge come fonti «che non abrogano le preesistenti norme rispetto a cui dispongano diversamente, ma solo ne sospendono l'efficacia obbligatoria e quindi l'applicabilità» nel periodo tra la loro entrata in vigore e la conversione (o lo spirare del termine di decadenza). Così come l'unità degli atti del governo con forza di legge è posta in termini dubitativi in ID., *Fonti*, cit., 960-1 e nota 77.

[227] V. CRISAFULLI, *Fonti*, cit., 958.

[228] V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza*, cit., 810.

[229] V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 327.

costituzionale e quello legislativo, invalido se viola il primo e non perché violi la legge anteriore con forza o efficacia speciale[230]. Esiste la forza di legge ma non la forza di regolamento. Se ne trae, più limitatamente, che la forza di legge, seppure sia questione di diritto positivo che dipende dal soggetto deliberante e dal procedimento di formazione dell'atto, non si identifica più con la forma di legge, con la forza di legge formale, perché la medesimezza di forma è esclusa dal testo costituzionale: ci sono più tipi di leggi o più gradi dentro lo stesso tipo e l'equiparazione dei decreti legislativi e dei decreti-legge alla deliberazione legislativa implica la differenza rispetto all'entità cui l'equiparazione tende. L'idealtipo della forza di legge è la legge formale, ma l'eguale efficacia della legge dell'assemblea rappresentativa e degli atti equi-parati del Governo porta con sé la forza materiale di legge e con essa la possibilità della dissociazione tra forma e materia di legge[231]. Detto diversamente, la forza formale di legge caratterizza solo la «misura e il grado» dell'efficacia innovativa del diritto oggettivo «(quando ci sia)»[232].

La *force de loi*, con tutti i suoi corollari, è archiviata nella Costituzione rigida: ciò che ha forma di legge non può tutto, anzi in alcuni casi non può nulla; in altri casi può tutto proprio ciò che non ha forma di legge. In ogni caso, seppure non vi sia una generale riserva di amministrazione, nel testo costituzionale vi sono indizi che sussista «una riserva di concreto provvedere» nei casi previsti. Solo così, nella distinzione tra il disporre e il provvedere, può pensarsi e realizzarsi l'imparzialità dell'amministrazione, impredicabile per la legislazione[233].

Ma proprio per questo la forza di legge è sì una 'potenza', ma non è affatto la qualità del potere iniziale, originario e sovrano. Non è neppure più la fonte suprema: la sua forza è perturbata dalla Costituzione. È piuttosto un dispositivo, una produzione di effetti, un meccanismo di funzionamento della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, tanto che il suo «valore» – se proprio lo si vuole distinguere dalla forza, laddove il diritto positivo li utilizza promiscuamente – sta nella sindacabilità da parte di un giudice, seppure speciale. Può, infatti, ammettersi che il «valore di legge» inerisca il «regime giuridico unitario» di un tipo generalissimo, il controllo del giudice costituzionale. Ma se si risolve la forza di legge nel «peculiare regime giuridico dell'atto», quindi nel valore, si incorre nella evidente tautologia che gli atti con forza di legge sono gli atti con valore di legge, cioè gli atti sindacabili dalla corte sono gli atti

[230] La deduzione non è di Crisafulli, ma muove esplicitamente dalla sua concezione di forza di legge e di sistema chiuso delle fonti: G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 64.

[231] *Ivi*, 68: la produzione di nuovo diritto, la normatività, quale elemento «naturale» della legge, non toglie, però, la ammissibilità e qualificabilità nei casi costituzionalmente previsti di leggi soltanto formali, di cui le leggi soltanto materiali sono il rovescio.

[232] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 929, nota 7.

[233] V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 73 e 75.

sindacabili dalla Corte. La forza di legge è, invece, qualcosa che preesiste al valore, al suo trattamento, ma questo è dalla prima assolutamente condizionato, fino a sciogliersi in essa. Il che a catena significa che non si può distinguere, nella sostanza, tra atti con forza e atti con valore di legge.

Semplificando, le corrispondenze crisafulliane sono le seguenti. La «forza di legge» è efficacia, potenza nello specifico senso di grado legislativo, è gerarchia ma anche un po' competenza, nei limiti in cui ne dispone la Costituzione. La forza di legge non consente alla legge di disporre di sé, né di parificare a sé fonti differenti né di limitare la legge futura, ma solo di abrogare la precedente. Apre, però, alla pensabilità della legge illegittima, che implica una gerarchia di tipo strutturale o formale e non materiale, perché la legge ordinaria è in grado, ha la 'forza', di modificare liberamente le regole, eventualmente contenute in leggi precedenti, che disciplinano la formazione delle leggi, ma «nessuna legge può trasgredirle in un singolo caso, poichè altro è mutare il diritto vigente, nelle forme da questo prescritte, altro non ottemperare a quanto esso attualmente dispone»[234]. I regolamenti dell'esecutivo, per loro conto, non possono avere né forza né, conseguentemente, valore di legge. La forza condiziona, infatti, il «valore», che è il trattamento comune agli atti con forza di legge, il suo sindacato. Ne deriva che la forza e, dunque, il valore di legge non sono deducibili dalla sindacabilità degli atti da parte della Corte, pena la cortocircuitazione dell'argomento[235]. La forza di legge prevale sul valore, ma non è l'assoluto, perché divisa, spezzata o traslata: in una Costituzione rigida la gerarchia gioca contro la forza di legge, che è tale solo se è l'ultimo grado.

Alla fin fine, è interna a questi presupposti teorici la dottrina mortatiana della forza di legge che pure ne mette in questione il carattere omogeneo ed assoluto: è, infatti, efficacia che condiziona il sindacato, seppure intesa come efficacia concreta, sostanziale, ancora più decisamente slegata dalla forma. Tanto che la primarietà non è intesa come idoneità astratta del tipo formale a porsi in rapporto diretto con la Costituzione, ma concreta ed effettiva sottoposizione diretta della norma alla Costituzione, senza intermediazioni

[234] *Ivi*, 258, seppure con riguardo agli ordinamenti a costituzionale flessibile, ma con considerazioni estensibili al caso di legge sorta in violazione di norme contenute in una legge precedente che stabilisca come debbano farsi le leggi.

[235] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 960. Pur aderendo alla tesi crisafulliana della riconducibilità di forza e valore ad un unico «concetto», R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 108, ha ritenuto, invece, che, se le disposizioni che conferiscono ad atti diversi dalla legge formale forza di legge fossero sufficienti per estendere il regime tipico della forma di legge, gli artt. 75 e 134 conterrebbero norme ridondanti: al contrario sono quelle norme che equiparano, quindi, costituiscono la forza di legge.

legislative[236]. Fonda la forza di legge e la conseguente sindacabilità da parte della Corte dei regolamenti non fondati sulla legge, ma sulla Costituzione e per questo liberi, cioè delegati, autorizzati a derogare la legge e indipendenti[237]. Resta, però, dentro l'equivalenza forza-valore, salvo estendere la prima e, quindi, il secondo.

La forza di legge non è, invece, solo teoricamente preponderante rispetto al valore di legge, ma è l'assoluto, l'onnipotenza, nella dottrina che non ammette relativizzazioni, varianti o deviazioni né dalla forza di legge né, il che è tutt'uno, dalla gerarchia[238]. È l'aporetica conversione della *force de loi* in una Costituzione che crea il grado costituzionale. In linea generale, la scrittura in Costituzione di fonti rinforzate o a-tipiche, sempre che la categoria abbia un senso[239], non disgrega affatto l'assolutezza della forza di legge, ma ne conferma la validità. Contro gli 'analitici', il «valore» non muta, perché è sempre deliberazione parlamentare, quali che ne siano i presupposti di validità. Al più vi sono due gradi, legislativo ordinario e legislativo costituzionale[240]. E la forza «è una qualità dell'atto, cioè della deliberazione»[241], che non cambia se cambiano le condizioni di validità che la Costituzione pone alla legge: la validità dell'atto legislativo è distinta, perché viene prima, dal suo grado o posizione della gerarchia delle fonti[242]. È pensabile solo la legge incostituzionale ma non la legge 'illegittima', perché la legge anteriore non può porre condizioni, né di forma né di contenuto, alla legge successiva e solo la Costituzione può imporre la conformità di una legge ad una norma di pari grado. Per lo stesso motivo, non ha senso distinguere tra legge in senso formale e legge in senso materiale, pena la

[236] C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, 30 ss., 57 ss. e 93 ss. Simile la conclusione di G. AMATO, *Regolamenti anteriori con forza di legge*, in *Dem. dir.*, 1968, 588.

[237] C. MORTATI, *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi (A proposito dei regolamenti «liberi» posteriori ed anteriori alla costituzione)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 17 e nota 24 e 34 ss.

[238] La più strenua difesa della resistenza teorica della forza di legge, che non consente la pensabilità di fonti atipiche, è in G. QUADRI, *La forza di legge*, cit., *passim*. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 139, trae da Quadri (*ivi*, 32) – più che da Crisafulli – l'attinenza della forza di legge solo alle relazioni (materialmente) gerarchiche tra le fonti e non anche alla distribuzione delle sfere materiali di competenza, per concludere che la 'forza di legge' non può dire nulla sugli atti che possono disciplinare le materie coperte da riserva di legge, che sarebbe una riserva di competenza.

[239] Potrebbe infatti capovolgersi la maggior forza in maggior debolezza: proprio perché la Costituzione ha previsto diversi procedimenti rispetto a quello 'tradizionale', «la legge non risulterà affatto rinforzata, ma, semmai, affievolita, indebolita»: G. QUADRI, *op. cit.*, 230.

[240] *Ivi*, 45 ss., spec. nota 12. Seppure sia sbagliato che «non sono concepibili ipotesi di norme costituzionali formali abrogabili ad opera di leggi ordinarie o di fonti atipiche» (*ivi*, 52, nota 20), perché, come rilevava V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 214, vi è almeno il caso delle norme degli statuti speciali che autorizzano leggi ordinarie rinforzate a modificare disposizioni statutarie, non è detto che ciò sia segno della crisi della forza di legge: anche la legge costituzionale è *una* legge.

[241] G. QUADRI, *op. cit.*, 96.

[242] *Ivi,* 101.

svalutazione della forza di legge. Prova ne è che dalla legge in senso materiale si giunge alla estensione della forza di legge ai regolamenti, con la conseguente inutilità dell'una e dell'altra categoria e alla riserva di regolamento[243].

Ma proprio perché non ha senso distinguere tra forza di legge formale e materiale, la forza di legge non è la efficacia della legge, materiale o formale: la confusione la si deve alla inclusione in Laband della *Gesetzeskraft* nel capitolo sulla *Wirkungen der Gesetze*. Al contrario, l'efficacia della legge presuppone la forza di legge, che deriva dalla posizione dell'atto nella gerarchia delle fonti, dalla 'relazione' con le fonti con forza superiore e inferiore. E la presuppone perché l'efficacia è propria di ogni atto valido, laddove la forza di legge attiene al momento esatto in cui si deve stabilire se l'atto è valido o no[244]. L'efficacia presuppone atti della medesima forza, la cui relazione è regolata dalla *lex posterior*. Ma la forza di legge non è neppure esecutorietà da parte della pubblica amministrazione né applicabilità da parte dei giudici[245], poiché l'esecutorietà riguarda atti dotati della forza formale più diversa e l'applicabilità inerisce la scelta della norma e non la sua forza.

In questa teorica, nel 'testo', che è una tessitura, forza e valore di legge sono inseparabili, poiché il trattamento che è fatto alla legge e agli atti equiparati – appunto il «valore di legge» - è una conseguenza della «forza e cioè del rango degli atti»[246]. Ma la forza di legge non è la sindacabilità da parte del giudice costituzionale. Più precisamente, la forza di legge è «in rapporto di *presupposizione* con la sottoponibilità dell'atto al sindacato della Corte; la sua definizione deve necessariamente precedere, e non può in alcun modo identificarsi con il sindacato di costituzionalità. La sindacabilità dell'atto da parte della Corte costituzionale è cioè la *conseguenza* del fatto che l'atto è dotato di forza di legge»[247]. Come in Crisafulli, il valore è condizionato dalla forza e definire la forza di legge attraverso il sindacato di costituzionalità si risolve in un circolo vizioso. Chiudendo il cerchio, il sindacato di costituzionalità attiene alla «*validità*» della legge, «cioè alla sua attitudine a produrre effetti giuridici, quindi è pregiudiziale alla sua «*efficacia*», perché un atto invalido non ha alcuna forza[248].

La forza di legge è la produzione di norme di rango legislativo e il rango è la prevalenza della legge sul regolamento e la subordinazione alla Costituzione. E' *rangordnung*, il dispositivo di relazione tra atti dotati di forza differente tipico del gradualismo, della gerarchia tra fonti, ma è anche la «superiorità di un

[243] *Ivi*, 32 e 37.
[244] *Ivi,* 5 ss.
[245] *Ivi,* 16-7.
[246] *Ivi,* 3, nota 4.
[247] E' una radicalizzazione dell'argomento crisafulliano: *ivi,* 2, nota 4, 3, nota 7, 22 e 23-4.
[248] *Ivi*, 24, da cui è tratto il corsivo, e 96. E' esattamente il rovescio delle conclusioni cui si è giunti legando l'art. 77, comma 2, e l'art. 134: la validità non è condizione dell'efficacia di legge, ma all'opposto l'efficacia può venire meno in caso di invalidazione o accertamento dell'invalidità originaria.

atto sull'altro, di un *organo* sull'altro»[249]. Il che chiarisce che l'idea che sta sullo sfondo non è affatto la dottrina kelseniana, ove conta non tanto il grado quanto la condizionalità logica, al punto che Kelsen evita accuratamente la locuzione forza di legge, la quale pone il problema di riferire la forza al diritto[250]. E' piuttosto la difesa di quello – ancora molto – che resta della legge come atto sovrano e, comunque, come atto supremo o preminente nei confronti degli altri atti di cui dispone, perché pur sempre deliberazione dell'Assemblea rappresentativa del popolo sovrano[251].

8. L'apertura: il valore di legge

La critica all'iperbole, teorica e dogmatica, della forza di legge nella Costituzione vigente è tutt'uno con la critica alla gerarchia e alla pietrificazione costituzionale del sistema delle fonti primarie e sta in due passaggi: nella scissione tra «forza» e «valore» di legge e nella più decisa archiviazione della prima a favore del secondo.

Il primo movimento è proprio lo scarto tra il concetto di valore e quello di forza, seppure la Costituzione paia confonderli[252]. Si identifica sempre la forza di legge con la «*particolare potenza*», con la forza, propria e tipica, «innovativa» del diritto specificatamente legislativo, con la forza 'attiva', che è la «possibilità» di «innovare» e «completare» l'ordine legislativo preesistente, ciò che la legge «è *in grado* di fare o non fare». Ma differisce dalla forza crisafulliana perché la forza di legge è, appunto, «possibilità», «capacità» di innovare e non necessità, «*effettiva innovazione*»[253]. Per necessità la legge non è 'norma', ma 'forma' di legge[254]: la legge è tale per la sua forma e non per la sua materia. In ogni caso, il «*valore giuridico* della legge», che è ciò che conta, è distinto. Il «valore di legge» è il «*regime tipico* dell'atto», ovvero il «*trattamento* che l'atto riceve in seno all'ordinamento», la sua forza 'passiva' particolare che consiste nella resistenza ad ogni forma di eliminazione che non sia una legge successiva o una sentenza della Corte costituzionale[255]. La prima, che non si identifica con la legge che è essenzialmente e necessitatamente forma, è la forza giuridica

[249] G. QUADRI, *op. cit.*, 30 (l'enfasi è aggiunta).

[250] *Ivi*, 31.

[251] *Ivi*, 33 e 37.

[252] La scissione è in A. M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, cit., 269 ss. Ritiene, però, indifferente l'uso che delle due espressioni farebbe il testo costituzionale ID., *Riserve di legge introdotte dalla costituzione e regolamenti anteriori*, in *Giur. cost.*, 1969, 2166.

[253] A. M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge,* cit., 272-3.

[254] *Ivi,* 270.

[255] *Ivi,* 273. Torna in ID., *Legge (Diritto costituzionale)*, cit., 632 e ID., *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Utet Torino, 1961, 530 ss. Sandulli denomina, insomma, valore di legge ciò che per Esposito era la forza. Ma vedremo che quello che per il primo è la forza non corrisponde a ciò che per il secondo è lo «specifico valore della legge ordinaria».

materiale, il secondo la forza giuridica formale della dottrina tedesca. La legge parlamentare le possiede entrambe: la prima in potenza, la seconda in atto. Per gli atti del Governo, sfornito in origine di tale 'forza', bisogna distinguere perché la distinzione ha fondamento nel testo costituzionale. Il valore di legge non significa la capacità di fare leggi, quindi, la possibilità per il Governo di innovare il diritto legislativo, perché, se così fosse, il potere di emanare decreti con «valore di legge ordinaria» dell'art. 77, comma 1, sarebbe una inutile ripetizione della delega dell'esercizio della «funzione legislativa» dell'art. 76. Quella disposizione non è un doppione di questa soltanto ove se ne ricavi la norma che il Parlamento può consentire al Governo di emanare decreti con valore di legge ordinaria solo nei casi di delega dell'esercizio della funzione legislativa: i decreti del Governo possono avere valore di legge, e con esso il privilegio del suo trattamento, solo ove abbiano forza materiale di legge, con la conseguente esclusione dal regime proprio del valore di legge dei decreti nei casi in cui è consentita al Governo non l'innovazione dell'ordine legislativo, ma la sua esecuzione[256]. Se il decreto è sostanzialmente amministrativo, non può avere valore di legge: deve essere sindacabile dal giudice, ordinario o amministrativo, pena la violazione dell'art. 113 e abrogabile anche con atto non legislativo. In più, l'art. 75 consente l'abrogazione con deliberazione popolare solo della legge e degli atti con «valore di legge», cioè degli atti abrogabili con legge o invalidabili dal giudice costituzionale. L'art. 77, comma 2, invece, è una eccezione alla regola del primo comma, che vieta di attribuire valore di legge ad atti privi di forza di legge, perché nei casi dell'eccezione il Governo può emanare nella forma di decreti-legge, di decreti con valore di legge perché soggetti al regime della legge, «provvedimenti concreti non partecipanti della funzione legislativa, e cioè sprovvisti della forza di legge»[257].

Tutto questo non esclude l'ammissibilità di regolamenti con forza di legge senza la delegazione, senza cioè la forma di legge: esclude solo che questi regolamenti abbiano valore di legge, godano della medesima forza passiva della legge. Quindi, il regolamento può avere attitudine ad abrogare la legge, ma quella attitudine non determina la parificazione di 'rango', perché la posizione nel sistema delle fonti dipende - non dalla forza innovativa dell'atto - ma dal valore dell'atto, dal suo trattamento e questi resta atto abrogabile anche da un atto diverso da quello legislativo e sindacabile da giudici diversi da quello costituzionale[258].

[256] Dunque, a dispetto dell'originaria critica alla concezione materiale della legge, molto si concede alla sostanza di legge.

[257] A. M. SANDULLI, *Legge. Forza*, cit., 276.

[258] Così A. M. SANDULLI, *Fonti del diritto,* cit., 530 ss., secondo cui nei regolamenti «delegati» (o «liberi») sarebbe rinvenibile la forza di legge, ovvero la capacità innovativa delle fonti legislative, ma non anche il «valore» di legge. E' solo apparente la somiglianza con la tesi di C. MORTATI, *Atti con*

L'esito è la possibilità della dissociazione tra forza e valore di legge. L'una e l'altro si co-implicano nella legge parlamentare e nei decreti legislativi delegati al Governo. Si divaricano nei decreti-legge, che hanno valore ma non forza di legge e nei regolamenti delegati o liberi, che hanno forza ma non valore di legge.

Quella dissociazione chiude alla forza di legge perché la legge può essere tale, in quanto forma di legge, anche ove ne sia priva e la forza di legge può essere propria di atti diversi dalla forma di legge e apre al valore di legge. Ma mostra incoerenze.

Come la tesi crisafulliana, presuppone che la «forza» (e non il «valore») di legge sia il segno della funzione legislativa, della potenza di produrre stabilmente nuovo diritto legislativo e di resistere a tutto ciò che non è diritto legislativo. Ma, a differenza di quella, distinguendo il concetto di forza da quello di valore di legge a favore del secondo, si contraddice: se il valore di legge è la possibilità di invalidazione da parte della Corte e, quindi, al contrario, la sua validità, ciò basta a confutare che la legge sia 'forte' perché può essere abrogata, perdere efficacia, solo ad opera di una legge posteriore. In più, ri-scrive sia l'art. 77, comma 2, che l'art. 134 della Costituzione, che, invece, letteralmente, si riferiscono alla forza e non al valore di legge[259]. Escluso, però, che l'art. 134 sia regola costitutiva (né, come dicono gli analitici, *thetico*-costitutiva né *ipothetico*-costitutiva né a*nankastico*-costitutiva) della forza/valore di legge, in quanto presuppone il proprio oggetto, finisce per dedurre il concetto normativo di valore di legge dal fatto – tutto sommato accidentale – che l'atto sia ritenuto dalla Corte costituzionale oggetto del proprio sindacato. Non si capisce cioè quale sia il valore di legge, meglio quale sia la ragione di quel particolare 'regime' o della sua assenza, di cui si registra la presenza o la assenza. Resta, quindi, valida l'obiezione di tautologia di Crisafulli[260]. In ogni caso, in questa riscrittura

forza di legge e sindacato di costituzionalità, cit., 52 ss., appunto perché i regolamenti «delegati» (o, come il Sandulli preferisce, «liberi»: *Fonti*, cit., 530 ss.) hanno forza di legge ma non anche «valore» di legge, perché sarebbero abrogabili da atti diversi da quelli legislativi e non sarebbero sindacabili della Corte. Resterebbe la domanda del perché, se i regolamenti possono avere forza di legge, dovrebbero avere il trattamento riservato alla legge solo quelli adottati previa delegazione.

[259] E già C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, nota 31, opponeva che, seppure nella nostra Costituzione la parola «valore di legge» è adottata a volte (v., per esempio, nell'art. 87 comma 5 e forse anche nell'art. 89 comma 2) come sinonimo di «forza», «la dizione «forza» è più appropriata, tecnica, per esprimere i concetti svolti nel testo e perciò non deve essere sostituita dai giuristi con quella di «valore» nei casi in cui il legislatore abbia esattamente parlato di «forza di legge»».

[260] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 96; ID., *Appunti di diritto costituzionale. La Corte costituzionale,* a cura di A. BALDASSARE, A. CERRI e F. MODUGNO, Bulzoni, Roma, 1968, 57. L'indeducibilità della forza o del valore di legge dalla sindacabilità degli atti da parte della Corte è stata ripresa da G. QUADRI, *op. cit.,* 2, nota 4, 3, nota 7, 22 e 23-4. L'obiezione non vale, però, nei confronti di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, nota 27 e 29, che è vero che chiama forza di legge quel che Sandulli designa come valore, ma evita la tautologia in cui cade Sandulli, in quanto identifica la condizione negativa necessaria, anche se non sufficiente, degli atti con forza di legge nella natura di atti pubblici

l'art. 77, comma 2, sarebbe insensato o, per lo meno, inutile come potere dell'eccezione. Attribuirebbe al Governo, nel caso straordinario, il 'potere' di adottare decreti sottoposti al sindacato della Corte senza che abbiano la potenza di innovare o anche solo sospendere il diritto legislativo, ma solo di eseguirlo. Ma il Governo dispone già di quel potere nel caso normale, seppure ne sia diverso il sindacato giurisdizionale.

Se nella tesi crisafulliana il dispositivo, il meccanismo, era la forza di legge, ora è il valore. Ma neppure questo, escluso che sia «potenza», ha più nulla a che vedere con il «valore senza pari», con la qualità sovrana del potere rappresentativo.

9. La ri-conversione del valore di legge in 'regime'

In una declinazione più radicale della distinzione tra forza e valore di legge – e siamo al secondo passaggio – si è concluso che la forza (di legge) sia uno «pseudo-concetto»[261] o un «concetto ultimo», di cui non si può ricercare alcun senso. Predicata la forza-efficacia di legge quale attributo del singolo atto, dell'atto individuo e non del tipo, si cercano, in concreto, gli elementi costitutivi del «valore» legislativo originario, tratto dialetticamente dalla Costituzione e di quello derivato dalla legge, così da definire un criterio euristico per gli atti sindacabili dalla Corte[262]. Così si tenta di superare la tautologia di definire atti sindacabili dalla Corte quelli dotati del valore di legge, se il valore risulta proprio da tale sottoponibilità. Si identifica, però, il valore di legge come «valore giuridico» della legge con l'esclusiva soggezione della legge al giudizio di conformità a Costituzione, di cui la legge è incessante e necessario svolgimento. Ma la lettera dell'art. 134 si riferisce alla «forza di legge».

Il passaggio dalla forza al valore di legge, con la emarginazione della prima, inizia con un discorso sulla (in)validità della legge. Il suo presupposto teorico è la fine della *force de loi*, del «valore supremo della legge» tratto, organicamente, «dalla superiorità, supremazia e sovranità degli organi che costituivano il potere legislativo»[263]. Solo la fine del diritto rivoluzionario consente, infatti, di porre il problema della invalidità della legge, della sua 'raffrontabilità'. Ma la legge non è naturalmente e geneticamente limitata: lo diviene ove il diritto positivo preveda o presupponga il raffronto, il sindacato, che implica una qualche differenziazione, una estraneità rispetto alla legge e al 'suo' organo. Il valore di legge è tratto dal giudizio della conformità-difformità della legge rispetto alla Costituzione che quel giudizio pone. Se si ricava dal giudizio di

che non siano giurisdizionali o amministrativi, quali quelli politici e di governo, in ordine ai quali, diversamente, non vi sarebbe sindacato e quella positiva nella provenienza da organi di governo.

[261] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II,* cit., 18, nota 24.

[262] *Ivi*, 17 e 21.

[263] *Ivi,* 4.

validità, è la «relazione – che è la vera misura (μέτρον) - che si istituisce fra di loro»[264]. È la risultante della relazione posta nella Costituzione fra parametro e norma oggetto, tra cui corre una differenza logica ma non una superiorità ontologica del primo sulla seconda. Per effetto del giudizio di validità, la Costituzione 'determina' la legge, indeterminata, seppure esistente, prima del giudizio; reciprocamente, il giudizio di validità costituisce la superiorità logica della Costituzione, che non gli preesiste originariamente, ma ne deriva. Non vi è gradualismo tra l'oggetto e il parametro, ma vi è semplicemente la superiorità ternaria del giudizio, appunto «della relazione di misura su entrambi i termini»[265]. Se ne ricava la marginalità del criterio gerarchico nella risoluzione delle antinomie a favore della competenza, appunto perché non vi è, giusnaturalisticamente, una superiorità 'innata' – e men che meno presupposta, indimostrata, come nella dottrina kelseniana – della Costituzione ma solo derivata dal giudizio di validità[266]. La Costituzione è logicamente superiore perché il giudizio di validità della legge, nel diritto vigente, è predisposto e presupposto da norme costituzionali. Anzi, la superiorità è a tal punto logica che le disposizioni che istituiscono il sindacato di legittimità costituzionale della legge sono materialmente costituzionali, perché lo sono a prescindere dalla forma costituzionale. Il che implica che è costituzionale la norma che pone il giudizio di conformità della legge a qualsiasi parametro, sia esso o meno di 'grado' costituzionale. Non vi è, quindi, necessaria corrispondenza tra materia e forma costituzionale. Il discorso conduce dritto alla recisione del nesso tra rigidità costituzionale e sindacato costituzionale e, con essa, alla svalutazione della distinzione tra costituzioni rigide e flessibili, poiché il sindacato costituzionale è pensabile anche nella vigenza delle seconde. Ma, in altra direzione – quella che seguiamo – volge alla emarginazione del concetto di 'forza di legge', perché emargina il grado, la superiorità fondata sulla gerarchia delle forme. La forma costituzionale, differenziata dalla forma legislativa, non determina né una «maggiore forza», né una «maggiore efficacia», né una superiorità della Costituzione[267]. Tra l'una e l'altra non si può graduare la forza (e/o l'efficacia, ove questa sia intesa più estesamente della forza quale idoneità a produrre effetti giuridici anche nei confronti di atti disomogenei), perché è qualitativamente diversa. Contro la tesi crisafulliana, la forza può misurarsi solo tra atti omogenei, pari-ordinati, perché l'atto dalla forma più complessa non può abrogare per ciò solo l'atto dalla forma più semplice. A forme diverse corrispondono forze diverse, irrafrontabili. A catena, la superiorità della Costituzione è la sua assoluta incondizionatezza e, al contempo, la sua condizionalità rispetto alla legge, perché

[264] *Ivi,* 13.
[265] *Ivi,* 30.
[266] *Ivi,* 14, nota 29 e 28.
[267] *Ivi*, 62-6.

crea la competenza legislativa. Il giudizio di legittimità costituzionale retroagisce, circolarmente, su quella superiorità, ne trae alimento ma, al contempo, la conferma. Se si uniscono le due premesse, se ne deduce che la superiorità della Costituzione è logica, perché, al fondo, dipende dalla pre-costituzione della legge e del legislatore e non già dalla forma, dal grado[268].

Il punto di passaggio è il «valore» supremo della Costituzione, da cui dialetticamente, per opposizione, si giunge al «valore di legge». Può dirsi, innanzitutto, che il valore presuppone un riconoscimento, un parametro, è già da sempre attraversato da un titolo, dal diritto, laddove la forza è imposizione, fatto e che il valore è manifestazione di volontà, di positività e non di pensiero[269]. Ma, soprattutto, il «valore» costituzionale è la «Costituzione in senso sostanziale»[270]: a dire che il valore è la materia e non la forma costituzionale. Il presupposto è la dissociazione tra «forma e valore, e quindi tra forza e valore, ossia la indipendenza della rigidità del sistema costituzionale dal problema del sindacato di legittimità costituzionale»[271]. E il processo costitutivo di quel 'valore' si articola in tre momenti. Il primo è il condizionamento, la determinazione o la posizione da parte della Costituzione delle manifestazioni normative ordinarie, primarie e generali, dell'ordinamento giuridico: è il «principio della produzione normativa»[272], ovvero la attribuzione e regolazione della legislazione, in una la «struttura» della legislazione[273]. Seppure permangano divergenze nella concezione della norma fondamentale, della a-giuridicità del fondamento del diritto e della concatenazione produttiva, con l'inclusione del momento intermedio, pre-normativo, dell'indirizzo politico tra costituzione materiale e legislazione, l'idea non è poi così diversa dalla costituzione in senso materiale di Kelsen. Il secondo è l'apposizione di limiti di forma e sostanza al 'prodotto' legislativo. L'ultimo è la conversione, la 'attualizzazione' (della potenza) dei limiti in parametri di costituzionalità della legge, con la pre-costituzione o presupposizione del sindacato di legittimità costituzionale: la condizionalità della costituzione condiziona non solo l'esistenza, ma anche la legittimità della legge. Ma tra questi tre momenti non vi è successione cronologica e neppure logica, linearità di sviluppo unidirezionale, ma circolarità, diallelo, azione e retroazione reciproca. Se ci fermiamo al primo, la Costituzione è valore, è superiore perché costituisce la legislazione, ma questo significa che senza legislazione, senza il condizionato, la costituzione, il condizionante, non è e, a maggior

[268] Invero, tutto questo è antikelseniano (come ritiene l'Autore, *ivi,* 69, nota 130) solo se si elide uno dei due sensi in cui Kelsen intende la gerarchia…

[269] Lo si ricava *ivi*, 114-5.

[270] *Ivi*, 112, nota 1.

[271] *Ivi,* 193, nota 13.

[272] *Ivi*, 111-3.

[273] *Ivi*, 158.

ragione, non è 'valore': il valore della Costituzione, la stessa 'materia' costituzionale, sta tutto nella posizione che copre nella «relazione di condizionalità»[274], che è quel tanto di gerarchia di cui ha bisogno anche il principio di competenza. Il che, ancora, implica che le norme sono sostantivamente costituzionali, ovvero lo sono per il loro contenuto e non per la forma e che le norme sostantivamente costituzionali sono necessarie. Ma perciò la legislazione non è la possibilità, quanto piuttosto la necessità contenuta nella Costituzione, da cui si deduce la sua possibilità[275]: l'eccezionalità, l'istantaneità e irripetibilità del momento costituente porta con sé, hegelianamente, la necessità della sua «negazione formale»[276], ovvero la legge 'ordinaria', normale e ripetibile quale forma costituita di mantenimento e prosecuzione della Costituzione. Nel nostro discorso significa che il valore è concetto relazionale, laddove quello di forza implica la parità dell'atto e che, in ogni caso, il valore costituzionale non elimina il valore di legge, ma lo presuppone e, al contempo, lo determina[277]. E proprio perché la legislazione è necessaria prosecuzione della volontà costituente, per la prima vale il principio di conservazione, della invalidazione solo ove strettamente necessario[278]. Il valore costituzionale supera e al tempo stesso rinvia al valore di legge, perché la costituzione in senso materiale nel momento in cui costituisce la legge, che da quella così deriva, la limita, ma quei limiti esistono, sono pensabili come limiti, perché è presupposta la giustiziabilità di quei limiti che, nel sindacato, si convertono concretamente in parametro (anche solo materialmente) costituzionale.

Il passo per mettere ai margini del testo costituzionale la «forza di legge» ed esaltare il «valore di legge» è breve. La dissociazione tra forma e materia costituzionale, che è la dissociazione tra forza e valore, ove ciò che conta per la determinazione del parametro costituzionale è la seconda, esclude la deducibilità del valore costituzionale dalla corrispondente forza. Per la legge oggetto 'vale' lo stesso: la forza di legge non fonda il valore di legge. La critica alla forza di legge muove dalla critica alla *force de loi,* alla qualità dell'atto rappresentativo originario, in una Costituzione rigida, poiché si tratta di un concetto ultimo, a-relazionale, mutuato dalle scienze della natura, dalla meccanica, come tale inidoneo a connotare la legge che non è più sovrana, illimitata e incontrollabile. Se è la Costituzione, superiore, che differenzia, per forma e sostanza, le leggi, ciascuna con una propria sfera di competenza e quindi reciprocamente atipiche, la forza di legge non è più predicabile di un tipo, del tipo della legge

[274] *Ivi*, 138.
[275] *Ivi,* 131, nota 1 e 157.
[276] *Ivi*, 159.
[277] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 52, scriveva che la superiorità delle leggi costituzionali non si concreta nella eliminazione della supremazia delle leggi ordinarie.
[278] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I*, cit., 160, nota 16.

formale o di altri tipi, ma del singolo atto, del *token* e non del *type*[279]. Se il sistema delle fonti è sistema di competenze differenti, di fonti che si eccettuano reciprocamente, la nozione della forza di legge formale non serve più a nulla, non identifica più nulla, non ordina alcun sistema. Non lo ordina gerarchicamente perché il fondamento di validità è la Costituzione e non la legge, la validità della legge è distinta dalla sua efficacia e, comunque, non è la gerarchia, cui è legata la forza di legge come grado, a ordinare le competenze, ma la competenza in sé a proteggere dalle (e escludere le) fonti incompetenti. La forza di legge ordina ancora il sistema cronologicamente, risolve cioè il problema della successione delle singole leggi nel tempo. L'abrogazione risolve, infatti, la relazione nel tempo tra atti della stessa specie e non tra atti di tipo diverso, tra i quali non ha senso parlare di maggiore o minore forza ma di conformità logica di un tipo ad un parametro. E i tipi o le specie di atti legislativi sono «monadi prive di «finestre»»[280], quindi l'atto di un tipo non abroga e non è abrogato da quello di un altro tipo. La legge non ha una maggiore forza e quindi non abroga il regolamento, ma ne è parametro di validità se così dispone il diritto positivo. Ma anche l'ordine cronologico, governato ancora dalla forza di legge che condiziona l'efficacia della singola legge, è ormai un ordine molto disordinato. Non vi è, infatti, una forza di legge ma molte forze di legge che sono tante quasi quanto le singole leggi[281]. La forza di legge si identifica allora con l'efficacia – che a sua volta presuppone la validità – ovvero con l'applicabilità dei singoli atti «individui» che rientrano nella specie, prima che siano 'giudicati', muta da un atto all'altro e nel tempo e non gradua la diversa efficacia degli atti riconducibili ai differenti tipi. Quindi, la forza di legge non può fondare alcuna assimilazione e men che meno condizionare un certo trattamento o regime giuridico comune[282]. Ha a che vedere con la esistenza-vigenza e l'efficacia di leggi, ma non ha nulla a che vedere con il loro controllo di validità.

Dissolto lo pseudo-concetto della forza di legge, quale presupposto del sindacato di validità degli atti legislativi, non resta che sostituirlo con quello di valore e cercare gli elementi costitutivi del «valore di legge» che è ciò che restituisce il trattamento o regime comune della legge. È il valore e non la forza che si riferisce al «tipo» di atto[283]. È la prosecuzione dell'idea sandulliana della

[279] Come argomenterà diffusamente in F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, *passim* e ID., *Validità (dir. cost.)*, cit., *passim*.

[280] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II,* cit., 19.

[281] Alle medesime conclusioni perveniva negli stessi tempi F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Giuffrè, Milano, 1970, 25 ss. e 49, che individuava «un disegno generale del costituente, diretto a realizzare una pluralità di fonti normative, intermedie tra la costituzione e il regolamento, differenziate nella loro forza formale», con la conseguente archiviazione del concetto di forza di legge, «inteso come capacità abrogativa e di resistenza tipiche».

[282] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II,* cit., 13-9.

[283] *Ivi,* 19, nota 28.

dissociazione tra forza e valore di legge, che arriva più radicalmente a concludere che i due termini sono talmente eterogenei che non ha neppure senso (né assimilarli né) distinguerli. Il valore legislativo o valore di legge è dialetticamente «negazione» e «sviluppo» del valore costituzionale[284]. È «direttamente derivato dalla Costituzione», e in questa misura «originario»[285], ma ne è «svolgimento dialettico, ossia mediato attraverso una necessaria negazione»[286]. Anzi, prima del giudizio, il valore di legge è l'opposto del valore costituzionale da cui pure deriva: questo è il parametro di giudizio, quello è l'oggetto di giudizio, ciò che è, *a priori*, suscettibile di esserne oggetto. Il valore di legge è precisamente l'elemento condizionante la sindacabilità dell'atto solo dal giudice costituzionale, che è il guardiano di quella derivazione/opposizione, ed esclude ogni altra forma di sindacato[287]. Quell'elemento condizionante non dipende più dalla forza di legge perché si danno atti che innovano il diritto legislativo ma che non sono sindacabili nel giudizio costituzionale. Il valore di legge non ricorre nei regolamenti delegati, in quelli indipendenti e nelle sentenze di accoglimento, benché abbiano a rigore forza (almeno attiva) di legge. Ricorre, tutto al contrario, in atti che non innovano il diritto legislativo, ma che hanno la forma di legge dell'art. 80 e 81 Cost. o in atti che non hanno la forma di legge, come le deliberazioni monocamerali di inchieste su materie di pubblico interesse dell'art. 82 Cost. e gli atti politici e di governo sottratti alla giurisdizione amministrativa, quale la deliberazione dello stato di guerra dell'art. 78 Cost., poiché condizionano gli atti legislativi che sono, al pari, atti politici[288]. Ricorre anche in atti solo mediatamente subordinati alla Costituzione. Accanto al valore di legge originario, poiché direttamente derivato, seppure – in quanto concetto dialettico, quindi, «relazionale»[289] - per negazione, dalla Costituzione, si dà il valore di legge derivato, perché veicolato, attribuito da una legge formale ordinaria, ma materialmente costituzionale. Il valore di legge deriva, è 'prodotto', sempre dalla Costituzione, ma immediatamente o mediatamente attraverso il valore di legge. Il primo è proprio delle leggi statali e regionali, il secondo degli «atti aventi forza di legge» dell'art. 134 Cost., assimilati alle prime, «assunte paradigmaticamente come dotate in principio di un tale valore»[290]. In una costruzione a cascata, il primo è servente e svolgimento necessario del valore

[284] *Ivi*, 3.
[285] *Ivi*, 6.
[286] *Ivi*, 22.
[287] Anche qui si tratta della riscrittura in valore di legge della forza di legge che per C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5 e spec. 838, si identifica, quale regime giuridico comune degli atti legislativi, con la «applicabilità da parte dei giudici».
[288] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 30-9.
[289] *Ivi,* 48.
[290] *Ivi*, 49.

costituzionale, il secondo è servente il valore legislativo originario[291]. L'intermediazione della 'forma' di legge, però, è necessaria ma non sufficiente. È necessaria perché precede cronologicamente e/o logicamente l'atto con valore derivato. Così, la legge di delega precede cronologicamente e logicamente il decreto delegato, perché trasferisce il potere e la competenza legislativa e trasmette il proprio valore all'atto singolo[292]. Parimenti, hanno valore legislativo derivato il referendum, a seguito della legge di attuazione prevista all'art. 75 Cost. e gli atti governativi in caso di guerra e di ratifica dei trattati internazionali, previa deliberazione delle Camere. La legge di conversione, seppure cronologicamente successiva all'esercizio provvisorio del potere d'urgenza, precede comunque logicamente il decreto-legge, di cui condiziona la validità che per ciò stesso preesiste alla legge di conversione, perché se non preesistesse il decreto legge non potrebbe essere, contro la lettera dell'art. 77, commi 2 e 3, efficace, provvisoriamente o meno[293]. Non è, però, sufficiente, perché la mediazione della legge deve essere fondata in Costituzione o in leggi formalmente costituzionali. Per questa ragione, la legge ordinaria, che è valore di legge originario, in assenza di fondamento costituzionale, non può attribuire ai regolamenti delegati valore di legge o la forza passiva di legge: la loro forza attiva di legge non è poi attributo di un tipo di atti, ma è la forza occasionalmente posseduta dal singolo atto[294]. La distinzione tra i due tipi di valore legislativo è utile perché ha conseguenze normative: concorre alla determinazione del parametro di legittimità costituzionale[295]. Più precisamente amplia il parametro del sindacato di validità costituzionale, che include la forma costituzionale e la forma legislativa con sostanza costituzionale[296]. Per le leggi dotate di valore legislativo

[291] Per A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 183 ss., si tratterebbe del ripristino di una qualche forma di gerarchia. L'obiezione pare condivisibile solo a patto che ci si intenda sul tipo di gerarchia. E' una gerarchia logica e non materiale. F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, cit., 46, chiarisce infatti che se «gli atti normativi primari (...) debbono essere conformi a norme condizionanti la loro validità-legittimità, tali norme non possono non essere, per il fatto stesso che condizionano norme primarie, in un senso del termine, super-primarie ossia sostanzialmente (logicamente) costituzionali». Quindi, legge di delega e decreto delegato sono tra loro formalmente pari-ordinati, ma la prima condiziona, nella forma e/o nella sostanza, la validità del secondo. La gerarchia qui è al più condizionamento logico. E se la gerarchia la si intende in senso logico-formale, come condizionalità tra norme, non è in questione la 'forza'. E' l'idea della legge illegittima, della legge che pone le condizioni della propria validità.

[292] Da qui il doppio fondamento del decreto delegato: in Costituzione e nella legge di delega che è valore materialmente costituzionale…

[293] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 70-1. L'idea generale sottesa è che non è concepibile l'efficacia di un atto che sia privo di validità, seppure provvisoria o condizionata, quindi, ogni legge efficace è perciò stesso valida fino alla sua invalidazione: *ivi,* 97 e 227.

[294] *Ivi*, 51.

[295] *Ivi*, 52-54.

[296] Lo scarto tra materia e forma/grado costituzionale e l'idea che la superiorità (logica) dell'atto derivi dalla prima e non dalla seconda è anche alla base della distinzione tra incostituzionalità in senso proprio, illegittimità costituzionale e illegittimità ordinaria della legge di P. PINNA, *La disposizione*

originario il parametro può essere costituito dalla Costituzione per forma o per materia, ovvero anche dalle leggi ordinarie ma sostanzialmente costituzionali; per gli atti aventi valore legislativo derivato il parametro è costituito solo dalla legge ordinaria che attribuisce loro il valore legislativo sulla base di una norma formalmente costituzionale e che è, al contempo, rispetto all'atto derivato, valore materialmente costituzionale. Ma le leggi che mediano il valore legislativo, seppure sostantivamente costituzionali, non sono norme parametro rispetto al valore di legge originario e, reciprocamente, le altre leggi formalmente ordinarie, ma sostanzialmente costituzionali, non sono parametro del valore di legge derivato, che deve essere fondato nella forma costituzionale. In ogni caso, i casi in cui le leggi ordinarie sono parametro mostrano i segni della compresenza nel medesimo atto di valore (materialmente) costituzionale e valore di legge, dove l'uno si converte nell'altro[297]. Tra i due valori non vi è «reciproca esclusione ed incompatibilità, ma […] derivazione e integrazione dialettica»[298]. Quella integrazione vive di certo nel valore di legge inteso come valore costituzionale derivato degli atti necessari adottati dal governo sulla base dei poteri conferiti dalle camere o del contenuto del referendum abrogativo rispetto alla legge successiva. Allo stesso modo, le leggi rinforzate nella forza passiva assumono valore costituzionale di parametro nel giudizio costituzionale delle leggi che ne violano le condizioni di modifica. Infine, la confusione – o meglio la compresenza - dei due valori è ancora più evidente negli atti, che non hanno forma legislativa, ma che proseguono o svolgono immediatamente la Costituzione. Così i decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali mediano tra gli statuti speciali e leggi regionali (e statali): quindi, da un lato, ripetono da leggi formalmente costituzionali il valore legislativo, dall'altro, fungono da parametro, unitamente alle disposizioni statutarie che attuano, nei confronti delle fonti legislative. I regolamenti parlamentari in materia di formazione delle leggi dello

valida e la norma vera, cit., 117 ss. e 134 ss., che, però, sulla base della distinzione tra regole costitutive e regole regolative *à la* Searle, restringe – a differenza della conclusione cui giunge Modugno – la competenza della Corte alla sola illegittimità costituzionale, che presuppone che l'atto sindacato sia una legge, che non violi cioè la regola costitutiva della legislazione e che il parametro sia formalmente costituzionale.

[297] La contiguità tra il valore di legge e il valore costituzionale è pensabile perché la materia costituzionale – e con essa quel tanto di superiorità logica che implica – non coincide con la forma costituzionale. A sua volta quella contiguità, che implica quella tra l'ordine costituzionale e l'ordine legislativo, fonda teoricamente l'apertura del livello primario del sistema delle fonti, secondo la riflessione più recente di F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2009, n. 3, 6 ss. Il valore di legge, che è svolgimento necessario della Costituzione e che, per questo, può essere valore materialmente costituzionale, sostiene la competenza della legge parlamentare a integrare la Costituzione con norme sulla produzione del diritto, incluse norme sulla normazione primaria e, quindi, a disporre di sé medesima, della sua forza ed efficacia tipica e a prevedere fonti primarie a sé concorrenziali, seppure al di fuori dei rapporti tra legislativo ed esecutivo o, comunque, più limitatamente, a integrare le regole costituzionali (non chiuse) sulle fonti.

[298] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 109.

Stato partecipano del valore di legge, perché sono svolgimento necessario e diretto della riserva di competenza contenuta in Costituzione e non sono altrimenti sindacabili, dunque sono sindacabili dalla Corte costituzionale. Ma proprio perchè destinatari di quella specifica competenza riservata, ne è al contempo predicabile il valore costituzionale limitatamente alla materia della formazione della legge, che li costituisce parametro (materialmente) costituzionale del sindacato di costituzionalità delle leggi statali ordinarie[299].

Ecco che la scissione tra forza e valore di legge conduce, sebbene per altra via, alla ri-conversione del valore di legge in un 'regime'. Ma l'identificazione del «valore» di legge con l'esclusiva soggezione della legge al giudizio di conformità a Costituzione è paradossale. Più precisamente, ha un che di paradossale la conversione, in linea generale, del 'valore' in limite, misura, giudizio, e, in particolare, del valore legislativo in giurisdizione costituzionale. Pare, infatti, concettualmente sbagliata la conversione del valore di legge nel suo limite perché equivale alla conversione del principio democratico in quello del garantismo liberale[300]. E', in ogni caso, incoerente rispetto alle premesse teoriche da cui muove. La derivazione, seppure dialetticamente mediata dalla negazione, implica, piuttosto, in una qualche misura, l'unità concettuale tra valore della Costituzione e di legge. Dimostra che il valore costituzionale produce dinamicamente il valore di legge e che il valore di legge può essere valore materialmente costituzionale. Se questo prosegue quello, rendendo ordinario lo straordinario, duraturo l'istantaneo, normale l'eccezionale, devono essere fatti della medesima 'materia'. Il valore di legge può essere parametro e non (solo) oggetto del giudizio di validità. Ma allora il valore di legge è ciò che lega Costituzione e legge e non ciò che le oppone: tra le due vi è un legame genealogico e non oppositivo. La logica della nascita, dell'origine, è continuità, trasmissione di potenza e non apposizione di limite. Anzi, l'idea della legge come svolgimento necessario della Costituzione, che è valore perché condiziona la legge, quindi, non lo sarebbe se non vi fosse la legge ad attuarla, apre alla Costituzione come prima legge e alla legge come limite ad una attuazione della Costituzione che non sia mediante legge. Ancora, sembra testualmente infondata. Il testo costituzionale, agli artt. 134 e 136, non correla mai il valore di legge al controllo di costituzionalità. E' la forza di legge, secondo la nota e insuperata obiezione di Crisafulli, il presupposto del sindacato[301]. Il che non significa che la forza di

[299] *Ivi,* 121 ss.

[300] E', invece, su questa idea che G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim* e spec. 201, nota, 102, argomenta il fondamento della riserva di legge nella idoneità dell'atto a costituire oggetto di sindacato costituzionale e, coerentemente, aderisce all'idea che il valore di legge non sia la potenza dell'atto, ma il suo regime tipico, il suo trattamento appunto.

[301] Né vale dire (F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 22-3, nota 33) che i due concetti vengono confusi nel testo che li usa indifferentemente, sovrapponendoli e usando forza di legge

legge sia il grado e che prescriva la gerarchia in base alle 'forme'. Ma resta che il testo costituzionale impone di attribuire un significato alla locuzione coerente con il luogo della sua scrittura. È estranea alla giurisprudenza costituzionale, da cui pure la tesi trae gli elementi costitutivi di quel valore[302]. Infine, per il metodo empirico che pratica, questa teoria non fonda una 'dottrina' del valore di legge. Seppure affermi che il valore di legge preesiste al sindacato, ricava i criteri che svelano gli indizi dell'immanente valore di legge *ex post* dalla giurisprudenza costituzionale[303]. Allo stesso modo ricava dall'esistente, dalle decisioni di fatto adottate dalla Corte la conclusione che la forza di legge non ha conseguenze normative: i regolamenti delegati e i regolamenti indipendenti, pur avendo forza di legge, non hanno il valore legislativo necessario a radicare la competenza della Corte, perché così ha statuito la Corte. Ma così si desume dall'empiria un dover essere. Al contrario, per dimostrare che la forza di legge non condiziona il valore di legge, deve dirsi perchè i regolamenti delegati, pur avendo, in ipotesi, la forza di legge, non siano sindacabili dalla Corte e non già che non hanno valore di legge perché non sono di fatto sindacati.

Ma questa scissione e la ri-conversione che ne è seguita ci consentono l'ultimo, decisivo, passaggio.

10. La (forma di) legge è il valore

Profittando della critica alle teoriche della forza di legge come 'potenza', impensabile nella scissione tra efficacia e validità della legge, e della rivalutazione del valore di legge contro la forza, si conviene che sia corretto separare il valore dalla forza di legge, ma ciò senza eliminare nessuno dei due termini, perché sono entrambi diritto vigente.

Si reimposta la questione in questi termini, cercando di spiegare, di 'dare ragione' del testo costituzionale a partire dal testo, che lascia un interstizio all'auto-*nomia* del valore di legge dalla forza, ma nella direzione della identificazione tra valore e legge, nel senso che la legge *è* il valore e non già nella conversione del valore di legge nel suo sindacato.

Nella Costituzione l'art. 134, comma 1, lett. a), dispone che la «forza di legge» dell'atto è il presupposto dell'ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale. Quindi, il testo costituzionale lega la forza di legge (e non il

sempre e solo nel senso di valore di legge. Il giurista deve, infatti, trovare una forma nel caos, deve evitare la confusione. In ogni caso, se li usa indifferentemente, potrebbe a rovescio usare valore di legge sempre e solo nel senso di forza di legge.

[302] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 183 del 1973 e 170 del 1984, che attribuisce ai regolamenti comunitari «forza e valore di legge» e al contempo ne esclude, in quanto atti di ordinamento separato da quello nazionale, la soggezione al sindacato di costituzionalità della Corte.

[303] *Ivi,* 46. Da qui la critica di empirismo totale che alla tesi muove V. MARCENÒ, *La legge abrogata*, cit., 22.

valore) al suo trattamento, al suo regime tipico di dichiarazione di invalidità costituzionale. Cosicché la forza di legge consiste nella esecutorietà della legge da parte dell'amministrazione e nell'applicabilità da parte dei giudici, prima del sindacato della Corte o per lo meno nell'impossibilità di una disapplicazione da parte dei giudici indipendentemente dal giudizio costituzionale. Ma, proprio perché la forza di legge è il presupposto (minimo) dello specifico sindacato di validità costituzionale, è tutto da dimostrare che la legge è forte perché è sindacabile dal giudice costituzionale. Al contrario, se la forza di legge è condizione necessaria della competenza della Corte, sotto quella soglia non vi è il privilegio del giudice speciale. In più, non è detto che l'unica forma di invalidità della legge sia quella di incostituzionalità, vale a dire che non siano giustiziabili forme di illegittimità della legge differenti dall'illegittimità costituzionale o che, ammessa la legge illegittima, l'illegittimità semplice sia attribuita alla competenza esclusiva del giudice costituzionale[304].

Cosicché la forza di legge non è potenza ma, al contrario, efficacia provvisoria. E' la precaria idoneità di un atto ad essere legge o a sostituire, quindi in un certo modo a violare, la legge, ma che, per la sua ambiziosa pretesa, deve subire il sindacato delle leggi. Se non ha quella pretesa, non soggiace a quello speciale 'regime'.

L'art. 77 è, invece, la base testuale che consente di fondare e argomentare l'autonomia del valore di legge dalla forza e che autorizza il giurista, senza abbandonare il proprio ufficio, alla ricerca di senso di quella differenza. È l'unica disposizione che nel proprio corpo usa nel primo comma *valore* di legge e nel secondo comma *forza* di legge, distinguendo atti che in altri luoghi sono indistinti. Secondo il primo comma, a seguito della delegazione delle Camere, i decreti hanno «valore di legge ordinaria». Significa che il decreto legislativo, preceduto dalla legge parlamentare di delegazione, è esercizio di funzione legislativa, in una forma che eccepisce la regola dell'art. 70. E' legislazione, quindi, modifica, abroga leggi, innova l'ordine legislativo esattamente come la forma di legge. E ha «valore di legge» perché, nonostante non abbia la forma dell'art. 70, modifica con effetti permanenti il diritto legislativo. Il secondo comma dispone, invece, che i provvedimenti «provvisori» del Governo, nei casi straordinari di necessità e di urgenza, hanno «forza di legge». Escluso che il secondo comma dell'art. 77 sia un'eccezione al primo comma, che a sua volta è un'eccezione all'esercizio della funzione legislativa da parte delle Camere, è coerente ritenere che la *forza* di legge del decreto d'urgenza, che è provvedimento «*provvisorio*», sia qualitativamente diversa dal *valore* di legge (del decreto delegato). Se questo è legislazione, è sensato che quello non sia esercizio di funzione legislativa. Il decreto-legge è *provvedimento* perché *provvisorio*,

[304] Prova il contrario P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, cit., 109 ss.

quindi la «forza di legge» è precisamente l'inidoneità a 'stabilire' nuovo diritto legislativo, è atto commissario e non sovrano. In una, la forza di legge è meno del valore[305]. Al contempo, il comma 2 dell'art. 77, non autorizza il Governo a produrre diritto legislativo, ma esclude che il Governo possa adottare provvedimenti di necessità ed urgenza che sospendono il diritto legislativo vigente che non abbiano la forza di legge, nel senso, cioè, che non siano sottoposti al regime proprio degli atti di quella specie. E', invece, la legge di conversione e non il decreto del Governo che produce il diritto legislativo, perché la legge *è* il valore. Prova ne è che il testo discorre di «conversione» (e non di conferma, approvazione o ratifica), che postula – sin dall'originario significato religioso – un mutamento, una trasformazione di qualità: appunto dalla forza al valore di legge. Il decreto-legge non è allora affatto un'eccezione all'art. 70, ma è l'eccezione alla regola che nei casi normali i decreti del Governo non possono violare la legge, ma solo eseguirla. Nell'eccezione lo possono fare ma a due condizioni. Data la contingenza e la 'provvisorietà', derogano o, meglio, presupponendone la vigenza, sospendono l'efficacia della legge ma non innovano permanentemente il diritto legislativo[306]. In ogni caso, per poterlo fare, per potere essere parificati alla legge, soggiacciono al sindacato di validità che la forza di legge porta con sé e presuppongono, fin dalla loro adozione, la legge che li convertirà in un atto di differente qualità.

È una possibilità, una piega, del testo non contraddetta dall'art. 87, comma 5, che aggiunge ai «decreti aventi valore di legge» i regolamenti: i decreti con forza di legge sono per lo meno regolamenti, quindi emanabili dal Presidente della Repubblica. È confermata dall'art. 75: l'«abrogazione» si riferisce ad atti

[305] Al contrario per C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., § 5, spec. 836-8 e ID., *Elemento soggettivi*, cit., 1079, la caratteristica della legge ordinaria, indicata con il termine «valore», lo specifico «valore della legge ordinaria», è un *minus* rispetto alla forza di legge dell'art. 77, in quanto il governo provvede «con forza di legge oltre il valore delle leggi ordinarie». L'art. 77 non attribuisce ai decreti del Governo, privi di delegazione, «una presunta particolare forza di legge ordinaria», ma «distinta nella seconda parte la forza di legge (di qualsiasi specie di legge in generale) dallo specifico valore della legge ordinaria, riconosca che il Governo possa adottare in caso di necessità e di urgenza provvedimenti aventi la forza della legge in generale e cioè comune alle leggi statali di ogni specie, ordinarie o costituzionali, ed inoltre alle leggi regionali». Alla medesima conclusione perveniva L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzione al conflitto di norme,* in *Giur. cost*., 1965, 149, nota 8.

[306] P. PINNA, *Lo stato d'eccezione e il decreto-legge*, cit., 7-8. Pare giungere alla medesima conclusione, seppure discorra di abrogazione e reviviscenza delle disposizioni, appunto provvisoriamente, abrogate, anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1986, 239: «i provvedimenti provvisori, prima della loro conversione in legge, non possono fondare situazioni giuridicamente consolidate. La stessa abrogazione di preesistenti discipline legislative statuita da decreto-legge cede il passo alla reviviscenza di quelle disposizioni non appena si accerti la mancata conversione». Ma, anche ad ammettere la reviviscenza delle disposizioni abrogate in caso di abrogazione della disposizione abrogante, pare assai più semplice immaginare la reviviscenza di una disposizione nel caso della sua sospensione: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II, I, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative), Appendice di aggiornamento*, Cedam, Padova, 1993, 32.

che hanno «valore di legge» perché, a rigore, si abroga solo ciò che non è provvisorio, che è permanente; ciò che è eccezionale, provvisorio, termina da sé. Non è decisa dall'art. 89, comma 2, che accomuna e non distingue ai fini della controfirma gli atti che hanno «valore legislativo» e gli «altri indicati dalla legge». Né lo decide la legge: l'art. 5, comma 1, lett. d), l. n. 400 del 1988, come l'art. 89, indica genericamente gli atti che hanno «valore o forza di legge e, insieme con il ministro proponente, gli altri atti indicati dalla legge»; al pari, la lett. c) si riferisce indistintamente ai «decreti aventi valore o forza di legge» e, comunque, ai regolamenti governativi da emanare con decreto del Presidente della Repubblica[307]. In ogni caso, se anche la legge disponesse diversamente, si tratterebbe di un fatto che, in quanto tale, non potrebbe mettere in discussione la bontà della tesi della distinzione tra forza e valore di legge.

Non modificano i termini della questione, ma sono una conseguenza della sua soluzione, neppure le disposizioni costituzionali che – si dice - fondano leggi *a*tipiche e, più precisamente, leggi *formali*. Sostenere che in esse vi sia divaricazione tra forza e valore, perché a diversità di forza corrisponderebbe la stessa forma e il medesimo valore, implica aver distinto il valore dalla forza e risolto che cosa sia il valore di legge, identificandolo con la forma distinta dalla materia[308]. Ma ciò è proprio quello che va dimostrato.

L'esito testuale è esattamente il rovescio della identificazione della forza di legge con la potenza e del valore di legge con il suo limite. Il valore di legge è la potenza, l'atto sovrano di fare e disfare leggi, la forza di legge è il 'regime', il limite. Ne derivano conseguenze normative immediate per le fonti del diritto e per la giustizia costituzionale.

In ordine alle prime, la distinzione spezza la categoria unitaria degli atti con valore *o* forza di legge. Può darsi il caso di atti che hanno il valore ma non la forza di legge, come i regolamenti delegati o, viceversa, atti che hanno la forza ma non il valore di legge, come il decreto-legge oppure atti che hanno la forza e il valore di legge, come il decreto legislativo delegato.

La fondazione nel testo costituzionale di una distinzione tra forza e valore di legge pone, da un nuovo punto di vista, il rapporto tra decreto d'urgenza e legge di conversione. La giurisprudenza costituzionale sottende, in linea generale, l'idea che il decreto-legge sia un'eccezione all'art. 70 e da quella idea ne desume, variamente, i limiti e il sindacato in caso di 'eccesso' di potere legislativo. Da quella idea deriva la trasmissibilità dei vizi del decreto-legge alla legge di conversione e, quindi, la traduzione dei limiti al decreto-legge, alla sua

[307] Sono, invece, queste le due disposizioni di legge ordinaria che, assieme alla rubrica dell'art. 16, l. n. 400 del 1988, hanno condotto R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 110, a definire bizantinismi i tentativi di distinguere il valore dalla forza di legge.

[308] F. MODUGNO, *Legge – Ordinamento giuridico*, cit., 15, 57 e 60 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., 69, 71 ss. e 217.

convertibilità, in limiti alla funzione legislativa del parlamento, la omogeneità della seconda al primo, la sua limitata emendabilità e così via. Ma se il decreto-legge non è esercizio di funzione legislativa in una forma diversa dalla legge parlamentare, ne cade il presupposto. Così, la sua adozione in assenza del caso straordinario di necessità ed urgenza è invalida poiché l'unico caso in cui al Governo è consentito di sospendere il diritto legislativo è il caso di eccezione, ma a rigore non altera «il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie»[309]. L'atto che produce diritto legislativo non è, infatti, il decreto-legge ma la legge di conversione, il che porta a dire che nel più ci sta il meno e che, quindi, la legge di conversione può avere qualche particolarità, qualche atipicità procedurale, ma, poiché ha valore e non (solo) forza di legge, può fare, disporre, più di quello (o almeno quello) che ha 'forza' di fare il decreto-legge. Ne deriva la messa in discussione della sindacabilità della legge parlamentare di conversione per i vizi derivati dal decreto d'eccezione o, comunque, dell'idea che la legge di conversione sia la mera forma di 'approvazione', di convalida, del decreto e non già una legge sostanziale. In una, dal 'valore' della legge di conversione rispetto alla forza di legge del decreto si ricavano argomenti che sostengono l'intrasmissibilità dei vizi del decreto-legge alla legge di conversione, l'emendabilità del decreto con la legge di conversione, la possibile eterogeneità della legge di conversione rispetto al contenuto del decreto-legge, etc… Né è argomento contrario l'ultimo alinea dell'art. 77, comma 3, che prevede espressamente la possibilità di regolare con legge parlamentare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. E', al più, un argomento a favore della generale irretroattività della legge, inclusa quella di conversione.

Si dirà, realisticamente, che questa dottrina non argina l'abuso della decretazione d'urgenza, non limita l'emarginazione progressiva della legge parlamentare e, quindi, 'normalizza' l'eccezione. Ma anche a voler includere in una dottrina del diritto positivo argomenti di politica del diritto, si osserva che quell'argomento è pericoloso, per il fine che persegue, per due ragioni. Primo, nella ricostruzione che qui si propone il decreto d'urgenza non è appunto una legge; non è una eccezione all'art. 70, ma è meno di una legge parlamentare. Quindi, con quel decreto il Governo non sostituisce affatto il potere legislativo. Al contrario, se si ritiene che tra l'uno e l'altra vi sia «interrelazione» reciproca[310], che sola sostiene l'idea della invalidità derivata della seconda dal primo, è difficile negare che sono simili, così 'valorizzando' inintenzionalmente il decreto del Governo. Questo non sarebbe solo condizionato, ma anche condizionante la legge. Così, però, si riferiscono al decreto-legge, che è solo

[309] Tra le molte Corte cost., sent. n. 171 del 2007.
[310] Cfr. Corte cost., sent. n. 22 del 2012.

provvisoriamente derogatorio della legge, effetti che l'art. 77 attribuisce alla legge di conversione e a quest'ultima presupposti e requisiti di validità che l'art. 77 riferisce a quello, rafforzando il decreto del Governo e de-potenziando la legge parlamentare. Secondo, se si afferma che la legge parlamentare di conversione è sindacabile sulla base del medesimo parametro del decreto del Governo, vale a dire sulla base della sussistenza del caso straordinario di necessità e urgenza dell'art. 77, comma 2, parrebbe che la competenza sull'eccezione sia una competenza tipica, esclusiva, del Governo e che il Parlamento non abbia una competenza generale. Ma se, invece, coerentemente con la forma di governo parlamentare che si vuole conservare, si afferma che il Parlamento – e non solo il Governo – può provvedere sull'emergenza perché può fare leggi, quindi può pure sospenderle, può revocarsi in dubbio che si possa sindacare la legge parlamentare, anche se di conversione, in forza dei presupposti che l'art. 77, comma 2, impone al decreto del Governo. Se poi il Parlamento, in sede di conversione, 'funziona' male, se la deliberazione parlamentare 'di fatto' è una ratifica del decreto del Governo, che non si avvale delle virtù della dialettica parlamentare, questo non pare un argomento valido per interpretare il diritto positivo.

Per le stesse ragioni, se si distingue tra forza e valore di legge, è coerente interpretare l'art. 77, comma 2, non già come la norma che esclude la competenza del Parlamento a provvedere sulla e nell'emergenza, considerato – se non altro – che è il Parlamento che converte il decreto-legge, ma come la norma che esclude che, «quando» il Governo decida che sussiste il caso straordinario e che è necessario derogare/sospendere la legge vigente, questi possa adottare provvedimenti che non abbiano la forza di legge, cioè, che non siano sottoposti al regime tipico proprio degli atti di quella specie, ovvero all'emanazione da parte del Presidente della Repubblica, al sindacato da parte della Corte costituzionale e alla conversione in legge[311]. Si può al più ammettere che, in materie non riservate alla legge, il Governo disponga con atto avente forza di legge (o il Parlamento con legge) la sospensione della legge vigente e attribuisca al Governo l'atto amministrativo del caso concreto. Ma in tal caso il giurista deve verificare che l'atto amministrativo sia legittimo (ovvero conforme alla legge o al decreto-legge che ha disposto o autorizzato a provvedere in deroga), proporzionato, ragionevole, congruo, etc...

Ancora, l'eterogeneità tra forza e valore di legge esclude la sovrapponibilità

[311] Sul decreto-legge come forma costituzionalmente imposta per la normazione d'emergenza del Governo M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1177. Al contrario, sull'ammissibilità di ordinanze d'urgenza derogatorie del diritto legislativo l'ampio studio di A. CARDONE, *La "normalizzaizone" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 366 ss.

tra limiti al decreto-legge e al decreto legislativo. Una materia non è delegabile al Governo nei casi in cui la Costituzione non consente l'eccezione alla forma di esercizio della funzione legislativa dell'art. 70. Ma se il decreto-legge non è fonte del diritto legislativo, non è una eccezione alla regola dell'art. 70, i limiti ad eccepire quella regola non valgono per il decreto-legge. Se ciò che produce diritto legislativo è la legge di conversione, il decreto-legge, che produce solo l'effetto sospensivo, potrebbe ammettersi anche nei casi in cui non è consentita la delega legislativa, purché la legge di conversione rispetti la forma dell'art. 70 o, addirittura, nei casi in cui è prescritta, la riserva di assemblea[312].

In ordine alla giustizia costituzionale, fornisce un criterio normativo per individuare gli atti sindacabili dalla Corte, perché il tipo di sindacato dipende dalla forza e non dal valore. Intesa la prima non già quale innovatività o primarietà, ma quale efficacia provvisoria a valere come legge, ne deriva che, a diritto costituzionale vigente, non sono sindacabili dalla Corte né ciò che non esiste come fatto legislativo o legge delegata, né i regolamenti del governo che, fuori dal caso del decreto d'urgenza, non sono abilitati a sospendere la legge, né i regolamenti parlamentari, riservatari della competenza a regolare la formazione della legge, etc… Se non hanno forza di legge sono sindacabili dal giudice comune o dai giudici speciali (diversi dalla Corte) dell'ordinamento.

Ma può andarsi più a fondo nelle implicazioni della fondazione dell'autonomia del 'valore di legge'. Lo scarto tra forza e valore può fondare una teoria normativa (del valore) di legge contro il fatto della sua caduta tendenziale di valore[313].

Concettualmente il valore è non solo qualcosa di diverso dalla forza, ma qualcosa di 'più', se si presuppone l'inferiorità per il diritto della fattualità, della forza, rispetto al dover essere. Intuitivamente, la differenza è il plus-valore ravvisabile nella previa delegazione delle Camere e precisamente nell'autorizzazione con deliberazione del Parlamento, quindi nella 'forma' di legge.

La Costituzione, agli artt. 77, comma 1, e 87, comma 5, attribuisce il «valore di legge ordinaria» o «valore» legislativo a decreti del Governo. L'art. 77, comma 1, precisa che al valore di legge, all'unità di misura, sono equiparati, ma ad una condizione, atti del Governo, che, pur non essendo leggi, *valgono* come se fossero leggi. La condizione dell'equi-*valenza*, della co-esistenza in un non-rapporto di indifferenza, tra decreti/atti del governo e legge è la previa deliberazione legislativa del Parlamento. Ciò significa che la legge è costituita dal testo costituzionale quale valore, *è* valore *costituito*: nel valore *di* legge la

[312] Non è, quindi, detto che il divieto dell'art. 15, comma 2, lett. b), l. n. 400 del 1988, di provvedere con decreto-legge nelle materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, della Costituzione sia direttamente deducibile dalla Costituzione.

[313] Questo l'auspicio che muove da tempo le sconsolate, ma non arrendevoli, considerazioni di P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2010, n. 1.

legge non ha valore ma *è* il valore, l'ideal-tipo, il modello, il parametro a cui commisurare il differente, il decreto del governo, che non è deliberazione parlamentare, ma ciononostante *ha* valore di legge, può fare ciò che fa la legge, perché partecipa, appunto, del medesimo 'valore'. Significa che la legge è il dover essere, il *sollen*. Ma la legge è identificata, costituita, nel testo come una forma: secondo la regola costitutiva dell'art. 70, è legge la deliberazione collettiva dell'Assemblea rappresentativa. Se si concatena, se ne ricava, come soglia minima, che la forma di legge è il valore o che la legge è valore in quanto forma[314]. Ne segue che, nella Costituzione, il valore di legge rinvia ad una teoria formale del valore e che il legame sociale, *rappresentato* nella deliberazione legislativa parlamentare, si fonda su una forma e non su una sostanza. Ma, più precisamente, dagli artt. 70 e 77, comma 1, si trae che il valore (di legge) è una forma rappresentativa[315] e non identitaria. La legge è, infatti, atto dell'Assemblea rappresentativa e non del popolo rappresentato. E non vi è una regola di diritto positivo che attribuisca alle deliberazioni del popolo «l'effetto di leggi» e che disponga che il Parlamento, solo in casi eccezionali, può adottare deliberazioni con tale effetto, «*come se* fossero state poste dal popolo stesso»[316]. È precisamente lo scarto tra principio rappresentativo e principio democratico, tra governo repubblicano e governo popolare. Potrebbe obiettarsi che, in virtù dell'art. 75, il popolo partecipa della funzione legislativa mediante il referendum abrogativo, che è, almeno potenzialmente, fonte del diritto, più specificatamente atto con 'forza' (se non con 'valore') di legge, perché abrogare – sulla scia delle *Lezioni* di Crisafulli – non significa «non disporre» ma «disporre diversamente». Con la conseguenza che non avrebbe molto senso distinguere tra disporre in negativo e disporre in positivo. Ma, con poca originalità[317], anche il referendum è atto *rappresentativo*, in quanto implica sempre forme di

[314] Se la legge vale come legge in quanto forma, è sbagliato sia qualificare legge (e predicarne il valore) ciò che non ne ha la forma (come è accaduto nella sentenza n. 7 del 1978), sia immaginare un atto con forma di legge, ma privo – per il contenuto 'amministrativo' - di valore di legge (come accaduto nella decisione n. 225 del 1999). Una legge senza valore è, per il testo vigente, un paradosso: sul punto è fondata la critica mossa da A. SIMONCINI, *La legge "senza valore" (ovvero della necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative)*, in *Giur. cost.*, 1999, 2024 ss., seppure poi l'autore intenda il valore di legge come esclusiva assoggettabilità al sindacato della Corte costituzionale.

[315] Benchè converta il valore in regime, F. MODUGNO, *Legge*, cit., 23-4, ricava dall'art. 137, comma 2 e soprattutto dall'art. 77 «l'esistenza di un "valore" giuridico assegnato propriamente alla legge "ordinaria" e, per meglio dire, si ricava da entrambe il collegamento tra il "valore" e la forma dell'atto legge». E proprio la «medesimezza» di forma di legge, ovvero l'identità dei soggetti o meglio l'identità di natura del soggetto deliberante, che è sempre rappresentativa, lega leggi ordinarie, costituzionali e regionali e ne giustifica lo stesso trattamento.

[316] Vale così ancora H. KELSEN, *Dottrina generale dello* Stato, Milano, Giuffrè, 2013, 698.

[317] Attingendo alla nota tesi elaborata da M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo. Commento dell'art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2005, e già prima da E. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, 227 ss.

rappresentazione, di mediazione, che escludono l'immediata datità del popolo.

Si 'spiega' così il testo costituzionale vigente. La forza di legge è efficacia, esecutorietà, applicazione e non innovazione perché non è qualità del potere rappresentativo, non è potere iniziale, ma è predicato di un decreto del governo. Al contrario, il valore di legge è potenza, creazione, in quanto forma rappresentativa. E', alla fin fine, una riscrittura nella Costituzione della *force de loi*[318]: il valore è dell'atto, ma deriva dall'organo, che detiene il potere originario, fondativo, di fare la legge.

Il testo autorizza la posizione della questione che la forma di legge *è* il valore, ma non è sufficiente per chiuderla e per cogliere tutte le implicazioni di una dottrina interpretativa del 'valore di legge'. Il passaggio successivo è capire perché, se il sovrano è, per l'art. 1 della Costituzione, il popolo rappresentato, la norma ricavabile dagli artt. 70 e 77, comma 1, Cost. costituisce la deliberazione del rappresentante come «il valore» (di legge). Ma quest'ultimo passaggio esige una diversa e più complicata genealogia, quella del valore di legge.

[318] L'idea trova conferma nella circostanza che nella tradizione, nella legge n. 100 del 1926 e nell'art. 2 delle Preleggi, che avevano intenzionalmente archiviato la *force de loi*, si predicava, senza distinzione, la *forza* di legge di entrambi i decreti.

LA STABILITÀ DELLA LEGISLAZIONE ELETTORALE: ALLA RICERCA DI UN MITO?*

MARCO CECILI**

Sommario

1. Introduzione. - 2. La "stabilità" della legge elettorale: dalla Commissione Venezia alla Corte EDU. - 3. La formula elettorale nelle Costituzioni europee. - 4. Leggi organiche e rinforzate a garanzia della stabilità della legge elettorale. - 5. La stabilità elettorale nella storia italiana e la lettura della Corte costituzionale. - 6. Conclusioni. Quale via per la stabilità elettorale in Italia?

Abstract

The paper aims to analyse the concept of stability in electoral matters. The Venice Commission (through the Code of Good Practice in Electoral Matters) and judgments of the European Court of Human Rights developed the principle to ensure "a certain stability" in electoral legislation in order to avoid party manipulation and guarantee the effectiveness of the right to vote.

The Italian case appears to be a particularity: in the last thirty years electoral law has changed frequently, also due to the judgements of the Constitutional Court and referendum.

The analysis will concern also the protections provided for electoral stability in the various European constitutions.

Suggerimento di citazione

M. CECILI, *La stabilità della legislazione elettorale: alla ricerca di un mito?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al seminario "Tempo e mutamento nel sistema delle fonti", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 1° ottobre 2021.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso la LUISS Guido Carli.
Contatto: mcecili@luiss.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

Il concetto di stabilità, se calato in ambito elettorale, può assumere molteplici significati.

Seguendo un filone abbondantemente sviluppato nell'interno degli studi sull'"architettura costituzionale" dello Stato è possibile intendere la stabilità come sinonimo di "governabilità"[1]. La stessa giurisprudenza costituzionale in materia elettorale, come vedremo, impiega tale lemma principalmente in questa prima accezione, rapportando il rendimento del modello elettorale prescelto con la necessità di garantire la stabilità del governo.

Il concetto di "stabilità", inoltre, può essere legato alla necessità di una normativa elettorale utilizzabile in qualsiasi momento (potremmo definire questo significato come "necessarietà"). Anche questa dimensione è in qualche modo presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, a più riprese, ha affermato l'indefettibilità della legge elettorale, intesa quale "legge costituzionalmente necessaria"[2], per evitare vuoti normativi (che fra l'altro finirebbero per menomare la prerogativa presidenziale di scioglimento delle Camere).

È possibile, però, sviluppare una terza lettura del termine "stabilità", valorizzando la continuità e la durata nel tempo della legge elettorale (sottolineando la "non precarizzazione" della normativa elettorale). Quest'ultimo livello di significato – sul quale si concentrerà la ricerca – può essere considerato come un riflesso del più ampio fenomeno della "precarizzazione della legge"[3], che, mettendo in discussione le c.d. "regole del gioco democratico", potrebbe minare la fiducia nelle istituzioni e tra gli attori politici, innescando gravi conflitti istituzionali e sociali. Come si vedrà, infatti, il Codice di buona condotta in materia elettorale (di seguito anche solo Codice, promosso dalla Commissione di Venezia[4]) raccomanda di assicurare «*una certa stabilità*» alla legislazione elettorale, al fine di evitare «*manipolazioni partitiche*»[5] e garantire l'effettività del diritto di voto attivo e passivo.

[1] Riprendendo G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*, il Mulino, Bologna, 1995.

[2] Paradigmaticamente Corte cost., sentt. 30 gennaio 2008, nn. 15 e 16, *Considerato in diritto* punto 4: «*Le leggi elettorali appartengono alla categoria delle leggi costituzionalmente necessarie, la cui esistenza e vigenza è indispensabile per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali della Repubblica*». Sul punto si rinvia a P. VIPIANA, *La legge elettorale come legge costituzionalmente necessaria*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 1, 2019.

[3] Per le ragioni della precarizzazione si rinvia a E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 25-64.

[4] La Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, conosciuta come Commissione di Venezia, è uno dei più importanti organi consultivi del Consiglio d'Europa e ha svolto un ruolo importante nello sviluppo del patrimonio costituzionale europeo.

[5] COMMISSIONE VENEZIA, *Codice di buona condotta in materia elettorale. Linee Guida* e *Rapporto esplicativo*, *Explanatory report*, punto 6, II.

Nell'ambito europeo, peraltro, l'esperienza repubblicana italiana sembrerebbe rappresentare un caso del tutto particolare[6]. Infatti, dopo una lunga stabilità della disciplina elettorale, imperniata su una formula di tipo proporzionalistico (salvo la breve parentesi della legge elettorale del 1953[7]), a partire dal 1993 si sono registrati costanti mutamenti della legge elettorale (sistemi a prevalenza maggioritaria, con premi di maggioranza, a prevalenza proporzionale) e la recente rielezione del Presidente Mattarella ha riaperto il dibattito su una nuova modifica della legislazione elettorale in senso ancor più proporzionale[8]. Nessun Paese in Europa (almeno tra le c.d. grandi democrazie) ha avuto una legislazione elettorale così altalenante[9] (si pensi, solo paradigmaticamente al Regno Unito dove il sistema maggioritario a turno unico, cd. *first past the post*, che ha radici lontanissime, rinvenibili a metà del XIX secolo[10]).

Già da una prima analisi, l'Italia appare, dunque, come un caso particolarissimo. L'instabilità, della legislazione elettorale, però, non è dovuta soltanto a scelte politiche del Parlamento, ma anche agli interventi della Corte costituzionale[11] e agli esiti dei *referendum* in materia elettorale[12].

La legge elettorale è «*una vera e propria norma di regime, strettamente connessa con la forza o il gruppo di forze che caratterizzano l'ordinamento di riferimento*»[13] e come è stato lucidamente notato «*la durata e la stabilità di una legge elettorale presentano,* […] *un surplus, un valore costituzionale tutt'altro che*

[6] Si rinvia per un'analisi più dettagliata dei vari passaggi a F. CLEMENTI, *Vent'anni di legislazione elettorale (1993- 2013). Tra il già e il non ancora*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 2, 2015, 557-609; G. TARLI BARBIERI, *Sistemi elettorali (Camera e Senato)*, in *Enc. Dir.*, Annali X, Giuffrè. Milano, 2017, 903-940.

[7] Salvo la breve parentesi della legge elettorale del 1953 (c.d. *Legge truffa*, legge 31 marzo 1953, n. 148).

[8] Ad esempio si vedano G. MERLO, *L'elezione di Mattarella lo certifica: serve il proporzionale*, in *www.huffingtonpost.it*, 29 gennaio 2022; *Letta il giorno dopo l'elezione di Mattarella: "Dobbiamo cambiare molte cose, regolamenti e legge elettorale"*, in *www.repubblica.it*, 30 gennaio 2022.

[9] COMMISSIONE VENEZIA, *Opinion on the Electoral Law of the Canton of Ticino*, 12 giugno 2002, punto 10.

[10] Nel 2011 si tenne un *referendum*, fortemente voluto dai Liberal-democratici di Clegg per abbandonare il *plurality* e introdurre il voto alternativo. Il risultato fu netto e il 67,90% dei partecipanti al voto (ben al di sotto della metà degli aventi diritto) preferirono di mantenere il sistema maggioritario uninominale.

[11] Le celeberrime sentenze 13 gennaio 2014, n. 1 e 9 febbraio 2017, n. 35. Tra i moltissimi, N. ZANON, *Il controllo di costituzionalità sulle leggi elettorali politiche in Italia. Aspetti processuali (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017)*, in *www.cortecostituzionale.it*.

[12] Si sono tenuti *referendum* in materia elettorale nel 1991, 1993, 1999, 2009 e la richiesta è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale in molte altre occasioni, come ad esempio con le sentenze 3 febbraio 1987, n. 29 e, da ultimo, 26 febbraio 2020, n. 35. Per un approfondimento si rinvia a A. GIGLIOTTI, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Giuffrè, Milano, 2009, 141 ss.

[13] F. LANCHESTER, *La corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1, 2017, 4. Sul punto si rinvia ad A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 11-20.

trascurabile»[14]. Il c.d. ipercinetismo in materia elettorale crea, infatti, alcuni effetti negativi nel sistema politico-istituzionale, tra cui la difficoltà di armonizzare le regole della legislazione di contorno e un incoraggiamento alla tentazione della maggioranza di turno di adottare il sistema elettorale più conveniente per evitare una sconfitta. La stabilità di un sistema elettorale produce, inoltre, una serie di effetti positivi: sia nel costruire una cultura politica condivisa, sia nell'abituare l'elettore a determinate modalità di votazione, sia - soprattutto - nel consentire ai cittadini di costruire meccanismi idonei a far valere la responsabilità politica dei parlamentari.

Il lavoro, dunque, tenta di individuare una collocazione al concetto di "stabilità elettorale", che non è stato quasi mai sistematizzato attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale. Infatti, l'idea di una "non precarizzazione" delle regole elettorali, nata a livello politico e di sensibilità istituzionale, è stata sviluppata dal Codice di buona condotta elettorale[15] e da alcune pronunce della Corte EDU. Per questo è innanzitutto opportuno comprendere a quali meccanismi elettorali vada riconosciuta una particolare stabilità (o se vada estesa all'intero sistema elettorale). In secondo luogo, è necessario verificare se e come i principi elettorali vengano "tutelati" nelle Carte costituzionali europee, analizzando il rango riconosciuto all'interno delle fonti alla legge elettorale[16]. Infine, si condurrà un'analisi della situazione italiana sia attraverso le varie vicende che hanno riguardato la legislazione elettorale sia attraverso le sentenze della Consulta che hanno trattato, a dir la verità incidentalmente, il concetto di "stabilità" inteso nell'accezione di "non precarizzazione".

2. La "stabilità" della legge elettorale: dalla Commissione Venezia alla Corte EDU

L'ipercinetismo delle regole elettorali può compromettere, come detto, il corretto esercizio e l'azionabilità del diritto di voto sia attivo sia passivo[17]. Una legislazione elettorale stabile, quindi, è un elemento centrale per la credibilità dell'intero procedimento e una garanzia del diritto di voto, che trova una tutela

[14] N. LUPO, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana. Alcuni spunti sulla legge n. 165 del 2017, in rapporto alla Costituzione*, in *Federalismi*, 22, 2017, 38.

[15] Il Codice è strutturato in due parti. Le linee guida (*Guidelines*) cercano di positivizzare i principi del patrimonio elettorale europeo e costituiscono il nucleo del codice. Il rapporto esplicativo (*Explanatory report*) sviluppa i principi enunciati nelle linee guida attraverso precisazioni e integrazioni. Inoltre, sono presenti anche alcune raccomandazioni su particolari questioni.

[16] L'analisi sarà condotta tenendo conto delle esperienze degli Stati membri dell'Unione europea e delle altre tre classiche democrazie stabilizzate europee (Svizzera, Norvegia e Islanda). Non verrà preso in considerazione il Regno Unito per l'assenza di un testo costituzionale unitario.

[17] Una modifica legislativa approvata a margine delle elezioni potrebbe impattare, infatti, sulle *chance* di partecipazione alla competizione elettorale di alcuni partiti o sulla possibilità dei cittadini di votare (es. decidere di istituire seggi solo in alcune città).

anche in ambito internazionale attraverso molte dichiarazioni[18]. Ad esempio, l'art. 3 del Primo Protocollo CEDU afferma che «*le Alte Parti Contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo*». L'articolo, rubricato "diritto a libere elezioni", è simile a molte disposizioni presenti nelle costituzioni europee[19] e, a prima vista, non sembra riuscire a garantire una tutela più ampia rispetto a quella presente a livello interno. Le Corti sovranazionali - dato il maggiore *judicial activism* rispetto alle Corti nazionali[20] e malgrado l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento nelle scelte elettorali da parte degli Stati[21] - hanno

[18] Si pensi art. 21 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o all'art. 25 del Patto sui diritti civili e politici. Si veda, per una lettura più approfondita, G. GUARINO, *Corte costituzionale e leggi elettorali: note di un internazionalista a margine di una recente sentenza*, in *Consulta Online*, 2014; M. RUBECHI, *Il diritto di voto: Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino, 2016, 146-148.

[19] Si pensi, ad esempio, all'art 23 della Costituzione spagnola («*Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*») o all'art. 3 della Costituzione francese («*Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques*»). Si segnala, però, che principi analoghi vengono enunciati anche negli statuti fondamentali degli ordinamenti non democratici (ad esempio, l'art. 38 della Costituzione bielorussa recita che «*Citizens of the Republic of Belarus shall have the right to vote freely and to be elected to state bodies on the basis of universal, equal, direct or indirect suffrage by secret ballot*»).

[20] Come è stato dimostrato il *judicial activism* delle corti sovranazionali tende ad essere maggiore rispetto a quello delle corti nazionali in virtù di una serie di fattori: a) a Strasburgo e a Lussemburgo hanno la possibilità di utilizzare strumenti processuali di intervento più flessibili ed efficaci rispetto a quelli a disposizione delle Corti nazionali; b) le disposizioni della Convenzione e della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea sono caratterizzate da una struttura aperta e generica, dovendo conciliare tradizioni culturali e giuridiche differenti. Per questo le disposizioni possono essere definite contenutisticamente neutrali e nell'interpretazione si pone in secondo piano la lettura storico-generica, mentre si privilegia quella evolutiva, che storicamente è alla base dell'attivismo giudiziario, che porta qualche volta la Corte all'elaborazione creativa di regole sostanziali e processuali prive di ogni fondamento nel testo della Convenzione; c) l'assenza della relazione con gli attori politico-istituzionali comporta che manchino limiti sistemici che da tale relazione derivano. Per un approfondimento si rinvia a G. SCACCIA, *Corti sovranazionali dei diritti e judicial activism*, in IDEM (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, 121-158.

[21] La Corte EDU riconosce un «*ampio margine di discrezionalità quando si tratta di determinare il modo di scrutinio attraverso il quale viene garantita la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo*» (c.d. *domestic jurisdiction*). Si sottolinea, infatti, che «*in effetti, le regole in questo ambito variano in funzione dei fattori storici e politici propri a ciascuno Stato; le molteplici situazioni previste nelle leggi elettorali di numerosi Stati membri del Consiglio d'Europa dimostrano la varietà delle possibili scelte in materia. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 3, qualsiasi legge elettorale deve sempre essere valutata alla luce dell'evoluzione politica del Paese, in modo tale che dei dettagli inaccettabili nell'ambito di un determinato sistema sono giustificabili nell'ambito di un altro sistema*», cfr. Corte EDU, 13 marzo 2012, *Saccomanno e altri c. Italia*, parr. 51-52. Per un'analisi del margine di apprezzamento, cfr. F. DONATI-P, MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza*

potuto individuare alcuni principi per la tutela del diritto di voto. Ad esempio, il Codice di buona condotta in materia elettorale ha individuato alcuni fondamentali principi comuni al patrimonio elettorale europeo: il suffragio universale, libero, eguale, segreto e diretto nonché la periodicità delle elezioni[22]. Particolarmente importante è, come anticipato, il concetto di "stabilità" della legislazione elettorale, sviluppatosi soprattutto grazie all'intervento della Commissione di Venezia. Nel Codice di buona condotta in materia elettorale viene affermato, infatti, che la «*stability of the law is a crucial element for the credibility of electoral processes. It is therefore important that stability of electoral law be ensured in order to protect it against political manipulation. This applies not least to the rules on the use of administrative resources*»[23]. Emerge, quindi, che la stabilità del sistema elettorale è innanzitutto una tutela per il diritto di voto (attivo e passivo) del cittadino. Infatti, gli obblighi derivanti dall'articolo 1 della CEDU e dall'articolo 3 del Protocollo 1 riguardano non solo l'organizzazione, ma anche lo svolgimento delle elezioni, che vanno protette da manipolazioni dei gruppi politici più forti[24].

Per questi motivi la Commissione auspica che alcuni principi elettorali siano regolati ad un livello più alto rispetto alla legislazione ordinaria[25] e siano raccolti in un testo unitario, evitando stratificazioni e frazionamenti. Infatti, relativamente ad una questione che vedeva coinvolta l'Ucraina, si è notato che *«la legislazione elettorale è stata modificata troppo spesso, a volte solo pochi mesi prima delle elezioni. Molto spesso tali cambiamenti hanno creato una situazione in cui le disposizioni delle diverse leggi che regolano il processo elettorale erano contraddittorie (ad esempio, durante le elezioni parlamentari e locali del 2006).*

della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, in P. FALZEA-A. SPADARO-M. VENTURA (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 65-117.

Inoltre, la Corte sottolinea la necessità di valutare qualsiasi legge elettorale alla luce dell'evoluzione politica del Paese interessato, il che implica che alcune caratteristiche inaccettabili all'interno di un sistema possano essere giustificate nel contesto di un altro (cfr, Corte EDU, 2 marzo 1987, *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*; 16 marzo 2006, *Ždanoka c. Lettonia*).

[22] COMMISSIONE VENEZIA, *Codice di buona condotta*, cit., *Guidelines on Elections*, punto I, «*The five principles underlying Europe's electoral heritage are universal, equal, free, secret and direct suffrage. Furthermore, elections must be held at regular intervals*».

[23] COMMISSIONE VENEZIA, *Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning the stability of electoral law*, 2020, 5. Una lettura simile si ritrova in IDEM, *Codice di buona condotta*, cit., *Explanatory report*, punto 63.

[24] L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, 525, nota l'esistenza di tentazioni "irresistibili" per le forze politiche di maggioranza di modificare le regole elettorali a proprio vantaggio

[25] COMMISSIONE VENEZIA, *Joint Opinion on the Act on the Elections of Members of Parliament of Hungary*, 12 giugno 2012, punto 11; IDEM, *Codice di buona condotta*, cit., *Guidelines on Elections*, punto II.2: «*Should be written in the constitution or at a level higher than ordinary law*» e «*It is welcomed that the fundamental elements of the electoral legislation are regulated by a cardinal law, therefore providing for its stability and broader consensus*».

Ciò stava seriamente minando la stabilità della legge elettorale e, di conseguenza, la fiducia degli elettori nelle elezioni. L'adozione di un codice elettorale potrebbe contribuire alla stabilità della legislazione elettorale in linea con le raccomandazioni del codice di buone pratiche in materia elettorale»[26].

Passando al tema, invece, di quale parte della legislazione elettorale debba essere oggetto di una disciplina quanto più possibile stabile, con una lettura forse troppo irenica il Codice afferma che «*it is not so much stability of the basic principles which needs protecting (they are not likely to be seriously challenged)*»[27]. La stessa Commissione, però, è consapevole che non è possibile estendere le stesse tutele a tutte le regole elettorali. La Commissione, per comprendere a cosa debba essere garantita la "stabilità", ha superato la lettura che distingue tra legislazione elettorale "in senso stretto" e quella di contorno[28], dove la prima si sostanzierebbe nel meccanismo di traduzione di voti in seggi (maggioritario semplice, a doppio turno, *etc.*), mentre la seconda riguarderebbe «*anche il ridisegno delle circoscrizioni, l'abolizione o meno delle preferenze, l'eventuale introduzione delle primarie, la disciplina dell'informazione politica e della propaganda elettorale, un controllo efficace accompagnato da sanzioni sulle modalità di finanziamento dei partiti e del loro stato patrimoniale, oltre che sulle campagne dei singoli candidati*»[29], toccando, quindi, una serie eterogena di

[26] COMMISSIONE VENEZIA, *Opinion on the draft election code of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 20 dicembre 2010, punto 9.

[27] COMMISSIONE VENEZIA, *Codice di buona condotta*, cit., *Explanatory report*, punto 64.

[28] Altri autori parlano di "*sistema elettorale*" e "*procedimento volto al concretamento dell'atto elettivo*" (F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di Governo,* il Mulino, Bologna, 1981*,* 41). Una parte della dottrina ha utilizzato, invece, le nozioni di "*procedimento elettorale*" e "*sistema elettorale*", dove il primo designerebbe il complesso di norme relative al procedimento, mentre il secondo porrebbe in rilevo i meccanismi tecnici di suddivisone dei seggi (G. SCHEPIS *I sistemi elettorali. Teoria-tecnica-legislazioni positive*, Caparrini, Empoli, 1955, XXI). Sulla stessa linea anche Rae, che distingue le *election laws* dalle *electoral laws*, dove le prime costituirebbero quel complesso di norme che regolano il procedimento elettorale (leggi sulle elezioni), mentre le seconde sarebbero quelle che attengono al meccanismo attraverso cui «*si regola la trasformazione delle preferenze in voti e dei voti in seggi*», cfr. D.W. RAE, *The political Consequence of Electoral Laws*, Yale University Press, New Haven (USA), 1967, *passim*; K. BENOIT, *Duverger's Law and the Study of Electoral Systems*, in *French Politics*, 4, 2006, 73.

[29] G. PASQUINO, *I sistemi elettorali*, in G. AMATO-A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1991, 333-334. Corte cost., 14 giugno 2012, n. 151, *Considerato in diritto* punto 6.1.2 preferisce usare i termini "*sistema elettorale in senso stretto*" e "*in senso ampio*": «*Infatti, l'espressione "sistema di elezione" utilizzata nell'art. 122, primo comma, Cost. deve ritenersi comprensiva, nella sua ampiezza, di tutti gli aspetti del fenomeno elettorale. Essa si riferisce, quindi, non solo alla disciplina dei meccanismi che consentono di tradurre in seggi, all'interno di organi elettivi, le preferenze espresse con il voto dal corpo elettorale (sistema elettorale in senso stretto, riguardante il tipo di voto e di formula elettorale e il tipo e la dimensione dei collegi), ma anche alla disciplina del procedimento elettorale (sentenza n. 196 del 2003), nonché a quella che attiene, più in generale, allo svolgimento delle elezioni (sistema elettorale in senso ampio)*».

fattori, dalla delimitazione delle circoscrizioni, alle modalità di presentazione delle liste, fino alla comunicazione politica[30].

La Commissione di Venezia ha chiarito che devono essere oggetto di particolare tutela e stabilità la formula per la trasformazione dei voti in seggi, la composizione delle commissioni di garanzia elettorale e la suddivisione delle circoscrizioni[31]. Come è stato segnalato, infatti, «*questi tre elementi appaiono di sovente – a torto o a ragione – come determinanti per il risultato dello scrutinio, ed è opportuno evitare, non solamente le manipolazioni in favore del partito al potere, ma anche le stesse apparenze di manipolazioni*»[32]. Viene sottolineato, inoltre, che «*it is not so much changing voting systems which is a bad thing – they can always be changed for the better – as changing them frequently or just before (within one year of) elections. Even when no manipulation is intended, changes will seem to be dictated by immediate party political interests*»[33]. Si ritiene, di conseguenza, che la modifica della legislazione elettorale sia da evitare quando si sia vicini alle elezioni (e si indica il periodo temporale indicativo di un anno) visto che ogni modifica potrebbe essere dovuta e guidata da interessi partitici basati sui sondaggi[34]. In generale, qualsiasi riforma della legislazione elettorale dovrebbe avvenire con sufficiente anticipo per essere realmente applicabile alle elezioni e compresa da cittadini e partiti[35].

Con un'analisi empirica, è stato notato che in generale molti paesi europei presentano un quadro elettorale stabile, mentre in altri stati si verificano frequentemente e tardivamente modifiche significative alla legislazione elettorale. In particolare è stato notato che «*in un certo numero di paesi (ad es. Italia, Macedonia del Nord, Polonia, Turchia) importanti riforme elettorali sono state adottate solo pochi mesi prima delle recenti elezioni in modo frettoloso e non inclusivo, senza fornire l'opportunità di un dibattito pubblico significativo e di*

[30] Cfr. N. LUPO, *Considerazioni conclusive. Sistema elettorale e legislazione "di contorno"*, in G.C. DE MARTIN-Z. WITKOWSKI-P. GAMBALE-E. GRIGLIO (a cura di), *Le evoluzioni della legislazione elettorale ‹‹di contorno›› in Europa. Atti del III colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali*, CEDAM, Padova, 2011, 419-434, spec. 419-420.

[31] COMMISSIONE VENEZIA, *Interpretative Declaration on the Stability of the Electoral Law*, 2005, punto II.4

[32] COMMISSIONE VENEZIA*, Codice*, cit., *Explanatory report*, punto 64; IDEM, *Republic of Moldova – Urgent joint opinion on the draft Law no. 263 amending the Electoral Code, the Contravention Code and the Code of Audiovisual Media Services*, 19 agosto 2020, punto 17.

[33] COMMISSIONE VENEZIA*, Codice*, cit., *Explanatory report*, punto 65.

[34] Come si può intuire da COMMISSIONE VENEZIA, *Codice di buona condotta*, cit., *Guidelines on Elections*, punto II.2; IDEM, *Compilation of Venice Commission*, cit., *Explanatory report*, punti 63-65.

[35] Già P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1991, 158, riteneva che «*una legge elettorale non può essere cambiata (come purtroppo talvolta è accaduto) a piacimento della maggioranza prima delle elezioni: sull'opportunità delle modifiche da apportare ad uno strumento così delicato - secondo una norma che forse trascende la natura di norma di semplice correttezza costituzionale - deve essere sentito sempre e preventivamente il corpo elettorale al quale il gruppo politico che intende proporre le modifiche chiederà il consenso*».

consultazioni con le parti interessate»[36].

La stabilità degli elementi fondamentali del diritto elettorale, quindi, è considerata come uno dei fattori di credibilità del processo elettorale, e deve essere evitata non solo una manipolazione a vantaggio del partito al potere, ma anche la mera parvenza di modifiche "partigiane", visto che i cambiamenti potrebbero essere dettati da immediati interessi politici di partito[37].

La giurisprudenza della Corte EDU ha potuto concretizzare alcune affermazioni del Codice, visto che la stabilità della legislazione elettorale assume una particolare importanza per il rispetto dei diritti garantiti dall'articolo 3 del Protocollo n. 1. In effetti, se uno Stato modifica troppo spesso le regole elettorali fondamentali (o se interviene alla vigilia di uno scrutinio) rischia di scalfire la fiducia dei cittadini nei confronti del sistema democratico e delle stesse elezioni[38]. La Corte, per questo, esamina con particolare attenzione ogni misura adottata nel campo della legislazione elettorale che sembra operare, da sola o congiuntamente con altre disposizioni, ai danni dell'opposizione, soprattutto se c'è il rischio di compromettere le possibilità stesse dei partiti di opposizione di divenire maggioranza. Ad esempio, è stato ritenuto che l'adozione di misure limitanti il voto in caso di doppia cittadinanza (nel caso di specie rumena e moldava) potesse essere considerata come una strategia per frenare la perdita di consensi del partito al potere e per questo è stata censurata dalla Corte di Strasburgo (*Tănase c. Moldova*)[39].

Attraverso pronunce di questo genere, quindi, la Corte ha "integrato" il Codice di buona condotta elettorale. La Commissione di Venezia ha elencato, come visto, in modo non esaustivo tre tipi di regole elettorali fondamentali (la formula elettorale; la composizione delle commissioni elettorali; la suddivisione in seggi elettorali delle circoscrizioni). La Corte considera, da parte sua, che anche le condizioni di partecipazione alle elezioni imposte alle formazioni politiche facciano parte delle regole elettorali fondamentali da tutelare con particolare attenzione. È stato notato, infatti, che quando si richiedono specifiche condizioni per la partecipazione alle elezioni delle formazioni politiche, l'introduzione di nuove procedure poco tempo prima della data delle elezioni può

[36] COMMISSIONE VENEZIA, *Compilation of Venice Commission*, cit., 5.

[37] COMMISSIONE VENEZIA, *Opinion on the issue of the Re-appointment of the members of the State Election Commission of "the former Yugoslav Republic of Macedonia"*, 15 dicembre 2008, punto 7.

[38] CORTE EDU, 8 luglio 2007, *Partito laburista georgiano c. Georgia*, par. 88.

[39] CORTE EDU, 18 novembre 2008, *Tănase e Chirtoacă c. Moldova*, par. 179. I ricorrenti lamentavano la violazione dell'articolo 3, Protocollo 1, da parte della legislazione moldava che subordinava l'accesso all'elettorato passivo alla rinuncia della doppia cittadinanza. Pur riconoscendo la fondatezza delle "ragioni storiche" addotte dal Governo e il timore circa la reale dedizione agli affari pubblici nazionali di candidati titolari di una doppia cittadinanza, la Corte ha riscontrato un'anomalia nella cronologia di approvazione della normativa, che era stata introdotta solo nella riforma elettorale del 2008 e non già al momento della proclamazione dell'indipendenza nel 1991.

condurre, in casi estremi, all'impossibilità di partecipare alle elezioni da parte di partiti e coalizioni di opposizione, avvantaggiando di fatto le formazioni politiche al potere[40]. La Corte ritiene pertanto che le condizioni di presentazione delle formazioni politiche alle elezioni devono beneficiare della stessa stabilità temporale degli altri elementi fondamentali del sistema elettorale[41]. Ad esempio, nella celebre sentenza *Ekoglasnost c. Bulgaria* del 6 novembre 2012 il tema della stabilità della normativa "di contorno" è centrale. Nel caso di specie erano state modificate alcune regole per la presentazione delle liste (tra cui il *quantum* della cauzione da depositare e il numero di firme da raccogliere) due mesi prima della data delle elezioni e un mese prima della scadenza del termine per la presentazione delle candidature dei partiti alla Commissione elettorale centrale. Questo è stato considerato non in linea con la CEDU, anche se l'obiettivo di ridurre la "frammentazione" partitica (*ratio* della disciplina bulgara) è stata definita come *domestic jurisdiction* degli Stati.

Infine, si segnala che nell'ordinamento dell'Unione europea, invece, mancano riferimenti specifici sulla legislazione elettorale e non viene trattata la stabilità nel tempo della legislazione elettorale, ma ci si concentra sull'esigenza di uniformità nel meccanismo di trasformazione dei voti in seggi. L'articolo 223 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea prevede, infatti, che il Parlamento europeo (PE) proponga disposizioni necessarie per l'elezione dei propri membri a suffragio universale diretto secondo una procedura uniforme in tutti i paesi dell'Unione europea (UE) o secondo principi comuni a tutti i paesi[42]. Senza soffermarsi su questo aspetto, si ritiene che a livello di Unione europea la stabilità della legislazione elettorale si basi, quindi, sull'uniformità della legislazione, con il divieto di porre ostacoli all'elezione dei candidati (potendosi, quindi, elaborare un quarto significato di stabilità nel senso di "uniformità"). Recentemente quest'ultimo principio è emerso grazie al c.d. caso *Junqueras*[43]. La Corte di Giustizia ha ritenuto che una persona eletta al

[40] Questo vale anche per la legislazione di contorno, cfr. COMMISSIONE VENEZIA, *Joint opinion on the draft checklist for compliance with international standards and best practices preventing misuse of administrative resources during electoral processes at local and regional level of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe*, 13 marzo 2017, punto 30

[41] Corte EDU, 6 novembre 2012, *Ekoglasnost c. Bulgaria.* Per un commento cfr. P. FARAGUNA, *La modificabilità della legge elettorale in prossimità del voto e il velo (trasparente) di ignoranza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 dicembre 2012.

[42] Oggi contenuti in *Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'Assemblea a suffragio universale diretto* del 20 settembre 1976, modificato da ultimo dalla decisione 2018/994 del Consiglio del 13 luglio 2018.

[43] CORTE DI GIUSTIZIA, C-502/19, 19 dicembre 2019. Per un'analisi più precisa e approfondita si rinvia a C. FASONE, *I limiti nazionali della democrazia rappresentativa europea e del suo procedimento elettorale nel caso Junqueras*, in *Quad. cost.*, 1, 2020, 169-173; IDEM-N. LUPO, *The Court of Justice on the Junqueras saga: Interpreting the European parliamentary immunities in light of the democratic*

Parlamento europeo acquisisca lo *status* di membro del Parlamento dal momento della proclamazione dei risultati elettorali, beneficiando, da quel momento, delle immunità garantite dalla carica. Tale passaggio è di grande rilevanza dato che fa derivare la legittimazione della carica di europarlamentare direttamente dalla proclamazione dei risultati e non da adempimenti burocratici successivi. La Corte ha osservato che le elezioni dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, libero e segreto costituiscono l'espressione del principio costituzionale della democrazia rappresentativa. La CGUE ha affermato, infatti, che la composizione del Parlamento europeo deve riflettere fedelmente e integralmente la volontà dei cittadini europei e dallo stesso diritto dell'Unione risulta che la qualità di membro del Parlamento europeo deriva dalla sola elezione, che viene acquisita mediante l'annuncio ufficiale dei risultati effettuati dagli Stati membri. Questa lettura unitaria del sistema elettorale europeo può essere interpretata come una forma di stabilità, garantendo il rispetto dei risultati elettorali, senza possibilità per gli Stati membri di "neutralizzarli" attraverso procedure troppo complesse od onerose.

3. La formula elettorale nelle Costituzioni europee

La Commissione di Venezia ha posto la stabilità della materia elettorale tra i principi comuni del diritto europeo, auspicando altresì la sua disciplina ad un livello più alto rispetto alla legge ordinaria.

Per garantire un *minimum* di tutela, la Commissione di Venezia suggerisce di costituzionalizzare le disposizioni relative agli aspetti centrali della materia elettorale o, comunque, di conferire loro una posizione gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria. In alternativa alla "scalata" della *Stufenbau* da parte delle norme in materia elettorale, viene suggerito un particolare meccanismo di differimento degli effetti della legge elettorale, secondo cui, in caso di riforma della stessa, le nuove norme dovrebbero entrare in vigore solo dopo il primo rinnovo del Parlamento, almeno nel caso in cui le elezioni si tengano nell'anno successivo alla riforma[44].

Prendendo in esame le Costituzioni dei ventisette Paesi dell'Unione europea e quelle di Svizzera, Norvegia e Islanda[45] si può notare come su un totale

principle, in *Com. mar. law rev,* 57:5, 2020, 1527-1554; P. PUSTORINO, *L'immunità dei parlamentari europei fra diritto interno e diritto dell'unione europea*, in *Giur. it.*, 2, 2020, 265-268.

[44] Sul punto, con riferimento alla legge 270 del 2005, F. CAPORILLI, *La stabilità della legge elettorale ed i principi fondamentali del patrimonio elettorale europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 ottobre 2005; M. CROCE, *"Se non ora, quando?": sui possibili vizi di costituzionalità della legge elettorale (e sui possibili modi per farli valere)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007.

[45] L'analisi è simile a quella condotta da L. TRUCCO, *op. cit.*, 516 che prende in considerazione anche la Costituzione ungherese del 1949 (ora abrogata) che, pur senza costituzionalizzare il sistema elettorale, prevedeva, al pari della Costituzione oggi vigente, l'approvazione della legge elettorale da parte di una maggioranza dei due terzi.

di trenta testi costituzionali ben diciannove accolgono la costituzionalizzazione del principio che dovrebbe ispirare la legislazione elettorale[46]; le altre undici (tra cui quella italiana) non contengono (almeno esplicitamente) alcuna indicazione in merito alle caratteristiche fondamentali del sistema elettorale[47].

La costituzionalizzazione della formula elettorale, in linea generale, si concretizza, però, nella positivizzazione del principio della rappresentanza proporzionale, maggiormente legato allo sviluppo delle istituzioni democratiche nell'Europa continentale (ad esempio la Spagna, il Portogallo, l'Olanda). Uno Stato in cui è costituzionalizzato il principio maggioritario è la Repubblica Ceca (tra l'altro solo per l'elezione del Senato). Gli altri ordinamenti di matrice anglosassone (Malta[48] e Irlanda[49]), prevedono, invece, una positivizzazione a livello costituzionale del sistema elettorale (nel caso di specie del voto singolo trasferibile[50]) e si tratta, come si può comprendere, di una scelta molto più netta della mera esplicitazione del principio.

Negli ordinamenti in cui la Costituzione non prevede l'adozione di un sistema proporzionale sono presenti sia modelli proporzionali, sia misti sia maggioritari. In quattro Paesi (su undici) il sistema elettorale è comunque proporzionale (Cipro, Slovacchia, Romania e Croazia), mentre in Bulgaria, Ungheria, Lituania, Germania e Italia ci si affida a un sistema "misto", che, a volte, può avere effetti proporzionali (Germania e Romania)[51]. La Francia, come noto,

[46] Si tratta delle Costituzioni di Austria (art. 26), Belgio (art. 62), Danimarca (art. 31), Estonia (art. 60); Finlandia (art. 25), Irlanda (art. 16.5), Islanda (art. 31), Lettonia (art. 6), Lussemburgo (art. 51), Malta (art. 56), Norvegia (art. 59), Paesi bassi (art. 53), Polonia (art. 96), Portogallo (art. 113), Repubblica ceca (art. 18), Slovenia (art. 80), Spagna (art. 68), Svezia (art. 1, Cap. III dello Strumento di Governo), Svizzera (art. 149).

[47] Si tratta delle Costituzioni di Bulgaria, Cipro, Francia, Germania, Grecia, Lituania, Romania, Slovacchia, Ungheria e Croazia e, come detto, Italia.

[48] Costituzione maltese, art. 56, «*The members of the House of Representatives shall be elected upon the principle of proportional representation by means of the single transferable vote from such number of electoral divisions, being an odd number and not less than nine and not more than fifteen, as Parliament shall from time to time determine*».

[49] Costituzione irlandese, art. 16, commi 5 e 6, «*I membri sono eletti con il sistema della rappresentanza proporzionale a voto singolo trasferibile. Nessuna legge può stabilire che il numero dei membri da eleggere, per qualsiasi circoscrizione, sia inferiore a tre*».

[50] Per le distorsioni rispetto a uno schema formalmente proporzionale, cfr. R. BROCCHINI, *Il livello di proporzionalitá del voto singolo trasferibile: un confronto con il voto alternativo*, in *Quaderni dell'osservatorio elettorale*, 2000, 129.

[51] Il sistema tedesco secondo alcuni, compreso chi scrive, ha, di fatto, effetti solo proporzionali in virtù della prevalenza dell'assegnazione dei seggi con tale formula, mentre per altri si tratta di un sistema misto caratterizzato dall'importanza delle candidature uninominali (in particolare cfr. sul punto le considerazioni di A. CHIARAMONTE, *Tra maggioritario e proporzionale: l'universo dei sistemi elettorali misti*, il Mulino, Bologna, 2005, 35, che lo ritiene un sistema misto maggioritario-proporzionale a pieno titolo). Le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* (2 BvC 1/07 del 3 luglio 2008 e 2 BvF 3/11 del 25 luglio 2012) che hanno dichiarato incostituzionali i mandati eccedenza hanno smorzato, però, ancora di più gli effetti maggioritari del sistema. Il sistema rumeno è, a grandi linee, simile a quello tedesco.

adotta il maggioritario a doppio turno e in Grecia, infine, si applica un proporzionale con premio di governabilità. Complessivamente i sistemi di tipo proporzionale sono, quindi, nettamente prevalenti.

4. Leggi organiche e rinforzate a garanzia della stabilità della legge elettorale

Analizzando i testi costituzionali che prescrivono l'adozione di un determinato modello elettorale, si può notare come siano presenti, a volte, anche altre garanzie procedurali. Alcuni ordinamenti hanno ritenuto sufficiente costituzionalizzare la formula elettorale, limitandosi così a rinviare al legislatore ordinario il compito di darne concreta implementazione[52]. Altre Carte, al contrario, contengono specifici vincoli di tipo procedurale. Sei di queste costituzioni, infatti, oltre a positivizzare il principio della rappresentanza proporzionale, stabiliscono ulteriori meccanismi, in genere legati alla previsione di maggioranze qualificate per l'adozione della legge elettorale. Si cerca, quindi di sottrarre al procedimento legislativo ordinario (e quindi alla maggioranza) le decisioni sulle disposizioni elettorali, al fine di conferire loro una maggiore stabilità[53]. Esempi in tal senso sono offerti dalla Spagna e dal Portogallo, dove l'approvazione della legge elettorale è formalmente rimessa a una legge organica (art. 81 Cost. della Spagna[54], art. 164, *lett. a*[55] e art. 166 Cost. del Portogallo) che, in entrambi gli ordinamenti, deve essere votata a maggioranza assoluta (e in Spagna e Portogallo vengono posti vincoli sulla struttura e sulla *magnitudo* minima delle circoscrizioni). Anche in Estonia, dove la categoria delle leggi organiche non è formalizzata, è prevista l'approvazione a maggioranza assoluta (art. 104 Cost. dell'Estonia[56]); in Slovenia e in Islanda è prevista l'approvazione a maggioranza dei due terzi dei componenti (art. 80 Cost. della Slovenia[57]; art. 31 Cost. dell'Islanda[58]); mentre nella Repubblica Ceca la legge elettorale deve

[52] Ad esempio, la Costituzione lussemburghese (art. 51).

[53] R. IBRIDO, *Le riserve di legge in materia elettorale nel quadro comparato: quali indicazioni per il caso italiano?*, in *Federalismi*, 28, 2021, 79-91 analizza le diverse riserve stabilite dalle costituzioni europee.

[54] «*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.*

La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

[55] «*È di esclusiva competenza dell'Assemblea della Repubblica legiferare nelle seguenti materie:* […] *Elezione dei titolari degli organi di sovranità*».

[56] «*La procedura per l'approvazione delle leggi è contenuta nel regolamento del Riigikogu. Le seguenti leggi possono essere approvate e modificate solo dalla maggioranza dei membri del Riigikogu*: […] 2*) la legge elettorale del Riigikogu*».

[57] «*Il sistema elettorale sarà regolato da una legge approvata dall'Assemblea nazionale con un voto a maggioranza di due terzi di tutti i deputati*».

[58] «*Le disposizioni di legge relative ai confini della circoscrizione elettorale, i metodi di ripartizione dei seggi parlamentari e le norme in materia di candidatura possono essere modificate solo da una*

essere approvata da entrambe le Camere (nel procedimento legislativo ordinario, invece, in caso di un voto discordante delle due camere, prevale la Camera bassa[59]).

Tra le Costituzioni che non codificano una determinata formula elettorale, sono poche quelle che prevedono una garanzia procedurale aggravata per l'approvazione della legislazione elettorale. La Costituzione ungherese prescrive che per l'adozione della legge elettorale sia necessario il ricorso ad una legge organica (e quindi l'approvazione con una maggioranza dei 2/3 dei presenti)[60]. In Romania si prevede, invece, la maggioranza assoluta[61].

La Grecia costituisce un caso particolarissimo. Dopo la revisione costituzionale del 2001, l'articolo 54 della Costituzione si presenta come il prototipo (e probabilmente come lo spunto) della già citata proposta della Commissione di Venezia[62]: le modifiche alla legge elettorale dovrebbero essere applicate solo a partire dal secondo rinnovo del Parlamento successivo all'approvazione della legge, a meno che una specifica norma, approvata a maggioranza dei due terzi, disponga l'immediata applicazione della legge[63].

È interessante il fatto che il ricorso a leggi organiche o a meccanismi aggravati di adozione della legislazione elettorale sia presente soprattutto negli ordinamenti che già prevedono la costituzionalizzazione della formula elettorale che, in teoria, dovrebbe già da sola riuscire a vincolare il legislatore. Tale struttura dimostra che i costituenti dei vari paesi erano consci del fatto che la mera positivizzazione del modello elettorale (proporzionale o maggioritario) non è di per sé una tutela contro abusi delle forze di maggioranza, vista la natura flessibile e polidrica, a cui accennerà, dei meccanismi elettorali.

maggioranza dei due terzi del Parlamento. Modifiche di questo tipo non possono essere fatte quando mancano meno di sei mesi alle elezioni successive e non possono avere effetto se l'elezione è indetta nei sei mesi successivi all'approvazione».

[59] Costituzione della Rep. Ceca, art. 40: «*Per adottare una legge elettorale, una legge riguardante i principi dei rapporti e delle relazioni di entrambe le camere, sia tra loro che esternamente, o una legge che promuove gli ordini permanenti per il Senato, sia la Camera dei deputati sia il Senato devono approvarla*».

[60] Costituzione ungherese, art. 2 (parte relativa allo Stato).

[61] Costituzione rumena, art. 73.

[62] Un meccanismo simile era stato inserito nella proposta di revisione della Costituzione islandese del 2010 (celebre perché si basava sull'utilizzo del *crowdsourcing*), ma il procedimento non andò a termine. .

[63] Costituzione greca, art. 54 «*The electoral system and electoral districts shall be specified by law which applies as of the elections immediately after the following ones, unless an explicit provision adopted by a majority of two thirds of the total number of Members of Parliament, provides its immediate application as of the elections immediately following*». Sul punto si veda, V. PERIFANAKI ROTOLO, *Cenni sulla revisione della Costituzione greca del 2001*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2002, 469-478. Secondo l'Autrice «*anche se la revisione non si è spinta fino alla auspicabile costituzionalizzazione del sistema elettorale, almeno ha introdotto alcune norme atte a circoscrivere queste devianze* (n.d.A. le opportunistiche modifiche apportate dalla maggioranza alla vigilia di competizioni elettorali)» (473).

Infine, ci sono costituzioni che non prevedono vincoli di natura sostanziale o procedurale, segnalando

segnalando la volontà di non "congelare" il sistema elettorale ed optando di conseguenza per la maggiore flessibilità del procedimento legislativo ordinario. La Costituzione francese presenta, invece, una peculiarità sul punto: la legge organica è richiamata nella materia elettorale come garanzia di stabilità delle disposizioni relative al numero dei parlamentari, sempre nel rispetto del limite massimo fissato dalla Costituzione, e alla durata del mandato (art. 25 Cost. della Francia[64]), ma non per l'adozione della disciplina elettorale.

Le esperienze europee appaiono quindi notevolmente eterogenee fra loro. Volendo schematizzare una realtà ovviamente più complessa, è possibile individuare almeno sei diversi modelli sul terreno della costituzionalizzazione di vincoli sostanziali e procedurali in materia elettorale:

1) la costituzionalizzazione del sistema elettorale (es. Irlanda, Malta, Norvegia);

2) la costituzionalizzazione del solo principio elettorale (es. Olanda e Polonia);

3) la costituzionalizzazione del principio, di vincoli sostanziali (es. la grandezza minima delle circoscrizioni) e la previsione di una procedura aggravata per l'adozione della legge elettorale (es. Islanda, Portogallo, Spagna);

4) la costituzionalizzazione del principio e la previsione di una procedura aggravata per l'adozione della legge elettorale (es. Repubblica Ceca);

5) l'assenza di un principio costituzionalizzato, ma la previsione di un procedimento aggravato per l'adozione della legge elettorale (es. Grecia, Romania e Ungheria);

6) l'assenza di qualsiasi vincolo nella Carta costituzionale (es. Germania, Francia e Italia[65]).

Bisogna sottolineare che la bipartizione proporzionale-maggioritario non necessariamente presenta una valenza prescrittiva definita. La mera evocazione

[64] «*Une loi organique fixe la durée des pouvoirs de chaque assemblée, le nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités*». A dimostrazione dell'assenza di un vincolo costituzionale in favore del maggioritario, è opportuno ricordare che in Francia nel 1986 le elezioni per l'Assemblea Nazionale si tennero con un sistema proporzionale (a cui seguì la prima *cohabitation* della V Repubblica), prontamente abbandonato già per le elezioni del 1988.

[65] L'Italia non prevede procedure aggravate per l'approvazione della legge elettorale, tuttavia, possiamo trovare alcune peculiarità nell'*iter* di formazione della legge elettorale. Si fa riferimento in particolare: alla riserva di assemblea in materia elettorale (*ex* art. 72, comma 4, Cost.); alla possibilità (alla sola Camera) di richiedere lo scrutinio segreto *ex* art. 49 Reg. Cam.; all'ampliamento dei tempi del dibattito (sempre solo alla Camera). Sul punto si rinvia a R. IBRIDO, *La materia elettorale nel Regolamento della Camera: ragionando sull'*iter *di approvazione dell'*Italicum, in N. LUPO – G. PICCIRILLI, *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 58-60.

costituzionale di questi concetti non esclude significative "distorsioni" operate dalla legislazione sub-costituzionale. Per esempio, la costituzionalizzazione del sistema D'Hondt in Portogallo non ha impedito che il legislatore ordinario potesse "eludere" la previsione costituzionale in sede applicativa attraverso la creazione di circoscrizioni con una *magnitudo* bassa. Il discorso vale soprattutto quando sia costituzionalizzato il principio proporzionalistico, mentre per i sistemi maggioritari classici «*la formula elettorale e il carattere uninominale del collegio non lasciano spazio a incertezze di sorta*»[66] (anche se è possibile smorazare, se non annullare gli effetti del sistema maggioritario, soprattutto con l'apposizione di soglie minime per ottenere il seggio molto alte[67]). La ripartizione teorica, seppur chiara, impedisce, come anticipato, di trovare un effettivo filo rosso tra la costituzionalizzazione della trasformazione dei voti in seggi e gli effetti del sistema, visto che un ruolo centrale viene giocato soprattutto dalla legislazione elettorale di contorno, dalla *magnitudo* delle circoscrizioni, dalla tradizione politico-istituzionale e dal ruolo del giudice costituzionale. Va ricordato, infatti, che il Rapporto allegato al Codice di buona condotta in materia elettorale della Commissione di Venezia indica che «*deve essere assicurata la credibilità, l'attendibilità e la trasparenza del processo elettorale*»[68], quindi anche la comprensibilità del procedimento, anche per quanto riguarda gli aspetti tecnici, anche se non è sempre fattibile per l'ontologica complessità dei meccanismi di trasformazione di voti in seggi. Alla luce delle ricostruzioni teoriche e delle analisi del diritto positivo, si può in conclusione ribadire che, tra gli elementi rilevanti nella determinazione degli effetti prodotti dal sistema, meritano di essere menzionati tre elementi (che secondo la Corte costituzionale, come abbiamo visto, compongono il c.d. sistema elettorale *in senso stretto*):

a) la *magnitudo delle circoscrizioni*. Nei collegi uninominali e nelle circoscrizioni di dimensioni medio-piccole, solo i partiti maggiori riescono ad accedere alla rappresentanza parlamentare e la presenza di sogli di sbarramento

[66] A. GRATTERI, *In Europa votano così: Costituzioni e sistemi elettorali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 settembre 2012, 9.

[67] Durante la c.d. Prima repubblica al Senato il sistema era formalmente maggioritario, ma, come noto, aveva effetti quasi esclusivamente proporzionali. I candidati potevano essere eletti col sistema uninominale solo se avessero raggiunto una percentuale pari al 65% dei voti espressi, mentre i seggi non attribuiti in prima istanza avrebbero dovuto essere assegnati su un collegio unico regionale, recuperando il modello proporzionale. Solo 67 seggi sono stati assegnati per il raggiungimento del 65% dei voti dal 1948 al 1992 (prevalentemente in Trentino-Alto Adige).

[68] COMMISSIONE VENEZIA, *Codice di buona condotta,* cit., punto 114. Anche nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale è possibile rintracciare il tema della "conoscibilità", ma specificatamente all'individuazione del singolo parlamentare da eleggere (*Considerato in diritto* punto 5.1 «*La scelta dell'elettore, in altri termini, si traduce in un voto di preferenza esclusivamente per la lista, che – in quanto presentata in circoscrizioni elettorali molto ampie, come si è rilevato – contiene un numero assai elevato di candidati, che può corrispondere all'intero numero dei seggi assegnati alla circoscrizione, e li rende, di conseguenza, difficilmente conoscibili dall'elettore stesso*»).

implicite impediscono alle forze politiche con un grado di consenso medio-basso di essere rappresentate. Quindi un sistema uninominale e un sistema proporzionale (anche se previsto in Costituzione) articolato su circoscrizioni con *magnitudo* bassa possono produrre effetti simili;

b) la *formula elettorale*. La chiarezza della formula elettorale è fondamentale affinché gli elettori possano prevederne gli effetti per utilizzare il proprio diritto di voto. L'elettore ha il diritto di comprendere quale è il legame tra il suo voto e i rappresentanti che ha contribuito a eleggere[69]. Generalmente le formule elettorali classiche garantiscono una maggiore conoscibilità. Al contrario, esperimenti di ingegneria elettorale eccessivamente sofisticati possono disincentivare una consapevole partecipazione dei cittadini al processo di elezione dei loro rappresentanti;

c) la *soglia di sbarramento*. Il diritto ad avere una rappresentanza parlamentare comporta, però, che questa non sia troppo frammentata, poichè «*il frazionamento partitico o pseudopartitico è manifestazione, più che di ricchezza di pluralismo sociale, di scadente offerta politica*»[70]. La soglia di sbarramento può essere implicita o esplicita, e anche la prima può permettere una deviazione maggioritaria di un sistema proporzionale.

Alla luce di tali considerazioni è possibile escludere l'esistenza di un legame necessario ed univoco tra la disciplina del sistema elettorale (anche prevista a livello costituzionale) ed i suoi effetti reali[71]. Dove è costituzionalizzata soltanto la formula elettorale, o solo alcuni aspetti sostanziali del sistema elettorale, il legislatore mantiene una forte discrezionalità vista l'estrema elasticità dei sistemi proporzionali, nei quali possono essere graduati effetti più o meno proporzionalistici[72].

[69] Secondo il Tribunale costituzionale tedesco si è qui di fronte a una applicazione del principio di libertà ed eguaglianza del voto: «*Dalla garanzia di un'elezione generale, diretta, libera ed eguale ai sensi dell'art. 38 par. 1 della Legge fondamentale deriva l'obbligo costituzionale per il legislatore di istituire un procedimento elettorale in cui l'elettore può riconoscere quali persone si candidano per un mandato parlamentare e come la propria scelta di voto può determinare il successo o l'insuccesso del candidato. Il procedimento dell'attribuzione del mandato deve essere dunque libero da effetti arbitrari o contrastanti*» (BVerfGE, 2 BvF 3/11 del 25 luglio 2012, par. 56).

[70] E. BETTINELLI, *Tre approcci al riformismo costituzionale. La via "prudente" del metodo pedagogico integrativo e la rivalutazione della rappresentanza politica*, in *Politica del diritto*, 2, 1992, 221-222.

[71] È stata avanzata la teoria del *continuum*, secondo cui i modelli maggioritario e proporzionale non sarebbero due sistemi diversi tra loro, ma solo i due estremi di una graduale variazione del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi. Si vedano le teorie di D. NOHLEN, *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, 95-105 e H. MEYER, *Wahlsystem und Verfassungsordnung*, Metzner, Francoforte sul Meno, 1973, 176-192.
Un concreto vincolo al legislatore deriva solo quando in Costituzione vengono dettagliatamente descritte la formula elettorale e elementi sulla circoscrizione (come avviene in Irlanda, Malta o in Norvegia).

[72] Ovviamente stanno giocando un ruolo importante anche le Corti costituzionali, in particolare con riferimento all'applicazione del principio dell'uguaglianza del voto, da cui si possono desumere

Non a caso sia la struttura delle circoscrizioni sia la formula elettorale rientrano tra gli elementi, secondo la Corte EDU, a cui va riconosciuta una particolare tutela. La soglia di sbarramento è un elemento molto delicato, su cui la Corte EDU ha avuto modo di riflettere, ma fino a oggi ha considerato come uno degli elementi tipici della *domestic jurisdiction* degli Stati membri. riconosciuto a questo aspetto[73]. Nulla esclude, però, che in futuro i giudici di Strasburgo continuino l'integrazione del Codice di buona condotta riconducendo anche la soglia di sbarramento tra gli elementi a cui garantire stabilità.

5. La stabilità elettorale nella storia italiana e la lettura della Corte costituzionale

Il concetto di stabilità elettorale, come anticipato, ha fatto e fa fatica ad affermarsi nella giurisprudenza costituzionale italiana.

La storia costituzionale del nostro Paese dimostra come l'eccezionalità italiana nella stabilità elettorale sia una costante storica. Anche volendo solo elencare le leggi elettorali vigenti in Italia dal 1848 ad oggi, la lista appare assai corposa[74] (senza considerare la normativa di risulta a seguito dei *referendum* e delle pronunce della Corte costituzionale)[75]. L'Italia ha conosciuto ben

vincoli molto forti alla discrezionalità del legislatore, proprio come avviene in Germania (e forse in Italia).

[73] Si pensi che la Corte respinse un ricorso dove ricorrenti erano due cittadini turchi che avevano concorso alle elezioni politiche del 3 novembre 2002 nelle fila del partito *Dehap* (Corte EDU, 30 gennaio 2007, *Yumak e Sadak c. Turchia*). Pur avendo ottenuto, con il loro partito, ben il 45% dei voti nella Provincia di Şırnak, i due erano rimasti esclusi dall'accesso alla rappresentanza parlamentare in ragione della clausola di sbarramento prevista dall'art. 33 della legge elettorale nazionale, in forza della quale potevano partecipare alla ripartizione dei seggi solo quelle liste che avessero raggiunto almeno il 10% dei voti validi espressi su tutto il territorio nazionale. Sorprendentemente, benché la soglia del 10% dei voti espressi costituisse la più alta prevista nelle legislazioni vigenti in tutti i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, e benché la Corte stessa, nell'occasione, rivolgesse alla Turchia il monito ad individuare strategie alternative di contenimento della frammentazione partitica, il ricorso non fu accolto a causa di una lettura fortemente valorizzatrice del contesto transizionale. In sostanza, l'interesse di garantire la stabilità delle istituzioni in un sistema partitico ad alto tasso di schizofrenia politica (si pensi al costante ricorso alle procedure di scioglimento dei partiti), prevalse sulle valutazioni (formalistiche) relative alla tutela (astratta) del diritto elettorale (passivo) dei ricorrenti. La Corte decise di ignorare le raccomandazioni dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (PACE) la quale, attraverso una serie di risoluzioni, ossia degli atti tipici di *soft law*, ingiungeva alla Turchia di abbassare le proprie soglie di sbarramento interne in materia elettorale e concludeva che «*in well-established democracies, there should be no thresholds higher than 3% during the parliamentary elections*» (Risoluzione PACE 1547/2007, *State of human rigths and democracy in Europe*, § 8). Sulla vicenda si rinvia a R. DE CARIA, *Soglie elettorali e tutela delle minoranze. Il caso Yumak e Sadak c. Turchia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2008, 1912-1920; A. PECORARIO, *Argomenti comparativi e giurisprudenza Cedu: il ruolo della Commissione di Venezia in materia di diritto elettorale*, in *Diritti Comparati*, 1° novembre 2010.

[74] Si rinvia all'allegato 1.

[75] Si veda AA.VV. (a cura di), *Le grandi leggi elettorali italiane 1848-1993*, Editore Colombo, Roma, 1994. Al contrario la legislazione elettorale regionale si caratterizza per una maggiore stabilità. Sul punto, anche per un'analisi della resa del sistema elettorale regionale italiano, cfr. G. DELLEDONNE,

quattordici revisioni della legislazione elettorale in 174 anni (una ogni 12 anni di media[76]) e per ben nove volte si è votato entro un anno dalla revisione della legge elettorale[77]. Inoltre, appare evidente che il sistema politico ha approvato spesso una revisione elettorale in periodi molto vicini alle elezioni (di solito entro i 12 mesi precedenti) e nella maggior parte dei casi la riforma è stata approvata dalla sola maggioranza (si pensi al 1953 o al 2005[78]).

Vista la "vivace" esperienza italiana, in passato ci si è chiesti se una nuova legislazione elettorale comporti la perdita di legittimità del Parlamento in carica[79]. Una modifica delle norme che fissano le modalità di ripartizione dei seggi tra le forze politiche è stata ritenuta, infatti, capace di incidere sul rapporto di rappresentanza politica basato sulle precedenti elezioni[80] e non sciogliere le camere elette con la legge elettorale abrogata sarebbe inopportuno laddove si possano tenere elezioni sotto l'egida della nuova legge, con una prevedibile modifica allo scenario politico e con una mutazione dei rapporti di

Le elezioni regionali del 2020: la relativa stabilità delle leggi elettorali e il loro impatto sull'offerta politica, in *Quad. cost.*, 4, 2020, 820-823.

[76] Che scende a poco più di 7 anni se consideriamo solo la c.d. Seconda Repubblica. Si rinvia per un'analisi generale a F. BIONDI – S. LEONE, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, 1, 2012, 9-12.

[77] Senza contare, ovviamente, le elezioni del 1848 e 1946.

[78] F. CAPORILLI, *La stabilità della legge elettorale ed i principi fondamentali del patrimonio elettorale europeo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 ottobre 2005.

[79] L'approvazione di una legislazione elettorale a seguito del *referendum* del 18 aprile 1993 fu una delle cause dello scioglimento voluto da Scalfaro nel 1994. Il Presidente della Repubblica optò per lo scioglimento per tre ordini di ragioni: a) l'esito del *referendum* con il quale gli elettori avevano dimostrato di «*volere non solo altre regole, ma anche un nuovo Parlamento*»; b) il risultato elezioni amministrative e «*il divario molto sensibile tra le forze rappresentate oggi in parlamento e la reiterata volontà popolare*»; c) «*varie patologie manifestatesi nella gestione della cosa pubblica*». Per questi motivi alcuni hanno fatto rientrare lo scioglimento del 1994 nell'ipotesi di "scioglimento-sanzione" (definito da C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica*, il Mulino, Bologna, 2003, 85 «*di ascendenza monarchica*»), decretabile dal capo dello Stato in presenza di comportamenti attivi od omissivi del Parlamento in contrasto con la Costituzione, oppure per il venir meno della presunzione di corrispondenza tra rappresentanti e rappresentati, rilevabile dal capo dello Stato, quale unico interprete capace di leggere il comune sentire dell'opinione pubblica. Sul punto M. TIMIANI, *Il potere di scioglimento nel sistema bipolare: considerazioni sotto dettatura della prassi*, in *Quad. cost.*, 2, 2008, 319-321 e 331. *Contra* P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa 19 e 20 novembre 2010)*, Giappichelli, Torino, 2011, 118, per il quale «*tutte le ipotesi di scioglimento sanzione sono riconducibili a quello funzionale*». Sul punto si rinvia anche a S. LEONE, *Sugli automatismi in tema di scioglimento anticipato delle Camere*, in *Quad. cost.*, 2, 2008, 341-344.

[80] G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2000, 199. Secondo G. FLORIDIA, *L'eccezione e la regola: lo scioglimento del 1994*, in *Corriere giuridico*, 1994, 261-266 sussisterebbe di un obbligo per il capo dello Stato di sciogliere le camere dopo l'approvazione di una nuova legge elettorale. Altri autori hanno preferito parlare di sconvenienza nel continuare la legislatura nonostante l'approvazione di una nuova normativa elettorale, cfr. G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Jovene, Napoli, 1948, 47.

forza esistenti tra i gruppi parlamentari[81]. Come è stato lucidamente notato «*lascia ad ogni modo perplessi l'idea che da modifiche del sistema di elezione possa derivare, quale conseguenza obbligata o quale effetto di discrezionali valutazioni dei titolari del relativo potere, un provvedimento "imposto" al Parlamento, laddove questo si dimostri disponibile a dare continuità alla legislatura*»[82]. Inoltre, se la Corte costituzionale ha precisato, dopo la sentenza n. 1/2014, che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcuni aspetti fondamentali della legge 270/2005 non intaccava la legittimità del Parlamento[83], allora *a fortiori* questa non può venire meno dopo una modifica legislativa[84].

L'instabilità elettorale italiana non è derivante, però, solo dalle scelte delle forze politiche, ma gioca un ruolo decisivo anche l'uso dell'istituto referendario. L'art. 75 Cost. esclude, come noto, dalla consultazione referendaria le leggi tributarie, quelle di bilancio, di amnistia, di indulto, di autorizzazione a ratificare i trattati internazionali. Il 16 ottobre 1947, tuttavia, venne presentata da alcuni deputati comunisti (prima firmataria Maria Maddalena Rossi), una proposta al fine di includere fra queste leggi anche quelle elettorali. Contro il parere di Ruini[85], l'iniziativa fu approvata. Ciò nonostante, nel testo costituzionale

[81] G. GUARINO, *op.cit*,, 47

[82] S. LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016, 134.

[83] Corte cost., sent. 13 gennaio 2014, n. 1, *Considerato in diritto* punto 7 «*È evidente, infine, che la decisione che si assume, di annullamento delle norme censurate, avendo modificato in parte qua la normativa che disciplina le elezioni per la Camera e per il Senato, produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale, consultazione che si dovrà effettuare o secondo le regole contenute nella normativa che resta in vigore a seguito della presente decisione, ovvero secondo la nuova normativa elettorale eventualmente adottata dalle Camere. Essa, pertanto, non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto*». *Contra* G. SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 2 secondo cui «*se statuizioni così gravi hanno un senso, da esse dovrebbe pianamente conseguire che il Parlamento attuale è politicamente delegittimato. Come può infatti riconoscersi legittimazione politica a un organo formato sulla base di una legge elettorale che – secondo il custode della legalità costituzionale – ha prodotto «un'alterazione profonda della rappresentanza democratica» e ha coartato la libertà di scelta degli elettori contraddicendo il principio democratico, su cui poggiano le istituzioni repubblicane? E come non trarre dalla dichiarazione di illegittimità dei meccanismi di formazione della rappresentanza democratica la necessità di rinnovare le Camere e dunque di scioglierle?*».

[84] Qualche dubbio potrebbe sorgere se la modifica derivi a seguito di abrogazione referendaria *ex* art. 75 Cost, teoria che è stata seguita, come già detto, da Scalfaro nel 1994. La differenza, però, si tradurrebbe soprattutto a livello politico più che sugli effetti tecnico-giuridici.

[85] Ruini affermò: «*Non sono favorevole, perché se c'è qualche cosa in cui il popolo può manifestare la sua volontà, è proprio il sistema elettorale. La sovranità popolare si esprime qui con tutta la sua ragion d'essere ad impedire — in ipotesi — che i membri del Parlamento abusino, nel regolare a comodo loro le elezioni. Non bisogna dimenticare, onorevoli colleghi, che il vero sovrano è il popolo, non il Parlamento. Voglio dire una volta ancora che la nostra Costituzione deve reagire al punto di vista che si è manifestato anche in alcuni settori di questa Assemblea, che il popolo ha un solo diritto: nominare una Camera, la quale, quando è nominata, ha tutti i poteri e, come diceva l'onorevole La Rocca, avrebbe anche il potere*

le leggi elettorali non figurano[86]. Mortati ricorda, infatti, che «*la Costituente aveva votato un emendamento che escludeva dal referendum anche le leggi elettorali, ma tale aggiunta, per errore omissivo incorso non venne inserita nel testo approvato con la votazione finale, sicché non è entrata in vigore*»[87]. Per un errore procedurale, la volontà popolare entrò nel gioco istituzionale, forse in un modo inimmaginabile nel 1948. Il 9 giugno 1991 (a seguito della sent. 47/1991[88]) si tenne un *referendum* per la riduzione delle preferenze esprimibili per l'elezione dei deputati. Si tratta della fase iniziale delle richieste referendarie manipolative in tema elettorale[89] e nel 1993 la Corte dichiarò ammissibile il celeberrimo *referendum* avente ad oggetto gli effetti proporzionali della legge elettorale per il Senato[90]. Come detto si tennero *referendum* in materia elettorale anche nel

esecutivo. Concezione totalitaria, che vuol prendere il nome di regime parlamentare, ma non lo è più, nel senso storico in cui il regime parlamentare si è svolto con un sistema di «freni e di contrappesi». È piuttosto il regime del Governo di assemblea e di convenzione; e ne va combattuto il totalitarismo. È necessario, pur dando al Parlamento il dovuto rilievo, instaurare un regime che chiamerei popolare, perché deve far capo al popolo non soltanto per l'elezione del Parlamento, ma in quelle altre forme di emanazione della sovranità popolare, fra cui è caratteristico ed importante il referendum. L'istituto del referendum, introdotto con le dovute cautele nella Costituzione, è principio di democrazia vera, cui non possiamo rinunciare» (ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta del 16 ottobre 1947, 1288).

[86] Il testo approvato era «*Si procede a referendum quando cinquecentomila elettori o sette Consigli regionali domandano che sia abrogata una legge.*

Non è ammesso referendum per le leggi tributarie, di approvazione di bilanci, di concessione di amnistia e indulto, elettorali, e di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali», *Ivi*, 1289.

[87] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, CEDAM, Padova, 1976, 845, nota 1. Sulle difformità tra il testo della Costituzione promulgato e quello pubblicato si rinvia ad A. CARBONI-G.M. CAPORALE, *Le Costituzioni della Repubblica: sulle difformità tra l'originale promulgato della carta del 1948 ed i testi ufficiali pubblicati*, in *Rass. par.*, 3, 2021, 407-451.

[88] Corte cost., 2 febbraio 1991, n. 47. Si vedano, F. DONATI, *La sentenza sull'ammissibilità dei «referendum elettorali*, in *Foro it.*, 1991, 1013-1030; S. GALEOTTI, *La Corte costituzionale non sbarra l'ingresso alle istanze popolari per le riforme elettorali (In margine alla sent. 47 del 1991 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1992, 522-542. Critici sull'ammissibilità del *referendum*, S. BARTOLE, in F. LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali*, Bulzoni, Roma, 1991, 237; G. SILVESTRI, *Referendum elettorali: la Corte evita un labirinto e si smarrisce in un altro*, in *Foro it.*, 1991, 1345-1352; C. CHIMENTI, *La Corte e i referendum "elettorali"*, in *Il Ponte*, 1991, 55-62; M. LUCIANI, *Omogeneità e manipolatività delle richieste di referendum abrogativo tra libertà del voto e rispetto del principio rappresentativo*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffè, Milano, 1998, 75 ss.

[89] Per una lucida analisi del periodo, A. BARBERA-A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, il Mulino, Bologna, 2003, 83-105.

[90] Corte cost., sent. 4 febbraio 1993, n. 32 , *Considerato in diritto* punto 2 «*Sono assoggettabili a referendum popolare anche le leggi elettorali relative ad organi costituzionali o di rilevanza costituzionale, alla duplice condizione che i quesiti siano omogenei e riconducibili a una matrice razionalmente unitaria, e ne risulti una coerente normativa residua, immediatamente applicabile, in guisa da garantire, pur nell'eventualità di inerzia legislativa, la costante operatività dell'organo.*[…] *Fine intrinseco è l'eliminazione del quorum del 65 per cento dei voti validi prescritto nell'inciso finale per la proclamazione dell'eletto nel collegio, che finora ha reso di fatto inoperante, tranne in uno o due casi isolati, il criterio maggioritario enunciato nella prima parte del comma; conseguenza dell'abrogazione è la sostituzione del sistema attuale con un sistema misto prevalentemente maggioritario, e precisamente maggioritario con unico turno per i 238 seggi da assegnare nei collegi, proporzionale per i restanti 77 seggi aggiuntivi (pari*

1999 e nel 2009, ma in entrambi i casi il *quorum* strutturale non fu raggiunto. È evidente che la possibilità per il corpo elettorale di incidere sul sistema elettorale sia un motivo di instabilità dello stesso, che diventa un tema di scontro politico, più che di condivisione delle c.d. "regole del gioco" (e l'incertezza è acuita dalla giurisprudenza ondivaga della Consulta sulla manipolatività del quesito e sugli effetti dell'eventuale abrogazione[91]).

Senza ripercorrere le celebri sentenze nn. 1/2014 e 35/2017, si può dire che l'Italia è uno dei pochi paesi europei – assieme alla Repubblica ceca[92] e alla Germania[93] – nei quali la Corte costituzionale è intervenuta in maniera decisiva

a circa il 25 per cento del totale di 315). […] *La Corte non si nasconde che la normativa di risulta può dar luogo ad inconvenienti, ad esempio per ciò che riguarda, da un lato, la diseguale proporzione in cui l'uno e l'altro sistema di elezione sarebbero destinati ad operare nelle singole regioni, dall'altro - fermi restando gli artt. 9, secondo comma, e 28 della legge n. 29 del 1948 - gli effetti che il passaggio al sistema maggioritario semplice determina in caso di ricorso alle elezioni suppletive, secondo la legge 14 febbraio 1987, n. 31, al fine di ricoprire i seggi rimasti vacanti per qualsiasi causa, e in particolare per effetto di eventuali opzioni effettuate da candidati eletti in più collegi o eletti contemporaneamente al Senato e alla Camera dei deputati. Ma questi aspetti non incidono sull'operatività del sistema elettorale, né paralizzano la funzionalità dell'organo, e pertanto non mettono in causa l'ammissibilità della richiesta di referendum. Nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (sent. 468 del 1990), il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua*».

[91] Da ultimo, Corte cost., sent. 31 gennaio 2020, n. 10. Per una lettura critica S. CATALANO, *La sentenza n. 10 del 2020 della Corte costituzionale: una inammissibilità per eccessiva manipolatività non convincente*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2020.Si vedano inoltre, le osservazioni di M. LUCIANI, *Troppo o troppo poco: la difficile abrogazione popolare delle leggi elettorali*; F. BERTOLINI, *Il quesito referendario fra abrogazione e novella*; E. MOSTACCI, *Eccessiva manipolatività: una clausola oracolare, di utilità incerta*, tutte in *Giur. cost*., 1, 2020, 115-144.

[92] Dopo l'adozione della legge elettorale del 1995, basata sulla legge cecoslovacca del 1990, il legislatore ceco ha approvato modifiche volte ad accrescere la selettività, intervenendo sull'ampiezza delle circoscrizioni, sulla formula elettorale e sulla soglia di sbarramento per accedere alla ripartizione dei seggi. Tali modifiche, realizzate nel contesto della tensione tra l'alta frammentazione del sistema partitico e le esigenze di governabilità, si sono dimostrate nella sostanza inefficaci, pur avendo consentito negli anni una progressiva diminuzione dei partiti rappresentati alla Camera. Nel giugno 2000, attraverso l'accordo politico tra i due maggiori partiti, il Parlamento aveva aumentato il numero delle circoscrizioni da otto a trentacinque (riducendone così sensibilmente la *magnitudo*), innalzato le soglie di sbarramento per le coalizioni, e modificato la formula elettorale. La Corte costituzionale, adita dalle opposizioni e dal Presidente della Repubblica Havel che già aveva esercitato senza successo il potere di veto sospensivo, dichiarò incostituzionali la maggior parte delle nuove norme, mantenendo solo quelle relative alle soglie di sbarramento. La Corte si è fatta così garante di una interpretazione rigorosa sebbene non formalista della natura proporzionale-proiettiva del sistema elettorale. Si ritiene che la decisione della Corte abbia rappresentato il controllo più incisivo tra quelli operati nei confronti dei del Parlamento nella storia della Repubblica ceca: essa avrebbe non solo bloccato un significativo cambio istituzionale nel sistema politico ceco, ma anche limitato ogni tentativo di ingegneria elettorale nel futuro, che sembrerebbe estendersi anche ad un sistema misto. Cfr. T. LEBEBA, *Le systéme électoral en Republique tchèque et ses conséquences politiques*, in *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 1, 2009, 54.

[93] Si rinvia a G. DELLEDONNE, *Corti costituzionali e legislazione elettorale: una comparazione italo-tedesca*, *in Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2014, 1031-1062; IDEM, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. 137-181. Come

sulla conformazione della legislazione elettorale e, dopo questo intervento, le forze di opposizione hanno iniziato a insinuare nel dibattito pubblico dubbi sulla legittimità costituzionale legislazione elettorale approvata dalla maggioranza di turno.

La Corte costituzionale, quindi, è uno degli attori che incide sulla stabilità del sistema elettorale, però è sempre stata attenta a non avallare la teoria della "non precarizzazione" della legislazione elettorale. Anzi, la Corte costituzionale usa il lemma "stabilità" legandolo al tema della "governabilità"[94]. Sono molto rari i casi in cui, invece, il concetto "stabilità" è riferito alla legislazione elettorale, anzi, quando è stata sollevata la questione, la Corte ha spesso evitato di pronunciarsi. Ad esempio, si pensi alla sentenza n. 243/2016[95]. Il giudizio *a quo* da cui ebbe origine il giudizio di legittimità in via incidentale verteva sul ricorso proposto da una candidata non eletta alla carica di Presidente della giunta regionale calabrese, al fine di ottenere l'annullamento del verbale dell'Ufficio centrale elettorale, nella parte in cui non aveva provveduto a proclamarla eletta alla carica di consigliere regionale[96]. La disposizione censurata era stata approvata nel periodo intercorrente tra la data di scioglimento del Consiglio regionale e la data di proclamazione dei nuovi eletti in seguito alle elezioni. Oltre al tema della possibilità di intervenire nel periodo di *prorogatio*, il giudice *a quo* sollevò la questione di costituzionalità anche in relazione all'articolo 3 del Protocollo addizionale n. 1 della CEDU, nella parte in cui sancisce

noto nella durante l'esperienza della Repubblica di Weimar era costituzionalizzato il principio proporzionale.

[94] Come conferma M. D'AMICO, *Audizione resa il 3 marzo 2017 nell'ambito di una indagine conoscitiva innanzi alla Commissione I (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni) della Camera dei Deputati, nel corso dell'esame delle proposte di legge recanti modifiche alla legge elettorale (C. 2352 e abb.)*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017, *passim*. Inoltre tale lettura è presente anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014, *Considerato in diritto* punto 4, «*Essa, infatti, stabilendo che l'attribuzione del premio di maggioranza è su scala regionale, produce l'effetto che la maggioranza in seno all'assemblea del Senato sia il risultato casuale di una somma di premi regionali, che può finire per rovesciare il risultato ottenuto dalle liste o coalizioni di liste su base nazionale, favorendo la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nei due rami del Parlamento, pur in presenza di una distribuzione del voto nell'insieme sostanzialmente omogenea. Ciò rischia di compromettere sia il funzionamento della forma di governo parlamentare delineata dalla Costituzione repubblicana, nella quale il Governo deve avere la fiducia delle due Camere (art. 94, primo comma, Cost.), sia l'esercizio della funzione legislativa, che l'art. 70 Cost. attribuisce collettivamente alla Camera ed al Senato. In definitiva, rischia di vanificare il risultato che si intende conseguire con un'adeguata stabilità della maggioranza parlamentare e del governo. E benché tali profili costituiscano, in larga misura, l'oggetto di scelte politiche riservate al legislatore ordinario, questa Corte ha tuttavia il dovere di verificare se la disciplina legislativa violi manifestamente, come nella specie, i principi di proporzionalità e ragionevolezza e, pertanto, sia lesiva degli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost.*».

[95] Corte cost., sent. 22 novembre 2016, n. 243. Per un commento si rinvia a G. TARLI BARBIERI, *Una legge elettorale regionale «tutta sbagliata, tutta da rifare»? Ovvero, lo "strano caso" della sent. 243/2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 settembre 2017.

[96] TAR Catanzaro, sez. I, ord. 20 marzo 2015, n. 519.

il diritto a libere elezioni, quale norma interposta integrativa del parametro costituzionale espresso dall'articolo 117, primo comma, Costituzione. In proposito veniva richiamata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla stabilità della legislazione elettorale, che assume una particolare importanza per il rispetto dei diritti garantiti dall'articolo 3 del Protocollo addizionale n. 1. La Corte giudicò fondata la questione di legittimità sollevata in riferimento all'articolo 123 Cost., per la parte in cui tale disposizione eliminava il rinvio all'intero articolo 5, comma 1, della legge costituzionale 1/1999, anziché al solo ultimo periodo del comma 1 dello stesso articolo. Rimase assorbita[97] la censura relativa all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'articolo 3 del Protocollo addizionale n. 1 della CEDU.

Il tema della stabilità elettorale venne introdotto anche nelle more procedimentali che portarono alla sentenza 239/2018[98]. Gli appellanti nel giudizio *a quo* avevano censurato la legge n. 10 del 2009 con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., alla luce dell'art. 3 Protocollo addizionale CEDU, in quanto tale legge avrebbe modificato il sistema elettorale, introducendo la soglia di sbarramento, pochi mesi prima delle elezioni del 2009, in modo non prevedibile[99]. Anche stavolta la Corte non si pronunciò sul punto e nel *Considerato in diritto* non è mai stato citato il Protocollo addizionale alla CEDU.

Recentemente, la Consulta con la sentenza 48/2021 ha finalmente trattato apertamente il tema della stabilità elettorale[100]. La questione era stata sollevata dal Tribunale di Roma, lamentando il pregiudizio poteva arrecare la necessità di raccogliere un elevato numero di minimo di sottoscrizioni per presentare una lista per le elezioni della Camera dei deputati. Erano, quindi, in discussione

[97] Sull'istituto dell'assorbimento si vedano A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli, 2013; R. BIFULCO, *Sui limiti del c.d. assorbimento dei motivi nel giudizio di*

costituzionalità, in A. CELOTTO (a cura di), *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio?,* Nel diritto editore, Roma, 2009, 21-30; G. PELAGATTI, *Giudizio di costituzionalità e assorbimento dei motivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

[98] Corte cost., sent. 21 dicembre 2018, n. 239. Si rinvia a F. BAILO, *La legge per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia (di nuovo) al cospetto della Corte costituzionale: la (non il)legittimità della soglia di sbarramento e le questioni ancora sul tappeto*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, 1, 2019; L. DI STEFANO, *La soglia di sbarramento della legge elettorale italiana per il Parlamento europeo all'esame della Corte costituzionale (nota a Corte cost., sent. n. 239/2018)*, in *Rivista AIC*, 3, 2019; F. SGRÒ, *Clausola di sbarramento e Parlamento europeo. Una lettura comparata della sentenza n. 239/2018 della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2020, 237-270; G. TARLI BARBIERI, *Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online, Studi*, I, 2019, 20-33.

[99] *Ritenuto in fatto* punto 5.1.

[100] Corte cost., 26 marzo 2021, n. 48. Per una lettura più ampia si rinvia a L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della sent. n. 48 del 2021)*, in *Consulta Online*, I, 2021, 283-287.

i profili essenziali del diritto di elettorato passivo. La pronuncia è intervenuta con un *actio finium regundorum* sulla giustiziabilità della fase prodromica alla fase preparatoria delle elezioni (che si auspica sia oggetto di un intervento legislativo dopo la sentenza della Consulta[101]). Per quello che interessa alla nostra ricerca, la Corte ha trattato il valore del concetto di stabilità elettorale come declinato dalla giurisprudenza CEDU. Il giudice *a quo*, pur consapevole dell'ampia discrezionalità attribuita in materia al legislatore, ha ritenuto che 1.500 sottoscrizioni per collegio plurinominale rappresentassero un onere eccessivo e sproporzionato, considerando soprattutto che tale cifra (da moltiplicare per il totale dei collegi stabiliti sull'intero territorio nazionale) era prevista nel contesto di una disciplina regolata da tempi ristretti per la raccolta, e caratterizzata da incertezza rispetto al momento in cui la raccolta stessa poteva iniziare, nonché da instabilità, perché soggetta a mutamenti a ridosso delle elezioni. Ad avviso del giudice *a quo*, l'operare congiunto di questi aspetti avrebbe reso la disciplina vigente la più onerosa tra tutte quelle adottate dal 1957 in poi[102]. La Corte ha ritenuto che la ristrettezza dei tempi in cui le firme dovevano essere raccolte fosse un aggravio (sul quale il legislatore dovrebbe opportunamente intervenire), ma essa era nota in partenza ai destinatari, e non costituiva un accadimento improvviso e imprevedibile. Per parte loro, i ricordati e frequenti mutamenti di disciplina a ridosso delle elezioni, definiti dalla Consulta un «*non commendevole costume legislativo*», nell'ambito di una disciplina che dovrebbe presentare i caratteri della stabilità e della certezza, sono spesso interventi più favorevoli, che diminuiscono l'onerosità degli adempimenti e questo ha comportato la reiezione delle censure di costituzionalità. La Consulta ha citato la sentenza *Ekoglasnost,* precisando, però, che la Bulgaria non fu condannata per l'onere di raccolta delle sottoscrizioni in sé, bensì per il fatto che tale onere – unito a quello di depositare una cauzione elettorale – era stato introdotto tardivamente, cioè nell'imminenza delle elezioni, tipo di censura che non era possibile muovere alla disciplina contestata. La Corte quindi, si è preoccupata di precisare il perché ha deciso di operare un *distinguishing* rispetto al celebre precedente della Corte EDU.

[101] G. TARLI BARBIERI, *La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, II, 2021, 601-615.

[102] *Considerato in diritto* punto 8.

6. Conclusioni. Quale via per la stabilità elettorale in Italia?

Il dato-stabilità e il valore-stabilità della legislazione elettorale costituiscono temi centrali per il diritto costituzionale[103] e su questo terreno l'esperienza italiana rappresenta un caso in controtendenza rispetto alle altre democrazie europee. Tali problemi, peraltro, necessitano di essere affrontati alla luce delle interazioni fra legge elettorale ed il contesto all'interno del quale quest'ultima si inserisce (caratteristiche del sistema partitico, grado di senso civico, l'effettivo rispetto della dialettica democratica). La natura delle elezioni e della normativa che le regola assume un ruolo molto particolare. Si tratta, in primo luogo, del «*perno di un sistema di democrazia rappresentativa*», definito dalla Corte costituzionale italiana come «*il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l'art. 1, secondo comma, Cost.*»[104]. Nella legislazione elettorale, perciò, si ritrova inevitabilmente un tentativo di risolvere sul piano pratico il problema atavico di definire il titolare del potere politico[105], legandolo alla teoria della rappresentanza politica. In secondo luogo, la legge elettorale è stata definita come il «*fulcro della costituzione in senso materiale, perché forma e determina la rappresentanza di quelle forze politiche prevalenti a cui spetterà il compito di realizzare l'insieme dei fini e valori dell'ordinamento statale*»[106]. La legislazione elettorale è solo la punta di un *iceberg* di un sistema complesso, dove interagiscono necessità politiche, istanze sociali e i valori della società. Sposando la riflessione secondo cui «*i testi formalmente costituzionali non esauriscono i contenuti più ampi dell'ordinamento costituzionale e che, quindi, quest'ultimo non si identifica con le sole norme formalmente costituzionali*»[107], si ritiene che «*è necessario prendere in considerazione* […] *anche quelle altre norme che, per il loro stretto collegamento con detti fini e valori politici, caratterizzano la forma di stato e danno identità e linee di sviluppo all'intero ordinamento giuridico*»[108].

Come detto, è stato auspicato la costituzionalizzazione di alcuni aspetti della legislazione elettorale, tra cui l'eventuale principio di trasformazione dei voti in seggi, anche se è nota la scelta del Costituente di non positivizzare una

[103] Secondo G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale,* cit, 14-15 «*il dato-stabilità e il valore-stabilità occupano evidentemente una posizione centrale, segnalano l'esistenza di un problema che avvicina la normativa elettorale – per lo più di rango primario – alla Costituzione*».

[104] Corte cost., sent. 1/2014, cit., *Considerato in diritto* punto 3.1.

[105] Sul punto si rinvia a F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, UTET, Torino, 1966, 472-489.

[106] E. FROSINI, *Sistemi elettorali e sistemi di partito*, in P. CARROZZA-A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 746.

[107] A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010, 331.

[108] *Ivi*, 311.

specifica formula elettorale[109] (anche se una parte della dottrina ha ritenuto implicitamente costituzionalizzata la formula proporzionale[110]) Sul punto la Commissione di Venezia ritiene che il sistema elettorale non dovrebbe essere disciplinato in dettaglio nella Costituzione, essendo sufficiente una fonte superiore rispetto alla legge ordinaria[111] o che basti costituzionalizzare alcuni principi. Al tempo stesso, la Commissione di Venezia ha tenuto conto di alcune circostanze particolari. Ad esempio, in relazione al caso dell'Albania – in considerazione della forte esigenza di assicurare la stabilità delle scelte elettorali in un quadro politico fortemente conflittuale e alla luce dell'assenza di una condivisione chiara delle "regole del gioco" – è stata ritenuta preferibile una codificazione del sistema proporzionale attraverso una fonte di rango costituzionale[112].

Bisogna sottolineare, però, che è molto complesso un proficuo *multilevel dialogue* sui temi elettorali, visto che la *domestic jurisdiction* degli Stati sul tema resta centrale. La Corte EDU, inoltre, ha dato prova di grande cautela, tanto che gli argomenti ricorrenti nelle sue decisioni di rado possono fornire un forte supporto argomentativo a chi voglia contestare la costituzionalità di una legge elettorale nazionale (si pensi al caso *Saccomanno* relativo alla legge 270/2005[113]). Alcuni autori al contrario, però, hanno notato «*un certo sganciamento del "controllo elettorale" dalla sfera di dominio riservato*

[109] Si vedano le sedute dell'8 novembre 1946 della Seconda Commissione per la Costituzione e le sedute del 23 e 24 settembre 1947 dell'Assemblea. Perassi, inoltre, si dichiarò «*personalmente, favorevole al sistema della rappresentanza proporzionale e non dubita che la Commissione per la legge elettorale si orienterà verso di esso quando sarà chiamata a decidere in materia; ma non ritiene che la Carta Costituzionale debba occuparsene, pregiudicando il problema, innanzitutto perché essa deve tracciare delle linee generali e non scendere ai particolari e secondariamente perché potrebbe nel futuro verificarsi la necessità di allontanarsi, magari provvisoriamente, dal sistema della rappresentanza proporzionale per seguirne uno diverso, e ciò anche in rapporto al fatto che la rappresentanza proporzionale porta inevitabilmente, come è stato rilevato anche da altri, ad un governo di coalizione. Ritiene quindi più opportuno che la materia sia regolata dalla legge elettorale, così che se in seguito dovesse apparire necessario cambiare il sistema di elezione, ciò potrebbe essere fatto senza dover ricorrere alla procedura della modificazione della Carta Costituzionale*» (ASSEMBLEA COSTITUENTE, Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta dell'8 novembre 1946, 459).

[110] C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1952, 849-875. L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 308 ritiene che l'applicazione del principio d'eguaglianza del voto "in uscita" possa essere realizzato solo attraverso un sistema proporzionale puro. Tali letture sono state riprese da M. ESPOSITO, *Diritto di voto e sistema elettorale: riflessioni a margine della sent. 35/2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 2017, 549-566.

[111] COMMISSIONE VENEZIA, *Interpretative Declaration On The Stability Of The Electoral Law*, 2005, punto II.3.

[112] COMMISSIONE VENEZIA, *Opinion on the Amendments to the Constitution of the Republic of Albania (Adopted on 21 April 2008 by the Assembly of the Republic of Albania*, 5 dicembre 2008, punto 7.

[113] Corte EDU, 13 marzo 2021, *Saccomanno e altri c. Italia*. Sul punto M. RUBECHI, *op.cit.*, 162-163; L. TRUCCO, *Sistema di elezione e di giustizia elettorale (italiani): anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore (italiano)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012.

agli Stati a tutto favore dell'emergere di un qualche "controlimite", sul piano internazionale, nei confronti di eventuali abusi/degenerazioni di potere, in chiave autoritaria, nella dimensione nazionale»[114], ammettendo, però, che allo stato attuale questo fenomeno non appare in grado di incidere, se non in caso di una violazione evidente[115].

Anche lo *status* del Codice di buona condotta in materia elettorale della Commissione non aiuta la formazione di un diritto elettorale europeo. È stato osservato che «*the non-binding nature of the Code paralleled by the way it is drafted, i.e., by recognizing shared principles and values, are on the one hand elements that favor its accreditation as a set of authoritative guidelines for electoral reforms, but on the other hand, they cause the lack of appropriate enforcement mechanisms*»[116]. Per altro verso, sebbene la Corte di Strasburgo da circa un decennio adoperi il Codice nelle sue decisioni, questa pratica è rimasta rapsodica e asistematica e questo, probabilmente, anche per il carattere non vincolante del Codice stesso[117].

Dalla nostra Carta costituzionale (e dalla prassi) non può desumersi un limite alla modificabilità della legislazione elettorale rispetto al momento in cui avvengono. Inoltre, l'eventuale applicazione del Codice di buona condotta (e dei principi sviluppati all'interno della Commissione Venezia) da parte della Corte costituzionale è subordinata all'uso che ne fa (e ne farà) la Corte EDU. Come è stato notato, infatti, «*la circostanza per cui la Corte EDU venga a porsi direttamente o indirettamente a garanzia delle previsioni del Codice costituisce un elemento di sicuro interesse, specie nel solco dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale avviata dalla "svolta" delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, tesa a riconoscere l'idoneità del diritto convenzionale (e dell'interpretazione di questo fatta propria dalla Corte EDU) di integrare il parametro di costituzionalità. Più specificamente rispetto all'ambito elettorale, la prospettiva del sistema CEDU latamente inteso sembra costituire almeno un elemento da tener presente dal punto di vista argomentativo*»[118]. Lo sviluppo successivo della giurisprudenza

[114] L. TRUCCO, *Contributo allo studio del diritto elettorale. I. Fondamenti teorici e profili normativi*, Giappichelli, Torino, 2013, 167.

[115] Si pensi al già citato caso *Yumak e Sadak c. Turchia* dove la soglia del 10% fu ritenuta legittima.

[116] C. FASONE-G. PICCIRILLI, *Towards a* Ius Commune *on Elections in Europe? The Role of the Code of Good Practice in Electoral Matters in "Harmonizing" Electoral Rights*, in *Election Law Journal*, 16:2, 2017, 254.

[117] Sul fatto che non abbia avuto buon esito il tentativo dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa d'inscrivere il testo del Codice in una vera e propria convenzione internazionale cfr. P. BONETTI, Ekoglasnost c. Bulgaria*: la stabilità delle regole elettorali nell'anno precedente le elezioni*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 170.

[118] G. PICCIRILLI, *L'aggiramento del «Codice di buona condotta elettorale» nel sistema di tutele del procedimento elettorale italiano*, in E. CATELANI-F. DONATI- M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 155. L'Autore cita, in particolare, Corte cost., 7 luglio 2010, n. 236, dove la Consulta ha fatto riferimento proprio al sistema CEDU al fine di fondare la

costituzionale in tale ambito, limitandoci ad un minimo accenno, si basa in particolare su due celebri pronunce[119]. Secondo la Corte costituzionale ci sarebbe l'obbligo di conformarsi solo alla "giurisprudenza consolidata" o alle sentenze pilota della Corte EDU[120]. Questa limitazione dell'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento italiano è stata prontamente criticata dalla Corte EDU. Per quest'ultima, infatti, «*all judgments of the Court "have the same legal value [and that] their binding nature and interpretative authority cannot therefore depend on the formation by which they were rendered"*»[121].

La "stabilità" della legislazione elettorale, tutelata dalla Convenzione di Venezia, non è ancora stata fatta propria dalla Corte EDU, anche per la natura del Codice di buona condotta. Se a Strasburgo si dovessero cominciare a "giurisdizionalizzare" i principi del Codice, allora si potrebbe immaginare che la Corte costituzionale inizi a considerare la mancanza di stabilità della legge elettorale non solo un "*non commendevole costume legislativo*", ma una vera e propria elusione delle "regole del gioco"[122]. Ovviamente il giudizio sarebbe molto complesso e sarebbe possibile sindacare solo le modifiche che comportino un *vulnus* dei principi costituzionali vigenti in materia, limitandosi quindi all'irragionevolezza manifesta della scelta legislativa. Probabilmente è anche per questo motivo che la Corte si è mossa con grande cautela. Il tema in oggetto è, infatti, uno dei più scivolosi per i giuristi. Come è stato notato, infatti,

distinzione delle fasi preparatorie del procedimento elettorale rispetto agli altri momenti dello stesso, nonché di evidenziare «*la necessità di strumenti di ricorso al suo interno quanto mai rapidi ed efficaci, onde giungere a una costituzione quanto più possibile "genuina" dell'offerta elettorale, tale da garantire la massima libertà e informazione dell'elettore al momento del voto*».

[119] Si rinvia, per una lettura di più ampio respiro, a G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.*, 4, 2019, 691-733.

[120] Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

[121] Corte EDU, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. c. Italia*, par. 93. La Corte continua affermando «*this principle deprives judgment no. 49/2015 of its theoretical cornerstone. Consequently, the Court repudiates the notion of "consolidated law", which is at the heart of that same judgment. Accordingly, the Constitutional Court is called upon by the Grand Chamber to reframe the terms of its relationship with the Court, and there is no "margin of appreciation" that would allow it not to do so. While doing this, the Constitutional Court must be attentive to the value of the Convention as a constitutional instrument of European public order and the unique authoritative role of the Court in the legal landscape of Europe*».

[122] Come fu affermato dalla giurisprudenza statunitense relativamente al c.d. *gerrymandering*. Il governatore Elbridge Gerry nel 1812 per avvantaggiarsi nella campagna elettorale ridisegnò un collegio, i cui confini erano molto disomogenei e di forma vagamente animale. Un giornale del partito avversario, quello federalista, pubblicò una caricatura in cui il distretto in questione aveva la forma di una specie di rettile. Fondendo insieme il nome del governatore con la parola "salamandra" (*salamander*), il direttore del giornale creò il nomignolo *gerrymander,* che poi passò alla storia come il nome della pratica di modificare i collegi elettorali per presunti vantaggi elettorali. Cfr. T. MACKIE, *Gerrymandering*, in R. ROSE (a cura di), *International Encyclopedia of Elections*, CQ Press, Londra, 2000, 55-57, 144-145. Per un'analisi degli effetti pratici, cfr. anche N. STEPHANOPOULOS-E. MCGHEE, *Partisan Gerrymandering and the Efficiency Gap*, in *The University of Chicago Law Review*, 2, 2015, 831-900.

«*l'efficienza di un insieme di regole elettorali non può dunque essere valutata facendo riferimento ad astratti parametri "scientifici", ma solo in relazione al grado in cui esso si mostra rispettoso delle finalità che di volta in volta gli sono imposte dal disegno costituzionale e parallelamente dalla realtà (o dal progetto perseguito) del sistema politico*»[123]. La tematica elettorale, dunque, è diventata un problema di diritto costituzionale, soprattutto da quando è un terreno di conflitto più che base su cui costruire le regole del gioco (e addirittura la semplice definizione delle circoscrizioni e dei collegi presenta profili di criticità[124]). Inoltre, in passato si è registrato uno scontro tra le forze politiche, comportando l'impossibilità di trovare un ampio accordo sulla legislazione elettorale. Per questo motivo si è registrata la tendenza di raggiungere gli obiettivi di solito propri della legge elettorale (come, ad esempio, la riduzione della frammentazione politica) con altri strumenti (tra cui le riforme dei regolamenti parlamentari e si può pensare, ad esempio, al divieto di formazione di nuovi gruppi parlamentari durante la legislatura[125]). Inoltre, è diventato usuale legare insieme i progetti di revisione costituzionale con l'approvazione di una riforma elettorale, quando evidentemente i due procedimenti si trovano due piani differenti sia delle fonti sia della politica del diritto (si pensi alla legge 270/2005 oppure all'*Italicum*[126]).

Per stabilizzare la legislazione elettorale, in passato la Commissione Letta-Quagliariello ha auspicato l'inclusione delle leggi elettorali all'interno della nuova categoria delle "leggi organiche". Una categoria di leggi «*che si interporrebbero tra la Costituzione (e le leggi costituzionali) e le leggi ordinarie dalle quali non possono essere abrogate o modificate*»[127], chiamate appunto a disciplinare,

[123] M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Editori Riuniti, Roma, 1991, 15.

[124] Già nel 1993 era stato previsto che il Governo nell'operazione di individuazione dei collegi elettorali fosse assistito da una Commissione di dieci esperti in materia, presieduta dal Presidente dell'Istat. La Commissione di esperti (di cui fanno parte giuristi, geografi, statistici, sociologi, scienziati politici *etc.*) è stata istituita al fine di garantire l'imparzialità nelle scelte relative ai confini dei collegi elettorali. Anche la nomina dei membri ha subito alcune modifiche (nel 1993 si prevedeva che la Commissione fosse nominata congiuntamente dai due Presidenti delle Camere, in un contesto di prassi politica-parlamentare nel quale, peraltro, almeno uno dei Presidenti apparteneva a forze politiche di opposizione) e oggi è nominata con decreto del Presidente del Consiglio ed è istituita presso il Dipartimento per le riforme istituzionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

[125] Si pensi alla riforma del Regolamento del Senato del 2017 (A. CARBONI – M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Federalismi*, 1, 2018, 12-20) o alle recenti proposte di revisione proposte da dai senatori Giorgis e Zanda (si rinvia a G. PICCIRILLI, *La proposta PD di modifica del regolamento della Camera. Un netto passo avanti nel dibattito sulle riforme regolamentari*, in *Osservatorio sulle Fonti, Interna Corporis*, 2, 2021). Come noto, la riforma del Regolamento del 2017 è stata vanificata nel corso della XVIII legislatura.

[126] Legge 6 maggio 2015, n. 52, che ha limitato, di fatto, il potere di scioglimento vista la profonda diversità delle leggi elettorali allora vigenti per Camera e Senato.

[127] Riprendendo le parole della relazione finale della Commissione Letta-Quagliariello (PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Per una democrazia migliore*, Presidenza del Consiglio, Roma, 2013, 41-42).

tra l'altro, l'elezione di Camera e Senato (e l'aumento del *quorum* per l'approvazione della legislazione elettorale è stato proposto anche di recente[128]).

Inoltre, per tentare di eliminare dal dibattito politico l'accusa di incostituzionalità della legislazione elettorale, la c.d. Riforma Renzi Boschi aveva previsto un nuovo giudizio davanti la Corte costituzionale. Infatti, se fosse stata approvata la riforma sarebbe stato possibile per le minoranze parlamentari attivare un giudizio preventivo di legittimità costituzionale sulla legge elettorale approvata dal Parlamento[129]. La *ratio* della proposta era di evitare che la legislazione elettorale fosse oggetto dello scontro politico. Il destino di una legge elettorale (sia giuridicamente sia politicamente) dipende, infatti, in una certa misura anche dall'atteggiamento delle forze politiche e questo tentativo mirava a "depressurizzare" il dibattito sul tema.

In ogni caso, la rapida successione di diverse leggi elettorali è stata espressione di un "iperattivismo" del Parlamento spesso determinato da vincoli esterni ad esso (la riforma elettorale del 1993 è "figlia" del *referendum* abrogativo parziale sulla legge del Senato; l'*Italicum* è stato approvato a seguito della sentenza n. 1/2014, così come l'attuale legge elettorale è stata approvata dopo

[128] Si segnala che presso la Camera dei deputati sono state presentate, durante questa legislatura, due proposte di revisione costituzionale concernente la maggioranza con la quale approvare la legge elettorale. Le proposte di legge cost. C. 2244 (on. Forciniti, Movimento 5 Stelle) e C. 2335 (on. Giorgetti, Lega) sono volte a stabilire che per l'approvazione delle leggi elettorali per la Camera e per il Senato sia richiesto un *quorum* qualificato pari alla maggioranza assoluta (per la proposta di Giorgetti) o alla maggioranza dei due terzi dei componenti (per la proposta di Forniciti).

[129] Testo di legge costituzionale recante «*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*», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 2016, n. 88. L'art. 13 della proposta di riforma recitava «*Le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o da almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni e, fino ad allora, resta sospeso il termine per la promulgazione della legge. In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata*». Sul punto cfr. A. RAUTI, *Il giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato*, in *Federalismi*, 6, 2016.

la sentenza 35/2017)[130], e ciò per «*la storica tradizione dei policy makers italiani di muoversi a rimorchio di pressioni ambientali, piuttosto che di un'iniziativa o disegno autonomo, specie quando si tratta di compiere scelte difficili e controverse*»[131]. Dopo la sent. n. 1/2014 si è consolidato un effetto sistemico non irrilevante: le leggi elettorali per le due Camere sono ormai potenzialmente sempre aggredibili, ancorché mai applicate (come nel caso della sent. n. 35/2017), e ciò rischia di alimentare una sorta di "conflittualità permanente" in una materia che, pur non dovendo certo essere insindacabile, ha bisogno di una stabilità che non ha evidentemente caratterizzato l'esperienza dell'ultimo trentennio nel nostro Paese (anche per l'uso sempre più frequente

della decretazione d'urgenza per regolare alcuni aspetti delle tornate elettorali[132]). Come è stato notato, infatti, «*la precarizzazione della legge sta producendo una degenerazione che investe tutto l'ordinamento perché mette in crisi lo stesso funzionamento delle regole di produzione giuridica prefissate e la garanzia che le regole così formulate siano effettivamente osservate tanto dai soggetti pubblici quanto dagli attori privati*»[133] colpendo «*la dimensione temporale delle fonti, cioè la loro durata, l'efficacia e il vigore*»[134]. E questa crisi generale sul ruolo della legge si trasferisce inevitabilmente nel campo della legislazione elettorale, che da anni si caratterizza per un'eccessiva mutevolezza e per la percezione di instabilità sia agli occhi degli attori politici sia degli elettori[135] e, a volte, è stata oggetto di interventi "*a posteriori*" (ad esempio con leggi di interpretazione autentica[136]). Il rischio è che essendo le elezioni la tecnica democratica

[130] G. TARLI BARBIERI, *L'infinito riformismo elettorale tra aporie giuridiche e dilemmi costituzionali*, in M. MALVICINI (a cura di), *Riforme istituzionali e sistema parlamentare: limiti e prospettive degli interventi approvati alla fine della XVII legislatura*, in *Federalismi*, n. spec. 1, 2018, 3-5.

[131] A. PAPPALARDO, *La nuova legge elettorale in Parlamento*, in S. BARTOLINI – R. D'ALIMONTE (a cura di), *Maggioritario ma non troppo*, il Mulino, Bologna, 1995, 33.

[132] Si pensi, ad esempio, al d.l. 31 luglio 2020, n. 86 adottato per garantire l'espressione della doppia preferenza di genere in occasione delle elezioni regionali in Puglia del 2020. Per un'analisi della delega legislativa e della decretazione d'urgenza in materia elettorale, cfr. I. IBRIDO, *Le riserve di legge*, cit., 95-98.

[133] E. LONGO, *op.cit.,* 26.

[134] *Ivi*, 44. Durante questa legislatura al Senato (A.S. 1495) è stato presentato (primo firmatario sen. Fazzolari, Fratelli d'Italia) un disegno di legge costituzionale per la revisione dell'art. 73 Cost. per il differimento di ventiquattro mesi dell'entrata in vigore delle leggi recanti modifiche al sistema di elezione delle camere, prendendo spunto dal modello greco. La proposta Giorgetti, già esaminata alla nota 128, prevede, inoltre, che «*le norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica si applicano a decorrere dal procedimento di elezione delle Camere della seconda legislatura successiva a quella in cui sono state approvate*».

[135] L'attuale legge elettorale è stata definita "legge-ponte", cfr. S. CECCANTI, *Legislazione elettorale. Italia. Una nuova legge-ponte nella transizione che prosegue*, in *www.dpce.it*, 10 novembre 2017.

[136] Si pensi alla l. 4 aprile 2005, n. 47 (c.d. decreto salva-liste) o al d.l. 5 marzo 2010, n. 29. Sul punto, in senso critico, G. FERRARA, *Il decreto salva-liste e l'abuso di potere normativo*, in *Costituzionalismo*, 8 marzo 2010; N. LUPO, *Considerazioni conclusive*, cit., 424; A. RUGGERI, *L''irragionevole*

per eccellenza e l'elemento fondante di qualsiasi sistema democratico[137], ogni equivoco che le riguarda potrebbe produrre effetti negativi e pericolosi sul buon funzionamento dell'ordinamento, minando lo spirito che è (o almeno dovrebbe essere) alla base dei sistemi democratici e costituzionali contemporanei.

Allegato 1
Le leggi elettorali italiane dal 1848 ad oggi

Anno di approvazione	Prime elezioni tenutesi dopo la revisione	Tipologia	Durata	Causa della revisione
1848 (Regio Editto 17 marzo 1848, n. 680)	1848	Collegi uninominali con eventuale ballottaggio	34 anni	Obiettivo programmatico della Sinistra storica, insediatasi al Governo per la prima volta.
1882 (l. 22 gennaio 1882, n. 593[138])	1882	Scrutinio di lista	9 anni	Insoddisfazione generale da parte delle forze politiche.
1891 (l. 5 maggio 1891, n. 210)	1892	Ritorno all'uninominale con ballottaggio	28 anni	Evoluzione del quadro politico e sociale.
1919	1919	Proporzionale	5 anni	Avvento del Fascismo.

decreto "salva-liste" e la ragion di Stato, ovverosia il problematico "bilanciamento" tra il primato della politica e il primato della Costituzione, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 12 marzo 2010.
Recentissimamente Corte cost., sent. 10 marzo 2022, n. 61 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un articolo di una legge della Regione Siciliana che operava un'interpretazione autentica di alcune disposizioni elettorali per i comuni. La particolarità era che tali disposizioni erano state già applicate ed erano oggetto di contenzioso davanti al T.A.R. Si trattava, quindi, di un'interpretazione autentica con effetti retroattivi che influenzava giudizi già pendenti (sul punto si rinvia a F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 233-239). La Corte ha ritenuto che l'interpretazione fornita dalla legge attribuisse «*un significato non desumibile dal suo testo originario*». La sentenza, inoltre, ha applicato il legittimo affidamento in ambito elettorale, aprendo a possibili nuove letture del principio con estensioni notevoli. Infatti, si legge che l'incostituzionalità della disposizione deriva anche «[dal]*la produzione di effetti retroattivi in lesione della certezza del diritto in materia elettorale* [e dal]*la conseguente violazione dell'affidamento nutrito, in tale materia, dai candidati alle elezioni (e dagli stessi elettori)*» (*Considerato in diritto* punto 6).

[137] M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *La Costituzione italiana*, vol. I, UTET, Torino, 2007, 18.

[138] Già modificata, relativamente alla ridefinizione e alla *magnitudo* delle circoscrizioni, dalla l. 7 maggio 1882, n. 725.

(l. 15 agosto 1919, n. 1401[139])				
1923 (l. 18 novembre 1923, n. 2444)	1924	Proporzionale con premio di maggioranza con soglia per ottenere il premio (c.d. legge Acerbo)	1 anno	Volontà di Mussolini di abbandonare il *Listone*.
1925 (l. 15 febbraio 1925, n. 122)	Mai applicata	Uninominale	3 anni	Trasformazione del Fascismo in regime.
1928 (l. 17 maggio 1928, n. 1019)	1929	Plebiscitario	10 anni	Fine dell'elettività della Camera dei deputati e trasformazione in Camera dei Fasci e delle Corporazioni (l. 19 gennaio 1939, n. 129).
1946 (d.l.l. 10 marzo 1946, n. 74)	1946 (Assemblea Costituente[140])	Proporzionale[141]	7 anni	Volontà politica di De Gasperi e della DC.
1953 (l. 31 marzo 1953, n. 148)	1953	Proporzionale con premio alla maggioranza (c.d. legge Truffa)	1 anno	Fine del periodo degasperiano e dell'egemonia politica della DC.
1954 (l. 31 luglio 1954, n. 615)	1958	Proporzionale	39 anni	*Referendum* del 1993 e fine della Prima repubblica.
1993[142] (ll. 4 agosto 1993, nn. 276 e 277)	1994	Misto (75% maggioritario e 25% proporzionale)	12 anni	Volontà politica del centro-destra.

[139] Con l. 16 dicembre 1918, n. 1985 era stato previsto il suffragio universale maschile.

[140] Scelta confermata anche dall'Assemblea costituente per le successive elezioni del 1948 (T.U. 5 febbraio 1948, n. 26 e l. 6 febbraio 1948, n. 29) Le riflessioni giuridiche sul tema della legge elettorale sono rinvenibili in G. AMBROSINI, *Sistemi elettorali*, Sansoni, Firenze, 1946. La pubblicazione fu promossa dal Ministero per la Costituente.

[141] Poco rilevante era anche la differenza tra quoziente Imperiali (Camera) e il D'Hondt (Senato), quest'ultimo con effetti meno proiettivi rispetto al primo.

[142] La l. cost. 23 gennaio 2001, n. 1 ha modificato gli artt. 56 e 57 Cost., prevedendo l'elezione di alcuni parlamentari (all'epoca dodici alla Camera e sei al Senato) da parte dei c.d. "italiani all'estero". Questa revisione ha influenzato, ovviamente, la ripartizione generale dei seggi.

2005 (l. 21 dicembre 2005, n. 270)	2006	Proporzionale con premio di maggioranza senza soglia	9 anni	Sentenza n. 1/2014 Corte cost.
2015 (l. 6 maggio 2015, n. 52)	Mai applicata	Proporzionale con premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia o dopo ballottaggio	2 anni	Sentenza n. 35/2017 Corte cost.
2017[143] (l. 3 novembre 2017, n. 165)	2018	Misto (64% proporzionale, 36% misto)	In vigore	

[143] Anche se la legge elettorale non è stata modificata, la revisione costituzionale relativa al numero dei parlamentari (l. cost. 19 ottobre 2020, n. 1) ha ovviamente comportato alcune necessarie modifiche alla legge 165/2017. L'articolo 3 della l. 51/2019 ha conferito una delega al Governo per la rideterminazione dei collegi uninominali e plurinominali, successivamente attuata dal d.lgs. 177/2020, che ha assicurato la neutralità del sistema elettorale rispetto alla revisione costituzionale.

LE FONTI DELL'AUTONOMIA UNIVERSITARIA*

GIOVANNI TARLI BARBIERI**

Sommario

1. La contrastata storia dell'autonomia universitaria dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. – 2. L'art. 33, comma 6, Cost., nella giurisprudenza costituzionale. – 3. L'attuazione del precetto costituzionale; dalla lunga stagione del "congelamento" alla l. 168/1989. – 4. Dopo la l. 168/1989: "il precoce riflusso". – 5. La legge Gelmini. – 6. Dopo la legge Gelmini: verso una stagione di "fuga dalla normazione"? – 7. L'autonomia statutaria delle Università: alcuni spunti emergenti dalla prassi. – 8. L'autonomia universitaria dinanzi alle sfide del presente. – 9. *Segue*: i nodi (largamente irrisolti) dei rapporti tra Atenei e Regioni. – 10. Conclusioni.

Abstract

The essay presents an overview of the sources of university autonomy, starting from the discipline contained in Article 33 of the Constitution. In particular, on the basis of the disappointing practice in this field, together with the chaos that has plagued the legislative framework of the universities for years now, the need for a reorganisation of the legislation is suggested, which appears to be extremely urgent.

Suggerimento di citazione

G. TARLI BARBIERI, *Le fonti dell'autonomia universitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al convegno "L'autonomia universitaria", organizzato dall'*Associazione italiana costituzionalisti* e svoltosi Roma il 28 ottobre 2021.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: giovanni.tarlibarbieri@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. La contrastata storia dell'autonomia universitaria dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana

«Chi di noi non ha dovuto sbatter la testa, come studente o come docente contro i molteplici e tentacolari aspetti di tale fenomeno? Ritoccare un piano di studi è un affare di Stato; modificare i metodi d'insegnamento o di esame è un altro affare di Stato; perfino fare un viaggio all'estero o accettare un *grant*, è affare di Stato che può chieder consensi e firme ministeriali… Le autonomie istituzionali e locali sono evanescenti, se non inesistenti. Lo Stato accentra tutto; esso prescrive regole su regole, rigide, uniformi – "nazionali"»[1].

In questo passo, ormai cinquant'anni fa Mauro Cappelletti denunciava efficacemente «i vizi paralizzanti del *centralismo burocratico*»; espressione, questa, che si presta bene a sintetizzare anche la sorte dell'autonomia normativa delle Università, che pure l'art. 33, comma 6, Cost. delinea «nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato».

Di tale disposizione è stata sottolineata da più parti l'ambiguità[2] e comunque i problemi interpretativi, peraltro a lungo sottovalutati dalla dottrina. Paladin ancora nel 1988 parlava di una disposizione che «dice e non dice, garantisce da un lato e d'altro lato svuota la stessa garanzia»[3], tanto che non pochi autori si sono richiamati alla nota definizione di Salvatore Pugliatti che nel 1964 parlava dell'autonomia universitaria come di una sorta di «mito» o «araba fenice»[4] e alcuni, prima della riforma del 1989, avevano accolto un'interpretazione di tale disposizione in linea di continuità con la legislazione precostituzionale e in particolare con l'art. 1, comma 3, del testo unico sull'istruzione superiore (r.d. 1592/1933) che alludeva ad una «autonomia amministrativa, didattica e disciplinare», senza peraltro riferirsi ad un'autonomia normativa[5].

[1] M. CAPPELLETTI, *Studio del diritto e riforma dell'Università italiana. Alcune osservazioni di politica comparata*, in Id., *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università (studi-polemiche-raffronti)*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 253-254 (il saggio è pubblicato, con ulteriori svolgimenti, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 445 ss.).

[2] Così, in particolare, F. FENUCCI, *Autonomia universitaria e libertà culturali*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 27 ss.

[3] L. PALADIN, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *Quad. cost.*, 1988, p. 162 (il testo è pubblicato in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, Cedam, 1990, pp. 455 ss. Non a caso, anche uno dei primi organici commenti all'art. 33 Cost. non valorizzò molto i contenuti del comma 6: S. CASSESE, A. Mura, *Art. 33-34*, in *Comm. cost. – Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1976, pp. 210 ss. Successivamente lo stesso Cassese ha affermato che l'art. 33, comma 6, Cost., fu adottato dal costituente «più per motivi negativi, per limitare l'ingerenza statale nelle università, che per motivi positivi»: S. CASSESE, *L'autonomia delle università nel rinnovamento delle istituzioni*, in *Foro it*., 1993, V, c. 84.

[4] S. PUGLIATTI, *Relazione sulla autonomia universitaria*, in *L'Università italiana*, 1964, pp. 335 ss.

[5] In questo senso, A.M. SANDULLI, *L'autonomia delle università statali*, in *Annali triestini*, 1948, pp. 61 ss. (il testo è pubblicato altresì in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV – *Diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1990, pp. 451 ss.).

Occorre aspettare la fine degli anni Settanta per assistere a una svolta a livello dottrinale che anticipa il dibattito politico che avrebbe portato all'approvazione della legge Ruberti. In questo senso non si può non rimarcare, per il suo rilievo, il convegno dell'AIC del novembre 1988, preceduto da alcuni pregevoli contributi che avevano rilanciato con forza il valore centrale dell'art. 33, comma 6, Cost. e la necessità di una sua coerente attuazione legislativa[6].

Certo, come accennato, la disposizione costituzionale non manca di suscitare problemi interpretativi.

In primo luogo, la sua collocazione nella prima parte della Costituzione impone una sua interpretazione in stretta correlazione con i principi fondamentali «da cui si desume la ispirazione di fondo che vivifica il "progetto di società e di stato" in essa delineato»[7]. È condivisibile perciò quanto già sostenuto in questa sede da Beniamino Caravita[8], ma in precedenza anche da Nicola Occhiocupo, secondo il quale, in linea con la giurisprudenza costituzionale (sent. 14/1983), «le Università sono, dunque, comunità di persone, formazioni sociali, che presentano, tra l'altro, la caratteristica di avere il c.d. elemento personale differenziato in più "componenti", ciascuna portatrice di diritti ed interessi distinti da quelli delle altre, ma tutte partecipi, in misura diversa, della vita comunitaria e del comune interesse al conseguimento dei compiti specifici, e con una organizzazione stabile e permanente, strumentale alla realizzazione dei fini specifici della formazione medesima, che fornisce a questa una precisa individualità»[9]. A ragionare diversamente, e quindi a inquadrare le Università tra gli enti strumentali dello Stato, se ne perde le peculiarità proprio nella prospettiva dell'art. 33 Cost.[10].

Come è stato lucidamente affermato, «l'autonomia degli Atenei non ha una giustificazione corporativa e non serve a sostenere pretese di autoreferenzialità, ma a dare corpo ed energia alla libertà di ricerca ed insegnamento, dalla quale nasce – come oggi si riconosce ampiamente nei Paesi che vantano i sistemi universitari più efficienti – l'impulso più forte all'innovazione culturale e tecnologica. Forse non è inutile ricordare che il suo fondamento costituzionale si trova

[6] Per tutti, V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 23 ss.; F. MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, in *Dir. e soc.*, 1978, pp. 757 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1980, pp. 229 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'autonomia delle Università e delle Accademie nella Costituzione italiana*, in *Dir. e soc.*, 1981, pp. 270 ss. (anche in *Studi in onore di A. Amorth*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 375 ss.).

[7] N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e autonomia normativa delle Università*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *L'autonomia universitaria (Bologna, 25-26 novembre 1988)*, Padova, Cedam, 1990, 13 (il testo è pubblicato altresì in *Foro it.*, 1990, V, cc. 252 ss.).

[8] B. CARAVITA, *L'autonomia universitaria oggi*, in questa *Rivista*, 2021, n. 6, pp. 6 ss. (il testo è pubblicato altresì in *Federalismi.it*, 2021, n. 25, pp. IV ss.).

[9] N. OCCHIOCUPO, *Costituzione*, cit., pp. 15-16.

[10] L. PALADIN, *Stato e prospettive*, cit., p. 176.

nella prima parte della Costituzione. Ciò significa che il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato deve essere inteso in senso estensivo, secondo il principio di massima espansione dei diritti e delle libertà fondamentali. Lo stesso legislatore statale non può andare al di là della determinazione dei confini esterni dello spazio autonomo posseduto dalle Università a titolo originario e soltanto riconosciuto e non costituito dalla legislazione progressivamente attuativa del principio costituzionale di base»[11].

Si può quindi concludere che dall'art. 33, comma 6, Cost. si può evincere una sorta di diritto all'autonomia in capo alle Università, «collocato in un contesto di libertà politiche e culturali e di pluralismo democratico»[12].

Sul punto, nel 1988 la giurisprudenza costituzionale, in linea con la coeva *Magna Charta* delle Università europee[13], ha parlato di una «diretta correlazione funzionale» dell'autonomia universitaria con la libertà di ricerca e di insegnamento, «valore che non può non contrassegnare al massimo livello l'attività delle istituzioni di alta cultura» (sent. 1017/1988); successivamente, sul presupposto che «organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente», ha rilevato che «l'organizzazione deve considerarsi anche sul suo lato funzionale esterno, coinvolgente i diritti e incidente su di essi»; in tal modo, all'ultimo comma dell'art. 33 è stata riconosciuta «una funzione, per così dire, di cerniera, attribuendosi alla responsabilità del legislatore statale la predisposizione di

[11] G. SILVESTRI, *L'autonomia universitaria tra vecchi e nuovi centralismi*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 336.

[12] M. RAMAJOLI, *La mai attuata autonomia universitaria*, in A. MARRA (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, Roma, Aracne, 2020, p. 29. Sul punto, cfr. anche E.M. MADAMA, F. RIGANO, *Appunti sul diritto costituzionale delle Università all'Autonomia*, in G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano, Franco Angeli, 2016, pp. 211 ss. e A. Police, *Quale legittimità per la nuova* governance *universitaria?*, in M. D'ORSOGNA, E.-P. GUISELIN, S. CIMINI, A.F. Di SCIASCIO (a cura di), *Finanziamento, competizione ed a*ccountability *nel governo dell'università*, vol. I, *La mutation de la gouvernance des universités en France et en Italie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 52, secondo il quale «non è infatti il solo articolo 33, ultimo comma, Cost. a garantire l'autonomia delle Università e degli altri Istituti di ricerca, ma, ed ancor prima, quel generale principio democratico che informa di sé tutte le Istituzioni della Repubblica e quindi tutti gli Enti pubblici sin dalla solenne enunciazione dell'art. 1 della nostra Carta fondamentale».

Diversamente, è stato osservato che l'ampio rinvio al legislatore ordinario desumibile dall'art. 33, comma 6, Cost. dimostrerebbe che «l'università è storicamente oggi da considerare come un soggetto (o un sistema) che partecipa insieme ad altri soggetti, e in linea di principio su un piano di parità, al processo scientifico e che il problema della allocazione della risorsa […] della libertà scientifica va affermato senza privilegi precostituiti»: A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, cit., pp. 103-104.

[13] La *Magna Charta* delle Università europee, sottoscritta a Bologna il 18 settembre 1988, afferma infatti, nel primo dei suoi principi fondamentali, che l'Università è «un'istituzione autonoma che produce e trasmette criticamente la cultura mediante la ricerca e l'insegnamento. Per essere aperta alle necessita del mondo contemporaneo deve avere, nel suo sforzo di ricerca e d'insegnamento, indipendenza morale e scientifica nei confronti di ogni potere politico ed economico».

limiti legislativi all'autonomia universitaria relativi tanto all'organizzazione in senso stretto, quanto al diritto di accedere all'istruzione universitaria, nell'ambito del principio secondo il quale "la scuola è aperta a tutti" (art. 34, primo comma) e per la garanzia del diritto riconosciuto ai "capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi" "di raggiungere i gradi più alti degli studi"(art. 34, terzo comma)» (sent. 383/1998)[14].

In questo senso non si può non richiamare anche l'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea secondo il quale «le arti e la ricerca scientifica sono libere. La libertà accademica è rispettata»; anche da tale disposizione è stata ricavata l'esigenza di autonomia degli Atenei[15], tenendo conto della consequenzialità stretta tra libertà di ricerca e libertà accademica[16].

Il combinato disposto dell'art. 33, commi 1 e 6, Cost. porta a ritenere che la libertà individuale di orientamento personale nella scelta dei metodi e dei contenuti delle attività scientifiche e didattiche non sia sufficiente se non accompagnata dalla garanzia di un'autonomia riconosciuta agli Atenei di determinare, con propri organi e con proprie procedure, la necessaria disciplina organizzativa per garantire detta libertà: «L'autonomia collettiva può essere vista come una "proiezione" della libertà individuale, ma senza che se ne possa trarre la conclusione dell'esistenza di formazioni sociali portatrici di un proprio indirizzo politico»[17].

In questo senso, come lucidamente osservato in particolare da Antonio D'Atena, le Università «sono, bensì, "pubblico" (e, quindi, espressione della statualità), ma presentano una "qualità" strutturale che li differenzia dalle "tipiche" espressioni del pubblico, costituite – com'è noto – dallo Stato e dagli altri enti territoriali. / Essi, non solo si collocano sulla frontiera che separa i pubblici poteri dalla società civile, ma sono espressione proprio di quel "pezzo" di società civile cui si rivolge la loro azione" […] La struttura di tali entità si riflette, anzitutto, sulla qualità dei processi di decisione che si svolgono al loro interno. I quali sono in grado di pervenire a sintesi, non solo "diverse" da

[14] Su tali pronunce, da ultimo, C. PINELLI, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 3, pp. 1-2.

[15] E. CARDIN, *Art. 13*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 265-266.

[16] G. DEMURO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 118, secondo il quale «non si può infatti parlare di libertà accademica se non vi è libertà di ricerca scientifica. Sotto il profilo definitorio può ritenersi che la libertà di ricerca si estrinseca nella libertà di definire i principi e le metodologie della ricerca, nonché le modalità di distribuzione dei risultati della ricerca. La libertà accademica si estrinseca invece nel diritto di esprimere opinioni scientifiche e nel diritto di contribuire allo sviluppo della conoscenza tramite l'insegnamento».

[17] F. MERLONI, *Università*, in *Dizionario diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, p. 6106.

quelle realizzabili dagli enti legati al circuito della rappresentanza politica, ma anche "più vicine" […] alle comunità cui si riferisce immediatamente la loro attività»[18].

Emerge quindi la peculiarità dell'autonomia universitaria, non assimilabile a quella delle autonomie territoriali, non essendo gli Atenei portatori di un proprio indirizzo politico e di fini generali. Si è evocato un riferimento a una funzione di autogoverno[19], per un verso, e per alcuni profili paragonata a quella spettante alla magistratura nel titolo IV della seconda parte della Costituzione[20].

A tale proposito Valerio Onida ha definito gli Atenei realtà complesse, ovvero luoghi di esercizio di diritti di libertà e, insieme, di esplicitazione, nei confronti di terzi, di funzioni di interesse pubblico, consistenti nell'erogazione dell'insegnamento e della ricerca: da qui la necessità di una valorizzazione dell'autonomia nella prima dimensione, ma anche di fonti eteronome, e dunque della legge, nella seconda[21].

Ciò detto, e anche in ragione delle diffuse peculiarità degli Atenei, si è discusso se l'autonomia debba spettare alle sole strutture centrali degli stessi, ovvero anche alle strutture interne, e dunque *in primis* ai Dipartimenti, in cui si svolgono concretamente le funzioni inerenti alla ricerca e alla didattica, in un'ottica di tutela dell'autonomia interna, per così dire, dei docenti (si è efficacemente parlato di una autonomia dell'Università cui si deve affiancare un'autonomia nell'Università[22]): da qui la rilevanza e insieme la problematicità dell'art. 2, comma 2, lett. *a*), della l. 240/2010, che demanda agli statuti la disciplina dell'organizzazione interna e, tra i principi e criteri direttivi, «semplificazione dell'articolazione interna, con contestuale attribuzione al dipartimento delle funzioni finalizzate allo svolgimento della ricerca scientifica, delle attività didattiche e formative, nonché delle attività rivolte all'esterno ad esse correlate o accessorie». Sul punto, già prima dell'entrata in vigore della legge Ruberti si era osservato che «l'imputazione dell'autonomia deve tener conto dell'esistenza di soggettività distinte dalle persone giuridiche propriamente dette: cui va riconosciuto un separato ruolo, in nome dei particolari interessi imperniati su di esse»[23].

[18] A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 109-110.

[19] Così, U. POTOTSCHNIG, *Strutture di Governo e di Autogoverno*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 31 (il testo è pubblicato anche in *Giur. cost.*, 1988, pp. 2305 ss.).

[20] U. POTOTSCHNIG, *Strutture di Governo*, cit., pp. 39-40.

[21] V. ONIDA, *Intervento*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *L'autonomia universitaria*, cit., pp. 101 ss.

[22] A. LOIODICE, *Intervento*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 90.

[23] L. PALADIN, *Stato e prospettive*, cit., p. 177; nello stesso senso, si è osservato che quello universitario è un «sistema composito nel quale coesistono sfere distinte, che vanno distintamente garantite»,

Se infatti la l. 240/2010 ha prefigurato un assetto dipartimentale degli Atenei, con il superamento delle Facoltà, nella nuova architettura istituzionale il Dipartimento appare più un terminale organizzativo fissato dall'alto piuttosto che come un'organizzazione di autonomia funzionale in grado di assicurare lo svolgimento e l'esercizio dei diritti di libertà di cui all'art. 33 Cost. In effetti, da un lato la l. 240/2010 rende i Dipartimenti titolari di funzioni rilevanti ma prevalentemente configurate come proposte o atti di impulso rispetto a determinazioni spettanti agli organi di governo degli Atenei; dall'altro, proprio l'organo in qualche misura rappresentativo dei Dipartimenti, ovvero il Senato accademico, è stato depotenziato in favore del Consiglio di amministrazione, con riferimento, in particolare, alle chiamate di professori e ricercatori a tempo determinato, all'approvazione dei documenti strategici[24].

D'altra parte, se è vero che l'autonomia è riconosciuta innanzitutto alle singole Università, appare illusorio ritenere che essa possa essere garantita dalle singole strutture senza un riferimento al sistema degli Atenei nel suo complesso. Si tratta di un punto importante nella misura in cui l'art. 33, comma 6, presuppone il riconoscimento di un'autonomia all'istituzione universitaria, e quindi anche «alla intiera organizzazione universitaria italiana»[25]: da qui la ricerca di strumenti di coordinamento che però attualmente appaiono deboli o comunque non adeguatamente valorizzati dalla legislazione statale. Si pensi, in particolare, alla disciplina del C.U.N. che, nonostante quanto previsto dall'art. 1, comma 1, della l. 18/2006, non può essere qualificato come organo di rappresentanza del sistema universitario; i suoi componenti, infatti, solo in piccola misura sono espressione degli Atenei, essendo del tutto prevalente la rappresentanza delle aree disciplinari[26].

Eppure non appare una forzatura ritenere che anche al sistema universitario si potrebbe applicare quel riferimento all'adeguamento dei metodi della legislazione alle esigenze delle autonomie e del decentramento di cui parla l'art. 5

riconducibili alla sfera del singolo, dei collegi partecipativi, degli organi centrali di Ateneo: A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2984. Cfr., da ultimo, C. BENETAZZO, *Organi del Dipartimento e modalità della loro composizione: gli ambiti dell'autonomia universitaria*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 4, pp. 2 ss.

[24] P.G. RINALDI, *La* governance *interna delle università e il principio dell'autonomia universitaria*, in E. CARLONI, P. FORTE, C. MARZUOLI, G. VESPERINI (a cura di), *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 75-76.

[25] P. GROSSI, *C'era una volta l'Università in Italia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, n. 28, t. 2, p. 1144. Ciò non vale ad escludere che l'autonomia delle singole Università sia preminente rispetto a quella delle Università nel suo complesso: S: FOIS, *Intervento*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 68.

[26] A. CORPACI, *Ambito e contenuti dell'autonomia universitaria alla luce della recente legislazione di riforma*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 113.

Cost.: disposizione, quest'ultima, invero tanto significativa quanto concretamente disapplicata nella prassi[27].

Certo, un coordinamento tra gli Atenei è un'esigenza che in qualche modo rischia di essere minata nell'attuale stagione della competitività, che pare costituire anche a livello politico una strategia perseguita di fatto, di per sé in parte comprensibile ma non fino al punto di allargare una dimensione premiale, con particolare riferimento alle risorse, oltre un limite tale da mettere in discussione la concreta realizzazione della missione istituzionale di ciascuna Università, magari in direzione di una distinzione, invero assai discutibile, tra *teaching university* e *research university*[28].

2. L'art. 33, comma 6, Cost., nella giurisprudenza costituzionale

La dottrina ha fornito ricostruzioni alquanto diverse dell'art. 33, comma 6: alcuni autori hanno dubitato che tale disposizione configuri una riserva di legge in senso proprio[29], altri hanno ricostruito detta riserva come relativa, altri ancora come assoluta, ovvero come al contempo assoluta (nei confronti dell'esercizio del potere regolamentare del Governo) e relativa (non escludendo le fonti di autonomia)[30]. Sullo sfondo, vi è poi la questione del fondamento dell'autonomia universitaria, da alcuni rinvenuto direttamente nella Costituzione, tanto che una legge sull'autonomia sarebbe «una contraddizione in termini»[31], da altri nella legge, sul presupposto della necessità, pur in presenza di un fondamento nella Carta fondamentale, di un conferimento da parte del legislatore[32]. Se, quindi, è certa l'esistenza di un nucleo di normazione riconosciuta alle Università, non ne è affatto sicura l'estensione, in quanto non precisamente definita dalla Costituzione.

[27] Per tutti, N. LUPO, *Il Parlamento alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, in G. TARANTINI (a cura di), *Il federalismo a Costituzione variata*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 120 ss.

[28] E. CARLONI, *La* governance *delle università: l'autonomia, le riforme e i modelli*, in E. CARLONI, P. FORTE, C. MARZUOLI, G. VESPERINI (a cura di), *Il sistema universitario in trasformazione*, cit., p. 28.

[29] In questo senso, G. LOMBARDI, *Autonomia universitaria e riserva di legge*, in *Studi sassaresi*, 1967-1968, pp. 838 ss.; F. MODUGNO, *Riserva di legge*, cit., p. 758; F. FENUCCI, *Autonomia universitaria e libertà culturali*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 30 ss.

[30] Per una ricostruzione delle diverse posizioni, per tutti, G. FONTANA, *Art. 33*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Utet, 2006, pp. 694 ss.; R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 55 ss.; A. BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora...*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 54 ss.; F. COSTANTINO, *Libertà di scienza tra autonomia universitaria e centralizzazione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 77 ss.

[31] M. CAMMELLI, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 182.

[32] Così, L. PALADIN, *Stato e prospettive*, cit., pp. 170 ss.

In questo senso, la giurisprudenza costituzionale non si è mai allontanata da una ricostruzione alquanto prudente dell'autonomia universitaria: emblematiche al riguardo sono innanzitutto la sent. 51/1966 nella quale la Corte ritenne che, mancando leggi attuative dell'art. 33, comma 6, continuassero ad avere vigore gli artt. 17 e 18 del r.d. 1592/1933, in materia di procedimento di adozione e contenuti degli statuti universitari, la sent. 145/1985 nella quale si è affermato che il diritto delle Università di darsi ordinamenti autonomi «spetta "nei limiti delle leggi dello Stato": non si tratta di una autonomia piena ed assoluta ma di una autonomia che lo Stato può accordare in termini più o meno larghi, sulla base di un suo apprezzamento discrezionale, che, tuttavia, non sia irrazionale»[33], e la sent. 1017/1988 secondo la quale il diritto di darsi ordinamenti autonomi e riconosciuto dalla Costituzione alle istituzioni di alta cultura, università ed accademie è da intendersi «non in modo pieno ed assoluto, ma "nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato"».

Solo in questo contesto la Corte riconosce alle Università un'autonomia anche normativa, oltre che didattica, scientifica, amministrativa, finanziaria e contabile «a porsi in diretta correlazione funzionale con la libertà di ricerca e di insegnamento, valore che non può non contrassegnare al massimo livello l'attività delle istituzioni di alta cultura»[34].

Anche dopo le riforme intervenute dal 1989 (legge Ruberti) la Corte nella sent. 383/1998 ha impropriamente ammesso che la riserva di legge di cui all'art. 33, comma 6, Cost. non solo sia aperta alla penetrazione delle fonti eurounitarie, ma non escluda un'attività normativa secondaria per integrare e svolgere in concreto i contenuti sostanziali delle fonti primarie, laddove si tratti di profili che richiedono determinazioni unitarie o comunque «tali da dover essere conformate a circostanze e possibilità materiali varie e variabili, e quindi non facilmente regolabili in concreto secondo generali e stabili previsioni legislative»[35]. Se quindi nel rapporto tra le leggi e l'autonomia universitaria le prime si atteggiano come "limiti" «che non sarebbero più tali ove le disposizioni di legge fossero circostanziate al punto da ridurre le Università, che la Costituzione vuole dotate di ordinamenti autonomi, al ruolo di meri ricettori passivi di decisioni assunte al centro», «la riserva di legge in questione è tale da comportare, da un lato, la necessità di non comprimere l'autonomia delle università, per quanto riguarda gli aspetti della disciplina che ineriscono a tale autonomia; dall'altro, la possibilità che la legge, ove non disponga essa stessa direttamente ed esaustivamente, preveda l'intervento normativo dell'esecutivo, per la

[33] *Considerato in diritto*, n. 2.
[34] *Considerato in diritto*, n. 4.
[35] *Considerato in diritto*, n. 4.1.2.

specificazione concreta della disciplina legislativa, quando la sua attuazione, richiedendo valutazioni d'insieme, non è attribuibile all'autonomia delle università».

Infine la stessa pronuncia sembra escludere, diversamente da quanto sostenuto da una parte della dottrina[36], che alle Università si applichino le "norme generali sull'istruzione": in essa si legge infatti che «secondo la Costituzione, l'ordinamento della pubblica istruzione è dunque unitario ma l'unità è assicurata, per il sistema scolastico in genere, da "norme generali" dettate dalla Repubblica; in specie, per il sistema universitario, in quanto costituito da "ordinamenti autonomi", da "limiti stabiliti dalle leggi dello Stato"»[37]; né tale pronuncia sembra superata dagli sviluppi giurisprudenziali successivi riferiti all'art. 33, comma 2, Cost. Semmai ci si può chiedere se norme generali sull'istruzione possano estendersi almeno indirettamente agli Atenei laddove esse disciplinino istituti o strumenti di raccordo tra questi ultimi e gli istituti superiori (si pensi da ultimo alla proposta di legge di riforma degli ITS: A.S. n. 2333).

Le linee portanti della giurisprudenza costituzionale sull'autonomia universitaria sono state ribadite anche nella più recente sent. 104/2017: infatti la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 10 del d.lgs. 49/2012, in materia di determinazione delle percentuali del FFO da ripartire in relazione al costo standard per studente, è stata motivata in quanto in tale disposizione «il decreto legislativo non si è limitato ad affidare ad atti amministrativi l'esecuzione di scelte già delineate nelle loro linee fondamentali negli atti con forza di legge del Parlamento e del Governo. Esso ha invece lasciato indeterminati aspetti essenziali della nuova disciplina, dislocando di fatto l'esercizio della funzione normativa dal Governo, nella sua collegialità, ai singoli Ministri competenti, e declassando la relativa disciplina a livello di fonti sub-legislative, con tutte le conseguenze, anche di natura giurisdizionale, che una tale ricollocazione comporta sul piano ordinamentale»[38].

Per il resto, la Corte ribadisce anche testualmente quanto già affermato nel 1998, ovvero che «con specifico riguardo all'ordinamento universitario, questa Corte ha già da tempo rilevato che il rinvio a fonti e atti amministrativi non solo non è vietato, ma è in un certo senso persino fisiologico: nulla nella Costituzione – ivi comprese le riserve relative di legge di cui agli artt. 33, 34 e 97 – vieta alla legge di affidare l'integrazione e lo sviluppo dei propri contenuti sostanziali ad un'attività normativa secondaria di organi statali, quando "si versi in aspetti della materia che richiedono determinazioni bensì unitarie, e quindi

[36] U. POTOTSCHNIG, *Strutture di Governo*, cit., pp. 40 ss.; S. FOIS, *Intervento*, cit., p. 73. *Contra*, per tutti, A. CORPACI, *Ambito e contenuti*, cit., c. 106, secondo il quale, in particolare, «l'istruzione universitaria deve essere coerente alla, e conformata dalla, autonomia delle università».

[37] *Considerato in diritto*, n. 4.1.1.

[38] *Considerato in diritto*, n. 4.3.

non rientranti nelle autonome responsabilità dei singoli atenei, ma anche tali da dover essere conformate a circostanze e possibilità materiali varie e variabili, e quindi non facilmente regolabili in concreto secondo generali e stabili previsioni legislative" (sent. n. 383 del 1998)»[39].

Un tale punto di arrivo solo apparentemente è in linea con la tesi secondo la quale, alla stregua dell'art. 33, comma 6, il vero problema non sarebbe quello del contenuto della riserva di legge ma il bilanciamento tra i principi costituzionali che reggono il sistema delle autonomie costituzionalmente garantite[40]. Una tale prospettiva, infatti, porta comunque a ritenere che la legge non possa imporre agli Atenei qualunque vincolo, essendo essa limitata «dalla necessità di rispettare l'autonomia universitaria», che può cedere solo rispetto a valori prevalenti[41].

Si può discutere se in tal modo, l'autonomia universitaria sia stata degradata fino a essere qualificata «sotto tutela ministeriale»[42]. Di fatto, la "relativizzazione" della riserva di legge, ormai pacificamente ammessa dalla giurisprudenza costituzionale, ha finito per ridimensionare l'autonomia universitaria[43], poiché tale riserva «richiede la rigorosa applicazione delle norme dettate a garanzia del pluralismo culturale (cui sono, in ultima analisi, preordinate, sia l'autonomia universitaria, sia le libertà di scienza e insegnamento, in funzione delle quali la prima è riconosciuta)»[44]: ciò significa, come si è già ricordato, che il diritto di darsi ordinamenti autonomi, nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato, deve essere inteso in modo estensivo[45].

Inoltre, come si dirà, la "relativizzazione" della riserva ha favorito il disordine delle fonti che attualmente affligge le Università (par. 6).

[39] *Considerato in diritto*, n. 4.3.

[40] A. POGGI, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 173 ss.

[41] Così, D. SORACE, *L'autonomia universitaria negli anni Novanta: problemi e prospettive*, in *Diri. Pubbl.*, 1996, pp. 150 ss.; cfr. anche L. MAZZAROLLI, *L'autonomia delle Università e delle Accademie nella Costituzione italiana*, in *Dir. e soc.*, 1981, p. 282 (anche in *Studi in onore di A. Amorth*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 375 ss.).

[42] A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'università*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 3332 ss.

[43] Si è addirittura parlato di una dissoluzione della stessa, a seguito della sent. 383/1998: R. NIRO, *Numero chiuso all'Università e potere regolamentare del Ministro: morte della riserva di legge o sua trasfigurazione?*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1236.

[44] A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale*, cit., p. 3338. Similmente si è osservato che in tal modo la legge è autorizzata a debordare «dalle mere questioni di principio all'amputazione pressoché totale dell'autonomia degli atenei»: R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica*, cit., p. 62.

[45] G. SILVESTRI, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 336.

3. L'attuazione del precetto costituzionale; dalla lunga stagione del "congelamento" alla l. 168/1989

Almeno la prima giurisprudenza costituzionale si colloca nel contesto della lenta, sofferta, ritardata e parziale e, per alcuni profili, discutibile attuazione dell'art. 33, comma 6, Cost.

In questa sede, è da ricordare che anche dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale hanno continuato a trovare applicazione per lungo tempo atti precostituzionali [46], soprattutto di epoca fascista, a cominciare dal r.d. 1592/1933 («Approvazione del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore»)[47], anche perché a partire dal periodo costituzionale provvisorio[48] e fino agli anni ottanta il legislatore è intervenuto a disciplinare aspetti parziali, sia pure significativi[49], talvolta peraltro in una logica emergenziale o meramente congiunturale[50]. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione si è dipanato quindi un processo legislativo di riforma efficacemente definito «*casuale* e *frammentario*»[51], solo in alcuni casi tale da aprire spazi, peraltro meramente interstiziali, all'autonomia anche normativa degli Atenei[52]. Emblematico al riguardo è il d.P.R. 382/1980, il cui art. 86 istituiva i Dipartimenti, consacrandone l'autonomia finanziaria ed amministrativa, ancorché sulla base di un regolamento-tipo di regolamento e di amministrazione e contabilità generale delle Università, da adottarsi con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro della pubblica istruzione, sentito il C.U.N., di concerto con il Ministro del tesoro (comma 2). Solo all'interno della cornice di questo regolamento-tipo governativo le istituzioni universitarie potevano esercitare le proprie determinazioni autonome, non a caso qualificate come «disposizioni integrative» e di adeguamento della normativa «nel rispetto delle leggi vigenti

[46] Si pensi, in particolare, al r.d. 2102/1923, che, come accennato, riconobbe per la prima volta alle Università autonomia amministrativa, didattica e disciplinare. Sulla normativa anteriore alla Costituzione, per tutti, A. BARETTONI ARLERI, F. MATARAZZO, *Università* – I. *Università degli studi*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 822 ss.; W. GASPARRI, *Università degli studi*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Agg. I, Torino, Utet, 2000, pp. 617 ss.

[47] A questo si accompagnava il r.d.l. 1071/1935 che subordinava tutti gli organi degli Atenei al Ministro. La perdurante, parziale vigenza del r.d. 1592/1933 è stata confermata, da ultimo, dalla normativa c.d. "taglia-leggi": come è noto, infatti, l'art. 14, comma 17, lett. *a*), della l. 246/2005 esclude dall'abrogazione generalizzata delle disposizioni legislative anteriori al 1970, tra le altre, quelle contenute in ogni testo normativo «che rechi nell'epigrafe l'indicazione codice ovvero testo unico».

[48] In particolare, il d.lgs.lgt. 264/1944 e il d.lgs.lgt. 238/1945.

[49] Così, ad esempio, la l. 311/1958, in materia di stato giuridico del personale docente, e la l. 349/1958, in materia di stato giuridico ed economico degli assistenti universitari, entrambe ritenute parzialmente vigenti, dal d.lgs. 179/2009 (c.d. "salva-leggi").

[50] Il pensiero corre, ad esempio, al d.l. 580/1973 (convertito, con modificazioni, dalla l. 766/1973), recante «Misure urgenti per l'Università».

[51] M. SCUDIERO, *Intervento*, cit., p. 82.

[52] Si pensi alla l. 910/1969 in materia di elezioni studentesche che previde regolamenti universitari sulle elezioni studentesche senza l'approvazione ministeriale.

[…] fatti salvi i principi dichiarati non derogabili nel regolamento tipo» (comma 3). E a regolamenti-tipo alludeva anche l'art. 66 in materia di ripartizione dei proventi delle prestazioni dei contratti e convenzioni di ricerca per conto terzi.

Non a caso, in uno dei più citati commentari al d.P.R. 382/1980 si poteva leggere che queste disposizioni apparivano, nell'ottica dell'autonomia, addirittura più arretrate rispetto alla normativa pregressa, anche precostituzionale, giustificando la legificazione di ambiti lasciati liberi perfino dal r.d. 1592/1933 con «un orientamento di fondo del legislatore non già volto a limitare la suddetta autonomia, ma a orientarla all'interno di un quadro normativo più avanzato verso un assetto dell'Università profondamente innovato rispetto a quello preesistente»[53].

Di fatto, come efficacemente è stato notato, «nel corso dei primi venticinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione, si può ben dire che il tema dell'autonomia universitaria sia rimasto nell'ombra», con gli Atenei che oscillavano «fra il polo dell'accentramento e quello dell'autonomia, con l'accento che cade sul primo piuttosto che sull'altro termine»[54]. A ciò ha contribuito anche il riferimento, contenuto nell'art. 33, comma 6, Cost., ai limiti stabiliti dalla legge che, secondo la richiamata interpretazione, fatta propria anche dalla Corte costituzionale, non escludeva di per sé, salvo eccezioni, la perdurante vigenza anche della legislazione pre-costituzionale[55].

Da questo punto di vista, una svolta, che però si è rivelata non più di una sorta di "rivoluzione incompiuta", è data dalla l. 168/1989, concepita come il primo tassello di un processo riformatore che si sarebbe completato con una successiva legge attuativa dei principi generali sull'autonomia[56], peraltro mai approvata. Si è anzi parlato di un rovesciamento della *consecutio temporum* tra i due atti, spiegabile con ragioni politiche. Pertanto, l'urgenza politica di istituire il nuovo Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e i problemi, anche politici, derivanti dalla proposta di legge sull'autonomia hanno indotto

[53] L. CAPOGROSSI COLOGNESI, V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La riforma universitaria (d.P.R. n. 382 dell'11 luglio 1980)*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 29.

[54] L. PALADIN, *Stato e prospettive*, cit., rispettivamente p. 161 e 172.

[55] Per tutti, F. MERLONI, *L'autonomia delle università e degli enti di ricerca (articoli 6-9)*, in F. MERLONI (a cura di), *Il Ministero e l'autonomia delle Università e della ricerca. Commento alla legge 9 maggio 1989, n. 168 e al disegno di legge sulle autonomie*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 74.

[56] A tale legge alludono gli artt. 6, comma 8, e 16, comma 1, della l. 168/1989. Su tale legge, in particolare, G. AURISICCHIO, *Rapporti tra legge istitutiva del Ministero e disegno di legge sulle autonomie*, e F. MERLONI, *I contenuti del disegno di «legge generale sull'autonomia dell'università e degli enti di ricerca»*, entrambi in F. MERLONI (a cura di), *Il Ministero*, cit., rispettivamente pp. 201 ss. e 215 ss.

il legislatore ad anticipare nel primo disegno di legge anche contenuti della seconda[57].

La l. 168/1989 costituisce il primo, ancorché parziale, tentativo di attuare l'art. 33, comma 6, Cost., in una prospettiva di "ritrazione" della legge in favore dell'attività normativa degli Atenei: ai sensi dell'art. 6, infatti, «le università sono dotate di personalità giuridica e, in attuazione dell'articolo 33 della Costituzione, hanno autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile; esse si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti» (comma 1), con ciò delineando i contorni «di un'autonomia intrinsecamente plurale nei contenuti che la qualificano e i cui termini sono in parte esplicitati, in parte rinviati a leggi future destinate a darvi attuazione»[58].

Ai sensi del comma 2, poi, «nel rispetto dei principi di autonomia stabiliti dall'articolo 33 della Costituzione e specificati dalla legge, le università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento. È esclusa l'applicabilità di disposizioni emanate con circolare».

Con la prima previsione non solo si intendeva escludere l'applicazione di regolamenti governativi ma si voleva garantire «che una certa decisione legislativa sia stata assunta nella piena consapevolezza di voler disciplinare un certo settore ordinamentale», ancorché non necessariamente ad assicurare l'emersione già nel "voluto" del legislatore della *intentio* di sostituire norma a norma[59]. Con la seconda si voleva escludere uno strumento tradizionalmente utilizzato dal Ministero in funzione dell'esercizio di un'attività direttiva o, addirittura, normativa.

In evidente discontinuità rispetto al passato[60], la l. 168/1989 configura gli statuti come una fonte espressiva dell'autonomia degli Atenei[61], ancorché soggetta a un controllo del Ministro[62] che è stato valutato come anomalo e tale da

[57] L. ELIA, *Conclusioni*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *L'autonomia universitaria*, cit., pp. 106-107.

[58] C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 3.

[59] P. CARNEVALE, *Il caso delle leggi contenenti clausole di «sola abrogazione espressa» nella più recente prassi legislativa. Per un tentativo di rimeditazione organica anche alla luce della problematica degli autovincoli legislativi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa.* I. *"Vincoli" alla funzione legislativa*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 4-5, nt. 1.

[60] Sugli statuti universitari prima della l. 168/1989, cfr., per tutti, C. CORSI, *Poteri governativi in tema di statuti degli enti pubblici*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 383 ss.

[61] Ai sensi dell'art. 6, comma 9, essi sono deliberati dagli organi competenti dell'Università a maggioranza assoluta dei componenti.

[62] I commi 9 e 10 dello stesso art. 6 prevedono poi un controllo di legittimità e di merito nella forma della richiesta motivata di riesame con, in ultima istanza, la possibilità per il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca, qualora gli organi dell'Università non si conformino ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata con i tre quinti dei componenti, di ricorrere contro l'atto emanato dal rettore, in sede di giurisdizione amministrativa.

comportare, fu detto dalla dottrina coeva all'entrata in vigore della legge, «non passi in avanti, ma passi indietro sulla strada dell'autonomia»[63], trattandosi di una previsione non consona rispetto a questo principio[64].

Gli statuti contengono le disposizioni relative all'organizzazione delle strutture universitarie, alla determinazione dei corsi e dei titoli di studio (art. 6, comma 3), all'autonomia didattica e scientifica, amministrativa e contabile (commi 4, 5 e 7), all'individuazione delle strutture con autonomia finanziaria e di spesa (comma 7; art. 7, comma 4). In queste materie, gli statuti realizzano una delegificazione, andandosi a sostituire alle previgenti disposizioni legislative; in questo senso, l'art. 16 pone una disciplina dettagliata dei contenuti della potestà statutaria.

Quanto ai regolamenti di ateneo, l'art. 6, comma 6, della legge afferma che essi «sono emanati con decreto del rettore, nel rispetto dei principi e delle procedure stabiliti dallo statuto». Anche a tali fonti si estende il controllo ministeriale previsto per lo statuto.

Statuti e regolamenti si configurano come fonti in delegificazione, poiché essi sono abilitati a sostituirsi anche a leggi preesistenti in materia.

Una disciplina particolare è prevista con riferimento al regolamento di amministrazione, finanza e contabilità (art. 7, comma 7) che può essere adottato anche in deroga alle norme dell'ordinamento contabile dello Stato e degli enti pubblici, ma comunque nel rispetto dei relativi principi. Ai sensi del comma 11, «fino alla emanazione del regolamento di cui al comma 7, per ciascuna Università continuano ad applicarsi le norme ed i regolamenti vigenti in materia. Per ciascuna Università, con l'emanazione del regolamento di ateneo, cessano di avere efficacia le disposizioni legislative e regolamentari con lo stesso incompatibili».

In questo caso, siamo quindi in presenza di una sorta di riserva di regolamento delegificante, autorizzato da una norma che, per di più, recepisce la tecnica dell'abrogazione differita e condizionata delle norme, prevista con riferimento ai regolamenti governativi dall'art. 17, comma 2, della l. 400/1988. Tale delegificazione è però limitata dalla legge in modo generico ed ambiguo «stante la difficoltà di discernere, nella normativa sulla contabilità dello Stato e degli enti pubblici […] norme di principio e norme di dettaglio»[65].

L'altro significativo contenuto della l. 168/1989 è dato dall'istituzione del Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica. Si tratta di un interlocutore, come si dirà, "pesante" per gli Atenei e per di più instabile

[63] U. POTOTSCHNIG, *Strutture di Governo*, cit., p. 40.
[64] L. ELIA, *Conclusioni*, cit., p. 109.
[65] F. MERLONI, *L'autonomia delle università e degli enti di ricerca*, cit., p. 99.

quanto alla sua configurazione istituzionale, ciò che non ha contribuito a una linearità e continuità di rapporti con gli Atenei.

Infatti, il Mur, istituito dalla l. 168/1989, con il d.lgs. 300/1999 è stato di nuovo accorpato al Ministero della pubblica istruzione (artt. 49 ss.); nuovamente istituito dal Governo Prodi II con il d.l. 181/2006 (convertito, con modificazioni, dalla l. 233/2006), è stato successivamente accorpato in forza dell'art. 1, commi 376 e 377, della legge finanziaria per il 2008 (l. 244/2007) e quindi, da ultimo, ancora istituito con il d.l. 1/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. 20/2020).

4. Dopo la l. 168/1989: "il precoce riflusso"

Come accennato, la l. 168/1989 si è atteggiata più come una parentesi che come una svolta politico-istituzionale di lungo periodo.

Dopo la sua entrata in vigore, infatti, si è sviluppata una legislazione per molti aspetti frammentaria, dettagliata e sviluppata da successivi regolamenti, e quindi tale da ridimensionare gli spazi di autonomia normativa in precedenza riconosciuti. Così, già nella l. 341/1990, in materia di riforma degli ordinamenti didattici, abbondano rinvii a regolamenti di diverso tipo (governativi, ministeriali ma anche atipici)[66]; se poi si aggiunge la previsione dell'approvazione ministeriale dei regolamenti didattici di Ateneo (art. 11, comma 1), attraverso la quale è riconosciuta a quest'ultimo la possibilità di ingerirsi nella determinazione del contenuto degli atti in questione, si può concludere che il processo di concretizzazione delle scelte della Costituzione in materia di autonomia universitaria conosce precocemente un freno[67]. Non a caso, successivamente, in questa stessa materia la l. 127/1997 (c.d. "Bassanini II", art. 17, commi 95 ss.) ha ulteriormente ampliato una delegificazione atipica, in quanto affidata a regolamenti ministeriali[68]. In conseguenza di questo nuovo assetto, i regolamenti didattici di Ateneo sono diventati, a tutti gli effetti, fonti "terziarie", essendo subordinate al rispetto, oltre che delle disposizioni legislative, anche delle determinazioni ministeriali[69]. Così, il d.m. 270/2004, ancora vigente, reca,

[66] F. COSTANTINO, *Libertà di scienza*, cit., p. 78. Sul punto si è osservato che la l. 341/1990 ha costituito «una inattesa inversione di tendenza riguardo a quanto lasciava preludere la legge n. 168 del 1989»: E. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista*, Milano 1992, p. 12; nello stesso senso, A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 1991, pp. 2987 ss.

[67] Sul punto, per tutti, A. CORPACI, *Ambito e contenuti*, cit., cc. 111 ss.

[68] F. MERLONI, *Università*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, vol. VI, Milano 2006, p. 6105.

[69] E ciò sulla base di quanto previsto dall'art. 2, comma 2, del decreto del Ministro dell'istruzione, dell'Università e della ricerca 270/2004, ai sensi del quale «ai fini della realizzazione dell'autonomia didattica di cui all'articolo 11 della legge 19 novembre 1990, n. 341, le università, con le procedure previste dalla legge e dagli statuti, disciplinano gli ordinamenti didattici dei propri corsi di studio in conformità con le disposizioni del presente regolamento e di successivi decreti ministeriali». L'art. 11

significativamente, «modifiche al regolamento recante norme concernenti l'autonomia didattica degli atenei, approvato con decreto del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica 3 novembre 1999, n. 509»: come detto, sulla base di un fondamento legislativo assai tenue, esso detta disposizioni concernenti i criteri generali per l'ordinamento degli studi universitari e determina la tipologia dei titoli di studio rilasciati dalle università[70].

Sempre nel decennio che precede l'entrata in vigore della l. 240/2010 vi sono ulteriori interventi del legislatore.

Con l'art. 5 della l. 537/1993 il legislatore ha dettato prime disposizioni sull'autonomia finanziaria delle Università e ha istituito i Nuclei di valutazione interna, ove non già esistenti, «con il compito di verificare, mediante analisi comparative dei costi e dei rendimenti, la corretta gestione delle risorse pubbliche, la produttività della ricerca e della didattica, nonché l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa» (i compiti di tale organo sono stati ridefiniti successivamente con la l. 370/1999). Con la l. 286/2006 (art. 1, commi 138 ss.) è stata poi istituita l'ANVUR, a completare il disegno iniziato nel 1993 con l'istituzione di un nuovo organo nell'ottica della «valutazione esterna della qualità delle attività delle Università e degli enti di ricerca pubblici e privati destinatari di finanziamenti pubblici, sulla base di un programma annuale approvato dal Ministero dell'Università e della ricerca».

Con la l. 59/1997 l'autonomia universitaria è stata qualificata come "funzionale" (art. 1, comma 4, lett. *d*)[71]. In questa sede non è possibile indagare adeguatamente i profili di questa nozione, salvo evidenziare che essa può essere accolta proprio sul presupposto del riconoscimento agli Atenei di una sfera di autoamministrazione e di autonomia normativa per l'organizzazione e l'esercizio delle funzioni[72], connessa alla plurifunzionalità delle Università in materia

si premura di precisare analiticamente i contenuti dei regolamenti didattici di Ateneo. Emblematico, a tale proposito, l'approccio squisitamente centralistico che si evince già dal comma 1: «Le Università disciplinano gli ordinamenti didattici dei propri corsi di studio nei regolamenti didattici di ateneo che sono redatti nel rispetto, per ogni corso di studio, delle disposizioni del presente regolamento e di successivi decreti ministeriali, e che sono approvati dal Ministero ai sensi dell'articolo 11, comma 1, della legge 19 novembre 1990, n. 341».

Sul punto, S. MANGIAMELI, *Università e Costituzione (considerazioni sulla recente evoluzione dell'ordinamento)*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, pp. 217-218.

[70] Tra l'altro, il d.m. 270/2004 reca l'unica disciplina di ambiti materiali assai significativi, quali le convenzioni tra Atenei anche stranieri in materia di rilascio di titoli di studio.

[71] Su tale disposizione, in particolare, A. POGGI, *L'autonomia universitaria tra la ristrutturazione dell'amministrazione ministeriale e le competenze normative delle Regioni: qualche considerazione e alcune perplessità*, in *Quad. reg.*, 2002, pp. 715 ss.

[72] A. POGGI, *Le autonomie funzionali*, cit., p. 77, secondo la quale «la sola autoamministrazione […] non sarebbe in grado, anche congiunta all'attribuzione di funzioni in proprio, di generare una posizione di autonomia dell'ente nell'ordinamento. / La formula organizzatoria dell'autoamministrazione, infatti, non comporta (o non è sintomo di) autonomia in capo all'ente. / Anche se indubbiamente produce un certo tasso di autonomia, poiché gli organi espressi in regime di

di ricerca, istruzione, articolazione della didattica, che non consente più di ritenere che tali funzioni siano esercitate per conto dello Stato[73].

Nel 1998 la contestatissima l. 210 ha attribuito una parziale autonomia agli Atenei con riferimento al reclutamento del personale docente e ricercatore.

È stato giustamente evidenziato come tali leggi «non intervenendo su uno spazio normativo vuoto ma, al contrario, occupato da numerosi provvedimenti già adottati per disciplinare organizzazione e funzionamento delle Università, non sono riuscite a governare appieno la propria attuazione, come dimostrerà anche l'incontro con legislatori successivi che agiranno al di là di raccordi con le loro enunciazioni»[74].

Non sono poi mancate disposizioni legislative dettagliate anche "intrusive" in quanto intervenute in ambiti sui quali avrebbe dovuto esercitarsi l'autonomia statutaria degli Atenei[75], mentre molti provvedimenti sono stati determinati da esigenze del tutto contingenti[76], anche soprattutto di carattere finanziario (a proposito delle quali un ruolo decisivo è stato giocato dalle leggi di stabilità e dal 2016 dalle leggi di bilancio annuale)[77].

Tuttavia, questa deludente prassi non è stata efficacemente contrastata dagli Atenei che non hanno dimostrato una sufficiente cultura dell'autonomia: sul punto, è sufficiente ricordare che non pochi Atenei hanno utilizzato solo limitatamente gli spazi di autodeterminazione ad essi rimessi dalla l. 168/1989, «tanto che la forma di governo (organi, loro competenze e loro rapporti reciproci), le strutture di ricerca e di insegnamento (facoltà e dipartimenti), le strutture amministrative di supporto sono rimaste, con modesti aggiustamenti,

autoamministrazione si sentono investiti della rappresentatività della categoria, tale rappresentatività non genera conseguentemente autonomia dell'ente. Il potere di autoamministrazione, pertanto, anche fondato sull'attribuzione in proprio di funzioni è perfettamente compatibile con la sola attribuzione di un'autonomia meramente tecnica. / Così, l'autoamministrazione senza autonomia normativa, pur in presenza di funzioni attribuite in proprio (si pensi agli ordini professionali) produce solo un decentramento di funzioni».

[73] A. POGGI, *Le autonomie funzionali*, cit., pp. 74 ss. che si riferisce, in particolare, a F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990. A tale autore si deve infatti la ricostruzione dell'autonomia universitaria come «riconosciuta intorno a materie e funzioni delimitate ed è volta a garantire indipendenza e maggiore funzionalità nell'esercizio di tali funzioni» (p. 348).

[74] C. BARBATI, *Il sistema*, cit., p. 4.

[75] L'immagine efficacemente utilizzata è quella di una «autonomia al guinzaglio [...] che, come tutti i guinzagli, tira spesso un po' di qui e un po' di là»: F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle Università*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 750 ss.

[76] Solo per citare alcuni esempi, si possono ricordare il d.l. 120/1995 (convertito, con modificazioni, dalla l. 236/1995, recante «Disposizioni urgenti per il funzionamento delle università», la l. 4/1999 («Disposizioni riguardanti il settore universitario e della ricerca scientifica, nonché il servizio di mensa nelle scuole»), la l. 264/1999 («Norme in materia di accessi ai corsi universitari»), la l. 370/1999 («Disposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica»: tale legge ha ridefinito i criteri per l'accesso ai corsi universitari).

[77] A. BARAGGIA, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 126.

ancora fortemente condizionate dal modello originario del t.u. del 1933»[78]. Come era stato lucidamente previsto all'indomani dell'entrata in vigore della l. 168/1989, anche per questa ragione si può parlare di un sostanziale fallimento della legge e la successiva stagione di riaccentramento può essere spiegata anche con la «scarsa cultura, disinteresse per l'innovazione, incapacità di capire i problemi reali, imitazione»[79].

Il d.lgs. 29/1993 (successivamente trasfuso nel d.lgs. 165/2001), comprendendo le «istituzioni universitarie» tra le amministrazioni pubbliche, ha finito per estendere alle Università, pressoché "in automatico", i contenuti delle riforme amministrative, caoticamente succedutesi nell'ultimo quarto di secolo. Le peculiarità degli Atenei si sono pertanto smarrite, al cospetto della sistematica applicazione di discipline pensate per la generalità delle amministrazioni pubbliche. E ciò ha contribuito a quella iperregolazione e burocratizzazione da più parti denunciate, oltre ad appannare l'autonomia normativa (e non solo) degli Atenei[80]. A ciò si aggiunga che anche in forza di tale disposizione sono stati estesi alle Università provvedimenti finalizzati al contenimento della spesa pubblica, secondo una logica quantitativa e non qualitativa: anche essi hanno inciso sull'autonomia «specie quanto ad acquisizione e gestione delle risorse, sia umane sia finanziarie»[81].

La successione delle crisi, economica prima, e quella legata alla pandemia, poi, hanno completato un percorso, comune anche alle autonomie territoriali[82], che ha portato gli Atenei, a dispetto di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sent. 383/1998, a essere in sostanza «meri ricettori passivi di decisioni assunte dal centro»[83].

5. La legge Gelmini

La legge Gelmini si è inserita in questo contesto, non certo favorevole all'autonomia universitaria[84].

Essa si pone al culmine di un *trend* legislativo che aveva trovato nel d.l. 112/2008 (convertito, con modificazioni, dalla l. 133/2008) una tappa insieme

[78] F. MERLONI, *Università*, cit., p. 6105.

[79] S. CASSESE, *Introduzione*, in F. MERLONI (a cura di), *Il Ministero*, cit., p. 12.

[80] Sul punto, in particolare, G. VESPERINI, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2013, pp. 947 ss.

[81] C. BARBATI, *Il sistema*, cit., p. 5.

[82] L. VIOLINI, *Università e Regioni: quale autonomia? Quali reti per lo sviluppo dei territori?*, in *Le Regioni*, 2011, pp. 3 ss.; da ultimo, A. Iannuzzi, *Art. 33*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*. Vol. I. *Principi fondamentali e Parte I – Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 237.

[83] A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 207.

[84] Sulla l. 240/2010, per tutti, R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica*, cit., pp. 46 ss.; S. PALEARI (a cura di), *Il futuro dell'Università italiana dopo la riforma*, Torino 2014; A. BARAGGIA, *L'autonomia universitaria*, cit., pp. 123 ss.; F. COSTANTINO, *Libertà di scienza*, cit., pp. 65 ss.

rilevante e critica, nella misura in cui esso disponeva (e dispone) la possibile trasformazione delle Università statali in fondazioni di diritto privato, attraverso una procedura semplificata e assai meno complessa rispetto a quella prevista per l'adozione dello statuto (art. 16)[85]. L'aspetto forse più preoccupante di tale disposizione era dato dal fatto che essa si inseriva in un atto che contestualmente imponeva ingenti tagli al fondo di finanziamento ordinario degli Atenei per il 2009-2013, così da lasciar evidenziare il sospetto che attraverso questa possibile trasformazione si volesse consentire (o forse favorire) la "dismissione" delle Università più in difficoltà[86].

In fondo, una *ratio* del genere sembra presente, soprattutto prima di recenti modifiche, anche nella l. 240/2010, che accoglie una nozione di autonomia strettamente connessa alla stabilità e alla sostenibilità del bilancio e al conseguimento di «risultati di elevato livello nel campo della didattica e della ricerca» e quindi quasi come "premio" per le Università "virtuose"[87]: infatti, a fronte di una generale compressione dell'autonomia anche organizzativa degli Atenei, l'art. 1, comma 2, consentiva (e consente) di «sperimentare propri modelli funzionali e organizzativi, ivi comprese modalità di composizione e costituzione degli organi di governo e forme sostenibili di organizzazione della didattica e della ricerca su base policentrica, diverse da quelle indicate nell'articolo 2».

Si tratta di una disposizione che consente una sorta di "autonomia differenziata", potenzialmente anche delegificante[88], la cui *ratio* è problematica[89]; i suoi contenuti sono infatti declinati in modo ambiguo[90] (anche perché la disposizione allude a una "sperimentazione" che non si capisce dove conduca "a regime") e i limiti sono demandati, in palese violazione dell'art. 33, comma 6, Cost., a un decreto ministeriale (peraltro non ancora adottato)[91].

[85] La disposizione, non espressamente abrogata dalla l. 240/2010, prevede infatti solo una deliberazione del Senato accademico a maggioranza assoluta dei componenti e una successiva approvazione da parte del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

[86] R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica*, cit., p. 53.

[87] F. COSTANTINO, *Libertà di scienza*, cit., pp. 89-90.

[88] Potendo riguardare ambiti disciplinati dalla legge per le altre Università (l'art. 1, comma 2, della l. 240/2010 si riferisce, infatti, ad esempio, anche a diverse modalità di composizione e costituzione degli organi di governo).

[89] Il problema non appare tanto quello di separare autonomia e responsabilità, quanto il condizionamento tra "maggiore autonomia" (ma in realtà, come si dice nel testo, autonomia *tout court*) e "premialità" sottostante, visto anche il fatto che la l. 240/2010 non è la fonte "istitutiva" dell'autonomia degli Atenei. Sul punto, in particolare, R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica*, cit., pp. 52 ss.

[90] Non è chiaro, ad esempio, se sia possibile, a seguito della sperimentazione, modificare le competenze degli organi centrali delle Università, delineate dalla l. 240/2010: G. GRASSO, Governance *e autonomia del sistema universitario: problemi e prospettive*, in A. ARCARI, G. GRASSO (a cura di), *Ripensare l'Università*, cit., p. 17.

[91] Alla luce di tale previsione, sembra quindi possibile una "revoca" della maggiore autonomia, ma starà probabilmente al decreto di natura regolamentare stabilire la disciplina relativa.

Le modifiche operate a tale disposizione dall'art. 19, comma 1, lett. *a*), del d.l. 76/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. 120/2020) hanno solo attenuato ma non certo risolto i dubbi e le criticità. I confini di tale autonomia differenziata non sono più rimessi a un decreto di natura non regolamentare (come nel testo originario), ma a un decreto ministeriale che probabilmente è riconducibile a un regolamento ai sensi dell'art. 17, comma 3, della l. 400/1988. Certo, si tratta di una soluzione che segna un avanzamento rispetto all'utilizzazione di un atto dalla natura indefinibile (Corte cost., sent. 116/2006) ma ancora inadeguata rispetto al necessario intervento del legislatore, quantomeno con riferimento alla disciplina di principio, in forza dell'art. 33, comma 6, Cost. In effetti, la disposizione, anche a seguito di questa riformulazione, si limita a demandare, per così dire, "in bianco" al decreto ministeriale la definizione dei «criteri per l'ammissione alla sperimentazione e le modalità di verifica periodica dei risultati conseguiti, fermo restando il rispetto del limite massimo delle spese di personale». A ciò si aggiunga che lo strumento attuativo (l'accordo di programma) non è una fonte del diritto, ma uno strumento consensuale, che però dovrebbe essere il parametro cui valutare la legittimità costituzionale delle successive, eventuali revisioni statutarie e regolamentari degli Atenei.

In secondo luogo, sembra venuto meno il presupposto della riferibilità della disposizione ai soli Atenei "virtuosi" quanto a stabilità e sostenibilità del bilancio, nonché al conseguimento di risultati di elevato livello nel campo della didattica e della ricerca, essendo rimasto solo quello al limite massimo delle spese per il personale ai sensi dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 49/2012.

Tuttavia, la disposizione non sembra impedire al Ministero di privilegiare Atenei pienamente "sostenibili" sul piano del bilancio. Rimane anche l'impressione che, anziché liberare gli Atenei da una "gabbia" di atti normativi, con un intervento legislativo di semplificazione e snellimento, con l'art. 1, comma 2 (anche a seguito della sua revisione) «si pensa ora, alterando l'ordine delle fonti del diritto e violando la riserva di legge, di far dipendere da diversi indicatori (il cui arbitro assoluto parrebbe individuato nell'agenzia di valutazione) il recupero di fette di autonomia che potranno essere graziosamente concesse solo ad alcuni rettori dal miur»[92].

Se a tale previsione si aggiunge quella del comma 6 dello stesso art. 1 («Sono possibili accordi di programma tra le singole Università o aggregazioni delle stesse e il Ministero al fine di favorire la competitività delle Università, migliorandone la qualità dei risultati, tenuto conto degli indicatori di contesto relativi alle condizioni di sviluppo regionale»), emerge forte l'impressione di una potenziale articolazione dell'autonomia tutta guidata dall'alto con «confini

[92] R. CALVANO, *Un'autonomia differenziata anche per le università?*, in *Roars.it*, 13 maggio 2019, p. 2.

differenti che possono giungere ad alimentare rapporti altrettanto differenti fra le sue dimensioni qualificanti»[93].

In realtà, come accennato, l'art. 1, comma 2, è paradigmatico di una nuova concezione dell'autonomia che emerge comparando le disposizioni sulla organizzazione interna degli Atenei (si potrebbe dire, forse nemmeno forzando) "a statuto ordinario". A tale proposito, l'autonomia statutaria, formalmente conservata per queste ultime, è di fatto alquanto limitata da una fitta rete di contenuti fissati dal legislatore, anche laddove non era affatto necessario un intervento della fonte primaria[94]; paradossalmente, però, come già accennato, la legge non pone una normativa autoapplicativa, dati gli ampi rinvii a regolamenti e a decreti ministeriali, talvolta espressamente qualificati «di natura non regolamentare»[95].

L'art. 2 della l. 240/2010, in materia di organizzazione interna degli Atenei, è, da questo punto di vista, francamente impressionante nella sua pretesa di dettare una disciplina dettagliata[96] e con alcune previsioni dubbie in punto di ragionevolezza o di chiarezza, a cominciare dall'assenza di ogni rilevanza, nella definizione dell'architettura istituzionale degli Atenei, data alla dimensione degli stessi[97], fatta eccezione per il comma 2, lett. *e*), che contempla la «possibilità, per le università con un organico di professori, di ricercatori di ruolo e ricercatori a tempo determinato inferiore a cinquecento unità, di darsi un'articolazione organizzativa interna semplificata» alla quale vengono attribuite unitariamente le funzioni spettanti ai Dipartimenti e alle strutture di raccordo.

In definitiva, come è stato efficacemente affermato, «è la *sfiducia* (la rinuncia come sfiducia) la cifra della legge n. 240», nella misura in cui essa «esprime

[93] C. BARBATI, *Il sistema*, cit., p. 11.

[94] Si pensi, ad esempio, alla fitta trama di previsioni relative all'organizzazione interna degli Atenei, anche con riferimento ad organi la cui istituzione non è considerata necessaria, quali le strutture di raccordo tra Dipartimenti in materia di didattica: sul punto, M. COSULICH, *Profili giuridici dell'articolazione interna degli Atenei*, in A. ARCARI, G. GRASSO (a cura di), *Ripensare l'Università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 74-75.

[95] Sul punto, in particolare, D. FIUMICELLI, *La legge n. 240/2010: complessità del sistema delle fonti del diritto e rischi per l'autonomia universitaria*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 1, 2011; da ultimo, A. BARAGGIA, *L'autonomia universitaria*, cit., pp. 130-131, secondo la quale «l'impianto della riforma con i suoi continui rinvii, invece che semplificare il sistema non ha fatto altro che renderlo ancora più complesso», determinando, tra l'altro, «una irrazionale complicazione del sistema delle fonti».

[96] Esso è composto da 3261 parole e da 22.695 caratteri, tenendo conto che non è questo solo articolo a porsi come vincolo alle determinazioni degli Atenei! In questo senso, la stessa Corte dei conti ha affermato che «l'art. 2, comma 2, della legge n. 240/2010 ha vincolato l'autonomia statutaria delle Università al rispetto di principi e criteri direttivi dettagliati e inderogabili quanto all'assetto degli organi di governo e all'organizzazione interna»: Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, maggio 2021, in *www.corteconti.it.*, p. 78.

[97] A. SANDULLI, *Autonomia "negata" e autonomia "abusata" nelle Università*, in *Rivistamunus*, 2017, n. 3, pp. VIII-IX.

un giudizio puramente negativo sull'università che induce a un atteggiamento sanzionatorio il quale fa agio sulla stessa intellegibilità del disegno complessivo»[98]; in questo senso, da più parti sono state criticate alcune delle scelte più qualificanti della legge, come la valorizzazione, per taluni eccessiva, delle competenze del Rettore[99], la sostanziale emarginazione del Senato accademico in favore del Consiglio di amministrazione, in un'ottica di «verticalizzazione dei processi decisionali»[100], la sottrazione ai Dipartimenti dei poteri di spesa, la perdita di collegialità delle decisioni in materia di didattica[101].

La stessa Corte dei conti nel referto sul sistema universitario del novembre 2017 ha definito quello desumibile dalla legge "Gelmini" come un «nuovo modello organizzativo, sostanzialmente omogeneo ed indipendente dalle peculiarità che contraddistinguono invece i singoli Atenei (soprattutto in riferimento alla dimensione e alla vocazione didattica)»[102]. Esso si fonda su una «regia centralizzata» che «si esplica nella predisposizione di linee-guida, di procedure e metodologie generali», e «ha investito tutte le componenti del sistema a partire dalla struttura organizzativa degli Atenei per poi estendersi al sistema contabile e alle modalità di finanziamento, nonché alla valutazione della qualità dell'offerta formativa e alle procedure di reclutamento del personale docente»[103].

Peraltro, anche nell'ottica della razionalizzazione delle strutture, la legge non ha favorito sempre scelte "virtuose": lo stesso referto dà conto del fatto che i Dipartimenti istituti ai sensi della legge stessa risultano in numero certo

[98] G. AZZARITI, *Appunto critico sulla crisi dell'università*, in *Giur. costi*, 2013, p. 2461, il quale conclude nel senso che «lo spirito distruttivo e sanzionatorio della 240 non ha nulla da dire in positivo al rinnovo dell'università» (p. 2462).

[99] Sul punto, in particolare, F. MERLONI, *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane. Ruolo, funzioni e imparzialità*, in *Dir. pubbl.*, 2010, pp. 703 ss., secondo il quale, peraltro, la principale novità introdotta dalla l. 240/2010 «non sta nei poteri del Rettore, quanto nel diverso equilibrio tra Consiglio di amministrazione e Senato accademico, a vantaggio del primo» (p. 733).

[100] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, maggio 2021, cit., p. 79. È stato osservato sul punto che «la riforma del 2010 sembra proprio spostare indietro le lancette della storia della *Governance* universitaria ad un disegno che precede l'avvento della Costituzione e dello stato repubblicano, un disegno per lo più autoritario ed in ogni caso centralistico»: A. Police, *Quale legittimità*, cit., p. 64.

[101] Sul punto, per tutti, R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica*, cit., pp. 74 ss.

[102] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, novembre 2017, in *www.corteconti.it.*, p. 6.

[103] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, novembre 2017, cit., p. 18. Sul punto si è affermato che nella l. 240/2010 non c'è *governance* ma solo «un modello precostituito di governo, nel quale sostanzialmente sono enfatizzati due organi di grande rilevanza esterna e interna, il Rettore e il Consiglio di amministrazione, con grande depauperamento dello spirito associativo e dell'apporto del sapere scientifico e didattico (che vedeva nelle facoltà e soprattutto nel Senato accademico, il portatore dell'indirizzo scientifico)»: E. PICOZZA, Govenance *e concorrenza nelle Università italiane*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed a*ccountability *nel governo dell'università*, vol. III, *Criticità del sistema e incertezze per il futuro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 12.

inferiore al passato ma superiore a quello delle cessate Facoltà; per cui «nei piccoli Atenei ciò si è tradotto di fatto nella trasformazione delle vecchie Facoltà in Dipartimenti, ovvero nella costituzione di nuove strutture organizzative intermedie (i vecchi Dipartimenti) di dimensione e numero simili alle vecchie Facoltà. Nei grandi Atenei si sono costituiti nuovi Dipartimenti in numero sensibilmente più elevato delle vecchie Facoltà. Così, mentre nei piccoli e medi Atenei l'effetto netto della riforma sugli assetti organizzativi interni è un'effettiva semplificazione, cioè una concentrazione delle decisioni in unità organizzative delle dimensioni delle vecchie Facoltà, nei grandi Atenei la concentrazione delle decisioni è accompagnata da una polverizzazione delle unità organizzative (almeno rispetto alle vecchie Facoltà)»[104].

Il Ministero ha poi operato il controllo previsto dall'art. 6 della l. 168/1989 e richiamato dall'art. 2, comma 7, della l. 240/2010 in modo inutilmente occhiuto. Come è stato osservato sono stati tre gli ambiti sui quali sono intervenuti i rilievi ministeriali: la composizione dei Consigli di amministrazione, con particolare riferimento alla possibile ammissibilità dell'elezione diretta dei c.d. componenti interni, la determinazione delle competenze dei Direttori generali, la configurazione dipartimentale[105]. Tuttavia, non sono mancati rilievi riferiti a questioni minute[106], attingendo anche a disposizioni pre-costituzionali[107], e in alcuni casi finendo per alimentare soluzioni poco ragionevoli[108]. Tutto ciò ha indotto alcuni Atenei ad accettare la prospettiva di un contenzioso davanti ai giudici amministrativi, che in non pochi casi non hanno accolto i motivi di ricorso del Ministero, anche se sulla base di argomentazioni che, lungi dal valorizzare l'autonomia degli Atenei, si sono riferite direttamente al dettato della l. 240[109].

[104] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, novembre 2017, cit., pp. 6-7.

[105] Sul punto, in sintesi, A. MARRA, *L'autonomia statutaria e la* governance *delle Università*, in Id. (a cura di), *Il diritto delle Università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 11 ss.

[106] Così, ad esempio, la bozza del nuovo Statuto dell'Università di Firenze è andata incontro a 37 rilievi, in parte di legittimità, in parte di merito, la cui *ratio* centralistica appare evidente.

[107] R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica*, cit., pp. 81 ss.

[108] Così, ad esempio, il Ministero ha ritenuto ancora vigente l'art. 4, comma 2, del d.l. 8/2002 (convertito, con modificazioni, dalla l. 56/2002) che prevede l'eleggibilità a Direttore del Dipartimento dei professori associati in caso di indisponibilità di professori ordinari, mentre, come è noto, con riferimento alle strutture di raccordo la l. 240/2010 limita l'elettorato passivo ai soli professori di prima fascia, senza eccezioni, nonostante che si tratti di strutture qualificate come meramente facoltative.

[109] Ad esempio, con riferimento alle modalità di designazione dei componenti dei Consigli di amministrazione, la giurisprudenza amministrativa ha giustificato la scelta di alcuni statuti di prevederne l'elettività alla stregua dell'art. 2 comma 1, lett. *i*), della l. 240: R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica*, cit., pp. 85 ss.

Discutibilmente la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la possibilità che il controllo sugli statuti possa essere esercitato non dal Ministro ma con atto del Direttore generale: si tratta peraltro di una tesi quantomeno opinabile, visto che la decisione di impugnare il testo al Tar appare espressione di un'attività di indirizzo e di controllo, oggetto di valutazione in termini di responsabilità politica, venendo in gioco l'«espressione più significativa dell'autonomia garantita dall'art. 33 comma 6 Cost.»[110].

Una prima analisi dei nuovi statuti mostra come gli Atenei abbiano reagito alle criticate novità legislative cercando di ridimensionarne la portata, con l'adozione di soluzioni in continuità con il passato (in particolare, con riferimento alle competenze del Rettore, ai criteri di composizione del Consiglio di amministrazione, che vedono la prevalenza dei membri interni, al tentativo di valorizzare le prerogative del Senato accademico)[111], con ciò vanificando la portata di alcune previsioni legislative che pure avrebbero potuto indurre novità positive[112]: si è quindi ripetuta, per ragioni diverse e in un mutato contesto ordinamentale, una tendenza già riscontrata nella "prima stagione statutaria", all'indomani dell'entrata in vigore della l. 168/1989.

Certo, in non pochi casi l'autonomia statutaria ha dovuto fare i conti con lacune e ambiguità legislative: è il caso della materia disciplinare, configurata dalla l. 240/2010 senza innovare alla disciplina sostanziale degli illeciti ancora contenuta nel testo unico del 1933, mentre sussistono dubbi circa i confini tra la responsabilità disciplinare e quella da violazione del codice etico (quest'ultima rimessa pressoché integralmente all'autonomia normativa degli Atenei): da qui le sollecitazioni a un processo di riforma anche della disciplina statutaria, raccomandata anche dall'Anac[113].

Infine, l'analisi, sia pure sintetica, delle disposizioni contenute nella l. 240/2010 non può concludersi senza ricordare l'enfasi posta dalla riforma sulla

[110] R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica*, cit., p. 84; *contra*, A. MARRA, *L'autonomia statutaria*, cit., pp. 17 ss.

[111] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, novembre 2017, cit., p. 31. Nello stesso senso, D. DONINA, M. MEOLI, *I nuovi statuti*, in S. PALEARI (a cura di), *Il futuro dell'Università*, cit., p. 163.

[112] Così, ad esempio, si pensi, come anticipato nel testo, all'aggiramento dell'art. 2, comma 2, lett. *b*), della legge ad opera di non pochi statuti che hanno consentito la formazione di Dipartimenti ricalcati sulle vecchie Facoltà o hanno configurato le strutture di raccordo in modo tale da consentire la sopravvivenza delle stesse Facoltà.

[113] C. BARBATI, *Il sistema*, cit., p. 37, secondo la quale quello disciplinare è «un potere, dunque, che racconta quanto nelle maglie dell'autonomia normativa e organizzativa degli Atenei, e del loro nuovo "centro", possano formarsi le condizioni per una ridefinizione dei rapporti fra le diverse dimensioni dell'autonomia universitaria alla quale affidare la stessa tenuta del disegno di riforma»; sul punto, cfr. anche B. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare dei docenti universitari dopo la legge Gelmini: profili sostanziali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 97 ss.

valutazione e quindi sul ruolo dell'Anvur quale soggetto che in molti ambiti ha soppiantato lo stesso Ministero[114].

Si tratta di una scelta che è stata giustificata alla stregua della necessità «che ai fini della garanzia dell'autonomia riconosciuta alle università dall'art. 33 della Costituzione, e richiamata dall'art. 1, comma 2, della legge, sia garantita l'imparzialità e indipendenza della funzione di valutazione, nelle sue diverse declinazioni. Diversamente, l'efficientamento del sistema universitario si risolverebbe in un più penetrante controllo di processi e funzioni che sono oggetto di garanzia costituzionale»[115].

Certo, la valutazione non è incompatibile con l'autonomia ed anzi può contribuire a quella correlazione tra autonomia e responsabilità che costituisce un nodo aperto con riferimento alle autonomie territoriali.

Tuttavia, la sua configurazione ad opera del legislatore è stata, non senza ragione, criticata, perché progressivamente configurata «come una sorta di funzione indivisibile, capace sia di fissare le proprie regole sia di verificarne il rispetto sia di farsi titolo per la definizione della misura, premiale o sanzionatoria, connessa ai suoi risultati»[116]. In questo contesto, come è stato giustamente osservato, «nell'incontro con questa nuova valutazione esterna anche l'autonomia, soggetta a una progressiva ridefinizione degli spazi assegnati alle sue dimensioni, dei loro rapporti e soprattutto della loro reciproca funzionalità, smarrisce molta parte della propria capacità di assicurare, anche attraverso il governo delle differenze, la qualità e l'efficienza dei sistemi complessi, come è ogni sistema plurale nei suoi soggetti e nei caratteri che li connotano»[117]. A ciò si aggiunga, ancora una volta, sul piano delle fonti, l'utilizzazione di atti sublegislativi in senso lato delegificanti (senza che l'Agenzia sia situata nel circuito decisionale democratico[118]) che hanno contribuito a definire la configurazione della valutazione, imponendo agli Atenei di uniformarsi a parametri, requisiti e criteri in molti casi assai stringenti[119], con il rischio di una deriva in chiave burocratica per cui la valutazione da strumento diviene un fine inevitabilmente avversato per le sue sgradite ricadute organizzative[120].

[114] Per tutti G. VESPERINI, *Iperregolazione*, cit., p. 948.

[115] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, maggio 2021, cit., p. 82.

[116] C. BARBATI, *Il sistema*, cit., p. 18.

[117] C. BARBATI, *Il sistema*, cit., pp. 18-19.

[118] L. AZZENA, *Fonti normative e fonti di finanziamento pubblico delle Università*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed* accountability *nel governo dell'università*, vol. II, *Il finanziamento dell'università*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 74.

[119] C. BARBATI, *L'"assicurazione della qualità" nel sistema universitario, al tempo di Anvur*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 709.

[120] A. SANDULLI, *Autonomia "negata"*, cit., p. x.

Peraltro, con riferimento all'accreditamento dei corsi di studio e all'estensione del numero chiuso che esso ha finito per favorire, si è parlato di un «disallineamento sistematico tra gli obiettivi fissati dal centro (MUR e ANVUR) e l'effettiva disponibilità in capo agli atenei delle leve per raggiungere tali obiettivi»[121].

Più in generale, lo stesso recente referto sul sistema universitario della Corte dei conti riconosce che «l'ANVUR è divenuta assegnataria di numerose funzioni solo in parte ad essa attribuite dalla legge istitutiva», rilevando criticità, anche alla luce della giurisprudenza amministrativa, «in merito ai metodi di costruzione di indicatori di qualità dei prodotti scientifici e sulle conseguenze di una loro applicazione automatica»[122].

Non solo, ma le competenze dell'Anvur debbono fare i conti con l'istituzione dell'Agenzia nazionale per la ricerca, da un lato, e soprattutto, con il Comitato nazionale per la valutazione della ricerca, riordinato in forza dell'art. 64 del d.l. 77/2021 (convertito, con modificazioni, dalla l. 130/2021), le cui competenze rischiano di dare luogo a rischi di sovrapposizione.

6. Dopo la legge Gelmini: verso una stagione di "fuga dalla normazione"?

Il processo di attuazione della l. 240/2010 è stato complesso anche sul piano politico, e non privo di ritardi[123]; non sono poi mancate modifiche alla legge che, peraltro, non ne hanno intaccato le scelte fondamentali, perché sono intervenute su singoli aspetti, in particolare sul numero di componenti dei Dipartimenti[124] o sul reclutamento dei ricercatori[125], mentre disposizioni della l. 240/2010, di dubbia costituzionalità, sono state parzialmente modificate ma non certo ripensate[126].

[121] A. MARRA, *Introduzione. Il diritto delle Università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, in Id. (a cura di), *Il diritto delle Università*, cit., p. 3.

[122] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, maggio 2021, cit., p. 248.

[123] Così, come accennato, non è stato adottato il decreto di natura non regolamentare di cui all'art. 1, comma 2: sul punto, più in particolare, Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, novembre 2017, cit., p. 28.

[124] Così, la l. 4/2017 ha previsto una numerosità minima di venti (anziché, come di regola, di quaranta), purché i componenti costituiscano almeno l'80% di tutti i professori e ricercatori di ruolo e a tempo determinato dell'Università appartenenti ad una medesima area disciplinare (art. 3).

[125] Si pensi all'art. 1, comma 338, lett. *b*), della l. 232/2016, che ha precisato i requisiti per l'accesso alle selezioni per il reclutamento dei ricercatori di cui all'art. 24, comma 3, lett. *b*), della legge, o all'art. 19, comma 1, lett. *f*), del d.l. 76/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. 120/2020) che ha inserito un comma 5-*bis* all'art. 24 della l. 240/2010, allo scopo di consentire l'inquadramento nella qualifica di professore associato dei ricercatori di tipo "B" dopo il primo anno di contratto, previo esito positivo della valutazione.

[126] Così, l'art. 18, comma 5, che tipizza le categorie che possono partecipare ai gruppi e ai progetti di ricerca delle Università in probabile violazione della libertà di ricerca di cui all'art. 33 Cost., è andato oggetto a limitate modifiche ampliative ad opera dell'art. 49 del d.l. 5/2012 (convertito, con

Talvolta, i successivi interventi legislativi hanno addirittura posto ulteriori problemi interpretativi, stante la loro non ineccepibile formulazione[127] o sono apparsi discutibili, nella misura in cui di fatto hanno finito per allargare la "forbice" tra gli Atenei, in particolare tra quelli virtuosi e quelli in regime di difficoltà finanziaria.

Emblematico sul punto è l'art. 18, comma 4-*bis*, della l. 240/2010 (introdotto dall'art. 19, comma 4, lett. d, d.l. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 120/2020), ai sensi del quale «le Università con indicatore delle spese di personale inferiore all'80 per cento possono attivare, nel limite della predetta percentuale, per la chiamata nel ruolo di professore di prima o di seconda fascia o di ricercatore a tempo indeterminato, le procedure di cui al comma 1, riservate a personale già in servizio presso altre Università, aventi indicatore delle spese di personale pari o superiore all'80 per cento e che versano in una situazione di significativa e conclamata tensione finanziaria, deliberata dagli organi competenti».

Peraltro, anche i nuovi meccanismi di chiamata di professori e ricercatori previsti dall'art. 26 del d.l. 152/2021 (convertito, con modificazioni, dalla l. 233/2021), ove non assistiti da sostegni ministeriali (come i piani straordinari prefigurati dall'art. 1, comma 297, della l. 234/2021 – legge di bilancio per il 2022) almeno indirettamente finiranno per favorire gli Atenei più forti, che potranno beneficiare di questi nuovi canali di reclutamento, configurati dal legislatore quasi come succedanei delle procedure di trasferimento, venute meno a seguito dell'entrata in vigore della l. 240/2010.

In questo periodo si è assistito anche alla ulteriore, crescente espansione di atti sub-legislativi, che, come accennato, sono largamente previsti già dalla l. 240/2010[128]; solo in alcuni casi, peraltro, essi sono riconducibili a regolamenti ai sensi dell'art. 17 della l. 400/1988: così, ad esempio, in materia di dottorato di ricerca, il d.m. 45/2013 e, da ultimo, il d.m. 226/2021, si atteggia, ai sensi dell'art. 4 della l. 210/1998, quale fonte sulla base del quale le Università «disciplinano, con proprio regolamento, l'istituzione dei corsi di dottorato, le modalità di accesso e di conseguimento del titolo, gli obiettivi formativi e il relativo programma di studi, la durata, il contributo per l'accesso e la frequenza, il

modificazioni, dalla l. 35/2012) che non hanno risolto i dubbi di costituzionalità alla stregua dell'art. 33, commi 1 e 6, Cost.

[127] Emblematica la vicenda dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 338, lett. *a*), della l. 232/2016, che è stata interpretata da alcuni Atenei (ma non dal giudice amministrativo: da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6847, in *www.giustizia-amministrativa.it*) nel senso di ammettere alle procedure di reclutamento riservate ai candidati esterni, di cui all'art. 18, comma 4, della l. 240/2010, coloro che fossero titolari di contratti di insegnamento ai sensi dell'art. 23 della stessa legge.

[128] Già nei primi anni successivi all'entrata in vigore della l. 240/2010 erano oltre venti gli atti attuativi privi di forza di legge, adottati in attuazione della stessa.

numero, le modalità di conferimento e l'importo delle borse di studio di cui al comma 5, nonché le convenzioni di cui al comma 4»[129].

Il regolamento in esame, che presenta, almeno in parte, profili delegificatori, in qualche misura irrituali alla stregua dell'art. 17 della l. 400/1988 (che riconduce i regolamenti in delegificazione a quelli governativi in senso stretto) è stato di recente abrogato dal d.m. 226/2021, che impone la revisione dei regolamenti di Ateneo entro sessanta giorni dalla sua entrata in vigore (art. 17).

Peraltro, la normativa di Ateneo si trova ormai limitata anche dagli atti ministeriali contenenti le linee guida per l'accreditamento dei dottorati; atti che in non pochi casi contengono previsioni largamente integrative e perfino derogatorie rispetto al regolamento ministeriale.

Si tratta di un fenomeno peraltro assai più ampio e generale: anche e soprattutto dopo l'entrata in vigore della l. 240/2010 si è assistito a una proliferazione di atti atipici, talvolta di dubbia qualificazione, in funzione di limitazione dell'autonomia spettante agli Atenei: non a caso, è in questo periodo che la Corte costituzionale si è trovata a giudicare la legittimità costituzionale degli artt. 8 e 10, comma 1, del d.lgs. 49/2012, nella parte in cui abilitavano un decreto ministeriale (non regolamentare) a fissare la disciplina del costo standard unitario di formazione per studente cui collegare l'attribuzione all'Università di una percentuale della parte di fondo di finanziamento ordinario non assegnata ai sensi dell'art. 2 del d.l. 180/2008 (convertito, con modificazioni, dalla l. 1/2009) (sent. 104/2017). In tale pronuncia, come accennato, la Corte costituzionale ha dichiarato, con motivazione invero persuasiva, l'incostituzionalità della "subdelega" a tale atto ministeriale della disciplina di una materia che la l. 240/2010 demandava a un decreto legislativo[130].

Tuttavia, tale affermazione presuppone non un ripensamento ma una conferma della tesi che interpreta riduttivamente la riserva di legge di cui all'art. 33, comma 6, Cost., con puntuali richiami e citazioni tratte dalla sent. 383/1998, salvo affermare, alla luce di tale previsione costituzionale, che «doveva ritenersi

[129] Similmente, la recente proposta di legge in materia di iscrizione contemporanea a due corsi di istruzione superiore (A.S. n. 2415) prevede un largo ricorso a decreti ministeriali e a un regolamento in materia di iscrizione contemporanea a due corsi universitari con accesso a numero programmato a livello nazionale. Sul punto, è appena il caso di ricordare che il parere della I^a^ Commissione permanente della Camera ha avanzato critiche facendo riferimento all'art. 33, comma 6, Cost.: Camera dei deputati, I^a^ Commissione permanente, 14 aprile 2021, all. 2, pp. 118-119.

[130] Sul punto, B.G. MATTARELLA, *La Corte costituzionale sui costi standard delle Università: genesi di una norma incostituzionale*, in *Quad. cost.*, 2017, pp. 633 ss.; A. ALBERTI, *La Corte costituzionale sui costi standard delle Università: ancora una delega illegitima salvata*, *ivi*, pp. 636 ss.; G. PASCUZZI, *Il fascino discreto degli indicatori: quale impatto sull'università?*, in *Foro it.*, 2017, I, cc. 2549 ss.; G. SERGES, *Delegazione legislativa, legislazione regionale e ruolo del potere regolamentare*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2017, pp. 1082 ss. e, volendo, G. TARLI BARBIERI, *L'"erompere" dell'attività normativa del Governo alla luce della sent. n. 104 del 2017: conferme e novità da un'importante pronuncia della Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 1091 ss.

necessaria *a fortiori* una maggiore precisione del decreto legislativo per la determinazione degli indici di quantificazione e della valorizzazione del costo standard, a causa della concomitanza, sul punto, di disposizioni di delega che non risultano affatto particolareggiate»[131].

Ciò detto, ai numerosi regolamenti ministeriali e ai decreti di natura non regolamentare si sono accompagnate numerose "note" che appaiono in molti casi, in violazione dell'art. 6 della l. 168/1989, assimilabili a circolari, cosicché «attualmente il sistema universitario appare regolato da una *selva incolta*» di atti[132], ed è ancora più evidente che nel passato una incomprensione «della diversa qualità del rapporto tra Ministero ed enti strumentali rispetto al rapporto con soggetti dotati di autonomia costituzionalmente garantita come le Università»[133].

Gli esempi sono tanti e ampiamente ricordati a livello dottrinale. Ci si può limitare a ricordare per le sue ricadute sull'autonomia anche statutaria degli Atenei il d.m. 47/2013, definito un esempio di «invasione del centro nell'area riservata, in linea di principio, alla autonomia delle università»[134]. Come è noto, esso istituisce il Presidio di qualità dell'Ateneo, chiamato a controllare il sistema della valutazione interna, a fornire agli organi di governo dell'Ateneo dati aggregati per orientarne le politiche e a interagire con il Nucleo di valutazione e con le Commissioni paritetiche docenti studenti e i gruppi di riesame costituiti in ciascun corso di studio.

In tal modo, oltre a configurare una lesione dell'autonomia universitaria, l'istituzione del presidio ha finito per dare luogo nella prassi a fenomeni di sovrapposizione di competenze e di contrapposizioni anche polemiche con i Nuclei di valutazione, qualificati come organi delle Università fino dalla l. 370/1999.

Venendo al più recente periodo altri esempi sono eclatanti.

Così, l'art. 18, comma 4-*bis*, della l. 240/2010, introdotto dal d.l. 76/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. 120/2020), prevede la possibilità per gli Atenei "virtuosi" (quelli cioè che abbiano un indicatore delle spese di personale inferiore all'80 per cento) di procedere alla chiamata di personale già in servizio in Atenei "non virtuosi", che abbiano cioè un indicatore delle spese di personale pari o superiore all'80% e che versino in una situazione di significativa e conclamata tensione finanziaria, deliberata dagli organi competenti.

Ebbene, l'individuazione dei criteri, parametri e modalità di attestazione della situazione di significativa e conclamata tensione finanziaria è demandata ad un decreto del Ministro dell'Università e della ricerca, sentita la Conferenza

[131] *Considerato in diritto*, n. 4.4.
[132] G. AZZARITI, *Appunto critico*, cit., p. 2460.
[133] R. BALDUZZI, *L'autonomia universitaria*, cit., pp. 270-271.
[134] G. VESPERINI, *Iperregolazione*, cit., p. 952.

dei Rettori, senza alcuna predeterminazione sostanziale dei suddetti criteri in sede legislativa.

Infine, si pensi al recente d.m. 1062/2021, mero decreto ministeriale, che prevede il reclutamento di ricercatori di tipo "A" su tematiche *green* e dell'innovazione su fondi PON Ricerca e Innovazione 2014-2020. Di tale decreto colpisce non solo la pratica assenza di fondamento legislativo, ma l'ambizione a prevedere una figura di ricercatore di tipo "A" del tutto peculiare rispetto al modello della l. 240/2010 (si pensi alla necessità di un periodo di ricerca all'interno dell'impresa o alla previsione, facoltativa di periodi di ricerca all'estero)[135], pur nel rispetto del monte orario dedicato alla ricerca e alla didattica di cui all'art. 6, commi 1 e 2, della stessa legge[136].

Colpisce il fatto che questo d.m., non adottato ai sensi dell'art. 17 della l. 400/1988, è stato attuato da ben due atti… attuativi successivi (di cui un "disciplinare") che ne hanno completato le previsioni.

La tempistica ravvicinatissima delle selezioni ha poi richiesto atti normativi *ad hoc* da parte degli Atenei, in deroga ai propri regolamenti sul reclutamento dei ricercatori, che probabilmente genereranno contenziosi che si aggiungono a quelli già cospicui sempre in materia di reclutamento di fronte al giudice amministrativo.

Certo, il d.m. 1062/2021 ha consentito agli Atenei di reclutare nuovi posti, ma ancora una volta a soffrire è l'autonomia: esso infatti vincola a selezionare ricercatori (perché, ad esempio, non assegni di ricerca?), su tematiche predefinite, che problematicamente si inseriranno nella programmazione dei Dipartimenti. Insomma, esso sembra configurare un ennesimo capitolo di un reclutamento straordinario, espressione di scelte "vincolate" dall'esterno e sottoposte a un vaglio di ammissibilità e a modalità di verifica successive in capo all'Anvur.

Peraltro, il d.m. 1062 è l'ultimo tassello di una disciplina, quella del reclutamento, che, oltre a essere andata incontro ad una disciplina frammentaria, articolata in più canali diversi, ha visto alcune previsioni di assai dubbia costituzionalità, come quella relativa alle c.d. "cattedre Natta" (art. 1, comma 207, l. 208/2015, opportunamente abrogato dall'art. 1, comma 790, della l. 145/2018) la cui copertura era rimessa ad un d.p.c.m., senza un tessuto minimo di principi e criteri fissati dalla legge e il cui reclutamento sarebbe passato attraverso Commissioni presiedute da docenti nominati dal Presidente del Consiglio; il tutto, evidentemente, sul presupposto della inaffidabilità di

[135] Novità riguardano in effetti anche il c.d. profilo inserito nei bandi, vincolato alle tematiche di ricerca riferibili al d.m. In tal modo, si tratta di procedure di selezione che ricalcano, da questo punto di vista, quelle dei ricercatori a tempo determinato attivate su fondi esterni.

[136] Il riferimento all'art. 6, comma 2, è improprio, visto che tale disposizione è riferita ai soli professori.

meccanismi selettivi affidati alle Università e della connessa esigenza di un "commissariamento governativo" del reclutamento[137].

Rimangono poi in vigore atti ministeriali che, praticamente senza copertura legislativa, hanno introdotto strumenti fondamentali per la vita degli Atenei: si pensi, solo per citare un esempio, al noto istituto dei punti-organico, tanto rilevante sia per il reclutamento del personale docente che di quello tecnico-amministrativo[138].

Un capitolo ulteriormente problematico è dato dall'impatto della normativa anticorruzione sull'autonomia anche normativa degli Atenei[139].

Nel maggio 2018 è stato adottato un atto di indirizzo del Ministro dell'istruzione, università e ricerca, di sostanziale recepimento dei contenuti dell'aggiornamento 2017 al Piano nazionale anticorruzione – Sezione Università – approvato con delibera ANAC n. 1208 del 22 novembre 2017[140].

Alla stregua dei principi costituzionali è quantomeno dubbia la possibilità di vincolare gli Atenei al rispetto di un tale atto che peraltro appare molto dettagliato[141] e non riconducibile all'art. 1, comma 2, della l. 168/1989, posto che in tale disposizione i principi di autonomia si pongono come limite all'attività di indirizzo e di coordinamento del Ministro.

In questa sede non è possibile ripercorrere analiticamente i contenuti di un testo così articolato: certo, non mancano aspetti quantomeno curiosi, come la richiesta alle Università, anche attraverso apposite revisioni statutarie, di prevedere l'elettività quantomeno di alcuni dei componenti del Collegio di disciplina per i docenti, con elettorato attivo, attribuito, secondo il principio della rappresentanza tra pari, rispettivamente ai professori ordinari, associati e ricercatori in servizio presso l'Ateneo e l'elettorato passivo limitato ai docenti e ricercatori confermati e a tempo pieno. Sul punto, appare davvero discutibile ritenere, come si legge invece nel documento in esame, che l'elezione diretta, anche parziale, dell'organo di disciplina possa assicurare un maggiore livello di

[137] M. LUCIANI, *Ruolo della docenza universitaria*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, in particolare pp. 30 ss. Dubbi di costituzionalità sullo schema di d.p.c.m., anche alla stregua dell'art. 33, comma 6, Cost., sono stati evidenziati dal Consiglio di Stato: Cons. Stato, sez. atti normativi, 4 novembre 2016, n. 2303, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[138] Si veda la nota ministeriale prot. n. 272 del 18 febbraio 2005 (*Nota tecnica per la valutazione della compatibilità dei piani triennali di fabbisogno di personale*).

[139] Sul punto, in particolare, L. BUSICO, *La prevenzione della corruzione e la trasparenza nelle Università*, in F. CERIONI, V. SARCONE (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione. Con le novità della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, Milano, Giuffrè Lefebvre, 2019, pp. 565 ss.; F. DAL CANTO, *Le regole dell'anticorruzione nel governo dell'Università*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 231 ss.

[140] L'atto di indirizzo è rinvenibile in *www.miur.gov.it*.

[141] Si tratta di un testo di venticinque pagine a stampa.

imparzialità dell'organo[142]. Ancora, l'atto in questione raccomanda che gli statuti prevedano forme di limitazione alla titolarità di incarichi presso un Ateneo in capo a soggetti che abbiano ricoperto cariche in Autorità, Enti e Ministeri operanti nel campo dell'Università e della ricerca, sottovalutando che, ai sensi dell'art. 51, comma 1, Cost., esse dovrebbero fondarsi su una previsione legislativa ispirati a canoni rigorosi di ragionevolezza.

Il documento poi si diffonde ampiamente sulla necessità di modificare più regolamenti (sull'attività di ricerca; sulle procedure di reclutamento; sugli *spin-off*; sulle attività esterne dei docenti), oltre che i codici etici (dei quali è auspicata l'unificazione con i codici di comportamento), anche allo scopo di "riempire" vere o presunte lacune legislative[143]. Peraltro, nel documento stesso curiosamente non sono trattate tematiche rilevanti nell'ottica di una strategia di contrasto alla corruzione[144].

[142] Basti pensare a come potrebbe svolgersi una campagna elettorale tra i diversi candidati!

[143] Si pensi al problema del reclutamento di docenti legati da un rapporto *more uxorio* con un componente del Dipartimento che proponga la chiamata: sul punto, l'atto di indirizzo, in linea con una coeva giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2018, n. 4841, in *www.giustizia-amministrativa.it*), sembra richiedere alle Università di prevedere detta incompatibilità, peraltro problematica perché non prevista dalla legge. Il tema deve peraltro essere inquadrato alla stregua di una nota sentenza successiva della Corte costituzionale (sent. 78/2019) la quale ha sancito che nell'art. 18, comma 1, lett. *b*), della l. 240/2010, «che pure ha introdotto procedure selettive, non solo nazionali, ma anche locali, volte a meglio tutelare l'imparzialità della selezione, le previste situazioni di rigida incandidabilità sono espressione di un bilanciamento fra il diritto di ogni cittadino a partecipare ai concorsi universitari e le ragioni dell'imparzialità, che è tutto improntato alla prevalenza di tali ragioni. Che essa non includa il coniugio come motivo di incandidabilità degli aspiranti alla chiamata non può ritenersi irragionevole. Il coniugio richiede, infatti, un diverso bilanciamento. Esso pone a fronte dell'imparzialità non soltanto il diritto a partecipare ai concorsi, ma anche le molteplici ragioni dell'unità familiare, esse stesse costituzionalmente tutelate» (*considerato in diritto*, n. 5.2). Sulla sent. 78/2019, in particolare, P. CARETTI, M. GIANNELLI, *"Ragionevolezza" e "non irragionevolezza" nel contrasto al familismo universitario*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 948 ss.; F. ASTONE, *Amore coniugale e cattedre universitarie*, *ivi*, pp. 954 ss.; G. PASCUZZI, *Coniugi e carriera universitaria*, in *Foro it.*, 2019, I, cc. 2262 ss.; B. BRANCATI, *La incompatibilità tra coniugi nello stesso dipartimento universitario: un bilanciamento ragionevole, ma non l'unico possibile*, *ivi*, cc. 2269 ss.; F. CRISTIANI, *Coniugio, parentela, affinità e imparzialità dell'amministrazione: l'unità della famiglia giustifica la differenza?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, pp. 774 ss.; G. SALA, *Imparzialità, immagine di imparzialità e parentele nei pubblici uffici (universitari)*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1897 ss.; A. TROISI, *Il romanticismo della Consulta: il coniugio non è causa di incandidabilità nei concorsi universitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, pp. 158 ss.; P. VERONESI, *"Le conseguenze dell'amore universitario" (Secondo tempo): i punti fermi della sentenza costituzionale n. 78 del 2019*, in *Forumcostituzionale*, 2019, n. 5. A seguito di questa pronuncia non pochi Atenei hanno modificato i propri regolamenti sul reclutamento del personale docente e ricercatore che contemplava tra le incompatibilità alla partecipazione ai concorsi lo *status* di coniuge.

[144] Si pensi all'eliminazione della disciplina dei trasferimenti dei professori, discutibilmente assorbita da quella dei concorsi per l'accesso alle due fasce o alla disciplina di imputazione dei punti organico, che penalizza i docenti esterni agli Atenei.

7. L'autonomia statutaria delle Università: alcuni spunti emergenti dalla prassi

Dopo l'entrata in vigore della l. 240/2010 gli Atenei si sono impegnati, in una prima fase nell'attuazione degli statuti, con l'adozione dei necessari strumenti attuativi, in una seconda fase in un'opera, più o meno estesa, di "manutenzione" degli statuti stessi (in particolare a partire dal 2016[145]), in alcuni casi prefigurata dagli stessi statuti adottati a seguito della l. 240/2010[146].

Tali revisioni hanno toccato aspetti vari e diversi: addirittura non mancano casi in cui in forza di un'apposita revisione, è stata introdotta una disposizione statutaria con la quale sono state individuate le fonti normative dell'Università, con alcune previsioni non prive di spunti problematici (così, l'art. 29 dello Statuto dell'Università del Salento prevede che «sono fonti normative dell'università la Costituzione, il diritto europeo, le leggi dello Stato e della regione, lo statuto, il codice etico e di comportamento e i regolamenti di autonomia, con ciò escludendo i regolamenti, gli atti atipici e includendo, forse problematicamente, il codice etico).

Sul piano dei contenuti, a fronte di alcuni statuti invero sufficientemente dettagliati, in altri è riscontrabile una maggiore valorizzazione dei regolamenti generali[147], anch'essi soggetti al controllo del Ministero ma ai quali non si applica la procedura delineata nell'art. 6 della l. 168/1989. In tal modo non pare pienamente rispettata quella "riserva di statuto" che tanto la l. 168/1989 quanto la l. 240/2010 fonda. In alcuni casi, peraltro, contenuti tipicamente statutari sono stati impropriamente "degradati" a mere delibere degli organi di governo degli Atenei: si pensi alla controversa vicenda dell'utilizzazione della lingua inglese nei corsi di laurea magistrale e di dottorato di ricerca nel Politecnico di Milano. Senza ripercorrere la lunga e complessa vicenda (culminata nella sent. 42/2017 della Corte costituzionale[148]), un punto forse non

[145] Modifiche agli statuti vigenti sono state approvate nel 2016 da ben 23 Atenei, nel 2017 da 12, nel 2018 da 9, nel 2020 da 4, nel 2021 da 3.

[146] Così, l'art. 58 dello Statuto dell'Università di Firenze prevedeva che «entro tre anni dal primo insediamento dei nuovi organi centrali di Ateneo, il Rettore è tenuto a convocare, in un'apposita seduta congiunta, il Senato accademico ed il Consiglio di amministrazione per valutare il processo di attuazione dello Statuto, con particolare riferimento all'articolazione interna in Dipartimenti e Scuole e predisporre, secondo il procedimento di cui all'articolo 53, gli adeguamenti che si rendessero eventualmente necessari». In attuazione di tale disposizione, è stata insediata un'apposita Commissione che ha proposto un testo di revisioni statutarie, approvato alla fine del 2018.

[147] Così, ad esempio, i regolamenti generali dell'Università degli studi di Milano e di Bari.

[148] Sulla quale, per tutti, M.A. CABIDDU, *La sentenza costituzionale n. 42 del 2017: difesa della lingua italiana dalla globalizzazione*, in *Studium iuris*, 2017, pp. 1324 ss.; Q. CAMERLENGO, *Istruzione universitaria, primato della lingua italiana, eguaglianza sostanziale (intorno ad un profilo della sentenza n. 42 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2017; P. CARETTI, A. CARDONE, *Il valore costituzionale del principio di ufficialità della lingua italiana*, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 384 ss.; F. RIMOLI, *Internazionalizzazione degli atenei e corsi di lingua straniera: la Corte accoglie l'inglese*

adeguatamente valorizzato nella giurisprudenza in materia è dato dal fatto che l'art. 2, comma 2, lett. *l*) della l. 240/2010 allude, quale direttiva ai fini dell'adozione degli statuti, al «rafforzamento dell'internazionalizzazione anche attraverso una maggiore mobilità dei docenti e degli studenti, programmi integrati di studio, iniziative di cooperazione interuniversitaria per attività di studio e di ricerca e l'attivazione, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera»; e tuttavia, lo Statuto del Politecnico non conteneva alcuna previsione al riguardo.

La legge Gelmini sembra quindi richiedere, quanto all'internazionalizzazione degli Atenei, che la disciplina fondamentale sia contenuta nello statuto in quanto fonte apicale a disposizione degli Atenei stessi: in attuazione di tali previsioni in materia dovrebbe poi intervenire "a cascata" il regolamento didattico di Ateneo, anch'esso soggetto al controllo preventivo di legittimità da parte del Ministero (art. 11, l. 341/1990) e quindi i regolamenti didattici dei singoli corsi di studio: il tutto tenendo conto degli obiettivi formativi prescritti dai decreti ministeriali relativi alle diverse classi di laurea. Certamente si tratta di un procedimento articolato e forse faticoso ma esso, ove fosse stato seguito, avrebbe consentito le necessarie ponderazioni che la giurisprudenza ha richiesto.

Provando a tracciare un bilancio dell'esercizio dell'autonomia normativa da parte delle Università, in generale non mancano criticità: in troppi casi, infatti, soprattutto la produzione regolamentare si è limitata a trasporre i contenuti di leggi statali o, addirittura, di regolamenti o meri decreti ministeriali, con ciò mutuandone talvolta imprecisioni, ambiguità, errori, oltre a evidenziare un cattivo uso della, pure limitata, autonomia normativa[149].

È anche – ma certo non solo – per la scarsa "qualità" dei regolamenti che si è alimentato un contenzioso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo che, soprattutto sul terreno del reclutamento del personale docente e ricercatore, ha assunto livelli allarmanti: si pensi ai casi in cui i regolamenti hanno omesso di disciplinare contenuti che gli artt. 18 e 24 della l. 240/2010 hanno demandato loro, con ciò alimentando un'impropria "supplenza" dei bandi o, addirittura, della discrezionalità delle commissioni. O si pensi alla controversa attuazione dell'art. 24, comma 6 (i cui dubbi di legittimità costituzionale sono

difendendo l'italiano, *ivi*, pp. 392 ss.; D.U. GALLETTA, *Internazionalizzazione degli Atenei e tutela dei principi costituzionali del primato della lingua italiana, della parità nell'accesso all'istruzione universitaria e della libertà di insegnamento: alla ricerca del punto di equilibrio (commento a Corte cost.., sentenza 2017/42)*, *ivi*, pp. 401 ss.; V. COCOZZA, *A proposito della lingua italiana nelle Università (sentenza n. 42 del 2017): l'interpretazione conforme è un adempimento solo formale?*, in *Quad. cost.*, 2017, pp. 371 ss.; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. n. 42/2017*, in *Foro it.*, 2017, I, cc. 1125 ss.

[149] Sembra ancora attuale il rilievo secondo il quale gli Atenei hanno preferito muoversi «nelle strettoie di bardature oppressive ma anche protettive»: L. PALADIN, *Stato e prospettive*, cit., p. 181.

stati fugati dalla Corte costituzionale: sent. 165/2020) che ha visto una giurisprudenza amministrativa fare applicazione del d.P.R. 117/2000 (riferito ai concorsi secondo la disciplina previgente alla l. 240/2010) per surrogare lacune contenute nei regolamenti di Ateneo.

Un'ulteriore caratteristica, che non può essere valutata positivamente, è data dalla proliferazione di regolamenti anche per disciplinare ambiti poco rilevanti se non addirittura trascurabili o, al contrario, come accennato, l'adozione di contenuti normativi in deliberazioni non assunte in forma regolamentare.

8. L'autonomia universitaria dinanzi alle sfide del presente

Le fonti dell'autonomia normativa delle Università si trovano quindi soggette a pesanti condizionamenti dal centro, a maggior ragione nella stagione dell'emergenza pandemica, nella quale anche agli Atenei è stata estesa la disciplina contenuta nei decreti legge e nei d.p.c.m. attuativi, anche in deroga a previsioni statutarie e regolamentari; e ciò, ad esempio, per consentire il funzionamento anche a distanza degli organi collegiali centrali e periferici delle Università, ma, soprattutto, per contemperare la tutela della salute degli studenti e del personale scolastico e universitario con la salvaguardia del diritto allo studio e per limitare o posticipare le penalizzazioni finanziarie che non abbiano rispettato il fabbisogno finanziario programmato nell'esercizio precedente[150].

Per comprendere questo aspetto, non si può non richiamare il delicato tessuto dei rapporti tra la programmazione delle Università e le funzioni di indirizzo e di coordinamento spettanti al Ministero in materia di ricerca e di didattica nonché di valutazione dei risultati. È anche in questo incrocio tra autonomia e prerogative del centro che si celano rischi per l'autonomia scientifica e didattica garantiti dall'art. 33 Cost. Il pensiero non corre tanto alle linee generali d'indirizzo delle Università che si sono sforzate di coniugare il sostegno alla ricerca di base con meccanismi incentivanti e premiali, quanto alla selva di decreti ministeriali che, in attuazione anche di normative settoriali, hanno riconosciuto, come già accennato, fondi vincolati o hanno orientato in modalità fin troppo stringenti il perseguimento di determinate finalità o oggetti di ricerca finendo per favorire, anche al di là delle intenzioni, determinate aree disciplinari. Non si sottrae del tutto a questo rilievo nemmeno il recente d.m. 737/2021 che ha riconosciuto finanziamenti cospicui certo (in totale 200 milioni di euro) ma "vincolati" al raggiungimento di obiettivi, coerenti con il Pnr, che finiscono, al di là delle intenzioni, per privilegiare linee di ricerca di alcune aree (bio-

[150] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, maggio 2021, cit., 69 ss.

medica, scientifica, tecnologica) e per orientare determinate politiche di reclutamento (ricercatori di tipo A).

Occorre quindi seriamente interrogarsi sulla necessità di non disperdere o mortificare il patrimonio della libera ricerca di base, essenziale nell'ottica della tutela delle libertà tutelate dall'art. 33 Cost.: da questo punto di vista, forse, la stessa istituzione dell'Agenzia nazionale per la ricerca con la legge di bilancio per il 2020, appare forse un'occasione perduta, anche considerando alcuni aspetti criticabili relativi alla sua istituzione (si pensi alla nomina governativa di gran parte dei suoi membri).

Queste preoccupazioni sono presenti anche nel recente referto della Corte dei conti sul sistema universitario: in esso si legge che, sebbene la programmazione della ricerca universitaria, sotto la vigilanza del Mur, abbia visto e veda l'ampio coinvolgimento della comunità scientifica «si riscontra, tuttavia, una tendenziale complessità del procedimento di programmazione, per la duplicazione di organismi di supporto, nonché una non sufficiente chiarezza sui criteri di nomina dei rappresentanti accademici in seno ai suddetti organismi, tenuto conto della garanzia costituzionale di autonomia e indipendenza di cui all'art. 33 della Costituzione. peraltro, le medesime osservazioni possono essere riportate in relazione alla fase esecutiva e di controllo amministrativo dei progetti di ricerca, rimessi a loro volta a organismi di formazione mista, spesso selezionati in via diretta anche come rappresentanza del MUR»[151].

9. Segue: i nodi (largamente irrisolti) dei rapporti tra Atenei e Regioni

Un ulteriore nodo irrisolto attiene ai rapporti tra Università e autonomie regionali.

Un primo punto da sottolineare, che si evince con chiarezza anche dalla giurisprudenza costituzionale, è dato dal fatto che l'autonomia universitaria costituisce un limite all'autonomia legislativa delle Regioni anche a statuto speciale (Corte cost., sent. 51/1966; 61/2007).

Le Regioni a statuto ordinario hanno esercitato le proprie competenze prevalentemente in materia di diritto allo studio e di finanziamenti della ricerca e della formazione, anche se in misura e con intensità diverse[152]. Da questo punto di vista, nemmeno l'entrata in vigore della riforma del Titolo V ha introdotto una discontinuità sostanziale nella produzione normativa[153]; né ad oggi è

[151] Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, maggio 2021, cit., p. 247.

[152] A. BARAGGIA, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 239.

[153] Per tutti, R. BALDUZZI, *L'autonomia universitaria dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 2-3, 2004, pp. 263 ss.; L. VIOLINI, *Università e Regioni: quale autonomia?*, in *Le Regioni*, n. 1, 2011, pp. 3 ss.

possibile prevedere se l'ipotizzata attuazione del c.d. "regionalismo differenziato" (tutt'altro che prossima) sia destinata a introdurre novità sostanziali.

Diverse considerazioni attengono alle Regioni a statuto speciale, con particolare riferimento alla Valle d'Aosta e alla Provincia autonoma di Bolzano che sono state abilitate dal legislatore statale a istituire Università non statali (art. 17, comma 120, l. 127/1997)[154], mentre un decreto legislativo attuativo dello Statuto speciale del Trentino-Alto Adige (d.lgs. 142/2011) ha attribuito alla Provincia autonoma di Trento rilevanti prerogative in materia di programmazione finanziaria, di autonomia universitaria (anche con la previsione di nuovi principi e criteri direttivi per l'adozione dello statuto), di status giuridico dei professori (ad esempio, con la previsione del *Research Professor* nell'ambito dei dottorati di ricerca)[155].

Ciò detto, il tema dei rapporti tra Università e Regioni è importante, in generale e in prospettiva.

Sul primo punto, è sufficiente ricordare la rilevanza della competenza normativa regionale in materia di rapporti fra Servizio sanitario nazionale ed Università. La relativa disciplina è contenuta in primo luogo nel d.lgs. 517/1999, non ancora aggiornato ai contenuti della l. 240/2010.

Tale atto presenta non pochi nodi problematici che si ripercuotono anche sull'autonomia anche normativa delle Università. Come si legge nell'art. 1, «l'attività assistenziale necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali delle università è determinata nel quadro della programmazione nazionale e regionale in modo da assicurarne la funzionalità e la coerenza con le esigenze della didattica e della ricerca, secondo specifici protocolli d'intesa stipulati dalla Regione con le Università ubicate nel proprio territorio». Tali protocolli definiscono aspetti cruciali, tra i quali: *a*) la promozione e la disciplina dell'integrazione dell'attività assistenziale, formativa e di ricerca tra Servizio sanitario nazionale e Università; *b*) l'obiettivo di informare i rapporti tra Servizio sanitario nazionale e Università al principio della leale cooperazione; *c*) la definizione delle linee generali della partecipazione delle Università alla programmazione sanitaria regionale; *d*) la definizione dei criteri generali per l'adozione, da parte del direttore generale delle aziende, degli atti normativi interni, ivi compreso l'atto aziendale.

Come si vede, si tratta di una rete di rapporti governata da un atto di incerta qualificazione (il protocollo d'intesa) nella quale rimangono, come accennato,

[154] Sul punto, per tutti, M. FALANGA, *Istruzione, Università e ricerca nelle Regioni a Statuto speciale e nelle Province Autonome di Trento e Bolzano*, in F. PALERMO, S. PAROLARI (a cura di), *Le variabili della specialità. Evidenze e riscontri tra soluzioni istituzionali e politiche settoriali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. 487 ss.

[155] G. VERDE, *Uniformità e specialità delle Regioni*, in N. ANTONETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Che fare delle Regioni?*, Roma, Rodorigo, 2014, pp. 291 ss.

vere e proprie zone d'ombra: si pensi allo *status* dei professori e ricercatori universitari chiamati a svolgere attività assistenziale, che l'art. 5, comma 2, sembra definire in termini "doppia dipendenza" dal Sistema sanitario regionale e dai propri Atenei[156]. Tale disposizione appare tanto generica quanto problematica alla luce della prassi che sembra avere minimizzato la previsione, contenuta nello stesso art. 5, comma 2, secondo la quale «le attività assistenziali svolte dai professori e dai ricercatori universitari si integrano con quelle di didattica e ricerca».

Si pensi ancora al controverso meccanismo del nulla osta delle aziende sanitarie allo svolgimento dell'attività assistenziale con riferimento ai settori scientifico-disciplinari per i quali essa è considerata inscindibile: si tratta di un istituto che rischia di ripercuotersi negativamente sull'autonomia universitaria e, in particolare, sulle scelte relative alla programmazione del personale docente. Non poche difficoltà, anche per intuibili ragioni finanziarie, incontra infatti l'applicazione dell'art. 2, comma 6, ai sensi del quale, in particolare, «le attività assistenziali svolte perseguono l'efficace e sinergica integrazione con le funzioni istituzionali dell'università, sulla base dei principi e delle modalità proprie dell'attività assistenziale del Servizio sanitario nazionale, secondo le specificazioni definite nel presente decreto». Eppure la Corte costituzionale ha affermato con chiarezza che «l'attività di assistenza ospedaliera e quella didattico-scientifica affidate dalla legislazione vigente al personale medico universitario si pongono tra loro in un rapporto che non è solo di stretta connessione, ma di vera e propria compenetrazione»; per cui se il legislatore può «modulare in concreto, nell'esercizio della sua discrezionalità, ampiezza e modalità di svolgimento della attività assistenziale dei medici universitari, eventualmente anche in funzione dell'età dei docenti», ad esso è preclusa «la scissione tra l'uno e l'altro settore di attività, con la conseguente creazione di figure di docenti medici destinati ad un insegnamento privo del supporto della necessaria attività assistenziale» (sent. 71/2001; cfr. anche, da ultimo, sent. 132/2021).

In definitiva, il d.lgs. 517/1999 prevede modelli organizzativi che appaiono per molti versi problematicamente peculiari, in quanto, almeno in parte, vincolati alla programmazione sanitaria nazionale e regionale[157].

Ancora, è da chiedersi se la disciplina contenuta nella legge Gelmini, che non reca disposizioni *ad hoc* sul reclutamento del personale docente e ricercatore dell'area bio-medica in settori per i quali è previsto lo svolgimento

[156] Tale disposizione prevede infatti: «Ai professori e ricercatori universitari di cui al comma 1, fermo restando il loro stato giuridico, si applicano, per quanto attiene all'esercizio dell'attività assistenziale, al rapporto con le aziende e a quello con il direttore generale, le norme stabilite per il personale del Servizio sanitario nazionale».

[157] F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle Università*, cit., pp. 749-750; P.G. RINALDI, *La* governance *interna*, cit., pp. 63 ss.

dell'attività assistenziale, sia ancora sostenibile, alla luce di un contenzioso amministrativo e penale che dovrebbe suscitare ampie riflessioni anche a livello politico.

Un ulteriore terreno nel quale in prospettiva Università e Regioni saranno chiamate a collaborare in modo stretto è quello dell'attuazione del Pnrr: la pubblicazione delle linee guida in materia di Università e ricerca, con riferimento alle quattro iniziative previste (partenariati di ricerca, infrastrutture di ricerca e innovative, centri nazionali ed ecosistemi dell'innovazione) lascia intravedere «un percorso sistemico che chiama in causa il lavoro comune di una moltitudine di attori, pubblici e privati, con il fine di creare e/o rafforzare intere filiere della ricerca e, al contempo, rafforzare il tessuto industriale in tali catene del valore se non anche crearne nuove laddove la scienza dischiude nuovi sentieri»[158].

In particolare, gli ecosistemi dell'innovazione sono definiti come reti di università statali e non statali, enti pubblici di ricerca, enti pubblici territoriali, altri soggetti pubblici e privati altamente qualificati e internazionalmente riconosciuti, che intervengono su aree di specializzazione tecnologica coerenti con le vocazioni industriali e di ricerca del territorio di riferimento, promuovendo e rafforzando la collaborazione tra il sistema della ricerca, il sistema produttivo e le istituzioni territoriali[159].

Tra gli ambiti di riforma indotti dal Pnrr si deve ricordare anche la riforma degli Its, con l'istituzione di un Sistema terziario di istruzione tecnologica superiore nel quale gli Atenei potrebbero avere un ruolo importante, dovendo entrare a far parte delle fondazioni istitutive degli Its-*Academy*, mentre alle Regioni sono riconosciute funzioni di programmazione dell'offerta formativa, riconoscimento e accreditamento degli stessi (proposta di legge A.S. n. 2333)[160].

[158] S. PALEARI, F. PROFUMO, *La partita delle competenze nella gestione dei progetti*, in *Il Corriere della sera*, 25 ottobre 2021.

[159] Nel testo è riportato in sintesi il testo dell'art. 1, commi 2 e 3, dell'«Avviso pubblico per la presentazione di Proposte di intervento per la creazione e il rafforzamento di "ecosistemi dell'innovazione", costruzione di "leader territoriali di R&S" – Ecosistemi dell'Innovazione – nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all'impresa – Investimento 1.5, finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU» (Avviso pubblico 30 dicembre 2021, n. 3277).

[160] Peraltro, in tale proposta di legge sono rimessi a un mero decreto del Ministro dell'istruzione, adottato di concerto con il Ministro dell'università e della ricerca, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, alcuni aspetti rilevanti anche nell'ottica dell'autonomia universitaria, quali: *a*) i criteri generali e gli standard di organizzazione per la condivisione, tra le fondazioni ITS *Academy*, le istituzioni universitarie interessate e gli enti di ricerca, delle risorse logistiche, umane, strumentali e finanziarie occorrenti; *b*) i criteri generali e le modalità per i passaggi tra i percorsi degli ITS *Academy* di cui all'articolo 5, comma 1, e i percorsi di laurea a orientamento professionale, e viceversa, con il relativo reciproco riconoscimento dei percorsi formativi e dei crediti universitari formativi; *c*) i criteri generali per il riconoscimento dei crediti formativi certificati all'esito dei percorsi formativi di cui all'articolo 5,

Il Pnrr pone quindi agli Atenei sfide nuove e per molti versi inedite anche nella prospettiva dell'autonomia e richiederà una strategia di collaborazione in rete con enti territoriali (in particolare le Regioni) e altri soggetti pubblici e privati.

10. Conclusioni

La deludente prassi in materia di autonomia universitaria, unitamente al caos che affligge ormai da anni la disciplina legislativa degli Atenei, dovrebbe suggerire la necessità di un riordino della legislazione, che appare davvero urgente. Del resto, già la l. 50/1999 prevedeva una delega al riguardo sulla base della quale un apposito gruppo di lavoro istituito presso il Miur aveva prodotto una bozza di decreto legislativo, rimasta senza esito[161].

In effetti, anche da questo punto di vista la l. 240/2010 è stata una occasione mancata: essa, infatti, non ha realizzato una riforma organica, non avendo provveduto ad autorizzare un complessivo riordino della normativa precedente[162].

Eppure, un'opera di riordino sarebbe 'comunque auspicabile, anche nell'ottica dell'esercizio dell'autonomia normativa universitaria.

Tramontata la prospettiva, almeno in tempi brevi, di un testo unico, rimane quella, che dovrebbe essere collegata alla prima, della semplificazione amministrativa. Sul punto, l'art. 1, comma 242, della l. 160/2019 prevede che l'Agenzia nazionale per la ricerca definisca «un piano di semplificazione delle procedure amministrative e contabili relative ai progetti di ricerca per l'adozione delle misure legislative e amministrative di attuazione» (lett. *c*).

Semplificazione normativa e semplificazione amministrativa sono due prospettive che non solo il legislatore centrale ma le stesse fonti normative espressive dell'autonomia universitaria dovrebbero perseguire, assecondando una delle coordinate fondamentali del Pnrr, che qualifica la semplificazione e la razionalizzazione della legislazione come «intervento riformatore essenziale per favorire la crescita del Paese» che ne supporta trasversalmente tutte e sei le missioni[163].

comma 1, come crediti formativi validi ai fini del tirocinio per l'accesso all'esame di Stato per le professioni di agrotecnico, geometra, perito agrario e perito industriale, nonché come crediti formativi validi ai fini del tirocinio da valutare in sede di esame finale per il conseguimento delle lauree professionalizzanti di cui alla legge 8 novembre 2021, n. 163; *d*) le modalità per rendere trasparente e sostenere, attraverso l'adozione di tabelle nazionali di corrispondenza, il riconoscimento dei crediti certificati acquisiti dai diplomati degli ITS *Academy* a conclusione dei percorsi formativi, di differente livello, di cui all'articolo 5, comma 1, ai fini dell'eventuale prosecuzione degli studi in percorsi di laurea. Per inciso, per l'adozione di questo decreto non è previsto il coinvolgimento né della Crui né del Cun.

[161] Da ultimo, F. COSTANTINO, *Libertà di scienza*, cit., pp. 92-93.

[162] Essa, infatti, all'art. 29 prevede solo alcune limitate e mirate abrogazioni di disposizioni legislative previgenti.

[163] Si veda, da ultimo, in questo senso, SVIMEZ, *Le Università per lo sviluppo dei territori*, in *Lnx.Svimez.info*.

In questo senso è auspicabile una strategia istituzionale anche degli Atenei, diretta a rivedere organicamente i loro atti normativi, all'insegna della razionalizzazione, della semplificazione, della buona tecnica normativa, auspicabilmente in modo coordinato con lo Stato, riprendendo per analogia suggestioni contenute nell'Accordo del 2007 tra Governo, Regioni e autonomie locali in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2022

LO SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE QUALE ECCEZIONE ALL'INDIZIONE DI NUOVI CONCORSI PUBBLICI. NORME AFFERENTI E INTERPRETAZIONE DEL C.D. *DIRITTO VIVENTE*

PASQUALE IORIO*

Sommario

1. Cenni introduttivi. – 2. Profilo definitorio. – 3. Impianto normativo di riferimento. – 4. Le interpretazioni del c.d. *diritto vivente*. – 5. La *vexata quaestio* della scelta tra più graduatorie. – 6. I limiti di validità delle graduatorie. – 7. Omogeneità della posizione richiesta dall'avviso pubblico. – 8. L'idoneità ad un pubblico concorso come "titolo" valutabile in altra selezione. – 9. I "nuovi" elenchi di idonei introdotti con il Decreto-Legge n. 80/2021. – 10. Conclusioni.

Abstract

The legal text, starting from the article of law relating to the scrolling of rankings, identified as a possible alternative to the calling of new public competitions, will analyze the regulatory framework of reference, in the light of recent interpretations of administrative, civil and accounting jurisprudence. The relationship between the right to scroll of those candidates usefully placed in the ranking (although not winners) and the power of the administration to announce new recruitment procedures will then be clarified.

Suggerimento di citazione

P. IORIO, *Lo scorrimento delle graduatorie quale eccezionale all'indizione di nuovi concorsi pubblici. Norme afferenti e interpretazione del c.d.* diritto vivente, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Responsabile del Procedimento, Area Finanze e Tributi, Comune di Cimitile (Na).
Contatto: pasquale.iorio@libero.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Cenni introduttivi

La valutazione circa la possibilità di utilizzare la graduatoria di una pregressa selezione pubblica è divenuta, nell'ambito dell'autonomia delle scelte organizzative, un crocevia importante per tutti quegli Enti che ravvisano la necessità di reclutare personale atto a coprire i posti vacanti nella propria dotazione organica.

Si tratta di una rilevante eccezione al principio costituzionale[1] del concorso che consente di assumere risorse umane in tempi brevi e in deroga alle procedure[2] ordinarie previste dal D.P.R. n. 487/1994[3].

La possibilità di attingere da una graduatoria valida, benché approvata da un'amministrazione diversa da quella che ha bandito il concorso, risponde all'esigenza di contenimento della spesa pubblica (attraverso l'evitabile indizione di nuove procedure selettive con conseguenti costi) e consente di centrare l'obiettivo dell'attuazione dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, rendendo più spedito ed efficace il procedimento finalizzato alla provvista di personale, rispettando nel contempo la regola inderogabile della scelta del personale mediante concorso.

[1] L'art. 97, comma 4, della Costituzione così espressamente prevede: «*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*».

[2] Ai sensi dell'art. 1 del D.P.R. n. 487/1994: «*L'assunzione agli impieghi nelle amministrazioni pubbliche avviene: a) per concorso pubblico aperto a tutti per esami, per titoli, per titoli ed esami, per corso-concorso o per selezione mediante lo svolgimento di prove volte all'accertamento della professionalità richiesta dal profilo professionale di qualifica o categoria, avvalendosi anche di sistemi automatizzati; b) mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento tenute dagli uffici circoscrizionali del lavoro che siano in possesso del titolo di studio richiesto dalla normativa vigente al momento della pubblicazione dell'offerta di lavoro; c) mediante chiamata numerica degli iscritti nelle apposite liste costituite dagli appartenenti alle categorie protette di cui al titolo 1 della legge 2 aprile 1968, n. 482, e successive modifiche ed integrazioni. È fatto salvo quanto previsto dalla legge 13 agosto 1980, n. 466. Il concorso pubblico deve svolgersi con modalità che ne garantiscano la imparzialità, l'economicità e la celerità di espletamento, ricorrendo, ove necessario, all'ausilio di sistemi automatizzati diretti anche a realizzare forma di preselezione ed a selezioni decentrate per circoscrizioni territoriali. Con le medesime procedure e modalità di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo è reclutato il personale a tempo parziale, di cui alla legge 29 dicembre 1988, n. 554*».

[3] L'art. 35, comma 3, del D.lgs. n. 165/2001 stabilisce che «*Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali*».

Questa scelta assunzionale trova il suo indispensabile presupposto nel piano triennale del fabbisogno del personale - cui all'art. 6 del D.lgs. n. 165/2001 - e deve essere attuata in coerenza con quanto nello stesso stabilito, anche in riferimento alla copertura finanziaria.

Il presente lavoro si propone di fare chiarezza sulle prospettive dello scorrimento di graduatorie quale soluzione eccezionale all'indizione di nuovi concorsi pubblici. Ricostruito il quadro normativo vigente, anche alla luce delle recenti interpretazioni della giurisprudenza amministrativa, civile e contabile, si metterà poi a fuoco il rapporto fra il diritto allo scorrimento di quei candidati utilmente collocati in graduatoria (benché non vincitori) e la potestà dell'amministrazione di bandire nuove procedure di reclutamento.

2. Profilo definitorio

Partendo dalla definizione "*scorrimento di graduatoria*", occorre in primo luogo concentrare l'attenzione sull'aspetto terminologico.

Tale espressione identifica l'istituto giuridico che consente alla pubblica amministrazione di procedere all'assunzione di nuovo personale, in relazione a sopravvenute vacanze di posti in organico, attraverso la chiamata - nei limiti di validità temporale della graduatoria - di coloro che sono risultati idonei non vincitori nelle procedure concorsuali.

In altre parole, attraverso questa procedura di carattere eccezionale, nel caso di nuove posizioni lavorative disponibili, si vanno ad individuare ulteriori "vincitori" tra coloro che, pur avendo superato tutte le prove della selezione pubblica, non sono risultati in una posizione di graduatoria utile all'assunzione perché non collocati nei numeri delle posizioni messe a concorso.

L'istituto dello scorrimento è, dunque, preordinato – in attuazione dei principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa – ad offrire uno strumento giuridico che consenta di individuare immediatamente il soggetto da assumere e rispettare, al contempo, la regola inderogabile della scelta del personale attraverso il concorso.

3. Impianto normativo di riferimento

La disciplina dello scorrimento delle graduatorie è caratterizzata da una stratificazione di fonti normative che spesso di sovrappongono e si intersecano tra loro.

Per una puntuale ricognizione delle norme che disciplinano l'istituto della utilizzazione delle graduatorie concorsuali, è necessario partire dall'archetipo normativo contenuto nel D.P.R. n. 3/1957, testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato.

L'art. 8 prevede, infatti, la facoltà per l'amministrazione di «*conferire, oltre i posti messi a concorso, anche quelli che risultino disponibili alla data di approvazione della graduatoria* […]».

Questo disegno normativo tipicizza l'ambito oggettivo di operatività dell'istituto, riferito alle sole ipotesi della disponibilità di posti alla data di approvazione della graduatoria o, come si precisa al comma terzo, in caso di *scoperture* generate da rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori. In questo caso «*l'amministrazione ha facoltà di procedere* (…) *ad altrettante nomine secondo l'ordine della graduatoria stessa*».

È poi la Legge n. 3/2003[4] ad ampliare il perimetro oggettivo di applicazione dell'istituto dello scorrimento, estendendo la possibilità di utilizzo anche delle graduatorie approvate da enti diversi da quelli che hanno espletato il concorso.

A termini dell'art. 9, comma 1, della legge in commento «[…] *in materia di programmazione delle assunzioni, con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della Legge n. 400/1988 su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti le modalità e i criteri con i quali le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e gli enti pubblici non economici possono ricoprire i posti disponibili, nei limiti della propria dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni del medesimo comparto di contrattazione*».

L'art. 3, comma 61, della Legge n. 350/2003 chiarisce, poi, che «[…] *in attesa dell'emanazione del regolamento di cui all'articolo 9 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, le amministrazioni pubbliche ivi contemplate* […] *possono effettuare assunzioni anche utilizzando le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni, previo accordo tra le amministrazioni interessate*».

La evocata possibilità è stata confermata, negli anni successivi, anche dall'art. 14, comma 4-bis, del Decreto-Legge n. 95/2012[5]: «[…] *le amministrazioni pubbliche* […] *che non dispongono di graduatorie in corso di validità, possono effettuare assunzioni con le modalità previste dall'art. 3, comma 61, della Legge n. 350/2003, anche con riferimento ai vincitori di concorso presso altre amministrazioni* […]».

L'art. 1, comma 10-octies, del Decreto-Legge n. 162/2019[6] stabilisce, altresì, che «*a decorrere dal 1° marzo 2020, le amministrazioni pubblicano i bandi di mobilità* […] *nel portale internet del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. A tale fine, con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata* […],

[4] Recante "*Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione*".
[5] Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 135/2012.
[6] Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 8/2020.

sono disciplinate le modalità di pubblicazione nel portale, […], *degli avvisi di mobilità adottati dalle pubbliche amministrazioni, dei bandi di concorso per l'accesso al pubblico impiego, delle relative graduatorie di merito e delle graduatorie degli idonei non vincitori ai quali le amministrazioni possono attingere, ai sensi dell'articolo 3, comma 61, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, nei limiti di validità delle graduatorie medesime* […]».

Un importante riferimento si individua, infine, nell'art. 17, comma 1-bis, del richiamato Decreto-Legge, a tenore del quale «*per l'attuazione del piano triennale dei fabbisogni di personale di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, gli enti locali possono procedere allo scorrimento delle graduatorie ancora valide per la copertura dei posti previsti nel medesimo piano, anche in deroga a quanto stabilito dal comma 4*[7] *dell'articolo 91 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*».

È evidente, per quanto appena detto, che il disposto normativo consente agli enti locali di disapplicare la disposizione dell'art. 91, comma 4, del D.Lgs. n. 267/2000, con la possibilità di utilizzare le graduatorie anche per la copertura dei «*posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso*».

4. Le interpretazioni del c.d. diritto vivente

Per cogliere gli effetti pratici delle norme concernenti la possibilità di utilizzo delle graduatorie concorsuali, è opportuno procedere ad un approfondimento dello *ius receptum* consolidatosi nell'ambito delle procedure selettive.

La Corte Costituzionale ha recentemente evidenziato che «[…] *lo scorrimento delle graduatorie, dapprima individuato come strumento eccezionale, ha perso con il passare del tempo tale caratteristica, per configurarsi, in molte occasioni, quale soluzione alternativa all'indizione di nuovi concorsi* […]»[8].

Sul tema si registrano autorevoli pronunce del Consiglio di Stato, relative alla interpretazione delle norme sullo scorrimento delle graduatorie.

«*L'amministrazione deve tenere nel massimo rilievo la circostanza che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso* […] *Sul piano dell'ordinamento positivo, si è ormai realizzata la*

[7] «*Per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo*».

[8] Cfr. Corte Costituzionale, 25 febbraio 2020, sentenza n. 77, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 18 de 29.04.2020.

sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace. Quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico […]»[9].

Si osserva poi che «[…] *la più recente disciplina del pubblico impiego (a partire dall'art. 35, comma 5-ter, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244), individua nello scorrimento delle graduatorie concorsuali ancora efficaci la regola generale per la copertura dei posti vacanti nella dotazione organica e ne rafforza il ruolo di modalità ordinaria di provvista del personale, in relazione alla finalità primaria di ridurre i costi gravanti sulle amministrazioni per la gestione delle procedure selettive. All'amministrazione che voglia determinarsi diversamente si impone dunque un rigoroso obbligo di motivazione della propria scelta derogatoria. Questo obbligo non recede ma è solo ridimensionato e attenuato in presenza di particolari ragioni di opportunità che militino per una scelta organizzativa diversa dallo scorrimento, come l'esigenza di stabilizzare personale precario o il sopraggiungere di una modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale* […]»[10].

«[…] *A dare all'istituto della utilizzazione delle graduatorie concorsuali la dignità di regola generale per le assunzioni di personale pubblico, introdotta con disposizione di rango legislativo, è stato l'art. 3, comma 87, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) che ha aggiunto il comma 5 ter all'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001; in base a tale ultima disposizione, le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine* […] *dalla data di pubblicazione.* […] *In definitiva, l'art. 3, comma 87, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nel prevedere che le graduatorie concorsuali hanno validità* […], *decorrenti dalla loro pubblicazione, ha introdotto a regime un istituto ordinario di reclutamento del personale pubblico, positivizzato da una fonte di rango legislativo e non più dal solo regolamento generale dei concorsi (d.P.R. n. 487 del 1994): l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto generale di utilizzazione delle graduatorie per "scorrimento" è poi riferito, indistintamente, a tutte le amministrazioni, senza limitazioni di carattere soggettivo od oggettivo. In tale consolidato quadro normativo, appare naturale ritenere, nel solco di quanto affermato nella* […] *sentenza della Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, che la scelta dell'amministrazione di bandire un nuovo concorso, pur in presenza di soggetti idonei che potrebbero soddisfare le medesime esigenze, vada scrutinata con particolare rigore, posto*

[9] Cfr. Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 28 luglio 2011, sentenza n.14.
[10] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 ottobre 2021, sentenza n. 7089.

che la stessa risulti configgente con i […] *principi desumibili dalla legislazione più recente (ispirati* […] *da esigenze di contenimento della spesa pubblica e di rapidità ed efficacia dell'azione amministrativa)* […]»[11].

Quanto detto muove dalla considerazione che «[…] *in presenza di graduatorie valide ed efficaci, alla provvista di nuovo personale l'amministrazione deve provvedere normalmente attraverso lo scorrimento delle stesse. In tale situazione fattuale, la possibilità di bandire un nuovo concorso costituisce ipotesi eccezionale, considerata con sfavore dal legislatore più recente, in quanto contraria ai principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241), principi applicabili evidentemente anche alla fase organizzativa in cui l'amministrazione stabilisce tempi e modalità con cui far luogo alla provvista di nuovo personale* […]»[12].

In ritenuta continuità con dette pronunce milita anche l'indirizzo pretorio dei Tribunali Amministrativi Regionali.

«[…] *Com'è noto, rappresenta un assunto oramai consolidato nell'interpretazione giurisprudenziale il principio per cui, in materia di assunzione di nuovo personale nelle pubbliche amministrazioni, l'indizione del concorso pubblico rappresenta modulo di provvista residuale, utilizzabile condizionatamente alla definizione negativa delle procedure di mobilità e all'inesistenza di valide ed efficaci graduatorie di procedura concorsuale afferente alle medesime figure professionali, sempreché speciali discipline settoriali o particolari circostanze di fatto o ragioni di interesse pubblico, da motivare adeguatamente, depongano per l'opzione prioritaria del nuovo concorso* […] *una volta stabilito di procedere alla provvista del posto, l'Amministrazione deve sempre motivare in ordine alle modalità prescelte per il reclutamento: - dando conto, in ogni caso, della esistenza di eventuali graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento dell'indizione del nuovo concorso; - tenendo nel massimo rilievo la circostanza che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei (a fronte dei necessari costi connessi all'espletamento di una nuova procedura concorsuale e dei tempi procedurali), che recede soltanto in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso* […] »[13].

«[…] *È opportuno precisare che lo scorrimento delle graduatorie di concorso in favore degli idonei costituisce, oramai principio generale che, però, deve essere temperato dalle previsioni normative di settore* […]»[14].

[11] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 04 luglio 2014, sentenza n. 3407.
[12] *Ibidem*
[13] Cfr. TAR Campania, sez. V, 29 marzo 2021, sentenza n. 2103.
[14] Cfr. TAR Lazio, sez. 1-bis, 18 febbraio 2021, sentenza n. 2012.

«[…] *Alla stregua di consolidati principi giurisprudenziali, recepiti a livello normativo, lo scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace rappresenterebbe la regola mentre l'indizione di un nuovo concorso costituirebbe l'eccezione, che richiede un'apposita ed approfondita motivazione, che dia conto tanto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei, quanto delle preminenti esigenze di interesse pubblico* […]»[15].

A sostegno di tali opzioni ermeneutiche è interessante riportare lo stralcio di una ulteriore pronuncia dei giudici di Palazzo Spada: «[…] *secondo i principi di diritto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 14/2011 l'obbligo di motivazione sussiste per bandire un concorso del tutto identico a quello a cui si riferisce la graduatoria in corso di validità. La identità tra i due concorsi non sussiste se il secondo concorso è stato bandito da un altro ente e solo successivamente è intervenuto un accordo tra gli enti che prevede la facoltà di avvalersi reciprocamente delle graduatorie in corso di validità presso enti diversi per le assunzioni da compiere. L'accordo tra gli enti che prevede tale facoltà non trasferisce automaticamente - nel caso non ci si voglia avvalere della facoltà medesima - l'obbligo di motivazione che è previsto dalla normativa vigente come interpretata dalla Adunanza plenaria n. 14/2011 per bandire concorsi identici in presenza di graduatorie derivanti dallo stesso ente. È quindi fondata l'affermazione dell'Amministrazione* […] *che gli accordi in questione* prevedono solo *facoltà e opportunità aggiuntive, non anche un obbligo* […]»[16].

Degna di nota è, poi, una ordinanza della sezione lavoro della Corte di Cassazione a tenore della quale «[…] *le ragioni per le quali si deve ritenere che nella scelta fra l'indizione di un nuovo concorso e lo scorrimento di una graduatoria preesistente debba prevalere, nella normalità dei casi e salvo eccezioni, quest'ultima modalità di reclutamento sono state compiutamente indicate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 14 del 2011 che, anche alla luce dell'evoluzione del quadro normativo, ha posto in risalto come la tendenziale preferenza per lo scorrimento risulti giustificata da una pluralità di ragioni, in quanto: consente di contenere i costi delle procedure selettive; permette di coprire tempestivamente la vacanza, assicurando l'efficienza dell'amministrazione; tutela la legittima aspettativa dei soggetti utilmente collocati nella graduatoria ancora efficace; garantisce trasparenza ed imparzialità, che sarebbero, invece, mortificate qualora si rimettesse alla discrezionalità insindacabile dell'ente la scelta fra le diverse forme di reclutamento* […] *più in generale alla pubblica amministrazione non è impedito di bandire un nuovo concorso ma, poiché questa forma di reclutamento costituisce un'eccezione rispetto a quella prioritaria, occorre che attraverso "un'apposita e approfondita motivazione" la stessa*

[15] Cfr. TAR Campania, sez. IV, 16 gennaio 2017, sentenza n. 366.
[16] Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 23 febbraio 2015, sentenza 909.

"dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico" […]»[17].

La possibilità di utilizzare graduatorie concorsuali in corso di validità rappresenta, quindi, una scelta che «[…] *risponde a finalità ed esigenze che non sono correlate all'interesse del singolo (l'idoneo) alla copertura effettiva del posto, ma che rispondono all'interesse pubblico di procedere ad assunzioni, in relazione a vacanze sopravvenute di posti in organico che l'amministrazione decida di coprire, avvalendosi della graduatoria di un precedente concorso, piuttosto che procedere all'avvio di un nuovo (costoso e lungo) procedimento concorsuale: le numerose disposizioni normative che hanno sancito la conservazione dell'efficacia delle graduatorie di concorso per un certo tempo, a decorrere dalla data di pubblicazione della stessa* […]*, sono dunque preordinate, in attuazione dei principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 97 della Costituzione; art. n. 1 Legge n. 241/1990) ad offrire uno strumento che consenta di individuare immediatamente il soggetto da assumere, rispettando nel contempo la regola inderogabile della scelta del personale mediante concorso* […]»[18].

Da quanto in esame si perviene alla conclusione secondo la quale, benché la scelta di indire un nuovo concorso non costituisca la regola, non sussiste neppure un preciso vincolo giuridico allo scorrimento di una graduatoria esistente per far fronte alla provvista di personale.

In altri termini, ove l'Amministrazione si determini circa l'*an* di colmare vacanze d'organico, viene poi in rilievo, per quanto attiene al *quomodo* delle modalità con cui provvedere, la necessità di uno stringente compendio motivazionale atto a giustificare la "scelta" di procedere allo scorrimento di una graduatoria efficace o, in alternativa, all'indizione di una nuova procedura concorsuale.

Trattandosi di decisione improntata alla discrezionalità amministrativa e tecnica, le ragioni logiche e giuridiche sottese all'emanazione di un bando pubblico passano attraverso tre snodi fondamentali.

Il primo è ancorato ad una serie di interventi del legislatore mirati, nel tempo, a valorizzare l'ultrattività delle graduatorie concorsuali[19] al fine di razionalizzazione la spesa pubblica e attuare, così, il principio di economicità dell'azione amministrativa.

Altro passaggio importante è quello legato al quarto comma dell'art. 97 della Costituzione, secondo cui «*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*». Sul punto è

[17] Cfr. Corte di Cassazione, sez. Lavoro, 31 gennaio 2020, ordinanza n. 2316.

[18] Cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, SS.UU. civili, sentenza n. 14529/2003 e Cassazione, SS. UU civili, ordinanza n. 3055/2009 richiamate nel Parere della Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 328/2017.

[19] Sul punto si richiama l'art. 1, commi 147 e 149, della Legge n. 160/2019.

dirimente evidenziare come l'istituto dello scorrimento, direttamente collegato all'anteriore svolgimento di una procedura di selezione, sia da considerarsi un fisiologico sviluppo della stessa che non arreca alcun *vulnus* al citato art. 97 il quale consente, sebbene in via eccezionale, il ricorso a forme atipiche di reclutamento. Sulla questione pare opportuno richiamare uno stralcio di una pronuncia Consiglio di Stato, a tenore della quale «[…] *l'utilizzazione delle graduatorie non reca deroga alla regola costituzionale del concorso atteso che* […] *ne consente la massima applicazione. Se un soggetto figura in una graduatoria concorsuale quale idoneo è perché ha superato le relative prove d'esame ed è stato giudicato meritevole, in via astratta, di occupare il posto per la cui copertura il concorso è stato bandito. Se ciò non è accaduto è solo per una contingenza di tipo "accidentale", e cioè per l'insufficienza dei posti messi a concorso in rapporto ai soggetti giudicati idonei; ma se, e nella misura in cui, tale limite quantitativo dovesse venir meno (a fronte, ad esempio, di nuove esigenze di provvista di personale), nessun ostacolo dovrebbe frapporsi all'assunzione di un soggetto che è già stato giudicato idoneo ad essere inserito in ruolo, sempre che lo stesso risulti inserito in una graduatoria ancora valida ed efficace* […]»[20].

L'ultimo punto è legato al vincolo di esternare in modo puntuale le ragioni, sotto il profilo del pubblico interesse, sottese agli atti di indizione delle selezioni.

In ossequio al disposto dell'art. 3, comma 1, della Legge n. 241/90 «*la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*».

Quest'ultimo obbligo assume rilievo preponderante soprattutto se si tiene conto che le scelte amministrative proiettano i loro effetti nella sfera giuridica dei soggetti utilmente collocati nelle graduatorie e che, in conseguenza, sono portatori di interessi meritevoli di tutela. «[…] *Va anche precisato che la adeguata motivazione non può consistere in mere e sterili forme di stile, prive di reale contenuto* […]»[21] o risolversi in una «[…] *parafrasi della formula legislativa* […]»[22] e mancare di «[…] *un riferimento specifico e puntuale* […]»[23].

5. La *vexata quaestio* della scelta tra più graduatorie

La Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per il Veneto[24], condividendo l'orientamento costante della giurisprudenza contabile e amministrativa,

[20] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 04 luglio 2014, sentenza n. 3407.
[21] Cfr. TAR Sardegna, sez. II, 17 luglio 2019, sentenza n. 654.
[22] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 04 gennaio 2019, sentenza n. 103.
[23] *Ibidem*
[24] Cfr. Corte dei Conti, sezione del controllo per il Veneto, 26 settembre 2019, deliberazione n. 290/2019/PAR/Comune di Resana.

ha evidenziato che l'ente intenzionato ad utilizzare la graduatoria di un'altra amministrazione deve, *in limine*, «[…] *- predeterminare i criteri (nell'ambito del regolamento di organizzazione o, comunque, in assenza di Regolamento sull'ordinamento generale degli uffici e dei servizi, con apposito atto di indirizzo o, ancor meglio, con apposito articolo stralcio del regolamento) di scelta della tipologia di enti con i quali è possibile "accordarsi"; - valutare la corrispondenza della posizione lavorativa da ricoprire (categoria, regime giuridico ed, eventualmente, profilo) con la graduatoria che si vuole utilizzare; - garantire la previsione e verificare la preesistente copertura finanziaria nel PTFP (Piano Triennale di Fabbisogno di Personale) di cui all'articolo 6 del D.lgs. n. 165/2001 e, quindi, ma solo conseguentemente, la disponibilità nella dotazione organica* […]».

In termini pratici, esperite con esito negativo le procedure di mobilità previste dalla legge, in conformità alla specifica previsione del piano triennale di fabbisogno del personale di reclutare la nuova risorsa umana attraverso l'utilizzo di graduatorie vigenti, l'ente provvederà a rendere noto uno specifico avviso, recante scadenza, per l'acquisizione delle disponibilità degli enti possessori di graduatorie, nello spirito di collaborazione interistituzionale tra pubbliche amministrazioni. O, in alternativa, rivolto ai soggetti utilmente collocati tra gli idonei non assunti negli elenchi approvati dagli Enti del medesimo comparto in esito all'espletamento di procedure concorsuali.

Sul punto si sono soffermati i giudici del TAR Campania rilevando che «[…] *principi di imparzialità e trasparenza richiedono una procedura di tipo paraconcorsuale, a mente della quale l'Ente pubblichi un avviso rivolto ai soggetti idonei collocati nelle graduatorie in corso di validità approvate da Enti pubblici in seguito all'espletamento di selezioni per la copertura di posti a tempo indeterminato, di profilo professionale equivalente a quello che si intende ricoprire; dando così loro modo di presentare, nel termine assegnato nel relativo avviso pubblico, specifica manifestazione di interesse affinché si utilizzi la graduatoria nella quale risultano collocati. La fase di interpello degli altri enti dovrebbe quindi seguire e non precedere quella di avviso pubblico ai diretti interessati, sì che, scaduto il termine assegnato dall'avviso pubblico, vengano contattati gli Enti pubblici detentori delle graduatorie segnalate dai candidati che hanno inoltrato manifestazione di interesse all'assunzione, al fine di verificare la disponibilità dei medesimi Enti all'utilizzo delle graduatorie. Individuata la graduatoria, si procede al suo utilizzo previo accordo con l'Ente detentore, mediante scorrimento dei soggetti utilmente collocati* […]»[25].

Spirato il termine dell'avviso, si procederà, indi, alla "scelta" dell'elenco di idonei dal quale attingere secondo le previsioni del regolamento concernente l'utilizzo di graduatorie di pubblici concorsi, il quale dovrà ispirarsi ai principi

[25] Cfr. TAR Campania, sez. III, 8 febbraio 2021, sentenza n. 823.

giuridici in materia[26] e conformarsi alle disposizioni dettate in tema di procedure di alimentazione della dotazione organica, rispetto alle quali assumono specifico rilievo la posizione lavorativa da ricoprire e la professionalità che quella posizione richiede.

La Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri[27] n. 7 del 5 marzo 1993, al punto 2, lettera *a*), chiarisce che «*in presenza di più graduatorie, le assunzioni avvengono utilizzando quelle di data anteriore*».

A sgombrare il campo da ogni possibile dubbio è, poi, l'orientamento del Consiglio di Stato: «[…] *il problema è stato recentemente* […] *risolto in senso favorevole alla priorità della graduatoria più antica, a tutela della posizione degli aspiranti che hanno conseguito in data anteriore l'idoneità alla nomina* […]. *Il criterio, innanzi tutto, è conforme a quanto prescritto dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri* […] *che ha dettato una indicazione di condotta, alla quale l'Amministrazione è tenuta ad attenersi, salva la possibilità di seguire un diverso orientamento in presenza di circostanze particolari, che debbono comunque essere esternate* […]»[28].

Anche nella giurisprudenza della sezione lavoro della Corte di Cassazione si è fatto strada l'orientamento secondo cui «[…] *tale circolare*[29] […] *è l'unica fonte normativa che disciplina specificamente la fattispecie della contemporanea vigenza di più graduatorie* […] *la giurisprudenza amministrativa, in più occasioni, ha affermato la legittimità del* […] *principio dell'utilizzazione prioritaria, fra più graduatorie, della graduatoria più antica, quale stabilito dalla suindicata circolare, precisando che la scelta di seguire un criterio diverso deve essere effettuata in presenza di circostanze particolari che devono essere comunque esplicitate*»[30].

Inoltre, i giudici di Palazzo Spada hanno posto in evidenza che «[…] *il caso anomalo della molteplicità delle graduatorie andava dunque risolto secondo il principio della priorità cronologica anche per altra ragione. Fermo restando che la procedura concorsuale è destinata a soddisfare l'interesse pubblico alla provvista del personale necessario all'espletamento del servizio, non è ravvisabile alcuna plausibile ragione per travolgere, oltre tutto disattendendo le istruzioni dell'Amministrazione centrale, le posizioni soggettive costituite in capo ai concorrenti risultati idonei. Appare invero singolare che tale ragione giustificatrice sia stata individuata* […] *sulla scorta di un vecchio precedente* […] *nella circostanza che i concorrenti del concorso espletato per ultimo offrirebbero una preparazione più*

[26] L'art. 35, comma 3, lettera b), del D.lgs. n. 165/2001, nel fissare i principi cui devono conformarsi le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni, prevede espressamente la «*adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire*».

[27] Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 57 del 10.03.1993.

[28] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2004, sentenza 5636.

[29] Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 7 del 5 marzo 1993

[30] Cfr. Corte di Cassazione, sez. lavoro, 12 gennaio 2016, sentenza n. 280.

aggiornata, nell'ambito di una più larga partecipazione. Non pare, infatti, che la massima si attagli alla fattispecie […]»[31].

Per quanto attiene alle norme regolamentari in relazione all'utilizzabilità delle graduatorie, oltre all'applicazione del cennato criterio cronologico della maggiore vetustà, queste "potranno" privilegiare anche la minore distanza chilometrica della residenza del candidato utilmente collocato, tenendo conto della oggettività delle tabelle di calcolo dell'A.C.I., Automobile Club d'Italia, così da operare secondo uno schema puramente meccanico, teso ad escludere qualsivoglia discrezionalità da parte dell'organo amministrativo procedente.

Con riferimento alla posizione dei candidati è illuminante il richiamo all'art. 8 del D.P.R. n. 3/1957[32] nella parte in cui specifica - in relazione alla facoltà di scorrimento oltre le posizioni dei vincitori del concorso - che detti posti sono «[…] *da conferire secondo l'ordine della graduatoria* […]».

Al riguardo è d'obbligo il richiamo alla Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 5 del 21 novembre 2013 ove, al punto 3.1[33], si chiarisce che «*restano fermi i seguenti principi: lo scorrimento delle graduatorie deve avvenire nel rispetto dell'ordine di posizione. In caso di utilizzo di graduatorie da parte di altre amministrazioni l'assunzione avviene previo consenso del vincitore o dell'idoneo e l'eventuale rinuncia dell'interessato non determina la decadenza dalla posizione in graduatoria per eventuali successivi utilizzi della stessa* […]». Questa ultima specificazione si rifà alla previsione dell'art. 14, comma 4-bis, del Decreto-Legge n. 95/2012[34] a mente del quale «[…] *l'assunzione* […] *avviene previo consenso* […] *e l'eventuale rinuncia dell'interessato non determina decadenza del diritto all'assunzione*».

In conclusione, una precisazione importante. Dette assunzioni saranno esperibili solo nei casi in cui si sia rispettato il termine previsto per l'approvazione dei bilanci di previsione, dei rendiconti e del bilancio consolidato. È l'art. 9, comma 1-quinquies, del Decreto-Legge n. 113/2016 – convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 160/2016 – a prevederlo: «in caso di mancato rispetto dei termini previsti per l'approvazione dei bilanci di previsione, dei rendiconti e del bilancio consolidato, nonché di mancato invio, entro trenta giorni dal termine previsto per l'approvazione, dei relativi dati alla banca dati delle amministrazioni pubbliche […] gli enti territoriali […] non possono procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto, fino a quando non abbiano adempiuto. È fatto altresì divieto di stipulare

[31] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2004, sentenza 5636.
[32] Recante il "*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*".
[33] Rubricato "*Utilizzo delle graduatorie per assunzioni a tempo indeterminato*".
[34] Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 135/2012.

contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della disposizione del precedente periodo […]».

6. I limiti di validità delle graduatorie

La questione della previsione di limiti temporali di efficacia delle graduatorie è originata dalla sempre più frequente previsione, all'interno di testi normativi, di disposizioni che consentono l'uso di elenchi di idonei ben oltre i termini scanditi dalle procedure di concorso cui sono direttamente collegati.

Mutuando una pronuncia della Corte Costituzionale «[…] *la previsione di limiti temporali di efficacia delle graduatorie delle procedure selettive per l'accesso all'impiego nella pubblica amministrazione è diretta a evitare che, rendendo lontana la selezione che vi ha dato luogo* […]*, si pregiudichi l'esigenza di aggiornamento professionale di quanti accedono agli impieghi pubblici, resa oggi ancor più pressante dalle frequenti innovazioni normative che impongono la modifica delle stesse modalità di selezione dei candidati a tali impieghi. Si tratta, dunque, di una* ratio *intimamente correlata con l'attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione* […]»[35].

In ritenuta applicazione dell'art. 1, comma 147, lett. *c*), della Legge n. 160/2019, «*le graduatorie approvate negli anni 2018 e 2019 sono utilizzabili entro tre anni dalla loro approvazione*». Quelle approvate nel 2020, invece, a mente dell'art 35, comma 5-ter[36], del D.Lgs. n. 165/2001 «*rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali* […]».

La norma cui si è fatto cenno contrasta, però, con l'art. 91, comma 4, del D.Lgs. n. 267/2000: «*per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili* […]».

Il dibattito sull'antinomia non è del tutto sopito. La diffusa interpretazione, infatti, ha portato ad ipotizzare una sorta di vigenza a "doppio binario": triennale per gli enti locali e biennale per tutte le altre amministrazioni pubbliche.

Calando nel caso di specie viene in aiuto un recente approdo interpretativo della Corte dei Conti secondo cui «[…] *il termine di validità biennale non riguarda gli Enti locali; la legge di bilancio per l'anno 2020 interviene a modificare l'art. 35, comma 5-ter, del TUPI ma non va ad intaccare la disciplina posta dall'art. 91 del TUEL a mente del quale "Per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione…".*

[35] Cfr. Corte Costituzionale, 21 novembre 2018, sentenza n. 241, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 51 de 27.12.2018.

[36] Come modificato dall'art. 1, comma 149, della Legge n. 160/2019.

L'antinomia tra le due disposizioni normative in ordine ai termini di validità delle graduatorie concorsuali (l'art. 35, comma 5-ter, del TUPI[37] *- norma di carattere generale indirizzata a tutte le Amministrazioni indicate nell'art. 1, comma 2, delle "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche" - e l'art. 91, comma 4, del TUEL*[38] *- norma di carattere speciale indirizzata alle Amministrazioni di cui all'art. 2, comma 1, del "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali") è risolta dal principio* lex posterior generalis non derogat priori speciali. *In altri termini, essendo il criterio cronologico recessivo rispetto a quello di specialità, la modifica della norma di carattere generale non produce effetto rispetto alla norma di carattere speciale, con la conseguenza che la legge di bilancio 2020 introduce un doppio binario in merito ai termini di scadenza delle graduatorie concorsuali: per le Amministrazioni statali di cui all'art. 1, comma 2, TUPI vale il disposto del citato art. 35 e l'efficacia sarà limitata a due anni (con decorrenza dall'approvazione della graduatoria), mentre per le Amministrazioni di cui all'art. 2, comma 1, TUEL permane il regime previsto del citato art. 91 e l'efficacia sarà di tre anni (con decorrenza dalla pubblicazione della graduatoria)*»[39].

Re melius perpensa è dirimente la lettura dell'art. 91, comma 4, del D.Lgs. n. 267/2000 in combinato disposto con l'art. 88 del medesimo Testo Unico. Quest'ultima norma, rubricata "Disciplina applicabile agli uffici ed al personale degli enti locali", espressamente prevede che «*all'ordinamento degli uffici e del personale degli enti locali, ivi compresi i dirigenti ed i segretari comunali e provinciali, si applicano le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni, e le altre disposizioni di legge in materia di organizzazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni nonché quelle contenute nel presente testo unico*». Tenuto conto che il D.Lgs. n. 29/1993 è stato abrogato con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 165/2001, appare di tutta evidenza che il citato art. 88 del T.U.E.L. richiami l'obbligo di rispettare le regole del Testo Unico del Pubblico Impiego, il cui art 35, comma 5-ter, stabilisce la validità biennale delle graduatorie approvate a decorrere dall'anno 2020.

A rafforzare tale assunto, volendo richiamare l'archetipo normativo dello scorrimento delle graduatorie, è anche l'art. 8 del D.P.R. n. 3/1957[40] - tuttora vigente - nella parte in cui specifica che «[…] *nel caso che alcuni dei posti messi a concorso restino scoperti per rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori, l'amministrazione ha facoltà di procedere, nel termine di due anni dalla data di*

[37] D.lgs. n. 165/2001 recante "*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*".

[38] D.lgs. n. 267/2000 recante "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*".

[39] Cfr. Corte dei Conti, sezione del controllo per la regione Sardegna, 04 agosto 2020, deliberazione n. 85/2020/PAR.

[40] Recante il "*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*".

approvazione della graduatoria, ad altrettante nomine secondo l'ordine della graduatoria stessa».

Un ulteriore riferimento normativo, legato sempre ad una validità breve, si coglie anche all'art. 15, comma 7, del D.P.R. n. 487/1994: «*le graduatorie dei vincitori rimangono efficaci per un termine di diciotto mesi dalla data della sopracitata pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente ed entro tale data dovessero rendersi disponibili*».

7. Omogeneità della posizione richiesta dall'avviso pubblico

Con riguardo alla sostanziale corrispondenza tra il profilo del posto da ricoprire e quello cui si riferisce la graduatoria è interessante principiare da una recente pronuncia del Consiglio di Stato «[…] *la regola dello scorrimento* […] *presuppone che vi sia identità di posti messi a concorso tra la prima e la seconda procedura, salve regole speciali come per esempio quella dell'art. 13*[41] *d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, che attribuisce all'amministrazione il potere di utilizzare le graduatorie già approvate per la copertura di altro posto di primario diverso da quello messo a concorso* […]»[42].

Sul punto i giudici amministrativi della quinta sezione del Tar Campania hanno poi evidenziato che «[…] *ai fini dell'applicazione del criterio dell'equivalenza non può fondatamente farsi ricorso al criterio dell'identità perfetta e assoluta tra le due professionalità in comparazione tra di loro* […] *tra gli aspetti da considerare assume particolare rilevanza il contenuto specifico della figura professionale per la quale è indetto il nuovo concorso. A questo riguardo, l'identità dei profili non può essere desunta semplicemente sulla scorta della mera equivalenza dell'inquadramento e della posizione economica attribuita, ben potendo accadere che mansioni, pure ricadenti all'interno della stessa area e categoria, richiedano per il loro svolgimento competenze non equivalenti. Un utile elemento di*

[41] «*I candidati vincitori del concorso sono assegnati alla unità sanitarie locali, secondo l'ordine della graduatoria, in base alle preferenze da essi espresse in relazione ai posti disponibili messi a concorso. La destinazione di servizio nell'ambito della unità sanitaria locale è effettuata dal comitato di gestione, avuto riguardo alle esigenze funzionali dei presidi, servizi e uffici e alle preferenze espresse dagli interessati secondo l'ordine di graduatoria. L'unità sanitaria locale, in caso di rinuncia o decadenza dei vincitori, ha facoltà di procedere, entro un anno dall'approvazione dell'ultima graduatoria, ad altrettante assunzioni in servizio dei candidati idonei che non siano già stati dichiarati vincitori del concorso ed assegnati ad altra unità sanitaria locale, secondo l'ordine della graduatoria stessa. Entro tale termine ha inoltre la facoltà di procedere all'assunzione dei candidati idonei, per la copertura dei posti che successivamente al bando si siano resi vacanti, esclusi quelli di nuova istituzione. L'ultima graduatoria deve essere utilizzata, anche dopo un anno dalla sua approvazione, per il conferimento, secondo l'ordine della stessa, di incarichi per la copertura di posti vacanti o disponibili per assenza o impedimento del titolare, qualora non sia stato possibile ricoprire i posti stessi, entro tre mesi dalla vacanza o dalla disponibilità, mediante trasferimento interno o comando*».

[42] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 ottobre 2021, sentenza 7089.

valutazione consiste quindi nel porre a confronto le rispettive procedure concorsuali, con speciale riguardo alle prove di esame e ai requisiti di partecipazione, desumendosi dall'eventuale loro identità, come nella specie acclarato, un indice chiaramente ed univocamente deponente per l'equivalenza delle posizioni professionali poste a concorso […]»[43].

Parrebbe evidente che la comparazione tra due o più figure professionali andrebbe effettuata avuto riguardo solo ed esclusivamente all'area di inquadramento entro cui ascrivere le mansioni che il prestatore è tenuto a svolgere nell'esercizio della propria attività lavorativa. A questo riguardo, sarebbero dirimenti le previsioni del CCNL, a cui ambedue i bandi di concorso fanno espresso riferimento. Il sistema di classificazione del personale è articolato in categorie professionali cui corrispondono insiemi affini di competenze, conoscenze e capacità necessarie per l'espletamento di una gamma di attività lavorative, descritte, secondo il diverso grado di autonomia e di responsabilità, attraverso apposite declaratorie.

Ai sensi dell'art. 52[44] del D.lgs. n. 165/2001, all'interno di ciascuna categoria e area tutte le mansioni sono esigibili in quanto professionalmente equivalenti fatte salve quelle per il cui esercizio siano previste specifiche abilitazioni professionali e previa, quando occorra, apposita formazione professionale.

I giudici del Tar Sardegna hanno poi rilevato che «[…] *l'idoneità, per essere rilevante ed utilizzabile, deve necessariamente avere come riferimento un concorso avente contenuto "analogo"; con creazione di posizioni "appropriate" e specifiche. L'Amministrazione, con lo "strumento semplificato" acquisisce personale qualificato per le specifiche mansioni indicate nel bando, da svolgere concretamente. Non va dimenticato, infatti, che la selezione pubblica per titoli ed esami viene svolta con l'espletamento di specifiche prove, articolate e caratterizzate per settori di conoscenza, raccordate al posto da ricoprire. Con individuazione del candidato maggiormente competente nello specifico settore oggetto del bando* […]»[45].

Proprio in relazione all'espletamento del concorso cui si riferisce la graduatoria non va sottaciuto che «[…] *la norma nazionale non prevede, ai fini dell'utilizzabilità della graduatoria ancora valida, l'identicità delle prove di esame* […]»[46].

[43] Cfr. TAR Campania, sez. V, 5 marzo 2020, sentenza n. 1030.

[44] «*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione*».

[45] Cfr. TAR Sardegna, sez. I, 22 dicembre 2017, sentenza n. 806.

[46] Cfr. TAR Puglia, sez. III - Lecce, 29 ottobre 2019, sentenza n. 1647.

Per l'effetto, «[…] *come rilevato da costante giurisprudenza, il presupposto imprescindibile per lo scorrimento di una graduatoria concorsuale è che vi sia sostanziale equivalenza tra la professionalità richiesta per il posto da coprire e la qualificazione degli idonei collocati nella graduatoria da cui s'intende attingere il lavoratore* […]. *Il requisito dell'equivalenza è richiesto affinché sia soddisfatto l'interesse pubblico alla selezione di una figura professionale adeguata alle specifiche esigenze organizzative dell'ente, perciò esso va verificato* […] *in base alle specifiche mansioni per cui era stato indetto il concorso che ha condotto all'approvazione della graduatoria e alle quali verrà destinato il lavoratore nell'ente che di tale graduatoria si avvale* […]»[47].

Ulteriori argomentazioni si individuano anche in una pronuncia della Corte dei Conti. I magistrati contabili della sezione regionale di controllo per l'Umbria hanno evidenziato che «[…] *il riferimento alla salvaguardia del principio di "concorsualità" ed alle correlate regole di dettaglio (parità dei concorrenti, predeterminazione dei posti e delle regole di attribuzione, ecc.), hanno portato al consolidarsi di un (ovvio) orientamento generale, condiviso da tutti, secondo cui la graduatoria dalla quale attingere deve riguardare posizioni lavorative omogenee a quelle per le quali viene utilizzata. Tanto è pacificamente ammesso con riferimento al "profilo ed alla categoria professionale del posto che si intende coprire", che devono essere del tutto corrispondenti a quelli dei posti per i quali è stato bandito il concorso la cui graduatoria si intende utilizzare* […]»[48].

In tema omogeneità del regime orario è di particolare rilevanza, poi, il richiamo ad una recente pronuncia della prima sezione del TAR Campania nella parte in cui si rileva che «[…] *non può ritenersi violato* […] *il principio di equivalenza delle posizioni professionali, espressione diretta* […] *dei canoni generali di buon andamento, ragionevolezza ed efficacia dell'azione amministrativa, atteso che lo specifico aspetto della modalità oraria di esecuzione della prestazione lavorativa, e cioè l'essere la stessa resa in regime di tempo pieno ovvero di tempo parziale, in presenza, quanto al resto, di un'identità assoluta di contenuti qualificanti la posizione* […], *non può assumere alcuna significativa valenza discretiva, rilevando essa solo sul piano puramente "quantitativo" afferente la diversa articolazione temporale della prestazione lavorativa ed essendo, come tale, inidonea a diversificare, sul piano qualitativo, la posizione* […] *a tempo pieno da quella a tempo parziale* […]»[49].

Già nel 2020 il TAR Liguria aveva fatto luce su taluni altri aspetti: «[…] *le nozioni di profilo e categoria attengono al sistema di classificazione del personale e sono dettate dal contratto collettivo nazionale di lavoro attraverso la*

[47] Cfr. TAR Calabria, sez. II, 18 marzo 2021, sentenza n. 594.

[48] Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per l'Umbria, 11 settembre 2013, deliberazione n. 124/2013/PAR.

[49] Cfr. TAR Campania, sez. I - Salerno, 15 marzo 2021, sentenza n. 680.

declaratoria dei requisiti professionali necessari per lo svolgimento delle mansioni pertinenti a ciascuna categoria e del contenuto professionale delle attribuzioni proprie dei singoli profili. L'articolazione dell'orario di lavoro non è ovviamente riconducibile alle nozioni di categoria e di profilo professionale, sicché le differenziazioni al riguardo non incidevano sui requisiti di ammissione alla procedura selettiva […]»[50].

Sul punto, a mero titolo esemplificativo, si riporta lo stralcio di una pronuncia del Consiglio di Stato sulla equivalenza di taluni profili professionali: «[…] *non può oggettivamente ritenersi, alla luce degli atti prodotti in giudizio, che la figura professionale di "Istruttore amministrativo-contabile", cui gli odierni appellati appartengono in qualità di idonei non vincitori del concorso svoltosi […], non corrisponda, secondo il "criterio di equivalenza" di cui all'art. 4, comma 3, del d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (convertito in legge n. 125 del 2013), alle figure professionali di "Istruttore amministrativo" ed "Istruttore contabile" di cui al concorso successivamente indetto* […]. *In senso contrario effettivamente depongono sia l'identità della categoria e della posizione economica di riferimento ("C1"), sia il titolo di studio richiesto (diploma di scuola secondaria superiore), sia la tipologia del rapporto di lavoro messo a concorso (in entrambi i casi avente ad oggetto la stipula di un contratto di lavoro a tempo indeterminato) ed, infine, la sostanziale assimilabilità delle materie oggetto d'esame. In relazione a tale ultimo aspetto, in particolare, non appare conferente quanto puntualizzato da parte appellante, circa la presenza, tra le materie d'esame del secondo concorso, di due discipline specifiche non contemplate dal bando adottato* […]»[51].

Alla luce di quanto detto, quindi, le professionalità in comparazione[52] potranno dirsi equiparate quando non viene rilevata alcuna differenza

[50] Cfr. TAR Liguria, sez. I, 27 maggio 2020, sentenza n. 326.

[51] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 ottobre 2018, sentenza 5864.

[52] Sul punto merita di essere approfondita la disciplina relativa ai profili della categoria D introdotta con l'entrata in vigore del vigente C.C.N.L. delle Funzioni Locali. L'ARAN, agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, con proprio orientamento applicativo funzioni locali CFL39 del 21.02.2019, ha chiarito la questione nei termini che seguono: «[…] *con l'art.12, comma 4, del C.C.N.L. delle Funzioni Locali del 21.5.2018, è stata disposta, all'interno della categoria D, la soppressione di quei profili per i quali precedentemente, veniva riconosciuto un trattamento stipendiale iniziale corrispondente alla posizione economica D3 e per i quali, conseguentemente, era previsto uno specifico punto di accesso dall'esterno, pure nella unicità della categoria D. Conseguentemente, dalla data del 22.5.2018, all'interno della dotazione organica esistono solo profili ai quali viene riconosciuto il trattamento stipendiale iniziale corrispondente alla posizione economica D1. Pertanto, gli enti, per il futuro, nella categoria D, possono assumere dipendenti solo per i profili con posizione economica D1. […] Dopo il 21.5.2018, anche per la copertura di posti concernenti profili per i quali prima era previsto nella categoria D, il trattamento stipendiale corrispondente alla posizione economica D3 e l'accesso diretto in tali posizioni, quindi, i dipendenti della categoria D, potranno essere assunti, solo nella posizione economica D1 di tale categoria. Ove l'ente* […] *decida di avvalersi dello scorrimento di graduatorie già esistenti ed ancora vigenti presso lo stesso o anche altri enti, in applicazione delle vigenti disposizioni di legge, relative a precedenti concorsi banditi per la copertura di posti concernenti profili della categoria D,*

significativa rispetto alla qualifica, al titolo di studio richiesto, alla perfetta sovrapponibilità dei bandi (sia con riferimento alle prove sostenute che al punteggio massimo ad esse attribuibile) e, infine, alla corrispondenza delle mansioni da assegnare (tenendo conto sia della collocazione in ambito amministrativo-gestionale che della categoria d'inquadramento).

È evidente che «[…] *in caso di rilevante differenza di contenuto sostanziale tra i posti messi a concorso e quelli indicati nelle precedenti procedure, non si fa luogo all'utilizzazione dello scorrimento della graduatoria* […]»[53].

8. L'idoneità ad un pubblico concorso come "titolo" valutabile in altra selezione.

Al termine delle operazioni d'esame, stando alle previsioni dell'art. 15 del D.P.R. 487/1994, viene formalizzata la graduatoria di merito dei concorrenti «[…] *secondo l'ordine dei punti della votazione complessiva riportata da ciascun candidato, con l'osservanza, a parità di punti, delle preferenze previste dall'art. 5* [54]» e vengono, poi, «*dichiarati vincitori, nei limiti dei posti complessivamente messi a concorso, i candidati utilmente collocati nelle graduatorie di merito* […]».

con trattamento stipendiale pari alla posizione economica D3, i soggetti selezionati saranno inquadrati nei corrispondenti profili ora collocati tra quelli con trattamento stipendiale pari alla posizione economica D1. Viene salvaguardata, quindi, la validità della graduatoria concorsuale, nel rispetto però del nuovo assetto ordinamentale degli enti, conseguente alla soppressione dei profili della categoria D, posizione economica D3, finalizzata alla semplificazione del sistema di classificazione. Inoltre, in proposito, si può anche evidenziare, che si tratta di personale che è certamente inserito in graduatorie ancora valide, ma comunque non era vincitore di concorso e neppure poteva considerarsi già dipendente dell'ente. Allo stesso viene conservata la possibilità di accesso agli impieghi, nel profilo per il quale era stato bandito il concorso (avvocato, ingegnere, ecc.), ma tenendo conto della nuova collocazione, giuridica e normativa degli stessi, nell'ambito del sistema di classificazione derivante dal CCNL del 21.5.2018 […]».

[53] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 ottobre 2021, sentenza 7089.

[54] «*1. Nei pubblici concorsi, le riserve di posti, di cui al successivo comma 3 del presente articolo, già previste da leggi speciali in favore di particolari categorie di cittadini, non possono complessivamente superare la metà dei posti messi a concorso. 2. Se, in relazione a tale limite, sia necessaria una riduzione dei posti da riservare secondo legge, essa si attua in misura proporzionale per ciascuna categoria di aventi diritto a riserva. 3. Qualora tra i concorrenti dichiarati idonei nella graduatoria di merito ve ne siano alcuni che appartengono a più categorie che danno titolo a differenti riserve di posti, si tiene conto prima del titolo che dà diritto ad una maggiore riserva nel seguente ordine: 1) riserva di posti a favore di coloro che appartengono alle categorie di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 482, e successive modifiche ed integrazioni, o equiparate, calcolata sulle dotazioni organiche dei singoli profili professionali o categorie nella percentuale del 15%, senza computare gli appartenenti alle categorie stesse vincitori del concorso; 2) riserva di posti ai sensi dell'articolo 3, comma 65, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, a favore dei militari in ferma di leva prolungata e di volontari specializzati delle tre Forze armate congedati senza demerito al termine della ferma o rafferma contrattuale nel limite del 20 per cento delle vacanze annuali dei posti messi a concorso; 3) riserva del 2 per cento dei posti destinati a ciascun concorso, ai sensi dell'articolo 40, secondo comma, della legge 20 settembre 1980, n. 574, per gli ufficiali di complemento dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica che hanno terminato senza demerito la ferma biennale. 4. Le categorie di cittadini che nei pubblici concorsi hanno preferenza a parità di merito e a parità di titoli sono appresso elencate. A parità di merito i titoli di preferenza sono: 1) gli insigniti di medaglia al valor*

Il varo definitivo di tale ultimo atto è una prerogativa del responsabile del servizio che ha bandito il concorso. Quest'ultimo, con propria determinazione, approverà i verbali trasmessi dalla commissione esaminatrice (evidenziando che gli stessi - debitamente sottoscritti dai commissari e dal segretario - sono acquisiti agli atti d'ufficio) e, per l'effetto, confermerà la graduatoria di merito del concorso.

L'atto è immediatamente efficace[55] dalla data della sua adozione, cui seguirà la pubblicazione all'albo pretorio *on line* dell'ente locale ai sensi dell'art. 15,

militare; 2) i mutilati ed invalidi di guerra ex combattenti; 3) i mutilati ed invalidi per fatto di guerra; 4) i mutilati ed invalidi per servizio nel settore pubblico e privato; 5) gli orfani di guerra; 6) gli orfani dei caduti per fatto di guerra; 7) gli orfani dei caduti per servizio nel settore pubblico e privato; 8) i feriti in combattimento; 9) gli insigniti di croce di guerra o di altra attestazione speciale di merito di guerra, nonché i capi di famiglia numerosa; 10) i figli dei mutilati e degli invalidi di guerra ex combattenti; 11) i figli dei mutilati e degli invalidi per fatto di guerra; 12) i figli dei mutilati e degli invalidi per servizio nel settore pubblico e privato; 13) i genitori vedovi non risposati, i coniugi non risposati e le sorelle ed i fratelli vedovi o non sposati dei caduti di guerra; 14) i genitori vedovi non risposati, i coniugi non risposati e le sorelle ed i fratelli vedovi o non sposati dei caduti per fatto di guerra; 15) i genitori vedovi non risposati, i coniugi non risposati e le sorelle ed i fratelli vedovi o non sposati dei caduti per servizio nel settore pubblico o privato; 16) coloro che abbiano prestato servizio militare come combattenti; 17) coloro che abbiano prestato lodevole servizio a qualunque titolo, per non meno di un anno nell'amministrazione che ha indetto il concorso; 18) i coniugati e i non coniugati con riguardo al numero dei figli a carico; 19) gli invalidi ed i mutilati civili; 20) militari volontari delle Forze armate congedati senza demerito al termine della ferma o rafferma. 20-bis) gli atleti che hanno intrattenuto rapporti di lavoro sportivo con i gruppi sportivi militari e dei corpi civili dello Stato. 5. A parità di merito e di titoli la preferenza è determinata: a) dal numero dei figli a carico, indipendentemente dal fatto che il candidato sia coniugato o meno; b) dall'aver prestato lodevole servizio nelle amministrazioni pubbliche; c) dalla maggiore età».

Con riferimento all'età, giova riportare l'art. 3, comma 7, della Legge n. 127/1997 nella parte in cui specifica che «[…] *se due o più candidati ottengono, a conclusione delle operazioni di valutazione dei titoli e delle prove di esame, pari punteggio, è preferito il candidato più giovane di età*».

In argomento si riporta anche l'art. 12 del D.P.R. n. 686/1957, rubricato "concorso di titoli di precedenza", a norma del quale «*qualora tra i concorrenti dichiarati idonei nella graduatoria di merito ve ne siano taluni che appartengano a più categorie che danno titolo a differenti riserve di posti, si tiene conto prima, del titolo che dà diritto ad una maggiore riserva*».

Sempre in tema di titoli di preferenza appare opportuno citare, altresì, l'art. 18 del Decreto-Legge n. 41 del 22 marzo 2021 (in corso di conversione), rubricato "*Proroga incarichi di collaborazione conferiti da Anpal Servizi s.p.a*", ai sensi del quale «*nelle more del completamento delle procedure regionali di selezione del personale per il potenziamento dei centri per l'impiego al fine di garantire la continuità delle attività di assistenza tecnica presso le sedi territoriali delle Regioni e Province autonome e nel rispetto delle convenzioni sottoscritte tra Anpal Servizi s.p.a. e le singole amministrazioni regionali e provinciali autonome, gli incarichi di collaborazione conferiti da Anpal Servizi s.p.a., in attuazione di quanto disposto dal comma 3 dell'articolo 12 del decreto legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, sono prorogati al 31 dicembre 2021. Il servizio prestato dai soggetti di cui al periodo precedente costituisce titolo di preferenza, a norma dell'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, nei concorsi pubblici, compresi quelli per i centri per l'impiego, banditi dalle Regioni e dagli enti ed Agenzie dipendenti dalle medesime.* […]».

[55] Sul punto si cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2004, sentenza 5636, nella parte in cui si specifica che «[…] *Pur se le determinazioni dirigenziali rientrano nella nozione più vasta di deliberazione come riportata dall'art. 124 del T.u.e.l., non si può affermare lo stesso circa l'estensione a queste circa i limiti all'esecutività previsti dal seguente art. 134;* […] *se la necessaria pubblicità dell'azione degli*

comma 6-bis, del D.P.R. n. 487/1994. Ai sensi del comma 6 del citato D.P.R. «*dalla data di pubblicazione* (…) *decorre il termine per le eventuali impugnative*».

Le graduatorie tengono conto dei valori riportati da ciascun candidato alle prove e dei punteggi attribuiti ai titoli, se trattasi di concorso non solo per esami.

Nella sezione dei bandi rubricata "*titoli vari*", sovente, si scorge che le idoneità conseguite ai concorsi pubblici per la copertura, a tempo indeterminato, di posizioni funzionali di categoria pari o superiore a quella cui si concorre, sono valutabili.

Le uniche eccezioni che, talvolta, si registrano sono quelle di lasciare fuori dalla valutazione le idoneità in esito a concorsi a tempo determinato e/o conseguite in selezioni per soli titoli. Restano escluse dal novero, spesso, anche quelle conseguite in concorsi per posti di qualifica inferiore, o diversa, da quella cui si riferisce il bando.

Che peso avrà l'idoneità ad un pubblico concorso conseguita in un'altra selezione? Non rinvenendosi alcuna norma di riferimento, il valore numerico alla stessa sarà attribuito dal singolo bando che, oltre ad avere la caratteristica di concorso "per titoli ed esami", dovrà riportare una specifica previsione al riguardo.

L'art. 8[56] del D.P.R. n. 487/1994 stabilisce che «*nei casi in cui l'assunzione a determinati profili avvenga mediante concorso per titoli e per esami, la*

enti locali richiede di applicare ai provvedimenti monocratici le stesse fondamentali regole di pubblicità degli atti degli organi collegiali, ciò non vuol dire che per gli stessi valgano anche le disposizioni che riguardano il conseguimento dell'efficacia dei provvedimenti. […] *Sotto tale profilo, va rimarcato che – per il principio di legalità – solo agli atti emanati dagli organi individuati dall'art. 134 del T.u.e.l. si applicano le sue relative disposizioni, e non anche agli atti disciplinati dal precedente art. 124. L'art. 42 del T.u.e.l. definisce il consiglio comunale quale organo di controllo politico-amministrativo e conseguentemente rimette alle sue competenze una serie di atti programmatori, organizzatori ed in senso lato normativi ed una limitatissima serie di provvedimenti di gestione di notevole rilevanza, mentre la giunta è chiamata ad attuare gli indirizzi generali del consiglio ed a collaborare con il Sindaco – art. 48. I dirigenti invece hanno le competenze di carattere generale per l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno e che non siano ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico amministrativo degli organi di governo dell'ente. Dunque, è comprensibile che l'esecutività degli atti degli organi di governo sia subordinata ai tempi della loro pubblicazione, dato il carattere interesse collettivo da questi rivestito; le determinazioni dirigenziali costituiscono in genere la figura del provvedimento, ossia di quell'atto tipico denominato chiamato a realizzare gli interessi specifici affidati alle cure dell'amministrazione e consistenti in decisioni destinate a generare, modificare distinguere situazioni giuridiche specifiche o quanto meno a negarne la nascita, la modificazione o l'estinzione. Quindi se gli atti generali rimessi alla competenza degli organi di governo sono regolati nella loro efficacia e vigenza dall'art. 134, si comprende allora che le determinazioni dirigenziali comunali vadano anch'esse pubblicate per soddisfare le esigenze di trasparenza dell'attività amministrativa, ma non vi è alcuna regola legislativa che ne comporti l'inefficacia in pendenza di pubblicazione*».

[56] Rubricato "*Concorso per titoli ed esami*".

valutazione dei titoli, previa individuazione dei criteri, è effettuata dopo le prove scritte e prima che si proceda alla correzione dei relativi elaborati. Per i titoli non può essere attribuito un punteggio complessivo superiore a 10/30 o equivalente; il bando indica i titoli valutabili ed il punteggio massimo agli stessi attribuibile singolarmente e per categorie di titoli. […] *La votazione complessiva è determinata sommando il voto conseguito nella valutazione dei titoli al voto complessivo riportato nelle prove d'esame*».

Il successivo art. 12 prevede, inoltre, che le commissioni esaminatrici, alla prima riunione, stabiliscano «*i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali, al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove.* […] *Nei concorsi per titoli ed esami il risultato della valutazione dei titoli deve essere reso noto agli interessati prima dell'effettuazione delle prove orali*».

Per rendersi conto degli effetti pratici delle procedure in parola, giova principiare da un tradizionale insegnamento della giurisprudenza secondo cui il bando, *lex specialis* del pubblico concorso, è «[…] *da interpretare in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità: e ciò in forza sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero certamente pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate* […]»[57].

Tale chiarimento è di rilevante importanza sol che si consideri che, sovente, le amministrazioni pubblicano bandi contenenti "solo" una sintetica previsione di punteggio attribuita agli "altri titoli" valutabili, senza specificarli in maniera tassativa e rimettendo, quindi, alla discrezionalità della commissione esaminatrice la definizione dei criteri per la loro valutazione. O, ancora peggio, rimandando a vetusti regolamenti degli uffici e dei servizi, spesso neppure rinvenibili sui portali istituzionali degli enti.

In tale contesto, è semplice desumere la piena aderenza alle norme sol di quei bandi che registrano contenuti analitici e puntuali rispetto all'argomento di cui si discorre.

Una tenue indicazione alle amministrazioni, in relazione alla predisposizione della *lex specialis*, giunge da una direttiva[58] del Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione del 2018. Il punto 5 evidenzia, tra l'altro, che: «[…] *i titoli devono essere individuati e valutati secondo un criterio di rilevanza e di attinenza con le materie oggetto delle prove d'esame e con le*

[57] Cfr, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2013, n. 1969; Tar Lombardia, sez. III, 29 febbraio 2016, n. 422.

[58] Direttiva del Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione n. 3 del 24 aprile 2018, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 134 del 12.06.2018.

funzioni che si andranno ad esercitare, cercando il giusto equilibrio tra la valorizzazione delle competenze e del merito e la necessità di non gravare eccessivamente la commissione con una attività di valutazione di titoli troppo numerosi e di scarsa significatività, foriera peraltro di appesantimenti procedurali e di eccessive e non proficue parcellizzazioni dei punteggi […]».

Rimane aperta, però, la questione circa la valutazione di quelle idoneità conseguite e riferite a graduatorie la cui validità è scaduta *ipso iure*.

La previsione dell'art. 1, comma 147, della Legge n. 160/2019 è rigorosa: «*Le amministrazioni* […] *possono utilizzare le graduatorie dei concorsi pubblici, fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali, nel rispetto dei seguenti limiti: a) le graduatorie approvate nell'anno 2011 sono utilizzabili fino al 30 marzo 2020* […]*; b) le graduatorie approvate negli anni dal 2012 al 2017 sono utilizzabili fino al 30 settembre 2020; c) le graduatorie approvate negli anni 2018 e 2019 sono utilizzabili entro tre anni dalla loro approvazione*».

Quelle approvate, invece, a decorrere dall'anno 2020 «*rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali* […]», così come previsto dall'art 35, comma 5-ter[59], del D.Lgs. n. 165/2001.

Con l'entrata in vigore del Decreto-Legge n. 44 del 01.04.2021[60] la questione della valutazione dei titoli è divenuta di grande attualità. A tenore dell'art. 10, comma 1, lettere c) e c-bis), «*al fine di ridurre i tempi di reclutamento del personale, le amministrazioni* […], *prevedono, anche in deroga alla disciplina del decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 24 settembre 2004, n. 272, e della legge 19 giugno 2019, n. 56, le seguenti modalità semplificate di svolgimento delle prove, assicurandone comunque il profilo comparativo:* […] *per i profili qualificati dalle amministrazioni, in sede di bando, ad elevata specializzazione tecnica, una fase di valutazione dei titoli legalmente riconosciuti e strettamente correlati alla natura e alle caratteristiche delle posizioni bandite, ai fini dell'ammissione a successive fasi concorsuali;* […] *conformemente a quanto disposto dall'art. 3, comma 6, lettera b), n. 7), della legge 19 giugno 2019, n. 56, i titoli e l'eventuale esperienza professionale, inclusi i titoli di servizio, possono concorrere, in misura non superiore a un terzo, alla formazione del punteggio finale* […]».

La norma da ultima richiamata segna, quindi, una importante riforma del sistema dei concorsi con l'evidenza che i titoli posseduti dal candidato rivestono un ruolo importante.

[59] Come modificato dall'art. 1, comma 149, della Legge n. 160/2019.
[60] Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 76/2021.

In questo contesto è evidente che anche un impercettibile punteggio attribuito, ad esempio lo 0,05 alla idoneità conseguita, può fare la differenza nella graduatoria finale.

9. I "nuovi" elenchi di idonei introdotti con il Decreto-Legge n. 80/2021

L'art. 3-bis del Decreto-legge n. 80/2021, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 113/2021, ha introdotto una modalità di reclutamento del personale negli enti locali basata su elenchi di idonei definiti in esito a selezioni svolte in forma aggregata, da cui attingere previo interpello ed eventuale prova selettiva ai fini dell'assunzione, ferma restando la priorità da accordare allo scorrimento delle graduatorie vigenti di concorsi già svolti.

Nello specifico, ai sensi del comma 1, gli enti locali possono organizzare e gestire in forma associata, anche in assenza di uno specifico fabbisogno di personale, selezioni uniche per la formazione di elenchi di idonei per l'assunzione, sia a tempo indeterminato sia a tempo determinato, nei ruoli dell'amministrazione per diversi profili professionali e categorie, compresa la dirigenza.

I rapporti tra gli enti locali e le modalità di gestione delle selezioni sono disciplinati in appositi accordi.

Il comma 3 stabilisce, poi, che «*gli enti locali aderenti attingono agli elenchi di idonei di cui al comma 1 per la copertura delle posizioni programmate nei rispettivi piani dei fabbisogni di personale, in assenza di proprie graduatorie in corso di validità. Gli enti locali interessati procedono alle assunzioni, previo interpello tra i soggetti inseriti negli elenchi, ogniqualvolta si verifichi la necessità di procedere all'assunzione di personale in base ai documenti programmatori definiti dal singolo ente*».

Le graduatorie in corso di validità conservano, quindi, la precedenza per le medesime posizioni, soprattutto con riferimento ai posti vacanti in organico a causa del passaggio diretto di propri dipendenti presso altre amministrazioni. Nel momento in cui l'ente locale intenda avvalersi delle selezioni uniche in commento deve verificare che non vi sia alcun soggetto idoneo di precedenti procedure concorsuali interessato all'assunzione. Nel qual caso l'ente non può procedere alle assunzioni disciplinate dall'art. 3-bis del Decreto-Legge n. 80/2021[61]. È l'incipit del successivo comma 8 a chiarirlo: «*ferma restando la priorità nell'utilizzo delle proprie graduatorie* […]».

Il medesimo comma stabilisce, altresì, che «[…] *per le finalità di cui al comma 7* [62]*, gli enti locali possono procedere anche in deroga alla previsione di*

[61] convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 113/2021.

[62] «Gli elenchi di cui al comma 1 possono essere utilizzati per la copertura, con assunzioni a tempo indeterminato o a tempo determinato, dei posti che si rendono vacanti in organico a causa del passaggio diretto di propri dipendenti presso altre amministrazioni».

cui al comma 3 e, in caso di contratti a tempo determinato, ai limiti finanziari di cui all'art. 9, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122». In altri termini, nel caso in cui gli elenchi vengano utilizzati per effettuare assunzioni finalizzate alla copertura di posti che si siano resi vacanti per la cessione ad altra amministrazione di dipendenti in mobilità, gli enti possono procedere anche senza il previo aggiornamento del piano dei fabbisogni di personale. E qualora si tratti di assunzioni a tempo definito si ha la possibilità di dar corso alla provvista di personale in deroga ai limiti finanziari alla spesa per le risorse umane con rapporto di lavoro flessibile consistenti nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009.

Per quanto attiene agli adempimenti relativi alle richiamate selezioni la norma in commento stabilisce che gli enti possono organizzare e gestire le stesse in forma congiunta attraverso il coordinamento dei rispettivi uffici, o avvalendosi di società esterne specializzate nel reclutamento e nella selezione del personale, costituendo a tal fine uffici dedicati alla gestione delle procedure. Sempre a norma del comma 6 tali procedure possono essere anche esternalizzate. Agli enti, pure in forma aggregata, è riconosciuta ampia discrezionalità in ordine alla modalità di svolgimento delle stesse, inclusa la verifica delle competenze riconosciute ai candidati.

«*In presenza di più soggetti interessati all'assunzione* – si specifica al comma 4 – *l'ente locale procede a valutarne le candidature con le modalità semplificate di cui all'articolo 10* [63] *del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, per la formazione di una graduatoria di merito dalla quale attingere per la copertura dei posti disponibili. Il singolo ente interessato all'assunzione, prima di procedere, deve avviare un interpello tra i soggetti inseriti negli elenchi per verificarne la disponibilità*

[63] il comma 1 così dispone: «*Al fine di ridurre i tempi di reclutamento del personale, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, prevedono, anche in deroga alla disciplina del decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 24 settembre 2004, n. 272, e della legge 19 giugno 2019, n. 56, le seguenti modalità semplificate di svolgimento delle prove, assicurandone comunque il profilo comparativo: a) nei concorsi per il reclutamento di personale non dirigenziale, l'espletamento di una sola prova scritta e di una prova orale; b) l'utilizzo di strumenti informatici e digitali e, facoltativamente, lo svolgimento in videoconferenza della prova orale, garantendo comunque l'adozione di soluzioni tecniche che ne assicurino la pubblicità, l'identificazione dei partecipanti, la sicurezza delle comunicazioni e la loro tracciabilità, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali e nel limite delle pertinenti risorse disponibili a legislazione vigente; c) per i profili qualificati dalle amministrazioni, in sede di bando, ad elevata specializzazione tecnica, una fase di valutazione dei titoli legalmente riconosciuti e strettamente correlati alla natura e alle caratteristiche delle posizioni bandite, ai fini dell'ammissione a successive fasi concorsuali; c-bis) conformemente a quanto disposto dall'articolo 3, comma 6, lettera b), numero 7), della legge 19 giugno 2019, n. 56, i titoli e l'eventuale esperienza professionale, inclusi i titoli di servizio, possono concorrere, in misura non superiore a un terzo, alla formazione del punteggio finale*».

all'assunzione. In presenza di più soggetti interessati all'assunzione l'ente procede ad effettuare una prova selettiva scritta o orale diretta a formulare una graduatoria di merito da cui attingere per la copertura del posto disponibile».

Gli elenchi di idonei, si precisa al comma 5, una volta costituiti, sono soggetti ad aggiornamento continuo, almeno una volta all'anno, al fine di mettere a disposizione degli enti locali aderenti un numero adeguato di candidati per l'assunzione in servizio. I soggetti selezionati restano iscritti negli elenchi degli idonei sino alla data della loro assunzione a tempo indeterminato, e comunque per un massimo di tre anni[64]. La posizione in graduatorie non viene pregiudicata nel caso in cui il candidato declini la propria disponibilità all'assunzione in riscontro ad uno o più interpelli attivati dagli enti locali. Il riferimento al tempo determinato, poi, parrebbe presupporre che gli idonei temporaneamente impegnati con contratti a termine con uno degli enti aderenti all'accordo continuino a rimanere iscritti nell'elenco.

Gli elenchi di idonei all'assunzione nei ruoli dell'amministrazione possono essere utilizzati per la copertura, con assunzioni a tempo indeterminato o a tempo determinato, dei posti che si rendono vacanti in organico a causa del passaggio diretto di propri dipendenti presso altre amministrazioni. Le procedure selettive bandite ai sensi dell'art. 3-bis del Decreto-Legge n. 80/2021, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 113/2021, sono soggette alle forme di pubblicità previste a legislazione vigente.

10. Conclusioni

Gli operati rilievi critici sulla questione dello scorrimento delle graduatorie consentono di rilevare che tale tipo di assunzione diretta, attuata in alternativa all'indizione di nuovi concorsi, costituisce una eccezione al principio costituzionale, evocato dall'art. 97, molto radicata nelle prassi delle amministrazioni pubbliche.

È importante porre in rilievo come l'istituto dell'utilizzazione degli elenchi di persone idonee al ruolo, direttamente collegato all'anteriore svolgimento di una procedura selettiva, è da considerarsi un fisiologico sviluppo della stessa che non arreca alcun *vulnus* al dettato della Carta fondamentale il quale consente, sebbene in via straordinaria, il ricorso a forme atipiche di reclutamento qualora le medesime siano delimitate in forma rigorosa e siano funzionali al

[64] Sul punto appare di tutta evidenza l'antinomia con l'art 35, comma 5-ter, del D.lgs. n. 165/2001 secondo cui «*le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali.* […]». Per un corretto approfondimento della disciplina si rimanda al paragrafo 5.

buon andamento dell'amministrazione o corrispondano a peculiari esigenze di pubblico interesse.

Questa possibilità di deroga *ope legis* risponde alla primaria esigenza di contenimento della spesa pubblica (attraverso l'evitabile indizione di nuovi concorsi con conseguenti costi per le procedure selettive) e, al contempo, mira all'obiettivo di coprire tempestivamente i posti vacanti in organico, assicurando così l'attuazione dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

All'esito di un più spedito ed efficace procedimento finalizzato alla provvista di personale viene, poi, tutelata anche la legittima aspettativa dei soggetti utilmente collocati[65] nella graduatoria ancora efficace, in nome di un percorso orientato alla trasparenza ed imparzialità, principi che - invece - potrebbero risultare alterati qualora si rimettesse alla discrezionalità insindacabile dell'ente la scelta fra le diverse forme di reclutamento.

Da ciò discende che se un candidato è risultato idoneo vuol dire che ha superato le prove d'esame ed è stato giudicato meritevole, in via astratta, di occupare il posto per la cui copertura la selezione pubblica è stata bandita. Questo non è avvenuto solo per insufficienza dei posti messi a concorso. Se, come sovente accade, si registra una nuova esigenza di provvista di personale, nessun ostacolo dovrebbe interporsi all'assunzione di un soggetto idoneo ad essere inserito in ruolo, anche in una amministrazione diversa da quella che ha indetto il concorso.

È proprio in questo contesto che la fase della valutazione di utilizzo di preesistenti graduatorie diviene un passaggio essenziale per quell'Ente che ha necessità di procedere a nuove assunzioni con una certa celerità.

Bisogna tener conto, altresì, che anche l'attuale quadro normativo in materia di mobilità obbligatoria[66] registra una considerevole riduzione dei termini di avvio della procedura concorsuale rispetto al precedente impianto regolatorio. Il comma 4 dell'art. 34-bis del D.Lgs. n. 165/2001 prevede, infatti, che «*le amministrazioni, decorsi 45 giorni dalla ricezione della comunicazione* […] *da parte del Dipartimento della funzione pubblica* […] *possono procedere all'avvio della procedura concorsuale* […]».

[65] Le norme riguardanti l'utilizzabilità delle graduatorie valide ed efficaci non riconoscono agli idonei dei concorsi pubblici alcun diritto ad essere assunti: attribuiscono alle amministrazioni la sola facoltà (indicativa, quindi, di un ampio potere discrezionale e di merito) di procedere al reclutamento attraverso lo scorrimento. Con tale procedura si conferiranno agli idonei posti non coperti dopo la chiamata dei vincitori o divenuti disponibili *medio tempore*.

[66] Disciplinata dall'art. 34-bis del D.Lgs. n. 165/2001, così come novellato dalla Legge n. 56/2019.

Per quanto attiene alla mobilità volontaria[67] l'art. 3, comma 4, della Legge n. 56/2019[68] così statuisce: «[…] *al fine di ridurre i tempi di accesso al pubblico impiego, fino al 31 dicembre 2024,* […] *le procedure concorsuali bandite dalle pubbliche amministrazioni* […] *e le conseguenti assunzioni possono essere effettuate senza il previo svolgimento delle procedure previste dall'articolo 30 del* […] *decreto legislativo n. 165 del 2001*».

Esperita, quindi, la prevista procedura di mobilità con esito infruttuoso l'ente può procedere a dar corso agli adempimenti per le scelte assunzionali che trovano il loro indispensabile presupposto, si ribadisce, nel piano triennale del fabbisogno del personale.

Del resto, come evidenziato anche dal TAR Campania, «[…] *la giurisprudenza ha condivisibilmente precisato che,* […] *se è vero che la procedura di*

[67] Disciplinata dall'art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001. Sul punto è importante richiamare la novella legislativa operata dall'art. 3 del Decreto-legge n. 80/2021 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 113/2021). Il comma 7 ha modificato la disciplina relativa al passaggio diretto, su base volontaria, da un'amministrazione ad un'altra limitando i casi in cui tale forma di mobilità è subordinata al rilascio del nulla osta dell'ente di appartenenza. L'assenso è richiesto in soli tre casi: posizioni dichiarate motivatamente infungibili dall'amministrazione cedente, personale assunto da meno di tre anni e qualora la mobilità determini una carenza di organico superiore al 20 per cento nella qualifica corrispondente a quella del richiedente. È fatta salva la possibilità di differire, per motivate esigenze organizzative, il passaggio diretto del dipendente fino ad un massimo di sessanta giorni dalla ricezione dell'istanza di passaggio diretto ad altra amministrazione. Il comma 7-bis del menzionato art. 3 esclude, poi, dall'applicazione dell'istituto della mobilità volontaria il personale degli enti locali con un numero di lavoratori a tempo indeterminato fino a 100 unità, mentre per i casi in cui il numero dei dipendenti dell'ente locale sia compreso tra 101 e 500 la disciplina sulla mobilità volontaria opera in termini più restrittivi. Il comma 7-ter prevede, inoltre, per il personale degli enti locali in caso di prima assegnazione, la permanenza minima di cinque anni. Con il comma 7-quinquies, infine, si stabilisce che la presentazione della domanda di partecipazione alle procedure di mobilità deve avvenire esclusivamente in modalità telematica.

Sempre in tema di mobilità volontaria appare opportuno evidenziare che la formulazione finale della norma contenuta nel menzionato Decreto-legge n. 80/2021 ha fatto sorgere il dubbio interpretativo circa la preclusione, per gli Enti locali con organici fino a cento dipendenti, dei processi di mobilità del personale sia in entrata che in uscita. Solo con il Decreto-legge n. 146/2021, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 252 del 21.10.2021, si è fatto chiarezza sull'argomento. L'art. 12 modifica alcuni punti dell'art. 30, rubricato «*Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse*», del D. Lgs. n. 165/2001. Più in dettaglio il novellato comma 1, al quarto periodo, così dispone: «*Le disposizioni di cui ai periodi secondo e terzo non si applicano al personale delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale e degli enti locali con un numero di dipendenti a tempo indeterminato non superiore a cento, per i quali è comunque richiesto il previo assenso dell'amministrazione di appartenenza*». Viene soppresso, sempre con il menzionato art. 12, anche il primo periodo del comma 1.1. che faceva riferimento alla non applicabilità, delle disposizioni del comma 1 del citato art. 30 del TUPI, agli enti locali con un numero di dipendenti a tempo indeterminato non superiore a cento stimolando i dubbi interpretativi cui si è fatto riferimento. Con il Decreto-legge n. 146/2021 viene, quindi, chiarito che tutti gli Enti, anche quelli di minori dimensioni, possono bandire procedure di mobilità volontaria; i comuni con un numero di dipendenti a tempo indeterminato non superiore a cento conservano la prerogativa del previo assenso alla mobilità dei propri dipendenti verso altre amministrazioni.

[68] Come novellato dall'art. 1, comma 14-ter, del Decreto-Legge n. 80/2021, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 113/2021.

mobilità ha la precedenza sullo scorrimento della graduatoria concorsuale […], *una volta esperita la suddetta procedura di mobilità* […] *l'amministrazione non può obliterare l'uso dello scorrimento, tenendo nel debito rilievo il favor ordinamentale che assiste l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei* […]»[69].

La possibilità di utilizzare graduatorie concorsuali rappresenta, quindi, lo strumento a disposizione delle Amministrazione per individuare immediatamente il soggetto da assumere[70].

Ovviamente tale scelta è in linea con delle superiori esigenze - non legate alla posizione dell'idoneo alla copertura effettiva del posto - che rispondono all'interesse pubblico di procedere ad assunzioni, in relazione a sopravvenute vacanze di posti in organico, avvalendosi delle graduatorie di precedenti concorsi, piuttosto che bandirne uno *ex novo*.

Questa facoltà è finalizzata all'equilibrio di bilancio - grazie alla possibilità di contenimento della spesa pubblica - e consente di attuare i principi di economicità, efficienza ed efficienza dell'azione amministrativa rendendo più spedito il procedimento finalizzato alla provvista di personale.

Non può sottacersi, tuttavia, che è compito del legislatore tenere in debita considerazione la "posizione" di tanti giovani che, dopo mesi di accurato studio, hanno conquistato l'idoneità ad un concorso pubblico.

Sebbene questi soggetti non siano titolari di un diritto soggettivo all'assunzione, va comunque evidenziato che gli stessi sono, in qualche misura, "titolari" di una aspettativa legittima allo scorrimento della graduatoria in cui sono inseriti, soprattutto se questa opportunità s'inserisce in un campo visuale più ampio e, quindi, non circoscritto alla sola amministrazione che ha bandito la procedura e approvato la graduatoria finale.

Assunti i vincitori nel numero corrispondente ai posti originariamente messi a concorso, qualora l'Amministrazione deliberi ulteriori assunzioni - utilizzando la possibilità del cosiddetto scorrimento - è evidente che ha orientato la sua scelta a finalità ed esigenze che non sono correlate all'interesse del singolo

[69] Cfr. TAR Campania, sez. V, 3 ottobre 2019, sentenza n. 4720.

[70] Sul punto è opportuno procedere ad un breve approfondimento relativo al tempo di permanenza in sede di prima assegnazione. Ai sensi dell'art. 3, comma 5-septies, del Decreto-Legge n. 90/2014 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 114/2014) «*i vincitori dei concorsi banditi dalle regioni e dagli enti locali, anche se sprovvisti di articolazione territoriale, sono tenuti a permanere nella sede di prima destinazione per un periodo non inferiore a cinque anni. La presente disposizione costituisce norma non derogabile dai contratti collettivi*». Tale norma è ripresa anche dall'art. 3, comma 7-ter, del Decreto-Legge n. 80/2021 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 113/2021) che, con riferimento alla possibilità di partecipazione a procedure di mobilità volontaria, così stabilisce: «*per gli enti locali, in caso di prima assegnazione, la permanenza minima del personale è di cinque anni. In ogni caso, la cessione del personale può essere differita, a discrezione dell'amministrazione cedente, fino all'effettiva assunzione del personale assunto a copertura dei posti vacanti e comunque per un periodo non superiore a trenta giorni successivi a tale assunzione, ove sia ritenuto necessario il previo svolgimento di un periodo di affiancamento*».

(l'idoneo) alla copertura effettiva del posto, ma che rispondono all'interesse pubblico di procedere ad assunzioni avvalendosi della graduatoria di un precedente concorso, piuttosto che procedere all'avvio di uno nuovo (costoso e lungo): una scelta preordinata, in attuazione dei principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, ad offrire uno strumento che consenta di individuare immediatamente il soggetto da assumere, rispettando nel contempo la regola inderogabile della scelta del personale mediante concorso.

Sotto il profilo della tutela giuridica dell'idoneo e la relativa pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento, premesso che la compilazione e l'approvazione della graduatoria esaurisce l'ambito circoscritto al procedimento e all'attività autoritativa della P.A., la riserva di giurisdizione in materia di concorsi[71] non estende la sua portata alla fase successiva e, in particolare, alle controversie in merito alle pretese all'assunzione sull'esito del concorso.

Il sindacato sui comportamenti successivi - riconducibili alla fase di esecuzione dell'atto amministrativo presupposto - spetta, invece, alla giurisdizione ordinaria. Sicché, in via generale, l'approvazione della graduatoria segna il limite temporale oltre il quale sussiste la giurisdizione del giudice ordinario.

Ove il riconoscimento del diritto, invece, sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso o di una nuova selezione, la contestazione che investe l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo, è devoluta alla cognizione del giudice amministrativo.

[71] Art. 63, comma 4, del D.lgs. n. 165/2001: «*restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi*».

RILIEVI SULLA VALIDAZIONE DELLA TELEMEDICINA: MODELLI PROCEDIMENTALI E SEMPLIFICAZIONE GESTIONALE DELLA PIATTAFORMA*

GIUSEPPINA LOFARO**

Sommario

1. Premessa. – 2. Dato definitorio. – 3. Profilo storico-ricostruttivo del dato normativo. – 3.1. L'accordo Stato-Regioni sulle più recenti *"Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina"*: un'introduzione. – 3.1.1. L'inquadramento delle prestazioni di telemedicina. – 3.1.2. Il sistema delle regole amministrative per l'erogazione delle prestazioni sanitarie a distanza. – 3.1.3. La responsabilità sanitaria alla luce delle recenti *"Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina"*: cenni. – 4. Questioni medico-legali: la responsabilità sanitaria in telemedicina nel *Rapporto ISS COVID-19, n. 12/2020* dell'Istituto Superiore di Sanità. – 5. Una *quaestio in itinere*: la responsabilità del medico in telemedicina. – 6. Una riflessione sistematica di ordine generale sull'assetto delle fonti e sull'auspicabilità di un'introduzione di fonte primaria in telemedicina. – 7. La responsabilità civile in telemedicina. – 8. La sanità pubblica digitale in una prospettiva *de iure condendo*, tra *PNRR* e "*Piano d'azione Colao-Speranza*". – 9. Considerazioni conclusive.

Abstract

This essay analyzes the sources lato sensu *and the ongoing reforms on telemedicine. It is necessary to concretely implement a simplified management of these new assets of the care relationship, in the interest of the promotion of health. In the absence of a uniform legislation, telemedicine services are partly governed by sectoral regulations, including best practices and guidelines, which should be approached with prudential criteria, considering them necessary to reflect on the structure of sources in this area as well as on the introduction of a primary source.*

This research work focuses on the mapping of e-Care networks, on the doctor's responsibility and on his decision-making discretion in telemedicine, in light of the principle of self-determination and patient empowerment. The national guidelines for telemedicine services offer a new partial classification as well as a system of administrative rules for the provision of remote health services, linked to the LEA. Validation of telemedicine modules depends on compliance with legal principles.

The PNRR is intended to finance the creation of a national platform or federated platforms, through the adoption of standards for the efficiency of the digital public health system.

Suggerimento di citazione

G. LOFARO, *Rilievi sulla validazione della telemedicina: modelli procedimentali e semplificazione gestionale della piattaforma*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente lavoro di ricerca ha origine e sviluppo nell'ambito del Progetto *iCare*, (CUP J39J14001400007 – Azione 10.5.12), in cui Giuseppina Lofaro è risultata vincitrice dell'assegno di ricerca in Diritto Amministrativo (Settore scientifico disciplinare *IUS*-10) presso il Dipartimento DIIES dell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, per l'espletamento del programma di ricerca dal titolo *"Modelli procedimentali e semplificazione gestionale dei flussi informativi per la piattaforma di telemedicina iCare"*, finanziato nell'ambito del POR FESR FSE 2014/2020 della Regione Calabria con il concorso di risorse comunitarie del FESR ed FSE, dello Stato italiano e della Regione Calabria.

** Assegnista di ricerca *post-doc* in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria.

Contatto: giuseppina.lofaro@unirc.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

L'erogazione di servizi sanitari mediante le applicazioni di telemedicina può costituire un contributo per l'implementazione dello sviluppo, del progresso e della qualità dell'assistenza sanitaria, attraverso prestazioni di servizi di diagnosi e cura a distanza nonché il monitoraggio di soggetti affetti da patologie croniche o a rischio.

Tali prestazioni da remoto risultano ancor più necessarie nella perdurante fase di emergenza sanitaria. In questo quadro si inseriscono gli interventi di ricerca e sviluppo di soluzioni tecnologiche applicate alla salute, finalizzate al contrasto della diffusione dell'epidemia da *Covid-19*.

Certamente, la telemedicina involge plurime aree di competenza, tra cui la scienza medica, l'informatica e la tecnologia[1], il diritto[2], da analizzare con metodo interdisciplinare integrato, al fine di cogliere appieno il mutamento in corso anche nelle modalità relazionali ed operative.

L'*eHealth* (*Electronic Health*), ossia l'utilizzo sicuro delle *Information and Communication Technologies* (*ICT*) da parte degli operatori sanitari e dei pazienti nei settori della salute, rappresenta già una realtà[3]. Difatti, la sanità digitale costituisce un ausilio per entrambi i soggetti appena menzionati: nello specifico, ai pazienti, la salute digitale offre diverse *chance* di prestazioni sanitarie, tra cui il monitoraggio a distanza, la diagnosi da remoto, l'assistenza domiciliare, la consultazione di specialisti. Per gli operatori sanitari, la sanità digitale può rappresentare una modalità di semplificazione del lavoro, anche nell'ambito della comunicazione interprofessionale di informazioni sui pazienti e, ancora, nella formazione a distanza.

[1] La rete e le tecnologie algoritmiche «che la abitano» sono fonte di rischi per le libertà individuali e per le democrazie contemporanee, «ma sono anche un formidabile contesto perché queste ultime possano essere ripensate». Si v. a tal proposito la chiara ed illuminata analisi giuspubblicistica di A. CARDONE, *Brevi note di sintesi sulla distinzione tra misure individuali e decisioni politiche nella regolazione degli algoritmi e nella definizione dei poteri delle Autorità garanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, 1-9, disponibile in: *http://www.osservatoriosullefonti.it*.

[2] Sotto un profilo collegato, nell'ambito della regolamentazione dell'uso di internet e delle nuove tecnologie, pone l'accento sull'ossequio del principio di uguaglianza sostanziale nonché di equità, G. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2013, *passim*, 1-27.

[3] Cfr. P. BORGIA (a cura di), Le applicazioni di telemedicina: esperienze nazionali, in *Monitor*, Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, Semestrale dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS), anno II, numero 46, dicembre 2021, che raccoglie le esperienze analitiche illustrate da: S. SFORZIN, M. MONTEROSSO, C. F. DALLE FRATTE, *La telemedicina in Azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento;* G. GORGONI, *Puglia: al via la centrale operativa regionale di telemedicina delle cronicità e delle reti cliniche – COReHealth;* F. CLEMENTE, *Progetto TELPASS*, 17-20, in *https://www.agenas.gov.it/comunicazione/primo-piano/2021-nuovo-monitor-46-telemedicina-e-intelligenza-artificiale.*

Per di più, la telemedicina può costituire un modello procedimentale virtuoso in cui convergono: semplificazione gestionale dei flussi informativi[4], risparmio temporale, contenimento dei costi, tempestività ed accessibilità delle informazioni e delle comunicazioni inerenti alla salute, attraverso le applicazioni informatiche e tecnologiche.

Tuttavia, nonostante le diverse direttive comunitarie nel tempo emanate[5], a tutt'oggi nell'ambito legislativo europeo risulta carente una disciplina unitaria ed omogenea delle prestazioni sanitarie erogate attraverso la telemedicina.

Inoltre, nella materia *de qua* manca a tutt'oggi una fonte primaria.

Pertanto, attualmente appare indispensabile attuare in concreto una gestione semplificata di tali nuovi assetti della relazione di cura, approcciandosi con criteri prudenziali alle indicazioni sostanziali reperibili all'interno delle buone pratiche e delle linee guida[6], al fine di tentare di muoversi legittimamente ed agevolmente nell'ambito della sanità digitale.

[4] MINISTERO DELLA SALUTE, *Attuazione delle misure del PNRR*, Missione 6 – Salute, Dicembre 2021, PNRR - Italia Domani, 17, disponibile nella sezione documenti in *https://italiadomani.gov.it*. Nello specifico, nell'ambito del s*ub-investimento 1.3.2 – Infrastruttura tecnologica del Ministero della Salute, analisi dei dati e modello predittivo per garantire i LEA italiani e la sorveglianza e vigilanza sanitaria*, vi sono 292.550.000 euro da destinare al: *rafforzamento infrastrutturale degli strumenti tecnologici e di Data Analysis del Ministero della Salute*, al fine di ottimizzare i sistemi per la raccolta dei dati secondo l'approccio *One Health*, inclusi i flussi di dati del Nuovo Sistema Informativo Sanitario (NSIS), i dati nazionali del Fascicolo di Sanità Elettronico ed altri flussi di dati nazionali definiti secondo leggi e regolamenti specifici. Relativamente a tali attività, sono stati sottoscritti i primi contratti esecutivi per avviare le attività tecniche necessarie al potenziamento dell'infrastruttura tecnologica ed applicativa del Ministero della Salute, nonché alla reingegnerizzazione e modernizzazione del Portale del Ministero della salute ed alla realizzazione della piattaforma dei registri sanitari. In particolare, i contratti esecutivi sono stati stipulati nell'ambito degli Accordi quadro, Lotto 1 e Lotto 6 della gara *Consip* per i servizi applicativi in ottica *cloud* e servizi di *Project Management Office* (PMO) per la Pubblica Amministrazione (PA), nonché un contratto nell'ambito dell'Accordo quadro CONSIP per il sistema Informativo Sanitario Nazionale.

Tali fondi sono anche destinati alla *reingegnerizzazione del Nuovo Sistema Informativo Sanitario (NSISS) a livello locale*, che prevede l'implementazione di nuovi flussi informativi sanitari, al fine di completare il monitoraggio dei LEA e di potenziare la qualità dei dati clinici ed amministrativi dei dati esistenti. Nello specifico, è previsto: il rafforzamento della raccolta, elaborazione e produzione di dati a livello locale, l'adozione da parte delle Regioni di quattro flussi informativi nazionali, la realizzazione da parte del Ministero della Salute di *Software Development ToolKits* da mettere a disposizione delle Regioni per facilitare l'interconnessione delle strutture sanitarie.

[5] Per aspetti quali l'interoperabilità e la redazione di norme di qualità, affrontati a livello europeo tramite un'azione coordinata e l'allineamento digitale, si v. *https://ec.europa.eu/health/ehealth-digital-health-and-care/eu-cooperation_it*. La COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI SULLA TELEMEDICINA A BENEFICIO DEI PAZIENTI, DEI SISTEMI SANITARI E DELLA SOCIETÀ, Bruxelles, 4 Novembre 2008 COM (2008) 689, è reperibile in *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0689:FIN:IT:PDF*.

[6] Tuttavia, con riferimento alla fase emergenziale, si v. C. SGROI, *Il "problema" delle linee guida nella gestione della pandemia e l'iniziativa della Procura generale presso la Corte di Cassazione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, 1-18.

2. Dato definitorio

La telemedicina, in linea con quanto accennato in premessa, costituisce una modalità di erogazione di prestazioni sanitarie, mediante il supporto di tecnologie innovative.

L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ne ha offerto una definizione descrittiva[7] per cui: «La telemedicina è l'erogazione di servizi sanitari, in cui la distanza è un fattore critico, da parte di tutti gli operatori sanitari che utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per lo scambio di informazioni valide per la diagnosi, il trattamento e la prevenzione di malattie, lesioni ed infortuni, la ricerca e la valutazione e per la formazione continua degli operatori sanitari, il tutto nell'interesse della promozione e del progresso della salute degli individui e delle loro comunità».

Alla luce del dato definitorio[8], può affermarsi che l'utilizzo da remoto – nel luogo in cui insorge la necessità – della competenza medica e paramedica costituisce parte integrante dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, senza sostituire, di regola, l'attività diagnostico-terapeutica tradizionale[9].

3 Profilo storico-ricostruttivo del dato normativo

La prima applicazione pratica di telemedicina risale al 1903[10]. Da allora, il progresso scientifico è andato avanti in maniera tecnologicamente sempre più avanzata, attraverso alcune esperienze applicative positive nonché mediante lo sviluppo concreto di progetti di telemedicina in diversi settori[11].

[7] Per la versione definitoria originale in lingua inglese enucleata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (*OMS*), si v. *WHO GROUP CONSULTATION ON HEALTH TELEMATICS*, *A Health Telematics Policy in support of WHO's Health for All Strategy for Global Health Development*, *Report of the WHO Group Consultation on Health Telematics*, 11-16 *December*, *Geneva, Switzerland*, 1997, *World Health Organization*, 1998, spec. 10, reperibile su *https://apps.who.int/iris/handle/10665/63857*: «*Telemedicine is the delivery of health care services, where distance is a critical factor, by all health care professionals using information and communications technologies for the exchange of valid information for diagnosis, treatment and prevention of disease and injuries, research and evaluation, and for the continuing education of health care providers, all in the interests of advancing the health of individuals and their communities*».

[8] Cfr. altresì *Telemedicine Glossary of standards, concepts, technologies and users*. *European Commission Information Society Directorate-General*, *Unit B1 Applications relating to Health, edited by Dg Infso - B1 version 2.10, May 2000*.

[9] Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, Telemedicina. *Linee di indirizzo nazionali*, 20 Febbraio 2014, contenente la penultima versione delle linee guida sulla telemedicina, in *https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_2515_1_file.pdf.*

[10] È l'anno in cui l'olandese *Wilhelm Einthoven* inventò l'elettrocardiografo.

[11] Cfr. a titolo esemplificativo la recente esperienza dell'Asl di Foggia con *Engineering*, visionabile su *https://www.eng.it/resources/whitepaper/doc/telemedicina/ENG21_IP_Telemedicina_ita.pdf. Nello specifico,* tale progetto, in continua evoluzione, dimostra i potenziali della telemedicina da molteplici aspetti, intersecando sia la dimensione dell'impiego emergenziale che quella dell'innesto nei processi assistenziali.

Chiaramente, ne è derivata una crescente necessità regolatoria finalizzata ad un inquadramento definitorio nonché ad una disciplina che contempli al suo interno sia i servizi sanitari ed assistenziali sia i servizi informatici[12].

Attualmente, in mancanza di una fonte primaria che sancisca una normativa uniforme ed onnicomprensiva di tali servizi, le prestazioni di telemedicina *tout court* trovano parte della propria disciplina sostanziale in alcuni regolamenti[13] e normative settoriali.

Per quel che concerne l'ordinamento comunitario, la Commissione europea ha pubblicato nel 2008 il documento rubricato *"Telemedicina a beneficio dei pazienti, sistemi sanitari e società"*[14], contenente una serie di azioni coinvolgenti i diversi livelli di governo della telemedicina nella pratica clinica ed orientate ad eliminare i più evidenti ostacoli alla sua completa attuazione. Nel 2014 essa ha divulgato il c.d. *"Green Paper on mobile Health"*, il Libro verde sulla salute mobile (*mHealth*), già annunciato nel piano d'azione *eHealth* 2012-2020, che ha avuto per effetto l'avvio di una consultazione pubblica su questa tecnologia emergente ed in rapido sviluppo, che ha tra l'altro il pregio di supportare la pratica medica e la salute pubblica sui dispositivi mobili[15].

La Commissione Europea nel 2012 ha pubblicato il *"Piano d'azione per la sanità elettronica 2012-2020"*, orientato alla creazione di servizi sanitari *online* nonché ad affrontare e rimuovere le principali barriere sussistenti, promuovendo una visione *eHealth* in Europa, in linea con gli obiettivi della *"Strategia Europa 2020"* e dell'*"Agenda Digitale per l'Europa"*[16].

Emerge *ictu oculi*, come già accennato, che, nell'ambito legislativo comunitario, la telemedicina non è disciplinata in maniera unitaria. Specialmente il

[12] Già nel 1996 il Congresso degli Stati Uniti d'America introduceva politiche pubbliche per tutelare la *privacy* dei dati e la sicurezza delle informazioni medico-sanitarie dei pazienti. Nel 2009, il Dipartimento della salute e dei servizi umani degli Stati Uniti D'America pubblicava la *Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act,* un atto legislativo orientato a promuovere la tecnologia dell'informazione sanitaria. Nel 2015, la *Food and Drug Administration* stabiliva che le *app mHealth* (*mobile Health*) potessero rientrare nella definizione di dispositivo medico, allorquando l'uso previsto di un'*app* fosse utile alla diagnosi di malattie o altre condizioni o alla cura, alla mitigazione, al trattamento o prevenzione di malattie. Cfr. *U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES FOOD AND DRUG ADMINISTRATION*, *Mobile Medical Applications. Guidance for Industry and Food and Drug Administration Staff*, 2015, *passim*.

[13] Per un corretto inquadramento dogmatico e metodologico si v. N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, collana *"Studi e ricerche"*, Bologna, *Il Mulino*, 2003, *passim*.

[14] COM – 2008 – 689, 4 Novembre 2008, consultabile in *https//ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2008/IT/1-2008-689-IT-F1 -1.Pdf.*

[15] *EUROPEAN COMMISSION*, *Green Paper on mobile Health* ('*mHealth*'), 2014, 1-20, reperibile in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=celex:52014DC0219.*

[16] *EUROPEAN COMMISSION*, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: eHealth Action Plan 2012-2020 - Innovative healthcare for the 21st century.* 2012, in *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0443_IT.html.*

profilo della responsabilità professionale risulta frammentato e, probabilmente, difficilmente armonizzabile sotto l'aspetto normativo, mancando *ab origine* norme comunitarie uniformi in tema di responsabilità professionale sanitaria[17].

In Italia, nel 2007 è stato istituito *"l'Osservatorio Nazionale e-Care"* di cui fanno parte diverse Regioni, ossia Emilia-Romagna, Veneto, Toscana, Liguria, Marche, Lombardia, Campania, Sicilia, avente la finalità di costituire la mappatura delle reti *e-Care* e di promuovere la condivisione delle buone pratiche e delle connesse tecnologie, con l'obiettivo di implementare l'accessibilità e l'efficacia delle prestazioni sanitarie erogate *online* ai pazienti[18].

Il Consiglio Superiore di Sanità ha approvato, il 10 luglio 2012, le prime Linee di indirizzo nazionali sulla telemedicina[19]. Di seguito, il 20 febbraio 2014, su questo documento è stata sancita, in sede di Conferenza Stato-Regioni, l'Intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano[20]. L'adozione di tali Linee di indirizzo è stata oggetto di valutazione in sede di adempimenti LEA (Livelli Essenziali di Assistenza) fino al 2017, con la *ratio* di monitorarne il recepimento, avvenuto, a partire dal 2018, tramite delibere regionali. Nello stesso anno, il Ministero della Salute, alla luce delle definizioni contenute nelle linee di indirizzo in materia di telemedicina, ha avviato una *"Mappatura delle esperienze di telemedicina sul territorio nazionale"*[21], a cui hanno preso parte i rappresentanti delle regioni Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna, Piemonte e Toscana ed altresì il *"Centro Nazionale per la Telemedicina e le Nuove Tecnologie Assistenziali"* dell'Istituto Superiore di Sanità.

Più di recente, nel settembre 2020, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano ha emanato un documento[22] avente come

[17] A.A. V.V., *Telemedicina: da emergenza a nuova normalità. Riflessioni medico-legali*, in *Resp. Civ. e Prev.*, *Osservatorio medico-legale*, a cura di V. FINESCHI, n. 2, 2021,702.

[18] Ulteriori dettagli con riferimento alle finalità ed agli obiettivi dell'Osservatorio Nazionale *e-Care* sono reperibili collegandosi al sito *www.onecare.cup2000.it*.

[19] MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina, Linee di indirizzo nazionali*, 20 febbraio 2014, cit.

[20] PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante "Telemedicina - Linee di indirizzo nazionali"*, Repertorio Atti n. 16/CSR, 20 febbraio 2014, in *https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_2515_1_file.pdf*.

[21] La mappatura *de qua* contempla la compilazione di un questionario *on line,* predisposto attraverso l'integrazione di una precedente simile rilevazione portata avanti nel 2017 dall'Istituto Superiore di Sanità, con l'aggiunta di elementi ulteriori che permettano una valutazione delle esperienze di telemedicina sia sotto l'aspetto della risposta alla domanda, sia in termini di efficacia e di economicità, in linea con gli elementi del modello MAST (*Model for the Assessment of Telemedicine*), già impiegato nel contesto di vari progetti europei. Per ulteriori dettagli, si v. *https://www.salute.gov.it/portale/ehealth/dettaglioContenutiEHealth.jsp?lingua=italiano&id=2515&area=eHealth&menu=telemedicina*.

[22] CONFERENZA DELLE REGIONI E PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E BOLZANO, doc. n. 20/167/CR06d/C7 del 10 settembre 2020, recante «*Erogazione delle prestazioni di specialistica ambulatoriale a distanza - Semplificazione all'accesso alle cure - Televisita*», in *http://www.regioni.it/download/conferenze/618444/*. Nello specifico, il documento *de quo* prevede che le attività espletabili da

obiettivo l'adozione di una normativa organica applicabile ai servizi ambulatoriali, comprese le attività di assistenza territoriale, erogabili a distanza.

Sinteticamente, pare utile rilevare che esso lascia spazio alla discrezionalità decisionale del sanitario rispetto ad ogni altro scenario in cui il medico valuti la possibilità di erogare la visita in modalità da remoto attraverso la c.d. televisita.

Inoltre, in ossequio al principio di autodeterminazione del paziente nonché a tutela della *privacy*, della protezione[23] e della sicurezza dei dati[24], all'interno del documento *de quo* è previsto che: l'attivazione del servizio di telemedicina necessita della preventiva adesione[25] del paziente o del tutore, anche ai fini della conferma della disponibilità di un contatto telematico per l'interazione documentale/informativa con lo specialista, accedendo per tale via ad un sistema di comunicazione remota secondo le normative in vigore in materia di *privacy* e sicurezza[26]. In particolare, si applicano le specifiche tecniche nazionali di cui all'art. 50 della legge n. 326 del 2003 e successive modifiche con riferimento alla prescrizione, prenotazione, erogazione delle prestazioni ambulatoriali di telemedicina e, per quel che riguarda specificamente la prenotazione, deve essere il medico – e non un mero operatore di sportello – a precisare che la prenotazione richiesta si svolgerà da remoto. Viene altresì puntualizzato che l'attività ambulatoriale da remoto è sottoposta agli stessi obblighi nonché

remoto sono quelle che non richiedono l'esecuzione di un esame obiettivo del paziente e che al contempo necessitano delle seguenti condizioni: «il paziente è in *follow-up* per una patologia nota; il paziente è inserito in un percorso diagnostico terapeutico assistenziale (*PDTA*) formalizzato dall'Azienda, o a livello regionale; il paziente, già in cura e con un proprio piano terapeutico impostato, necessita di monitoraggio, conferma, aggiustamento, cambiamento della terapia in corso; il paziente necessita di una valutazione anamnestica per la prescrizione di esami diagnostici, o per la stadiazione di una patologia nota, o sospetta; il paziente necessita di spiegazioni relativamente all'esito di esami diagnostici o di stadiazione effettuati».

[23] Il testo del *GDPR*, ossia il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 è reperibile in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=IT*.

[24] V. GIARDINO, R. ZANI, *Sanità digitale, tutti i risvolti privacy: come tutelare i dati personali garantendo l'assistenza*, 25 giugno 2021, in *https://www.cybersecurity360.it/legal/privacy-dati-personali/sanita-digitale-tutti-i-risvolti-privacy-come-tutelare-i-dati-personali-garantendolassistenza/*.

Critico sugli *standard* fissati dal *GDPR* per fornire una protezione efficace delle libertà fondamentali è A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal*, 2019, 63-89.

[25] Per un inquadramento di ordine generale sulla tematica del consenso informato, si v. AA. VV., *Nodi virtuali, legami informali: internet alla ricerca di regole: a trent'anni dalla nascita di internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, atti del convegno di Pisa, 7-8 ottobre 2016, a cura di P. PASSAGLIA e D. POLETTI, *Pisa University Press*, 2017, 57-74.

[26] Cfr. AA. VV., *Buone pratiche per la sicurezza informatica nei servizi sanitari,* Documento di indirizzo del Gruppo di Studio Nazionale sulla *Cybersecurity* nei servizi sanitari, Istituto Superiore di Sanità, Roma, 17 giugno 2019, 1-7, reperibile in *https://www.iss.it/documents/20126/0/Buone+pratiche+per+la+sicurezza+informatica+nei+serivizi+sanitari+17+06+2019.pdf/e4e4a032-a489-b8df-f25c-602ebbb38e85?t=1582512681887*.

contraddistinta dai medesimi profili di responsabilità dell'attività svolta in presenza e che spetta al sanitario la valutazione, al termine di una prestazione di telemedicina, del raggiungimento o meno degli obiettivi prefissati e allorquando ciò non si fosse realizzato, per qualsiasi motivo tecnico, connesso alle condizioni del paziente o ad altre ragioni, subentra l'obbligo tempestivo del sanitario di riprogrammazione della prestazione sanitaria in presenza, ossia in modalità tradizionale.

3.1 L'accordo Stato-Regioni sulle più recenti "Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina": un'introduzione

La Conferenza Stato-Regioni, il 17 dicembre 2020, ha sancito accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano in merito all'approvazione del documento predisposto dal Ministero della Salute, recante le nuove "Linee guida" per l'erogazione dei servizi sanitari in telemedicina[27].

Il documento, che modifica e aggiorna le precedenti "Linee di indirizzo nazionale sulla telemedicina" pubblicate nel 2014, introduce una serie di rilevanti novità per i soggetti che, nel contesto dell'assistenza sanitaria del Servizio Sanitario Nazionale, intendano realizzare, nell'ambito della propria organizzazione, un sistema procedimentale e gestionale idoneo all'erogazione di prestazioni sanitarie a distanza.

Nello specifico, il documento dedica una prima parte alla definizione delle prestazioni di telemedicina, con una parziale rimodulazione rispetto ai servizi sanitari a distanza enucleati nella prima versione delle linee guida del 2014, nonché alle indicazioni delle condizioni ai fini dell'erogazione dei connessi servizi a distanza.

Nella seconda parte vengono precisati alcuni elementi e requisiti necessari per l'erogazione sostanziale delle attività sanitarie a distanza: si tratta di

[27] "*Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in Telemedicina*", 27 Ottobre 2020, reperibile anche in *http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato2602365.pdf*. Cfr. in particolare All. 1 contenente ACCORDO, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sul documento recante *"Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina"*. Nello specifico, «SI CONVIENE: 1. di approvare il documento recante "Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina", di cui all'allegato A, parte integrante del presente atto, quale riferimento unitario nazionale per l'implementazione dei servizi di telemedicina oggetto del documento stesso; 2. di adottare e mettere in atto le indicazioni, previste nel suddetto documento, nell'ambito dell'organizzazione dell'assistenza sanitaria di ciascuna Regione e Provincia Autonoma; 3. di adeguare i flussi informativi di erogazione/rendicontazione delle attività di specialistica ambulatoriale al fine di tenere traccia delle prestazioni in telemedicina la cui tariffazione sarà equivalente alle analoghe prestazioni erogate in presenza; 4. all'attuazione della presente accordo si provvede nei limiti delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

particolarità e criticità che necessitano di un approfondimento *ad hoc*, che esula dal corpo del presente lavoro di ricerca.

3.1.1 L'inquadramento delle prestazioni di telemedicina

Le recenti Linee guida pubblicate nel 2020, soffermandosi specificamente sull'attività ambulatoriale, definiscono le prestazioni eseguibili in telemedicina, precisandone alcuni elementi non presenti nella precedente classificazione del 2014.

Al fine di poter ricondurre le attività di telemedicina ai Livelli essenziali di assistenza (LEA) nell'ambito dei quali vengono erogate e, perciò, alle regole amministrative che devono essere applicate a tali prestazioni – in termini di tariffa, modalità di rendicontazione, compartecipazione alla spesa – è opportuno chiarire le differenze tra le diverse tipologie di servizi sanitari da remoto. Difatti, nell'ambito della telemedicina, si individuano varie prestazioni erogate a distanza, ognuna delle quali deve essere ricondotta al medesimo livello assistenziale che ne contraddistingue l'erogazione anche nella speculare tradizionale attività sanitaria in presenza.

Per quel che concerne le attività di tipo ambulatoriale, le interazioni a distanza possono avvenire tra medico e paziente oppure tra medici o, ancora, tra medici ed altri operatori sanitari. In particolare, le prestazioni di telemedicina descritte nelle linee guida del 2020 sono: la televisita; il teleconsulto medico; la teleconsulenza medico-sanitaria; la teleassistenza da parte di professioni sanitarie; la telerefertazione.

La televisita è un atto medico in cui il professionista interagisce a distanza in tempo reale con il paziente, anche con il supporto di un *care-giver*. Tuttavia, essa, in linea con quanto previsto anche dal codice di deontologia medica[28], non può essere mai considerata il mezzo per condurre la relazione medico-paziente esclusivamente a distanza, né può essere ritenuta in modo automatico sostitutiva della prima visita medica in presenza. Il medico è deputato a decidere in quali situazioni ed in che misura la televisita possa essere impiegata in favore del paziente, utilizzando anche gli strumenti di telemedicina per le

[28] L'art. 78 del Codice di deontologia medica (Tecnologie informatiche) ed i connessi indirizzi applicativi facenti parte integrante dello stesso codice prevedono che il medico, facendo uso dei sistemi telematici, non possa sostituire la visita medica – che si sostanzia nella relazione diretta con il paziente –, con una relazione esclusivamente virtuale. Il medico può invece utilizzare gli strumenti di telemedicina per le attività di rilevazione o monitoraggio a distanza, dei parametri biologici e di sorveglianza clinica. Inoltre, ai sensi dell'art. 24 dello stesso Codice, il medico è tenuto a rilasciare alla persona assistita certificazioni relative allo stato di salute che attestino in modo puntuale e diligente i dati anamnestici raccolti e/o i rilievi clinici direttamente constatati od oggettivamente documentati. Su tali aspetti, in relazione alla tutela del diritto alla salute, si v. le puntuali note critiche di A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove disuguaglianze*, in AA. VV., *Emergenza Covid-19 e Ordinamento Costituzionale*, a cura di F. S. MARINI e G. SCACCIA, *Giappichelli*, Torino, 2020, 191-203.

attività di rilevazione o monitoraggio a distanza, dei parametri biologici e di sorveglianza clinica. La televisita è da intendersi limitata alle attività di controllo di pazienti la cui diagnosi sia già stata formulata nel corso di visita in presenza.

Con riferimento alle modalità operative, durante la televisita, un operatore sanitario che si trovi vicino al paziente può assistere il medico e/o aiutare il paziente. Deve sempre essere garantita la possibilità di scambiare in tempo reale dati[29] clinici, referti medici, immagini, audio-video, relativi al paziente. L'anamnesi può essere raccolta per mezzo della videochiamata. Con le attuali tecnologie, l'esame obiettivo (e.o.) è realizzabile con significative limitazioni: il medico è titolato a decidere in che misura tale esame clinico a distanza possa essere sufficiente nel caso specifico o se il completamento dello stesso debba essere svolto in presenza.

Sono erogabili in televisita le prestazioni ambulatoriali che non richiedono la completezza dell'esame obiettivo del paziente – tradizionalmente composto da ispezione, palpazione, percussione e auscultazione – ed in presenza di almeno una delle seguenti condizioni: «il paziente necessita della prestazione nell'ambito di un Piano Assistenziale Individualizzato/Percorso Diagnostico Terapeutico Assistenziale (PAI/PDTA); il paziente è inserito in un percorso di *follow up* da patologia nota; il paziente affetto da patologia nota necessita di controllo o monitoraggio, conferma, aggiustamento, o cambiamento della terapia in corso (es. rinnovo o modifica del piano terapeutico); il paziente necessita di valutazione anamnestica per la prescrizione di esami di diagnosi, o di stadiazione di patologia nota, o sospetta; il paziente necessita della verifica da parte del medico degli esiti di esami effettuati, ai quali può seguire la prescrizione di eventuali approfondimenti, oppure di una terapia»[30].

L'attivazione del servizio di telemedicina, come già accennato, necessita dell'adesione preventiva del paziente o di familiare autorizzato al fine di confermare, tra l'altro, la disponibilità di un contatto telematico per l'interazione documentale/informativa con lo specialista ed accedere ad un sistema di comunicazione remota secondo le specifiche tecniche e le normative vigenti in materia di *privacy* e sicurezza.

Il collegamento deve avvenire in tempo reale e permettere di vedere il paziente ed interagire con esso, eventualmente, qualora necessario per la gestione

[29] I dati rappresentano il cuore della trasformazione digitale. L'accesso al crescente volume di dati e la capacità di utilizzarli sono essenziali per l'innovazione e l'evoluzione della società umana: basti pensare all'approccio di "*Medicina personalizzata*". Cfr. C. C. GIARDINA, *Il piano Triennale per l'informatica nella PA 2020-2022*, in *Azienditalia*, n. 12, 1° dicembre 2020, 1924 ss.

[30] Cfr. "*Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in Telemedicina*", 27 Ottobre 2020, cit., 6.

della comunicazione, anche avvalendosi del supporto del *care-giver* presso il paziente.

Queste modalità impiegate per l'erogazione della televisita si applicano ai diversi ambiti dell'assistenza territoriale, tra cui la specialistica ambulatoriale *ex.* art 50, legge n. 326 del 24/11/2003 e s.m., i consultori familiari e i servizi di Neuropsichiatria infantile (NPI), la salute mentale.

Il teleconsulto medico è un atto medico in cui il professionista interagisce a distanza con uno o più medici per dialogare, anche mediante una videochiamata, riguardo la situazione clinica di un paziente, basandosi primariamente sulla condivisione di tutti i dati clinici, i referti, le immagini, gli audio-video concernenti il caso specifico. Tali elementi devono essere condivisi per via telematica sotto forma di file digitali idonei per il lavoro che i medici in teleconsulto ritengono necessari ai fini del suo adeguato svolgimento. Il teleconsulto tra professionisti può svolgersi anche in modalità asincrona, allorquando la situazione del paziente lo permetta in sicurezza. Quando il paziente è presente al teleconsulto, allora esso si svolge in tempo reale impiegando modalità operative analoghe a quelle di una televisita e perciò si configura come una «visita multidisciplinare».

Il fine del teleconsulto è quello di condividere, in relazione ad un paziente, le scelte mediche da parte dei professionisti coinvolti e costituisce altresì la modalità per fornire la *second opinion* specialistica laddove richiesto. Esso contribuisce alla definizione del referto che viene redatto al termine della visita erogata al paziente. È opportuno specificare, come puntualizzato dalle linee guida approvate nel 2020, che il teleconsulto non dà luogo a un referto a sé stante.

La teleconsulenza medico-sanitaria è un'attività sanitaria – non necessariamente medica ma ad ogni modo specifica delle professioni sanitarie – che si svolge a distanza ed è eseguita da due o più persone che hanno responsabilità diverse rispetto al caso specifico. Essa consiste nella richiesta di supporto durante l'espletamento di attività sanitarie, a cui segue una videochiamata in cui il professionista sanitario interpellato fornisce all'altro, o agli altri sanitari, indicazioni per la presa di decisione e/o per la corretta esecuzione di azioni assistenziali rivolte al paziente. La teleconsulenza può essere svolta in presenza del paziente o anche in maniera differita. In tale attività risulta prevalente l'interazione diretta tramite la videochiamata, ma è indispensabile garantire, laddove necessario, la possibilità di condividere i dati clinici, i referti e le immagini riguardanti il caso specifico. Si tratta di un'attività su richiesta che deve esser sempre oggetto di preventiva programmazione e che non può essere utilizzata per sostituire le attività di soccorso.

La teleassistenza da parte di professioni sanitarie – tra cui a titolo esemplificativo infermiere, fisioterapista, logopedista – è un atto professionale di pertinenza della relativa professione sanitaria e si basa sull'interazione a distanza

tra il professionista e paziente/*caregiver* mediante una videochiamata, a cui si può, al bisogno, aggiungere la condivisione di dati, referti o immagini. Il professionista che svolge l'attività di teleassistenza può anche utilizzare idonee *app* per somministrare questionari, condividere immagini o video *tutorial* su attività specifiche. La funzione della teleassistenza si sostanzia nell'agevolare il corretto svolgimento di attività assistenziali, eseguibili per lo più a domicilio. Essa è prevalentemente programmata e reiterabile in base a specifici programmi di accompagnamento del paziente.

La telerefertazione è una relazione rilasciata dal medico che ha sottoposto un paziente ad un esame clinico o strumentale, il cui contenuto è quello tipico delle refertazioni effettuate in presenza; essa viene scritta e trasmessa per mezzo di sistemi digitali e di telecomunicazione: il medico esegue ed invia il telereferto in tempi idonei alle necessità cliniche del paziente ed in maniera concorde con il medico che ha richiesto l'esame clinico o strumentale. Il telereferto può essere rilasciato successivamente all'esecuzione tradizionale in presenza dell'esame clinico o strumentale, qualora ciò sia utile al paziente. Esso può essere dato anche all'interno di un adeguato, efficace e sicuro processo di gestione a distanza del luogo di esecuzione dell'esame clinico o strumentale (denominandosi così «telegestione»), in cui il medico che esegue il telereferto sia distante dal luogo di esecuzione dell'esame e possa avvalersi, a seconda dei casi, della collaborazione del medico richiedente o di un sanitario addetto, situati presso il paziente, possa altresì comunicare con essi in tempo reale per via telematica/telefonica. Il telereferto formalizza la telediagnosi con firma digitale validata del medico responsabile dello stesso. Il medico richiedente dovrà mantenere informato il medico che ha eseguito il telereferto in merito all'andamento clinico del paziente. Le strutture sanitarie devono preventivamente effettuare delle prove di idoneità rispetto all'uso clinico delle attrezzature, dell'*hardware* e *software* nonché, in esercizio, prove di funzionamento ad intervalli regolari e dopo ogni archiviazione all'interno di un sistema di interoperabilità del materiale prodotto dall'esame e del referto correlato, che permetta al personale sanitario di richiamare e confrontare quanto eseguito in precedenza, laddove necessario, semplificando ed incentivando la collaborazione territoriale[31].

[31] Tale inquadramento definitorio non concerne l'esecuzione del referto quale comunicazione che un esercente di professione sanitaria è tenuto a presentare all'autorità giudiziaria per quei casi in cui abbia prestato la sua opera o assistenza a persone il cui stato patologico può essere conseguenza di un delitto per il quale si debba procedere d'ufficio e non solo dietro querela di parte *ex* art. 334 cod. proc. pen.. Con riferimento a questo specifico possibile uso della telerefertazione, si rinvia a documenti specifici. Cfr. "*Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in Telemedicina*", 27 Ottobre 2020, cit., 7.

Le prestazioni di telemedicina sin qui evidenziate, di competenza e responsabilità del personale sanitario, possono essere combinate tra loro ed altresì con altri tipi di prestazioni in presenza, nell'ambito di servizi sanitari incentrati su sistemi (*melius*: moduli) di telemedicina, in cui vengano portati avanti percorsi diagnostici e terapeutici, costruiti a partire dalle «evidenze scientifiche in ambito biomedico» e «definiti dagli studi clinici e dalla pratica assistenziale»[32].

Le prestazioni sanitarie digitali devono essere progettate partendo dalle esigenze specifiche dei pazienti[33] a distanza a cui ne è destinata l'esecuzione da remoto, analizzando anche le caratteristiche del territorio in cui la prestazione verrà effettuata una volta realizzato il relativo modulo di telemedicina. Perciò, tali servizi devono essere dimensionati alla luce di analisi di contesto sociale, demografico e territoriale[34].

Il *triage* o la consulenza telefonica, svolti da medici o da operatori sanitari nei confronti dei pazienti – al fine di indicare il percorso diagnostico/terapeutico più appropriato e la necessità di eseguire la visita in tempi rapidi in presenza o a distanza o, ancora, la possibilità di rinviarla ad un momento successivo assegnando un nuovo appuntamento –, non rientra tra le attività riconducibili alla telemedicina.

Di seguito, all'interno delle linee guida del 2020 è previsto, quale formula aperta a conclusione della descrizione inerente le prestazioni di telemedicina, il rimando a successivi documenti ai fini della definizione di «regole omogenee per ulteriori attività di telemedicina ritenute di rilevanza strategica per il

[32] Si v. *doc. ult. cit.*, 8.

[33] Un profilo collegato ed in via di sviluppo è quello della c.d. *Medicina personalizzata*: si tratta di un modello che propone la personalizzazione della salute e delle cure, con decisioni su misura per uno specifico paziente, in un dato momento della sua patologia, in una determinata fase della sua vita. Si integra con gli strumenti di salute e cure digitali nonché con la c.d. *Medicina delle 4P* (Prevenzione, Predizione, Personalizzazione e Partecipazione), un'architettura clinica fondata su una visione generale e complessiva del paziente. Si tratta di un campo trasversale che può affermarsi solo se si uniscono competenza e dati provenienti da discipline e settori molto diversi. L'implementazione di approcci di medicina personalizzati ha effetti su tutti i cittadini e pazienti della società. Sia i governi nazionali e regionali, ma anche le istituzioni europee stanno affrontando tale sfida inerente alla gestione ed ottimizzazione della medicina personalizzata nei sistemi sanitari. Cfr. AA. VV., *Sanità digitale: servizi e tecnologie*, a cura di G. COSENTINO, Presidente Associazione Scientifica Sanità Digitale, con il contributo di S. PILLON, *Salute digitale, verso la medicina personalizzata*, 1-19, reperibile in *https://assd.it*. Si v. altresì, specie per l'enucleazione dei fattori di criticità, tra cui quello dei costi di erogazione, MINISTERO DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, *Programma Nazionale per la Ricerca 2021-2027*, GRANDE AMBITO DI RICERCA E INNOVAZIONE SALUTE, Allegato esteso, a cura di AA. VV., Roma, novembre 2020, 1-155, spec. 121 ss., in *https://www.mur.gov.it*.

[34] F. ARANITI, G. ARANITI, *Le ICT e l'assistenza sanitaria del futuro nei borghi della Calabria. Le opportunità del Recovery Fund*, in *L'Università Mediterranea per i borghi della Calabria, Riflessioni sulla transizione ecologica e digitale*, a cura di C. BEVILACQUA, G. BOMBINO, F. CALABRÒ, L. DELLA SPINA, T. MANFREDI, *Rubbettino*, Soveria Mannelli, 2021, 93-95.

Servizio Sanitario Nazionale (SSN) come, ad esempio, la teleriabilitazione, la telecertificazione e il telemonitoraggio»[35].

3.1.2 Il sistema delle regole amministrative per l'erogazione delle prestazioni sanitarie a distanza

Come già accennato, le Linee guida pubblicate nel 2020 hanno anche il merito di ricondurre, per la prima volta, le prestazioni di telemedicina ai Livelli Essenziali di Assistenza, nonché di assoggettare le stesse alle regole amministrative del Sistema Sanitario Nazionale, in termini di tariffa, modalità di rendicontazione e compartecipazione alla spesa.

In particolare, vengono definite le norme concernenti il sistema remunerativo/tariffario: a tutte le prestazioni a distanza deve essere applicato il quadro normativo nazionale/regionale che regolamenta l'accesso ai Livelli Essenziali di Assistenza per l'erogazione delle medesime prestazioni a livello "tradizionale", comprese le norme disciplinanti l'eventuale compartecipazione alla spesa.

Ancora, vengono esplicitate le regole in relazione alla prescrizione: il medico prescrittore richiede una prestazione senza il dettaglio delle modalità di erogazione; tuttavia, qualora egli abbia necessità di specificare che la prestazione debba essere erogata a distanza, potrà riportare nel campo "note" o "quesito diagnostico" tale indicazione. La prestazione richiesta deve fare riferimento all'elenco delle prestazioni già presenti sul nomenclatore tariffario.

Con riferimento alla prenotazione, le linee guida del 2020 puntualizzano che le prestazioni vengono richieste e prenotate dallo specialista; il sistema di prenotazione CUP (Centro Unico di Prenotazione) dovrà garantire la gestione delle prenotazioni relative sia alle prestazioni in presenza, sia a quelle a distanza. Solo lo specialista – e non l'addetto allo sportello – può decidere le modalità di erogazione delle prestazioni prenotabili.

Per quel che riguarda la rendicontazione, similmente a quanto accade per le prestazioni erogate in modalità tradizionale, anche con riferimento ai servizi di telemedicina è necessario rendicontarne il flusso in termini di attività e di referto, secondo le specifiche regionali, al fine di assicurare il monitoraggio della spesa pubblica nel settore sanitario[36].

Il nuovo sistema di regole orientato a disciplinare le attività di telemedicina prevede l'adesione informata del paziente ai servizi sanitari da remoto: anche

[35] Cfr. "*Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in Telemedicina*", 27 Ottobre 2020, cit., 8.

[36] MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, DIPARTIMENTO DELLA RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Garantire la corretta programmazione e la corretta gestione delle risorse pubbliche*, *Il monitoraggio della spesa sanitaria*, Studi e Pubblicazioni, Rapporto n. 8, Roma, Settembre 2021, 1-202, in *https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/attivita_istituzionali/monitoraggio/spesa_sanitaria/*.

le Linee guida del 2020 precisano che l'attivazione dei servizi a distanza presuppone sempre un'accettazione preventiva, informata e consapevole del paziente. Tale adesione è finalizzata a confermare la disponibilità di un contatto telematico per l'interazione documentale con il professionista ed accedere, per tale via, ad un sistema di comunicazione remota, secondo le specifiche tecniche e le normative in materia di *privacy* e sicurezza. L'adesione *de qua* deve esser preceduta da un'adeguata e puntuale informativa, in linea con quanto previsto dalla normativa vigente, per consentire al paziente di acquisire consapevolezza in termini di: obiettivo perseguito; vantaggi ed eventuali rischi della prestazione; aspetti informativi, inclusa la specificazione dei soggetti (qualificati) aventi accesso ai dati personali e clinici del paziente; strutture e professionisti coinvolti, con la precisazione dei compiti di ogni struttura nonché delle connesse responsabilità; estremi identificativi del/dei titolare/i del trattamento dei dati personali e di almeno un responsabile – qualora individuato – nonché modalità ai fini della conoscenza dell'elenco aggiornato dei responsabili; diritti dell'assistito rispetto ai propri dati[37].

3.1.3 La responsabilità sanitaria alla luce delle recenti "Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina": cenni

Le linee guida approvate nel 2020 puntualizzano gli estremi della responsabilità sanitaria durante l'erogazione delle prestazioni di telemedicina: «agire in telemedicina per i sanitari significa assumersi piena responsabilità professionale, esattamente come per ogni atto sanitario condotto nell'esercizio della propria professione tenendo conto della corretta gestione delle limitazioni dovute alla distanza fisica, nonché il rispetto delle norme sul trattamento dei dati».

Ai fini della «gestione del rischio clinico e della responsabilità sanitaria», il corretto atteggiamento professionale consiste nell'optare per le soluzioni operative che, sotto l'aspetto medico-assistenziale, «offrano le migliori garanzie di proporzionalità, appropriatezza, efficacia, sicurezza, nel rispetto dei diritti della persona».

«Alle attività sanitarie in telemedicina si applicano tutte le norme legislative e deontologiche proprie delle professioni sanitarie, nonché i documenti d'indirizzo di bioetica»[38].

Rimane infine nella responsabilità del sanitario la valutazione, al termine di una prestazione erogata a distanza, in merito al grado di raggiungimento degli obiettivi che la medesima prestazione si prefiggeva nonché, in caso di risultato

[37] Cfr., in relazione alla tutela dei dati personali, AA. VV., *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, a cura di A. CONTALDO, *Pacini Giuridica*, 2021, 37-70.

[38] Il virgolettato è tratto da "*Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in Telemedicina*", 27 Ottobre 2020, cit., 10.

insufficiente per qualsiasi motivo – tecnico, connesso alle riscontrate condizioni del paziente, altre ragioni –, l'obbligo della riprogrammazione della prestazione in presenza.

4. Questioni medico-legali: la responsabilità sanitaria in telemedicina nel *Rapporto ISS COVID-19, n. 12/2020* dell'Istituto Superiore di Sanità

Il superamento dei modelli tradizionali quale unica modalità di erogazione dei servizi sanitari involge, in linea con quanto sin qui rilevato, la necessità di una riflessione tecnico-giuridica, specialmente in previsione di eventi negativi o di rischio[39] nell'ambito delle prestazioni di telemedicina e, *last but not least*, rispetto all'*empowerment*[40] del paziente in relazione alle peculiarità dell'approccio da remoto.

Pur nella consapevolezza che le attività di telemedicina concernono non soltanto i medici bensì anche altri professionisti sanitari, il presente lavoro di ricerca intende delimitare il campo di indagine tecnico-giuridica tendenzialmente al ruolo svolto dal medico.

Per cui, con precipuo riferimento alla responsabilità medica in telemedicina, una parte della dottrina internazionale[41] ha sostenuto che essa introduce una nuova forma di *malpractice*, denominandola *telenegligence*. Un'altra parte della letteratura internazionale[42] ha ritenuto che non sussista alcuna differenza rispetto alle fattispecie tradizionali di *malpractice* conseguenti alle attività sanitarie effettuate in presenza.

L'Istituto Superiore di Sanità (I.S.S.) ha emanato nell'Aprile 2020 un documento[43] intitolato *"Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19"*. Tale Rapporto dell'I.S.S. dedica un

[39] Cfr. le considerazioni ancora attuali di M. CECCHETTI, *Il principio di precauzione come 'matrice' del governo dell'incertezza scientifica. La decisione pubblica precauzionale e la priorità della 'normazione'*, in AA. VV., *Gestire il rischio: politiche cautelative e responsabilità pubbliche*, Atti del Seminario del 23 novembre 2006, Firenze, Regione Toscana, 2008, 31-39.

[40] "L'*empowerment* è un processo dell'azione sociale attraverso il quale le persone, le organizzazioni e le comunità acquisiscono competenza sulle proprie vite, al fine di cambiare il proprio ambiente sociale e politico per migliorare l'equità e la qualità di vita": cfr. N. WALLERSTEIN, *What is the evidence on effectiveness of empowerment to improve health?*, Copenhagen, *WHO Regional Office for Europe - Health Evidence Network report*, 2006, in *https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0010/74656/E88086.pdf*.

[41] AA. VV., *Telehealth and telenursing are live: APN policy and practice implications,* in *J. Nurse Pract.*, 2010, 6, 98-106.

[42] AA. VV., *Telemedicine Practice: Review of the Current Ethical and Legal Challenges*, in *Telemed. J. E. Health*, 12 Feb. 2020, 1427-1437. Per i profili etici e legali in telemedicina si v. altresì AA. VV., *Ethical and Legal Challenges of Telemedicine in the Era of the COVID-19 Pandemic*, in *Medicina*, 30 Nov. 2021, 1314.

[43] F. GABBRIELLI, L. BERTINATO, G. DE FILIPPIS, M. BONOMINI, M. CIPOLLA, *Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19,* 13 Aprile 2020, Roma, Istituto Superiore di Sanità, *Rapporto ISS COVID-19*, n. 12/2020, 1-37, spec. 12-14.

paragrafo[44] alla Responsabilità sanitaria durante lo svolgimento delle attività in telemedicina:

«In termini generali, per i sanitari agire in telemedicina significa assumersene la responsabilità professionale pienamente, anche della più piccola azione compiuta a distanza. In concreto, fa parte della suddetta responsabilità la corretta gestione delle limitazioni dovute alla distanza fisica in modo da garantire la sicurezza e l'efficacia delle procedure mediche e assistenziali, nonché il rispetto delle norme sul trattamento dei dati. Le limitazioni che non risultino colmabili con le tecnologie o con accorgimenti organizzativi, portano semmai a differenti gradi di coinvolgimento nell'operatività. Questi gradi di coinvolgimento sono, per altro, in buona parte anche prevedibili in base alle caratteristiche e alla dotazione del setting assistenziale specifico. Questi principi valgono in qualsiasi situazione operativa, quindi anche nella presente situazione di emergenza da COVID-19.

In tale quadro, anche ai fini della gestione del rischio clinico e della responsabilità sanitaria, il corretto atteggiamento professionale consiste nello scegliere le soluzioni operative che offrano le migliori garanzie di proporzionalità, appropriatezza, efficacia e sicurezza e nel rispetto dei diritti della persona. In sintesi, non si tratta di scegliere le tecnologie, ma il medico deve scegliere la combinazione di esse che appaia la più appropriata possibile dal punto di vista medico-assistenziale nel singolo caso[45].

Si raccomanda di applicare questi concetti nelle applicazioni pratiche della telemedicina anche nella presente situazione emergenziale, in cui, come detto sopra, risulta di particolare rilevanza riuscire a controllare i pazienti a domicilio usando, ma non esclusivamente, lo strumento della videochiamata.

A tal proposito, si richiama alla memoria quanto detto circa le limitazioni in upload al domicilio del paziente e a quelle conseguenti alle caratteristiche infrastrutturali, in grado di abbassare anche notevolmente la qualità dell'immagine proveniente dal paziente qualunque sia l'applicazione software che genera le immagini video.

Inoltre, si tenga presente che nelle strutture sanitarie da tempo viene raccomandato l'uso di dispositivi medici di classe 2a per la corretta gestione delle immagini durante la televisita, dato che il trasferimento in tempo reale di immagini video e audio è fondamentale per l'efficacia clinica e l'efficienza organizzativa. Ovviamente non si può pretendere di trovare nell'abitazione del paziente tali dispositivi. Quindi, l'esecuzione di una televisita, usando il termine nell'accezione

[44] Si ritiene opportuno riportare tale stralcio del Rapporto *de quo* alla luce della sua rilevanza, sia pure in termini di mera *soft law*.

[45] T. GREENHALGH, G. C. H. KOH, J. CAR, *Covid-19: a remote assessment in primary care*, BMJ, 25 Mar. 2020, 368; K. L. ROCKWELL, A. S., GILROY, *Incorporating telemedicine as part of COVID-19 outbreak response systems*, in *Am J Manag Care*, 26 Apr. 2020, 147-148.

attuale scientificamente validata di visita medica eseguita in telemedicina[46]*, è insicura quando si utilizzino strumenti digitali presenti a domicilio del paziente per svolgere la videochiamata.*

Si ricorda che è acclarato che alle attività sanitarie in telemedicina si applicano esattamente e tutte le norme legislative e deontologiche proprie delle professioni sanitarie, nonché i documenti d'indirizzo di bioetica. Allo stesso tempo, nell'attuale emergenza, risulta necessario facilitare in ogni modo possibile il controllo a distanza dei pazienti da parte dei medici di riferimento, compresi gli specialisti. Quindi, anche in non perfette condizioni pratiche, appare accettabile che la videochiamata possa essere utilizzata dal medico per supportare il controllo clinico di quei pazienti che egli già conosce per averli in precedenza visitati almeno una volta. Non sarà possibile eseguire vere e proprie televisite, ma gli specialisti potranno svolgere tele-controlli medici (dati e videochiamata) su pazienti già noti con una ragionevole sicurezza clinica.

Tali attività, quando erogate con procedure corrette, possono essere sicuramente registrate e refertate».

Certamente, tale documento fa riferimento – invocandone un legittimo affidamento – ad una risposta emergenziale professionale che necessita di capacità adeguate, specialmente in considerazione delle particolari condizioni connesse alla distanza fisica nell'operare da remoto. È auspicabile, perciò, una sorta di valorizzazione del controllo dei mezzi tecnico-scientifici da parte del medico, essendo artefice dell'opzione sugli strumenti tecnologici di volta in volta più adeguati, nonché gravato da doveri e connesse responsabilità in ogni fase dell'esercizio della sua *ars medica* da remoto.

Nell'ambito delle modalità operative, il Rapporto contempla la discrezionalità del medico nella scelta dell'approccio a distanza, in un'ottica di contemperamento rispetto ad altre situazioni ed interessi, mettendo sempre al centro la sicurezza clinica del paziente, possibilmente già noto al medico, a fini di efficacia ed assistenza medica ottimale. Su tali punti focali del documento in analisi si incentrano le eventuali ipotesi di responsabilità professionale.

Pertanto, l'atto medico, per soddisfare requisiti di correttezza, deve estendersi: alla scelta della tecnologia[47] da impiegare, alla ponderata enucleazione

[46] R.S. WEINSTEIN, E. A. KRUPINSKI, C. R. DOARN, *Clinical examination component of telemedicine, telehealth, mhealth, and connected health medical practices*, in *Med Clin North Am*, Maggio 2018, 533-544.

[47] Attualmente le potenzialità offerte dalla tecnologia sono enormi: il *cloud*, grazie alla potenza di calcolo, al *machine learning*, ai servizi cognitivi, consente di analizzare in tempo reale una miriade di dati di natura diversa, da quelli provenienti dai dispositivi medici, ai dati genomici, alle immagini, alle annotazioni dei clinici, ai dati ambientali, agli stili di vita. Tale approccio di medicina personalizzata permette di avere una visione consolidata di individui o gruppi di pazienti, di tenere traccia ma anche di prevedere tendenze, così da permettere alle strutture sanitarie di definire piani di cura specifici per ciascun paziente. Si v. sul modello di medicina personalizzata, il documento redatto da ANITEC-

dei limiti di tale approccio – con un impegno sempre più costante nella telemedicina –, al coinvolgimento attivo del paziente guidato dal medico anche a fini di precisione anamnestica, ad una capacità di sintesi diagnostica nonostante la distanza.

La mancanza degli aspetti tradizionali delle prestazioni in presenza, quali, a titolo esemplificativo, la percezione di odori, la palpazione, potrebbe rendere complessa la diagnosi. Tuttavia, qualora il medico dovesse percepire l'impossibilità di procedere oltre nell'assistenza da remoto, potrà sempre scegliere la via tradizionale nonché, in mancanza di urgenza, offrire temporaneamente mere indicazioni a distanza, considerata la perdurante fase pandemica emergenziale[48].

5. Una *quaestio in itinere*: la responsabilità del medico in telemedicina

L'inquadramento coerente ed armonico della responsabilità del medico[49] in telemedicina costituisce una *quaestio de iure condendo*, considerata la scarsa produzione legislativa sul tema nonché l'assenza di fonti giurisprudenziali consolidate.

Rebus sic stantibus, le esigenze di analisi e di valutazione, attualmente, in attesa di un opportuno intervento del legislatore, preferibilmente tramite fonte primaria, devono essere affrontate invece facendo riferimento normativo alle linee guida di chiara ufficialità ai sensi dell'art. 5 della legge n. 24 del 2017[50], sia nella pratica clinica che nella prassi medico-legale.

ASSINFORM, *Associazione Italiana per l'Information and Communication Technology, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021,* 1-68, in *https://www.camera.it/.*

[48] Nell'ambito del rapporto tra stato di emergenza e sistema delle fonti, pone l'accento su criteri di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 1-4, disponibile in *http://www.osservatoriosullefonti.it*.

[49] Pur nella consapevolezza che (alcune) prestazioni di telemedicina coinvolgono l'operato di altre professioni sanitarie, tra cui, a titolo esemplificativo, infermieri, fisioterapisti, logopedisti, si ritiene opportuno circoscrivere, nel *corpus* del presente paragrafo, l'ambito di analisi tecnico-giuridica al profilo di responsabilità del medico in telemedicina.

[50] A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, in *Corti Supreme e Salute*, Società Italiana di Diritto Sanitario, Rivista diretta da R. BALDUZZI, 1, 2021, 150-151 rileva a tal proposito che sussistono linee guida condivise da talune comunità scientifiche o professionali quali parametri da utilizzare allo fine di valutare *ex post* forme di responsabilità anche in campo processuale. La Corte di Cassazione, sez. III civ., con l'ordinanza n. 30998/2018 si è pronunciata in merito al rispetto delle linee guida da parte del medico ed alla loro rilevanza ai fini della valutazione della condotta medica.

Per «linee guida», specifica la Cassazione, si intendono «le *leges artis* sufficientemente condivise almeno da una parte autorevole della comunità scientifica in un determinato tempo». Esse non sono di per sé dirimenti e insuperabili, rappresentando «un parametro di valutazione della condotta del medico».

In mancanza di consolidate linee guida[51], la telemedicina si fonda altresì sulle evidenze scientifiche nonché sulle buone pratiche clinico-assistenziali, a fini valutativi e decisionali.

L'utilizzo di linee guida[52] autorevoli ed accreditate può essere utile nell'attività diagnostico-terapeutica. Tuttavia, nell'ambito della comunità scientifica nonché sotto un profilo squisitamente tecnico-giuridico, per ragioni di ordine generale inerenti all'assetto delle fonti, pare opportuno approcciarsi a linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali seguendo criteri prudenziali.

In telemedicina, in effetti, mancano consolidate linee guida specifiche nell'ambito del Piano Nazionale Linee Guida – Sistema Nazionale Linee Guida (PNLG-SNLG): di conseguenza, per tentare di colmare questo *gap* sarebbe opportuno fare ancora riferimento a strumenti diversi, tra cui le buone pratiche clinico-assistenziali, in cui possono rientrare diversi documenti *evidence* o *consensus based*, linee guida internazionali – qualitativamente elevate anche dal grado di approfondimento –, *position statement* e raccomandazioni di agenzie e istituzioni nazionali/internazionali o di società scientifiche[53].

A tal proposito, la dottrina internazionale[54] ha da tempo rilevato che lo sviluppo della tecnologia applicata nella pratica medica debba tradursi nell'adozione di *standard* il cui sviluppo ed utilizzo garantisca l'efficienza del sistema sanitario digitale.

La legge n. 24/2017 recante *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie* prevede all'art. 5 (Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida) che: «1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».

Pertanto, l'autorevole dottrina, citata in apertura della presente nota, sottolinea che non si è in presenza di fonti del diritto «ma al cospetto di elementi di valutazione largamente condivisi che, tuttavia, possono essere superati dalla specificità del caso concreto».

[51] Circ. CNI n. 695 / *XIX* Sess. / 2021, 28 gennaio 2021, in *https://ordineingegneri.ts.it/wp-content/uploads/2021/02/DV13474.pdf*, recante il documento che il Comitato Italiano Ingegneria dell'Informazione (C3i) – istituito presso il Consiglio Nazionale Ingegneri – ha predisposto ed inviato al Ministero della Salute al fine di proporre alcune note integrative alle *"Indicazioni nazionali per l'erogazione delle prestazioni in telemedicina"* (Versione 4.4) emanate il 27 ottobre 2020.

[52] La perentorietà delle linee guida va confrontata con gli indirizzi che il medico può trarre dalla realtà clinica del paziente in esame. Si v. su tale aspetto A.A. V.V., *Telemedicina: da emergenza a nuova normalità. Riflessioni medico-legali*, cit., 710.

[53] *Op. ult. cit.*

[54] Cfr. C. R. DOARN, R. C. MERRELL, *Standards and guidelines for telemedicine - an evolution*, in *Telemedicine and e-Health*, vol. 20, n. 3, Mar. 2014, 187-189.

Difatti, la telemedicina, in linea con quanto sin qui evidenziato, si contraddistingue per connaturate peculiarità: nonostante la condotta seria e professionale del medico sia la medesima richiesta nell'ambito della medicina tradizionale, i moduli di prestazioni sanitarie a distanza possono presentare esigenze specifiche che necessitano di esser tenute in adeguata considerazione[55].

Ci si domanda allora se in assenza di tali capacità tecniche specifiche, il medico dovrebbe opportunamente rifiutare compiti ed interventi che esulano dalle proprie qualifiche e competenze, non essendo perciò, in linea teorica, in grado di adempierli a regola d'arte.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, può ritenersi che i moduli di telemedicina siano caratterizzati da un impegnativo *test* di verifica nell'ambito della (fase di) valutazione della rispondenza ai principi di diritto[56]: a titolo esemplificativo, complesso può risultare l'inquadramento del momento anomalo rispetto alle diverse categorie normative di negligenza, imprudenza ed imperizia.

Pertanto, risulta ormai indispensabile affrontare la questione della gestione di tali nuovi assetti della relazione di cura in telemedicina, partendo dall'analisi delle categorie normative tradizionali ed in più, attuandone ragionevolmente una rimodulazione/adattamento, attualmente ricercando le indicazioni procedimentali e di semplificazione[57] gestionale tra le buone pratiche (*best practices*)

[55] A titolo esemplificativo, ritenuto che le applicazioni di telemedicina necessitano anche della gestione di tecnologie complesse quali prescrizione *on line* di farmaci, *electronic health records*, strumenti di misurazione a distanza di parametri vitali o valori biochimici, *robot* per interventi chirurgici, certamente, possono esser richieste specifiche competenze non indispensabili nella medicina tradizionale. Si v. su tali profili V. L. RAPOSO, *Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe*, in *GMS Health Technol Assess*, 16 Agosto 2016, 12, che - tradotto dall'inglese - evidenzia in particolare che: nell'ambito del diritto europeo la telemedicina è, contemporaneamente, un servizio sanitario ed un servizio informativo, pertanto si applicano entrambe le normative. Per quanto riguarda l'assistenza sanitaria e la pratica medica, non esistono discipline uniformi a livello europeo. Per quanto concerne i servizi sanitari, il risultato più rilevante per regolamentare questo settore è la direttiva 2011/24/UE. Per quanto riguarda l'informazione e le telecomunicazioni bisogna tenere in considerazione la Direttiva 95/46/UE, la Direttiva 2000/31/CE e la Direttiva 2002/58/CE. Tuttavia, molte questioni mancano ancora di una regolamentazione uniforme, principalmente l'ambito della responsabilità medica e della *medical leges artis*. Probabilmente tale standardizzazione non avrà mai luogo, poiché l'Unione Europea non ha, fino ad ora, un insieme comune di norme in materia di illecito e responsabilità penale, tanto meno norme giuridiche specifiche sulla responsabilità medica. Queste lacune possono mettere a repentaglio un mercato interno realmente europeo dei servizi sanitari ed ostacolare lo sviluppo della telemedicina nell'area europea. Cfr. anche i più risalenti contributi - ma con considerazioni in parte ancora attuali - di S. CALLENS, K. CIERKENS, *Legal aspects of E-HEALTH*, in *Stud Health Technol Inform*, 2008, 47-56; R. D. SILVERMAN, *Current legal and ethical concerns in telemedicine and e-medicine*, in *J Telemed Telecare*, 2003, 67-69.

[56] AA. VV., *Tech law. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), collana *Ricerche giuridiche*, 2021, *Editoriale Scientifica*, Napoli, spec. 35-58 rispetto alle piattaforme digitali, specialmente alla luce del diritto comunitario.

[57] Sulla semplificazione normativa, si v. invece la ragionevole analisi di G. VERDE, *Alcune considerazioni sulla semplificazione normativa nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in *Osservatorio*

e le linee guida (*guidelines*), nell'attesa di un intervento di fonte primaria, al fine di poter operare legittimamente ed agevolmente nella sanità sempre più dematerializzata e digitale.

6. Una riflessione sistematica di ordine generale sull'assetto delle fonti e sull'auspicabilità di un'introduzione di fonte primaria in telemedicina

Doveroso a tal punto appare un tentativo di analisi ricostruttiva in merito all'assetto delle fonti nella materia *de qua*, ancorato specialmente ad una ponderata riflessione in ordine alla necessità di un intervento del legislatore tramite fonte primaria, attualmente assente.

Si è assistito, specialmente in fase di emergenza pandemica[58], ad un cospicuo aumento del rilievo di mezzi di normazione flessibile, quali linee guida, circolari, direttive e raccomandazioni. Tali strumenti possono includere al loro interno atti connotati da varia natura giuridica ed efficacia: si tratta in linea di massima di atti amministrativi generali che prevedono regole elastiche, a vincolatività relativa o cedevole, inquadrati in dottrina mediante la categoria delle c.d. fonti terziarie[59].

L'emergenza sanitaria non soltanto ha impresso una decisa accelerazione al fenomeno diffusivo, peraltro risalente, di crescente rilievo[60] di tale categoria di fonti, ma ha altresì conferito, specialmente a linee guide e circolari, un ruolo cruciale[61].

sulle fonti, 1, 2000, 1-33, disponibile nell'archivio dei numeri cartacei della rivista in *https://www.osservatoriosullefonti.it/*.

[58] P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti Supreme e Salute*, Società Italiana di Diritto Sanitario, Rivista diretta da R. BALDUZZI, 1, 2021, 37-54.

[59] «L'emersione delle fonti terziarie è in realtà piuttosto risalente ed è indicata da tempo come uno dei principali fattori di crisi del tradizionale sistema delle fonti, specie con riferimento ai "rami bassi" del sistema». Il virgolettato è di E. D'ORLANDO e F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti Supreme e Salute*, Società Italiana di Diritto Sanitario, Rivista diretta da R. BALDUZZI, 1, 2021, 57. Sulla nozione di tale categoria di fonti si v. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo, in Dir. amm.*, 2015, n. 4, 683 ss.

[60] Le fonti terziarie adottate dalla P.A. hanno rapidamente acquisito un'insolita rilevanza esterna ed un'ampia diffusione nell'ordinamento generale, essendo divenute oggetto di ampia consultazione nonché di affidamento generalizzato da parte della collettività. La contingenza emergenziale ha conferito un rilievo giuridico di fatto a strumenti prima caratterizzati da una mera efficacia a carattere pre-giuridico. A titolo esemplificativo, si faccia riferimento alle c.d. *Frequently Asked Questions (F.A.Q.)*. Cfr. su tali rilievi le chiare argomentazioni di E. D'ORLANDO e F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 58.

[61] La normativa primaria di contrasto alla pandemia si è rivelata inidonea a disciplinare compiutamente le fattispecie sorte nel contesto emergenziale, dovendosi procedere nella maggioranza delle fattispecie ad una delega a fonti secondarie; tuttavia sovente neanche queste ultime sono risultate sufficienti, per cui è sorta l'esigenza di ricorrere a strumenti di rango terziario per integrare le disposizioni normative sovraordinate. Ciò è stato determinato sia dalla complessità tecnica delle scelte e delle questioni da affrontare, nonché dalla necessità di provvedere con efficacia e celerità rispetto alla situazione

Può perciò affermarsi che la progressiva flessibilizzazione del sistema delle fonti, fenomenologia emersa già da tempo nell'ordinamento, è stata incisivamente accelerata durante la fase emergenziale sanitaria, in cui le fonti terziarie hanno assunto un ampliato rilievo. Ci si interroga allora con rinnovato vigore in merito alla loro sostanziale collocazione nel sistema delle fonti, ponendosi questioni inerenti al loro regime giuridico, specificamente in relazione ai caratteri di normatività, vincolatività ed efficacia.

Tali riflessioni si innestano nel dibattito sulla complessa prospettiva ricostruttiva del ruolo delle fonti terziarie – e specialmente, per ciò che rileva nel *corpus* del presente lavoro di ricerca, delle linee guida – nel sistema delle fonti, con una specifica attenzione alle fonti del diritto amministrativo in ambito sanitario.

La rilevanza sempre più ampia delle linee guida[62] e di altri strumenti di normazione non vincolante nel sistema delle fonti del diritto amministrativo rappresenta l'estrinsecazione di una tendenza generale ad un'ulteriore atipicità e flessibilità[63] rispetto alla produzione delle norme giuridiche.

Va evidenziato a tal punto che le fonti del diritto amministrativo non costituiscono un *numerus clausus*.

Emerge altresì *ictu oculi* che le linee guida rappresentino l'esplicitazione della volontà di affidare la disciplina di un'ampia varietà di rapporti ed attività a norme flessibili, speciali, non cogenti, suscettibili di continue revisioni ed aggiornamenti, in parte anche necessitati dall'evoluzione delle scienze e della tecnica.

Difatti, sovente leggi e regolamenti risultano inidonei a fissare una disciplina per determinati rapporti o situazioni, in quanto non sempre adeguati a fronteggiare nuovi bisogni emergenti nell'ambito socio-economico e sanitario, soggetto ad evoluzione dinamica[64].

contingente, che hanno necessitato l'individuazione di soluzioni regolatorie di profilo tecnico-scientifico, opportunamente circostanziate e calibrate sui casi concreti. Inoltre ha influito altresì la qualità della stessa normativa primaria e secondaria, il cui contenuto a volte incerto ed oscuro ha di certo reso necessario un più ampio ricorso al «paradigma dell'elasticità», concretizzatosi in «un profluvio di disposizioni flessibili e atipiche». Su tali assunti si v. *op. ult. cit*, *passim*. Sull'impatto della pandemia e della conseguente normativa emergenziale sul sistema delle fonti si v. i contributi di AA. VV. pubblicati nel fascicolo speciale 2020 dell'*Osservatorio sulle fonti*, intitolato *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/numeri-speciali.*

[62] C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 4, 871 ss.

[63] D. MARTIRE, *Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto*, in *Corti Supreme e Salute*, Società Italiana di Diritto Sanitario, Rivista diretta da R. BALDUZZI, 1, 2021, 77-92.

[64] In tal modo, in un ordinamento in continua trasformazione si formano regole nuove nel contenuto e nella forma. «La normazione viene attratta sempre più verso il basso, con l'effetto complessivo di configurar il sistema delle fonti come una "piramide rovesciata", in cui una porzione consistente –

Tuttavia, la produzione continua di fonti *extra ordinem* mette chiaramente in discussione il sistema legale delle fonti. Non può opportunamente ritenersi che tutti i nodi problematici possano essere sciolti con l'ausilio del diritto vivente, ossia aderendo ad una concezione sostanziale della nozione di fonte. Infatti, ragionando nell'ambito delle fonti primarie, di certo prevalgono criteri formali.

Tale stato di continua trasformazione acquisisce rilievo sotto l'aspetto oggettivo, poiché si affermano regole speciali, non cogenti, flessibili nell'applicazione e sottoposte a continui aggiornamenti. Ancor di più, sotto un profilo soggettivo, si rileva come le regole siano sovente prodotte da soggetti estranei al binomio rappresentanza-responsabilità politica, eliminando per tale via il collegamento diretto tra produzione di regole giuridiche e legittimazione democratica. Con riguardo a tale ultimo versante, si evidenzia che, specialmente in ambito sanitario, risulta in netto incremento la propensione a coinvolgere medici, altri professionisti sanitari, utenti e pazienti nella redazione delle norme. Ciò disvela sia una chiara apertura della scienza anche nella gestione del rischio sanitario ma mette nettamente in evidenza anche le derivanti modifiche sotto il profilo soggettivo nell'*iter* di produzione normativa[65].

Sotto tale angolo visuale, la tematica *de qua* interseca altresì la *quaestio* connessa alla possibilità di compensare il *vulnus* del principio di legalità in senso sostanziale con il corroboramento del principio di legalità in senso procedimentale. Su tale aspetto, la dottrina non si è espressa in maniera univoca[66]. A tal proposito, si ritiene che l'enucleazione delle fattispecie in cui gli atti delle autorità abbiano efficacia vincolante dovrebbe esser contenuta in un atto avente forza di legge, in un'ottica di ragionevole contemperamento tra la certezza del diritto e la discrezionalità dell'autorità. Tale via permetterebbe di soddisfare l'esigenza sempre più pressante di flessibilità della normazione e, *last but not least*, di mantenere il giusto ruolo del legislatore in ordine alla decisione in merito all'ampiezza dell'area concernente ciò che deve esser disciplinato con efficacia vincolante.

per qualità e per quantità – della produzione normativa, anche se avente ad oggetto beni di rilievo costituzionale, risulta da atti non considerati di rango primario o nemmeno contemplati nel sistema delle fonti (quali appunto linee guida, direttive, circolari, ecc.), quantunque di straordinario rilievo nella pratica giuridica d'ogni giorno. Cfr. E. D'ORLANDO e F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 61.

[65] Tale modello partecipativo, *ab origine* affermatosi nel contesto anglosassone, pare ormai ampiamente recepito anche in Italia: in ambito sanitario risultano attualmente parecchie consultazioni pubbliche aperte sul sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida nonché dal procedimento partecipativo *ex* art. 5, c. 1, legge n. 24/2017 per l'elaborazione delle linee guida a cui devono attenersi gli esercenti le professioni sanitarie nell'esecuzione delle connesse prestazioni. Le procedure di consultazione sono visionabili sul sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida dell'Istituto Superiore di Sanità all'indirizzo *www.snlg.iss.it*.

[66] *Op. ult. cit.*, 62.

In linea con quanto sin qui enucleato, alle linee guida si fa perciò riferimento sempre più frequente in diversi settori dell'ordinamento, in chiave integrativa, necessaria nella pratica, anche rispetto alle fattispecie disciplinate da fonti normative.

Nel contesto italiano si osserva infatti il ruolo incisivo che esse hanno progressivamente acquisito in ambito sanitario[67], in cui le loro principali funzioni consistono nella procedimentalizzazione e semplificazione gestionale della scienza medica per l'ottimizzazione dei risultati di cura, nonché nell'individuazione dei giusti confini della responsabilità sanitaria, anche a fini di garanzia di indipendenza della professione sanitaria.

Come già rilevato, la categoria delle linee guida include un'ampia varietà di provvedimenti, che si differenziano gli uni dagli altri anche sotto l'aspetto dell'efficacia giuridica, della normatività nonché della vincolatività nei confronti dei destinatari. La dottrina, in merito alla natura giuridica delle linee guida, ha assunto varie posizioni[68]: a chi nega che le linee guida costituiscano delle fonti del diritto in senso proprio, idonee a modificare l'ordinamento giuridico generale, si contrappone chi invece le ritiene strumenti pienamente capaci di introdurre prescrizioni normative, per cui appare attualmente prevalente l'assunto per cui costituirebbero fonti non primarie, rientranti tra le "fonti secondarie e dintorni" o "di fonti e quasi fonti" difficilmente tipizzabili. Secondo una parte della dottrina, sarebbero atti normativi atipici di rango subprimario, che esprimerebbero una forma di normazione del tutto nuova e non classificabile mediante le categorie tradizionali. Altra parte della dottrina, valorizzando gli aspetti tecnici delle linee guida, le assimila agli atti di normazione tecnica di fonte privata, con funzione integrativa delle disposizioni legislative[69]. Le linee guida sono state finanche accostate alla categoria delle direttive o fatte rientrare tra gli strumenti di *soft law*. Come già accennato, esse sono state qualificate altresì come fonti terziarie del diritto amministrativo ed assimilate per tale via ad altre tipologie di atti, quali le circolari amministrative[70].

[67] Sulle linee guida in ambito sanitario si v., *ex multis*: A. CONTI, *Il significato delle linee guida in medicina legale prima delle recenti norme*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2019, n. 2, 635 ss.; A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. 'Mariotti' alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, 403 ss.; C. SCORRETTI, *Sicurezza delle cure, linee guida e buone pratiche nella riforma Gelli*, in *Responsabilità medica*, 2018, n. 1, 73 ss.; G. SINAGRA, *Osservanza delle linee guida e buone pratiche nella prospettiva dell'esercente la professione sanitaria*, in *Responsabilità medica*, 2017, n. 4, 539 ss.

[68] A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, cit., 145-154.

[69] V. per tutti il chiaro e coerente inquadramento tecnico-giuridico effettuato da A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, *Luiss University Press*, 2015, 63 ss.

[70] Ci si permette di rinviare per le ulteriori ed opportune indicazioni di letteratura specializzata ad E. D'ORLANDO e F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, cit., spec. 64, da cui è tratta, sia pure con ulteriori considerazioni, la ricostruzione *de qua*.

Nell'ambito della giurisprudenza[71], le linee guida sono state di recente inquadrate quali atti atipici di normazione secondaria che, intervenendo in aspetti squisitamente tecnici, rappresentano l'integrazione nonché il completamento del principio contenuto nella normativa primaria che ad essi rinvia. La ricostruzione *de qua* è stata accolta altresì dalla Corte costituzionale[72], che ha messo in luce la vincolatività e l'imprescindibilità delle linee guida quali mezzi di completamento delle disposizioni di rango legislativo, con cui costituiscono un unico *corpus*. Ancora, le linee guida sono state qualificate come mere raccomandazioni e direttive di massima per i destinatari, oppure ne è stato negato il carattere precettivo, attribuendogli un ruolo unicamente ricognitivo di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono orientate[73]. Qualora le linee guida[74] siano incorporate in un decreto ministeriale, queste sembrerebbero produrre effetti giuridici in virtù della loro veste formale.

L'efficacia precettiva delle linee guida muta a seconda dei destinatari a cui sono rivolte *prima facie*: cittadini, pubbliche amministrazioni, ordini professionali, imprese. Perciò, vengono denominate linee guida anche documenti destinati alla collettività dei cittadini. Le linee guida rivolte ad amministrazioni pubbliche sembrano finalizzate, in presenza di discrezionalità amministrativa, ad uniformare orientamenti diversi di applicazione della legge. Le linee guida dirette a categorie professionali paiono indirizzare tali attività professionali a *standard* internazionali o condivisi da comunità tecnico-scientifiche.

Certamente, l'aspetto dei destinatari non può costituire il solo criterio dirimente ed ordinatore ai fini di individuare il livello di precettività o di vincolatività delle linee guida. Tuttavia, può rivelarsi utile quale criterio aggiuntivo a supporto dell'individuazione del tipo di fonte nonché della collocazione nel rispettivo assetto.

Alla luce degli effetti giuridici che esse eventualmente producono *ab esterno* rispetto al confine delle amministrazioni pubbliche, qualora il legislatore non preveda *expressis verbis* il *nomen iuris* di linee guida, esso può esser desunto dal contenuto e dai vincoli fissati nei confronti dei destinatari, nonché dai profili consequenziali rispetto agli altri soggetti. Le linee guida possono contenere vincoli di diversa natura ed intensità: più specifici e stringenti; più generici che

[71] Cfr. Cass. civ., SS.UU., n. 10018/2019; Consiglio di Stato sez. III, 09/02/2022, n. 946, in *Diritto & Giustizia*, 10 febbraio 2022, *in https://dejure.it/*.

[72] Corte cost., n. 89/2019.

[73] Sia consentito di rinviare per gli ulteriori riferimenti di giurisprudenza a *Op. ult. cit.*, 65.

[74] A. DE TURA, *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, *Il Mulino*, 2011, 247 ss.

invece lasciano un ampio margine di discrezionalità applicativa in capo ai destinatari.

Si denota altresì che tendenzialmente le linee guida stabiliscono degli obiettivi ed in contemporanea fissano dei confini o delle traiettorie, all'interno dei quali i destinatari possono optare, con discrezionalità più o meno ampia, rispetto alle modalità di espletamento sostanziale della loro attività. Generalmente, le linee guida non si limitano ad esprimere meri consigli od esortazioni, bensì sono contraddistinte da un contenuto prescrittivo, mentre gli argini – previsti al loro interno ai fini di orientare l'attività dei soggetti destinatari – possono assumere un carattere flessibile o cogente.

In carenza di una disciplina normativa *ad hoc*, il regime giuridico delle linee guida non vincolanti rivolte ad organi della P.A. può essere desunto in via analogica mediante quello elaborato dalla giurisprudenza per le circolari amministrative[75]. Nello specifico, è utile rilevare come venga imposto un onere motivazionale ulteriore in capo ai destinatari delle circolari qualora non intendano conformarsi ad esse. Inoltre, il carattere di non vincolatività delle fonti terziarie, specificamente di linee guida e circolari, si sostanzia nella facoltà per i soggetti destinatari di derogare in maniera motivata alle connesse disposizioni. Per di più, la mancanza di vincolatività pare attenuarsi sotto l'aspetto rimediale, nell'ottica della tutela del legittimo affidamento che viene assicurata sia rispetto alle fonti non vincolanti[76], sia con riferimento agli analoghi atti di carattere cogente.

[75] Una puntuale indicazione in tal senso è di Cons. Stato, comm. spec., n. 1767/2016, che ha *expressis verbis* equiparato le linee guida non vincolanti dell'ANAC alle circolari amministrative sul piano dell'efficacia giuridica nei confronti dei destinatari e della normativa rimediale nelle fattispecie di invalidità. Rileva l'affinità tra linee guida e circolari amministrative anche F. SAITTA, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Tomo I, Napoli, *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2015, 233 ss.

[76] Cfr. sul punto T.A.R Lazio, Roma, sez. III, n. 7781/2018, con precipuo riferimento alle circolari normative a carattere non vincolante, per cui: «se è vero che le circolari, per loro natura, non possiedono una rilevanza esterna diretta, è però altrettanto vero che esse sono comunque dotate di una rilevanza esterna "mediata", nella misura in cui gli effetti della circolare si ripercuotono sui cittadini attraverso l'intermediazione di un atto amministrativo che, applicando in modo puntuale [...] la disposizione della circolare, va a ledere un interesse legittimo pretensivo od oppositivo della parte privata».

Si v. altresì la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 12/01/2022, n. 207, in *Diritto & Giustizia,* 25 gennaio 2022*,* in *https://dejure.it/,* in ordine alla sospensione dell'esecutività della sentenza che ha annullato la circolare Ministeriale su vigilante attesa e cure domiciliari Covid-19 sul rilievo che la circolare non è documento vincolante che limita l'agire secondo scienza e coscienza del medico, per cui: «Deve essere sospesa l'esecutività della sentenza che ha annullato la circolare del Ministero della Salute concernente le linee guida per la gestione domiciliare dei pazienti con infezione da *Sars -Cov-2 (Covid-19)*». Il documento contiene, spesso con testuali affermazioni, "raccomandazioni" e non "prescrizioni", ossia indica comportamenti che secondo la vasta letteratura scientifica ivi allegata in bibliografia, sembrano rappresentare le migliori pratiche, pur con l'ammissione della continua evoluzione in atto; di conseguenza non emerge alcun vincolo circa l'esercizio del diritto -dovere

Sia in dottrina che in giurisprudenza, ci si è posti un'altra *quaestio* in relazione alla categoria delle fonti terziarie, ossia la sua qualificazione giuridica in termini di *soft law*. Di fronte alla configurazione di un regime giuridico sostanzialmente omogeneo per le fonti terziarie – linee guida e circolari non vincolanti –, è stata esplicitata l'idea di impiegare l'ipotesi ricostruttiva di *soft law*[77] per indicare tali tipi di atti. Sotto un profilo storico-ricostruttivo, il concetto di *soft law*[78] è sorto e si è affermato in ambito internazionalistico, per racchiudere una categoria di atti – raccomandazioni, risoluzioni, pareri – caratterizzati da una forza giuridica estremamente ridotta, limitata essenzialmente ad una sorta di c.d. *moral suasion* nei confronti dei soggetti destinatari. Per cui, il *soft law* si caratterizza per l'inidoneità a vincolare i destinatari che sono perciò liberi di disattenderne il contenuto, senza la previsione di un onere motivazionale da adempiere. Ne deriva che il *soft law* in senso proprio porta con sé la completa non giustiziabilità nonché l'assenza di rimedi giuridici nelle fattispecie di inosservanza degli atti connessi, neanche nella prospettiva di tutela del legittimo affidamento dei soggetti interessati alla loro attuazione. La responsabilità per la violazione degli atti di *soft law* rileva sotto un profilo unicamente politico. Invece, le linee guida e le circolari amministrative sono contraddistinte da un'efficacia parzialmente vincolante. Alla luce di quanto sin qui rilevato, considerando la produzione di effetti giuridici in concreto azionabili in giudizio dai privati nonché la tutela del legittimo affidamento di questi ultimi, pare più corretto non effettuare l'operazione di classificazione delle fonti terziarie secondo il *nomen iuris* di *soft law* in senso proprio. Del resto, in linea con quanto

del medico di medicina generale di scegliere in scienza e coscienza la terapia migliore, laddove i dati contenuti nella circolare sono semmai parametri di riferimento circa le esperienze in atto nei metodi terapeutici a livello anche internazionale. «La sospensione della circolare, lungi da far "riappropriare" i medici di medicina generale della loro funzione e delle loro (inattaccabili ed inattaccate) prerogative di scelta terapeutica (che l'atto non intacca) determinerebbe semmai il venir meno di un documento riassuntivo delle "migliori pratiche" che scienza ed esperienza, in costante evoluzione, hanno sinora individuato, e che i medici ben potranno, nello spirito costruttivo della circolazione e diffusione delle informazioni scientifico-mediche, considerare come raccomandabili», salvo scelte motivate che, in scienza e coscienza, vogliano effettuare, sotto la propria responsabilità (com'è la regola), in casi in cui la raccomandazione non sia ritenuta la via ottimale per la cura del paziente.

[77] Lo stesso Consiglio di Stato, in alcuni pareri, ha evocato la *soft law* per descrivere le linee guida, in particolare quelle dell'ANAC: cfr. ad es. Cons. Stato, comm. spec., n. 1767/2016 e n. 2284/2016. In linea generale, sul rapporto tra linee guida e *soft law*, si v. C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, cit., 872 ss.

[78] G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, n. 2, 1 ss.; si v. altresì le utili note ricostruttive di A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali, Atti del *XX* Convegno Annuale di Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, *Cedam*, 2007, 369 ss.

acutamente rilevato da autorevole dottrina[79], la regolazione operata mediante le linee guida pare contraddistinguersi come uno strumento di *fast law.*

In considerazione delle dinamiche attualmente coinvolgenti il sistema delle fonti, alla luce dell'analisi dello strumento delle linee guida, si ritiene che tali fenomeni si caratterizzino per la loro dinamicità, per cui qualsiasi tentativo di sistematizzazione deve in concreto fare i conti con questo frequente stato di mutevolezza. Tale indagine, sotto un profilo più generale, consente di operare una riflessione sull'adeguatezza dei procedimenti di produzione normativa, sia sotto l'aspetto oggettivo che soggettivo, raffrontandoli rispetto alle esigenze di normazione che derivano incessantemente dalla realtà[80].

Certamente, sussiste l'esigenza pregnante di attuare una visione strategica, sia pure partendo da una visione programmatica, coniugando la necessità di prestabilire le fasi del suo sviluppo senza perdere di vista sopraggiunti eventi e contingenze, operando sull'assetto delle fonti alla luce di un canone di ragionevolezza, tenendo in adeguata considerazione l'esigenza di configurazione di sistemi di normazione flessibile. Tale operazione rappresenta un tentativo di sistematizzazione di un quadro sempre più contraddistinto da disorganicità e complessità.

Per tale via può giustificarsi, a livello ordinamentale, il moltiplicarsi di linee guida quali regolazioni a contenuto normativo o tecnico-normativo, di forma variabile, mista, non cogenti, soggette ad aggiornamenti continui e connesse anche all'evoluzione delle conoscenze scientifiche.

In tale panorama normativo, l'*eHealth*, specialmente in fase di emergenza sanitaria, amplificando alcune tendenze già in atto sull'assetto della produzione normativa, ha contribuito a riproporre in modo pressante all'attenzione della letteratura specializzata la riflessione sulla necessità di riordino del sistema delle fonti, che dovrebbe concernere l'adeguatezza degli strumenti esistenti, l'eventuale necessità di introdurne di nuovi – specialmente una fonte primaria, attualmente assente –, specificando i criteri ordinatori, ai fini di una compiuta individuazione del complessivo piano giuridico di riferimento.

Con riferimento alle fonti sub-primarie, una parte della dottrina[81], in linea con gli spunti ricostruttivi provenienti dalla letteratura scientifica e dalla

[79] E. D'ORLANDO e F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 73.

[80] Si v. *Op. ult. cit.*: «Il disallineamento, in termini di efficacia, tra forme ed esigenze della normazione ha subito una forte accelerazione nel recente passato e specie con riferimento al variegato scenario del rapporto tra fonti primarie e sub-primarie. Si potrebbe affermare che ciò richiama, sul terreno delle fonti, uno dei profili (e delle sfide) più affascinanti della teoria della complessità, applicabile a tutte le organizzazioni umane di cui si voglia orientare l'evoluzione».

[81] M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., pp. 683 ss.

giurisprudenza di altri ordinamenti[82], ha avanzato l'ipotesi di identificare un terzo livello di normazione nel sistema delle fonti alla luce del criterio del «precetto sovraordinato agli atti individuali e concreti», con la finalità di ricondurre ad unità una tipologia di atti molto eterogenea, che oggi appare necessaria specialmente rispetto alle nuove e dinamiche esigenze regolative e procedimentali delle amministrazioni pubbliche, precipuamente nella sanità digitale.

Le implicazioni connesse alle problematiche a cui si è fatto cenno trascendono, *ictu oculi*, le finalità del presente lavoro di ricerca. Tuttavia è parso necessario, ritenendole di ordine generale nonché strumentali in chiave prospettica, avanzare un'idea ricostruttiva con riferimento al piano dell'efficacia delle fonti, per un inquadramento sistematico tra forme ed esigenze della normazione[83] anche in telemedicina.

7. La responsabilità civile in telemedicina

Un *focus* di approfondimento merita l'aspetto civilistico della responsabilità in telemedicina.

La prestazione dei servizi di sanità digitale è disciplinata, sotto il profilo di responsabilità contrattuale, *ex* art. 7, legge n. 24 del 2017[84] ed è sottoposta agli stessi strumenti assicurativi a cui sono ancorate le altre prestazioni tradizionali erogate dalla struttura sanitaria. Difatti, l'art. 7 pocanzi citato richiama *expressis verbis* le attività di telemedicina allorquando, nel sancire le norme per il riparto di responsabilità tra la struttura sanitaria ed il professionista sanitario, statuisce che la prestazione possa essere erogata altresì mediante gli strumenti di telemedicina. L'esplicito richiamo a tale modalità di erogazione del servizio determina che per le prestazioni da remoto si possano applicare le stesse regole

[82] A tal proposito, E. D'ORLANDO e F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, cit., 74, acutamente, rileva come si tratti in realtà di «un fenomeno unitario, con funzioni e problemi comuni», permettendo in tal modo di comprendere altresì «le linee di tendenza evolutive che accomunano gli ordinamenti contemporanei», specialmente in uno spazio giuridico sempre più armonizzato quale quello europeo.

[83] Si tratta di accostare i due angoli visuali da cui, tradizionalmente, costituzionalisti ed amministrativisti analizzano il sistema delle fonti. Le necessità regolative emergenti dalla realtà esigono probabilmente una maggiore e reciproca attenzione «tra chi guarda alla formazione delle norme giuridiche e chi guarda all'attuazione di esse». In tale prospettiva, «l'evoluzione del principio di legalità, intesa come arricchimento del parametro legale, fa intuire che la visione sistemica dell'ordinamento» non possa prescindere dalla considerazione per «l'articolazione dell'ordinamento stesso in una pluralità di sottosistemi, che vanno ricostruiti nelle loro peculiarità». Cfr. *op. ult. cit.*, 75.

[84] «1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina».

previste con riferimento alle prestazioni sanitarie in presenza, sottoposte perciò alla medesima disciplina normativa.

Appare ragionevole il riferimento all'art. 2236 c.c.[85], partendo dal presupposto che la telemedicina possa involgere un "problema tecnico di speciale difficoltà", rappresentando una modalità operativa certamente ancora in fase di evoluzione nello studio, nella ricerca nonché nell'applicazione anche da parte degli operatori sanitari, per cui l'art. 2236 c.c. apparirebbe – non soltanto *prima facie* – legittimamente applicabile. Del resto, in giurisprudenza risulta pacifico, – anche nella recente ordinanza di Cass. civ. n. 25876 del 2020[86] – che ricadono nell'applicazione dell'art. 2236 c.c. le fattispecie che travalicano la preparazione professionale media, i casi di particolare complessità, non approfonditi opportunamente nella scienza medica né sperimentati adeguatamente nella pratica, i nuovi casi clinici, non ancora dibattuti, in relazione ai metodi terapeutici da adottare, l'uso di strumenti all'avanguardia che ancora non sono stati reiteratamente sottoposti a pratica sperimentazione.

Considerata la fase di emergenza pandemica[87] ancora attualmente in atto, in cui l'impiego di moduli di telemedicina, quali la televisita, risulta in concreto indispensabile poiché, in taluni casi, rimane l'unica via praticabile per i professionisti sanitari, allora, specialmente laddove le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (*ICT*) vengano impiegate in contesti sino ad ora mai praticati, può ritenersi ancor più piena la *ratio* giustificatrice di applicazione dell'art. 2236 c.c. alle prestazioni di telemedicina.

Ad ogni modo, è opportuno anche rilevare come emerge *ictu oculi* che, non in tutte le ipotesi e le applicazioni pratiche, l'utilizzo degli strumenti di telemedicina comporti, *in re ipsa*, una maggiore o speciale difficoltà della prestazione sanitaria. Difatti, certamente, l'uso dei moduli di telemedicina può sovente agevolare la prestazione medica[88], giungendo in alcuni casi, a ridurne il grado di

[85] L'art. *de quo*, rubricato "*Responsabilità del prestatore d'opera*" prevede che: «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave».

[86] La recente ordinanza ha il pregio di avere ripercorso il concetto di "speciale difficoltà", specificando che «il problema tecnico di speciale difficoltà» *ex* art. 2236 c.c., per cui la responsabilità del professionista è limitata ai casi di dolo o colpa grave, ricomprende non soltanto la necessità di risolvere questioni insolubili o assolutamente aleatorie, bensì altresì l'esigenza di affrontare questioni tecniche nuove, di speciale complessità, che involgano un impegno intellettuale superiore alla media, o che non siano ancora stati adeguatamente oggetto di studio e di ricerca da parte della scienza. Ma cfr. altresì Cass. civ., 31 luglio 2015, n. 16274, in *https://www.foroplus.it/search.php*.

[87] Per considerazioni di ordine costituzionale, si v. le chiare note di G. DEMURO, *La democrazia regionale nell'emergenza pandemica: quali fallimenti della forma dello Stato?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2020, 927-934, disponibile in: *http://www.osservatoriosullefonti.it*.

[88] F. ANELLI, *Le tecnologie digitali possono migliorare la salute?*, in *Monitor*, Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, Semestrale dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (*AGENAS*), anno II, numero 46, dicembre 2021, cit., 15 ss.

difficoltà. A titolo esemplificativo, il teleconsulto, consentendo una collaborazione condivisa con medici specializzati, rappresenta perciò un concreto supporto nell'individuazione di una diagnosi, contribuendo alla definizione del referto redatto al termine della visita erogata al paziente.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, può ritenersi che i servizi di telemedicina, in particolar modo la televisita ed il teleconsulto, necessitino di una parziale rimodulazione tecnico-giuridica, ai fini di una ponderazione reale rispetto alla soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, con riferimento al grado della colpa nonché in relazione alla diligenza necessaria.

In sintesi, in relazione ai profili di responsabilità civile, la previsione normativa di cui all'art. 7 della legge n. 24 del 2017, richiamando esplicitamente la telemedicina, fa agevolmente propendere verso l'idea che tutto sommato si tratti di una disposizione completa che non necessiti di innesti normativi da parte del legislatore[89]. Difatti, con riferimento alla responsabilità professionale sanitaria, la disposizione *de qua*, al comma 2, nel sancire le regole ai fini del riparto di responsabilità fra struttura sanitaria e singolo esercente, prevede *expressis verbis* che la prestazione possa essere erogata mediante il ricorso alla telemedicina. Perciò, come già rilevato, l'erogazione di prestazioni sanitarie a distanza (da remoto) è regolamentata dalla medesima disciplina che si applica alle prestazioni sanitarie tradizionali in presenza.

Certamente, nell'ambito della responsabilità professionale, ha rilievo il *modus* di impiego dell'*ICT* ossia le opzioni effettuate in relazione ai mezzi tecnologici di informazione e di comunicazione a disposizione. Nell'operare la scelta in tal senso, come già accennato, sul professionista sanitario incombe l'obbligo di adottare la soluzione tecnicamente valida ed altresì in grado in fornire le più opportune garanzie di proporzionalità, appropriatezza, efficacia e sicurezza e specialmente l'onere di valutare se le circostanze sostanziali specifiche del caso concreto consentono di effettuare una prestazione sanitaria da remoto.

[89] M. FACCIOLI, *La responsabilità sanitaria in telemedicina*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 3, 1 Marzo 2021, 740 ss., ritiene, a conclusione del suo scritto, che: «la responsabilità sanitaria in telemedicina, nonostante le sue peculiarità, dovrebbe poter essere governata in modo appropriato senza introdurre un'apposita disciplina della materia ed avvalendosi degli strumenti che già appartengono all'attuale quadro normativo e giurisprudenziale della *medical malpractice*. Con la prevedibile, futura diffusione della telemedicina si verrà plausibilmente a sviluppare un contenzioso che darà occasione alla giurisprudenza di elaborare appositi e più specifici orientamenti al riguardo; nel frattempo, sembra che si possa senz'altro condividere l'indirizzo, proveniente dall'esperienza giuridica tedesca, che suggerisce di giudicare le fattispecie di responsabilità civile in telemedicina con il criterio che impone al medico di essere particolarmente prudente (*vorsichtig*) quando impiega metodi di lavoro innovativi rispetto alle pratiche ordinarie e consolidate».

8. La sanità pubblica digitale in una prospettiva *de iure condendo*, tra *PNRR* e *"Piano d'azione Colao-Speranza"*

Risulta ormai evidente la necessità di investimento nella sanità pubblica al fine di potenziare la capacità di prevenzione e reazione del sistema sanitario ma altresì per rendere gli *standard* di cura ed assistenza uniformi sul territorio nazionale. Pertanto, il Governo ha destinato, nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (*PNRR*), uno stanziamento di circa due miliardi di euro in sanità digitale[90].

Attraverso la trasformazione digitale si potrebbe garantire tempestivo e conforme accesso a servizi sanitari all'avanguardia su tutto il territorio nazionale, raggiungendo, anche mediante la dematerializzazione, l'economicità rispetto ai costi complessivi. Essa porterebbe con sé anche una significativa riduzione del fenomeno della c.d. migrazione sanitaria da una Regione all'altra.

La diffusione della sanità digitale, certamente, come già rilevato, involgerebbe un miglioramento nel processo di cura ed assistenza, mediante il monitoraggio in tempo reale dei parametri vitali, raggiungendo territori "non urbani" attraverso la televisita, con il consulto di specialisti ovunque essi si trovino, al contempo riducendo le ospedalizzazioni o le lunghe attese. La c.d. salute digitale, rammentando ai pazienti a distanza le terapie da seguire o gli *screening* raccomandati direttamente sul loro cellulare, con basi dati interconnesse nonché applicazioni di Intelligenza Artificiale[91], certamente potrà apportare un contributo positivo sia per lo svolgimento della vita dei pazienti che per l'espletamento del lavoro e della ricerca dei medici.

Per realizzare tutto ciò, occorre meglio raccogliere, strutturare, analizzare e condividere – *obviously* in sicurezza e nel rispetto della *privacy* – le informazioni cliniche ed abilitare prestazioni avanzate anche da remoto. Per raggiungere questi obiettivi, il Piano d'azione[92], divulgato e promosso di recente, a doppia firma del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale

[90] Cfr. RELAZIONE SULLO STATO DI ATTUAZIONE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera e), del decreto-legge 31 maggio 2021, n.77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n.108, presentata al Parlamento, 23 dicembre 2021, 1-100, disponibile alla sezione Documenti in *https://italiadomani.gov.it.*

[91] V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urbanistica e Appalti*, fascicolo 5, 2021, 581 e ss.; D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1, 2020, 37 ss.; D.U. GALETTA - J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, 1 ss., in *www.federalismi.it.*

[92] Intervento pubblicato sull'edizione cartacea del *Corriere della Sera*, 9 gennaio 2022, a doppia firma del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale Vittorio Colao e del Ministro della Salute Roberto Speranza, reperibile in *https://innovazione.gov.it/notizie/interventi/sanita-digitale-dal-fascicolo-personale-alle-televisite/*.

Vittorio Colao e del Ministro della Salute Roberto Speranza, si fonda su diverse azioni da realizzare nel corso del 2022.

Con riferimento all'infrastruttura dei dati sanitari[93], nel Fascicolo Sanitario Elettronico[94] devono esser contenuti i dati clinici di ogni cittadino, a fini di prevenzione, conoscenza e cura del suo stato di salute. A tal proposito, il programma approvato nel 2021 prevede di uniformare le modalità di raccolta dei dati sul territorio nazionale, mediante l'unificazione dei c.d. *Data models*[95], nonché di creare un'architettura sicura[96] sia a livello regionale che nazionale. I

[93] Il documento *Communication on Digital Transformation of Health and Care in the Digital Single Market (Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on enabling the digital transformation of health and care in the Digital Single Market; empowering citizens and building a healthier society),* pubblicato il 25 aprile 2018, identifica tre priorità da realizzare: garantire ai cittadini europei un accesso sicuro ai propri dati sanitari anche oltre i confini nazionali e quindi abilitare i cittadini ad accedere ai propri dati in tutta l'Unione Europea; supportare la medicina personalizzata mediante un'infrastruttura dati europea condivisa che permetta ai ricercatori ed agli altri professionisti europei di mettere a fattor comune risorse, quali dati, esperienze, competenze, capacità elaborativa e di memorizzazione; sviluppare la cultura dell'*empowerment* dei cittadini attraverso strumenti digitali per restituire *feedback* sui comportamenti e l'aderenza alla cura, per una sanità più incentrata sulla persona anche attraverso gli strumenti digitali, per stimolare la prevenzione e per abilitare una comunicazione ossia le interazioni fra gli utenti e gli erogatori di servizi sanitari. Il documento *de quo* è reperibile in *Communication on enabling the digital transformation of health and care in the Digital Single Market; empowering citizens and building a healthier society | Shaping Europe's digital future (europa.eu).*

[94] Per un'analisi aggiornata e dettagliata si v. N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *Osservatorio di Diritto Sanitario*, n. 26, 17 novembre 2021, in *federalismi.it*, 188-229.

[95] La possibilità di affermazione della "*Medicina personalizzata*" dipende in ultima analisi dal conferire un senso compiuto all'intero quadro della situazione sanitaria e dell'ambiente di un paziente. I sistemi devono interpretare quantità estremamente grandi di tipi di dati molto vari nonché fonti disparate, inclusi dati strutturati e non strutturati. I dati possono presentarsi sotto forma di campi di testo libero (note del medico), immagini varie (TC, MRI), sistemi *software* (EHR, fatturazione), formati di dati (visivi, audio) o *social media* (personale del paziente, forum sulle malattie). La chiave di volta è collegare i dati strutturati e quelli non strutturati; questo è un compito non semplice, considerando che la stima del rapporto tra dati destrutturati e strutturati è 80% - 20%. Insieme, dati strutturati e non strutturati (e semistrutturati) costituiscono i *Big Data*: è qui che entrano in gioco le tecnologie di intelligenza artificiale.

Anche in questo ambito le potenzialità si accompagnano a punti focali da indirizzare in ottica sistemica: i dati sono frammentati tra applicazioni e basi dati proprietarie non accessibili. Ciò si traduce in difficoltà e costi di recupero ed utilizzo, oltre che in impossibilità di sicurezza e protezione.

Tale contesto porta tra l'altro diversi tavoli tecnici di lavoro ad identificare nell'evoluzione ed ampliamento del FSE (Fascicolo Sanitario Elettronico) una delle aree prioritarie di intervento nell'ambito della *digital health.* Cfr. ANITEC ASSINFORM, *Sanità Digitale in Italia. Scenario e Azioni Innovative*, a cura di *Gruppo di lavoro "Digital Transformation in Sanità"*, maggio 2020, *passim.*, 1-68. Si v. altresì AA. VV., *Digital Health: la persona al centro*, a cura di *Aspen Institute* Italia, maggio 2021, 1-90, in *www.aspeninstitute.it*.

[96] «Il massiccio flusso di dati è diventato un *business* atteso» in cui i sistemi complessi di reti neurali, il *deep learning,* saranno in grado di fare cose fino ad oggi impensabili, sino a «riprogrammare» il sistema immunitario per sconfiggere le malattie in una sorta di medicina personalizzata, che arriva a

contributi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza verranno utilizzati a fini di potenziamento ed armonizzazione dei Fascicoli Sanitari Regionali, di collegamento delle infrastrutture tecnologiche nonché per la ricerca e le politiche sanitarie. Secondo le previsioni ministeriali, le gare per le infrastrutture avranno inizio in primavera ed a partire da giugno 2022 ogni Regione conoscerà le linee guida stabilite nonché le modalità per accedere ai fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

In relazione alla Piattaforma di Telemedicina Nazionale, la disponibilità di Fascicoli individuali interamente digitalizzati permetterà di operare la gestione di domanda ed offerta di servizi sanitari da remoto. La telemedicina, come già enucleato, attraverso dati accessibili in sicurezza, consentirà l'applicazione di diversi moduli: televisite con i propri medici, teleconsulti specialistici, telemonitoraggio mediante sensori ed apparecchi personali, nonché teleassistenza domiciliare. Con il *PNRR* si intende perciò finanziare la realizzazione di un'infrastruttura nazionale che consenta a tutte le strutture sanitarie d'Italia di offrire tali servizi sanitari da remoto, secondo regole ed interfacce aperte. La piattaforma *de qua* dovrà quindi garantire: omogeneità di identificazione, protezione nel trattamento dei dati, sicurezza nei pagamenti delle prestazioni a distanza, analisi statistiche e gestione dei flussi di dati. Secondo le intenzioni diffuse a livello ministeriale, la creazione di questa infrastruttura nazionale di telemedicina sarà avviata a partire dal mese di gennaio 2022 mediante la creazione di un partenariato pubblico-privato (PPP)[97].

Il *PNRR* finanzierà l'adozione dei servizi di Telemedicina individuati e risultanti, alla luce dei criteri pocanzi esplicitati, quali ottimali soluzioni sanitarie disponibili da remoto. Alcune Regioni più avanti nella sperimentazione dei moduli di servizi di Telemedicina qualificheranno, mediante bandi di gara, diversi fornitori che rispondano alle caratteristiche necessarie ai fini della connessione alla Piattaforma Nazionale. In tal modo, soluzioni di successo adottate in una Regione potranno scalare su base nazionale, se anche altre Regioni la selezioneranno. I contributi del *PNRR* saranno assegnati alle Regioni che

«negoziare» il contenuto dell'algoritmo. Occorre, quindi, porsi delle domande in merito all'unicità della persona umana, «al diritto e all'etica dell'algoritmo o meglio, alla necessità di un controllo etico dell'algoritmo». Su tali profili di criticità che centrano "il rapporto cruciale tra digitalizzazione sanitaria e tendenza alla medicina personalizzata" si v. S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro Amministrativo (Il)*, fasc.10, 1 ottobre 2018, 1787 ss.

[97] L'articolo in merito al *Comitato interministeriale per la transizione al digitale: incontro del 15 dicembre - A gennaio 2022 le gare per la fibra e partenariato pubblico privato per la sanità digitale*, 15 dicembre 2021, è reperibile in *https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/comitato-interministeriale-transizione-digitale-incontro-15-dicembre/*. Tuttavia, si v. altresì F. FLORIS, *"Sanità connessa", gare deserte e il piano Speranza-Colao: 540 milioni da Consip*, 12 Gennaio 2022, in *https://www.truenews.it/pharma/sanita-connessa-gare-deserte-e-il-piano-speranza-colao-540-milioni-da-consip*.

utilizzeranno le opzioni selezionate. Tali gare, in una prospettiva previsionale, dovranno essere avviate entro l'estate 2022.

La trasformazione digitale richiede nuove competenze in tema di *eHealth*. Essendo la salute digitale un settore delicato, molti Paesi europei hanno istituito Agenzie specifiche affinché tutti i sistemi adottino *standard* predefiniti per governare le architetture informatiche e per gestire in sicurezza i dati sanitari[98]. Anche in Italia è in fase di avvio una simile iniziativa, essendo stati affidati all'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (*AGENAS*)[99] il presidio, il coordinamento, l'organizzazione della digitalizzazione della sanità, inizialmente attraverso alcune decine di risorse umane a livello centrale, con la consapevolezza che risorse con competenze simili dovranno essere replicate a livello regionale al fine di un impatto sostanziale tempestivo. Attualmente, le nuove norme sulla sanità digitale risultano ancora in fase *de iure condendo*[100].

9. Considerazioni conclusive

Il novellato sistema di regole sulla telemedicina previsto nelle linee guida del 2020, sostanzialmente, qualifica le prestazioni sanitarie a distanza non soltanto come una modalità alternativa di erogazione delle prestazioni tradizionali, ma altresì come prestazioni sanitarie *tout court*, con un esplicito tariffario e, più in generale, un'autonoma "dignità" regolatoria.

Tale inquadramento non si sofferma ad analizzare la posizione/*status* degli erogatori privati né tantomeno i nuovi modelli di *business* che si sono sviluppati in maniera diffusa negli ultimi tre anni, specialmente a seguito dell'emergenza pandemica[101]. Tali piattaforme sanitarie di servizi e/o gli "ambulatori virtuali" sono perlopiù governati in maniera approssimativa, incerta, non uniforme.

[98] Con la legge di conversione 3 dicembre 2021, n. 205 del decreto-legge 8 ottobre 2021, n. 139 recante «*Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali*» - articolo 9 - è stata raggiunta la *Milestone* M6C2-00-ITA-4, relativa all'adozione di una disposizione normativa in attuazione dell'attuale legislazione UE sulla protezione dei dati personali (*GDPR*), per consentire al Ministero della salute e alle altre Agenzie Sanitarie Nazionali di trattare dati individuali per scopi di interesse pubblico. Si v. MINISTERO DELLA SALUTE, *Attuazione delle misure del PNRR*, Missione 6 – Salute, Dicembre 2021, *PNRR* - Italia Domani, Sezione Documenti, cit., 18.

[99] *Doc. ult. cit.*, 5 ss.

[100] Nell'ambito della Riforma "*Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale e rete nazionale della salute*", si prevede, entro la metà del 2022, la presentazione di un DDL alle Camere per un nuovo assetto istituzionale per la prevenzione in ambito sanitario, in linea con l'approccio *"One-Health"*. Si v. su tale riforma settoriale *in itinere*, AA. VV., in *Guida al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, *Wolters Kluwer & KPMG* per *PNRR* ITALIA, Gennaio 2022, 73.

[101] A.A. V.V., *Effetto startup: con il Covid-19 nuovi modelli di business e iniziative per l'emergenza*, a cura dell'Osservatorio *Digital Transformation Academy*, 3 dicembre 2020, *in https://www.osservatori.net/it/ricerche/comunicati-stampa/effetto-startup-covid-nuovi-modellibusiness*

In una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe allora opportuno che il legislatore si occupasse di offrire una regolamentazione anche a tali piattaforme sanitarie virtuali gestite sottoforma di *business* da erogatori privati, in linea col dato concreto del loro grado di diffusività.

Secondo l'analisi condotta nel recentissimo Piano d'azione diffuso a livello ministeriale, gli attuali ostacoli alla sanità pubblica digitale in Italia paiono essere sostanzialmente due: «la complessità realizzativa attraverso 21 Regioni e province autonome e la *legacy* informatica e di processo a livello di aziende sanitarie»[102]. Il *PNRR* fornisce i fondi indispensabili per affrontare la seconda, perciò pare che la sfida da superare sia la prima, per cui è necessaria una collaborazione tra Regioni e livello centrale con obiettivi temporali condivisi e cogenti a livello regionale. E' altresì fondamentale rimuovere duplicazioni e disomogeneità anacronistiche, attraverso la riproduzione e la condivisione diffusa di modelli operativi regionali di buon risultato nel settore nell'*eHealth*.

Tuttavia, pare necessario altresì effettuare qualche altra notazione. Nello specifico, dopo avere scandagliato la normativa *lato sensu* vigente (*soft law*, linee guida, raccomandazioni, buone pratiche, altra normativa nazionale, comunitaria), anche attraverso *Dossier*, Rapporti, Resoconti ed aver tentato altresì di reperire dati sulle riforme in corso, si ritiene che i documenti che maggiormente entrino nel merito delle modalità operative del modello di piattaforma di telemedicina[103] o comunque specifichino qualche dato in termini di *software*, piattaforme o strumentazioni per l'esecuzione delle prestazioni di Telemedicina siano: le Linee guida pubblicate il 27 ottobre 2020, il *Rapporto ISS Covid-19 n.12/2020*, il contributo del Ministero della Salute sullo stato di attuazione del *PNRR*- missione Salute di dicembre 2021[104].

Ma come giustamente ha rilevato anche il Comitato italiano ingegneria dell'informazione (C3i) - istituito presso il Consiglio Nazionale Ingegneri - le linee guida emanate nel 2020 pongono, tra l'altro, problemi di interpretazione e di *drafting* normativo. Pertanto, esso ha predisposto ed inviato un documento alle competenti Direzioni del Ministero della Salute al fine di proporre alcune

[102] Intervento pubblicato sull'edizione cartacea del *Corriere della Sera*, 9 gennaio 2022, a doppia firma del *Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale* Vittorio Colao e del Ministro della Salute Roberto Speranza, cit.

[103] Sono state avviate le attività di un sottogruppo di Lavoro Tecnico – *Telemedicina* formalizzato con Delibera di Agenas (n. 367/2021) in data 30 settembre u.s., che si occuperà entro Gennaio 2022 di predisporre una piattaforma unica nazionale, o un insieme di piattaforme "federate" tra di loro interconnesse, nonché la definizione di *Standard* per i servizi e le prestazioni di telemedicina, oltre alla stesura delle linee guida per l'implementazione di un modello digitale per l'assistenza domiciliare, redatte da uno specifico sottogruppo di lavoro. Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Attuazione delle misure del PNRR*, Missione 6 – Salute, Dicembre 2021, *PNRR* - Italia Domani, Sezione Documenti, cit., 13.

[104] *Doc. ult. cit*, 1-32.

note integrative alle *"Indicazioni nazionali per l'erogazione delle prestazioni in telemedicina"*[105].

Il *Rapporto ISS Covid-19 n.12/2020* invece appare più realistico ed un po' più preciso[106].

Per quel che concerne la normativa successiva, anche *in itinere*, pare che le previsioni attese non corrispondano al dato reale attuale né sotto un profilo temporale né, soprattutto, sotto un aspetto contenutistico, nel senso che si corre il rischio di sforare i tempi previsti per le riforme, senza entrare realmente nel merito di quali piattaforme, *software* e strumentazioni utilizzare per la telemedicina, limitandosi a ripetere/riportare tali termini più volte nei testi normativi, magari abbinandoli a formule quali, ad es. *"soluzioni innovative e tecnologicamente avanzate"*[107], senza ulteriori specificazioni di dettaglio[108].

Qualche informazione in più su piattaforme, strumentazioni e *software* può invece trarsi dalle esperienze delle Asl nonché regionali[109].

A quanto pare, la riforma italiana *in itinere* sulla telemedicina (sulla sanità digitale) sarebbe di ispirazione tedesca[110].

[105] Circ. CNI n. 695 / XIX Sess. / 2021, 28 gennaio 2021, cit., in *https://ordineingegneri.ts.it/wp-content/uploads/2021/02/DV13474.pdf*, recante il documento che il Comitato italiano ingegneria dell'informazione (C3i) – istituito presso il Consiglio Nazionale Ingegneri – ha predisposto ed inviato al Ministero della Salute al fine di proporre alcune note integrative alle *"Indicazioni nazionali per l'erogazione delle prestazioni in telemedicina"* (Versione 4.4) emanate il 27 ottobre 2020.

[106] Cfr. altresì i rapporti su telemedicina, disabilità e pediatria. Si v. in particolare D. GIANSANTI, A. PIRRERA, A. RENZONI, P. MELI, M. GRIGIONI, M. DE SANTIS, D. TARUSCIO, *Tecnologie a sostegno di fragilità, disabilità e malattie rare: sviluppo e somministrazione di un sondaggio durante l'emergenza epidemica COVID-19*, Rapporto ISS COVID-19, n. 14/2021, Roma, 18 giugno 2021, in *https://www.iss.it/rapporti-covid-19/*, 1-43. Si v. altresì F. GABBRIELLI, F. CAPELLO, A. E. TOZZI, I. RABBONE, M. CARUSO, M. GARIONI, D. TARUSCIO, L. BERTINATO, M. SCARPA, *Indicazioni ad interim per servizi sanitari di telemedicina in pediatria durante e oltre la pandemia COVID-19*, *Rapporto ISS COVID-19* n. 60/2020, Roma, 10 ottobre 2020, 1-49.

[107] MINISTERO DELLA SALUTE, *Attuazione delle misure del PNRR*, Missione 6 – Salute, Dicembre 2021, PNRR - Italia Domani, cit., 15.

[108] Attualmente, sono in via di definizione sia il Decreto ministeriale con l'indicazione degli *standard* organizzativi, sia l'approvazione delle Linee guida contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare. *Agenas* è presente in entrambi i tavoli tecnico-giuridici di lavoro.

Per quel che concerne l'attuazione delle misure *PNRR* Salute, specificamente per la creazione di una Piattaforma nazionale di telemedicina: nel mese di agosto 2021 è stato definito il piano dei fabbisogni per la realizzazione della piattaforma nazionale per l'incontro di domanda e offerta dei servizi di telemedicina utilizzando la convenzione *Consip*, in particolare il lotto 3, denominato *"Servizi di interoperabilità per i dati e di cooperazione applicativa"*, e il lotto 4, denominato *"Servizi di realizzazione e gestione di Portali e Servizi on-line"*. Il relativo contratto è stato stipulato. Si v. *Doc. ult. cit.*, 27.

[109] A tal proposito, sussistono delle sintesi efficaci (anche tramite schemi, tabelle, grafici) ed aggiornate in P. BORGIA (a cura di), *Le applicazioni di telemedicina: esperienze nazionali*, in *Monitor*, Elementi di analisi e osservazione del sistema salute, Semestrale dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS), anno II, numero 46, dicembre 2021, cit.

[110] CORTE DEI CONTI, Sezioni Riunite in sede di controllo, *Audizione nell'ambito dell'attività conoscitiva sulla proposta di Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, Commissione V della Camera dei Deputati, Commissione V e XIV del Senato della Repubblica, Febbraio 2021, in

Si rileva altresì che la normativa su classi e certificazioni di dispositivi medici[111] risulta estremamente complessa[112].

Di interesse pare la piattaforma *Tech2doc*[113] della Fondazione Enpam (Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Medici e degli Odontoiatri) che attualmente serve però a fini meramente formativi: sarebbe interessante poter visionare quali applicazioni e dispositivi vi siano all'interno dell'area riservata agli iscritti. Presumibilmente, potrebbe diventare uno strumento di uso diffuso e perciò ipoteticamente estensibile all'esecuzione delle prestazioni di telemedicina, avendo i medici già acquisito dimestichezza con essa.

Non resta perciò che continuare a seguire i lavori di *Agenas* – incaricata dell'attuazione degli interventi relativi alla missione salute del PNRR, specificamente per la realizzazione della piattaforma unica o delle piattaforme federate di telemedicina, della stesura linee guida per l'implementazione di un modello digitale per l'assistenza domiciliare –, di *AgID* (Agenzia per l'Italia Digitale), gli *input* comunitari, i lavori parlamentari e ministeriali nazionali, i tavoli tecnici regionali per cogliere elementi applicativi di novità in tal senso. Entro giugno 2022, in occasione della stipula del Contratto istituzionale di sviluppo, si potrebbero acquisire ulteriori dati in merito alla riforma nazionale *in itinere* sull'ammodernamento del parco tecnologico e digitale ospedaliero[114].

L'auspicio conclusivo che ci si sente di esternare è che il professionista sanitario *tout court* riesca ad esaltare la propria *ars medica et paramedica* mediante un'attività tecnico-scientifica supportata dall'incontro multidisciplinare ed

https://www.corteconti.it/, 80. La relazione del Presidente della Corte dei Conti è disponibile in https://www.camera.it/, Febbraio 2021, 1-38.

[111] Per l'attuazione in Italia della Direttiva CE 93/42 si v. *https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_1636_listaFile_itemName_1_file.pdf*; per la versione consolidata ed aggiornata della Direttiva si v. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/LSU/?uri=celex%3A31993L0042*.

[112] In relazione alla certificazione dell'*hardware* e/o del *software*, come dispositivo medico, idonea alla tipologia di prestazione che si intende effettuare in telemedicina, si v. le indicazioni inerenti alle certificazioni tecniche sui dispositivi medici e sulle classi di rischio, consultabili in *https://www.aboutpharma.com/blog/2020/10/27/la-qualificazione-e-la-classificazione-dei-software-come-dispositivi-medici/*; *https://www.aboutpharma.com/blog/2019/02/04/app-e-telemedicina-i-profili-giuridici-con-il-nuovo-regolamento-mdr/*; le norme comunitarie in *https://ec.europa.eu/docsroom/documents/37581*; specialmente la normativa comunitaria reperibile in *https://ec.europa.eu/health/medical-devices-sector/overview_en*; si consulti altresì *https://ec.europa.eu/health/system/files/2020-08/md_borderline_manual_05_2019_en_0.pdf*; nonché la normativa comunitaria all'indirizzo *https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/nando/index.cfm?fuseaction=directive.notifiedbody&dir_id=34*; ancora consultabile in *https://www.medicaldevicenews.eu/pagina/considerando-5-5989d6a3b1c6113473211f22.html*; per una maggiore chiarezza cfr. *https://www.imdrf.org/sites/default/files/docs/imdrf/final/technical/imdrf-tech-140918-samd-framework-risk categorization-141013.pdf.*

[113] S. POGLIAGHI, *Terapie digitali, quando il software diventa la cura*, 20 dicembre 2021, in *https://medicoepaziente.it/2021/terapie-digitali-quando-il-software-diventa-la-cura/*.

[114] MINISTERO DELLA SALUTE, *Attuazione delle misure del PNRR*, Missione 6 – Salute, Dicembre 2021, *PNRR* - Italia Domani, cit., spec. 4, 15, 21, 26.

interdisciplinare tra la scienza medica e delle altre professioni sanitarie, quella giuridica e quella ingegneristica, affinché la nuova articolazione di rapporti e condotte siano – nell'attesa di un opportuno intervento regolatore ed ordinatore di fonte primaria – intanto suffragate dalle garanzie tecniche di una medicina incentrata su linee guida[115], sull'*ICT*, su prove di evidente efficacia, ai fini di un'effettiva validazione della piattaforma unica – o delle piattaforme federate – di telemedicina che consenta di procedere costantemente in avanti nello sviluppo coerente della sanità digitale.

[115] Sul valore funzionale delle linee guida in ambito sanitario, si v. C. SGROI, *Il "problema" delle linee guida nella gestione della pandemia e l'iniziativa della Procura generale presso la Corte di Cassazione*, in *Corti Supreme e Salute*, Società Italiana di Diritto Sanitario, Rivista diretta da R. BALDUZZI, 1, 2021, spec. 174. Sull'assenza dei requisiti che legittimano l'attribuzione del carattere vincolante ad un atto fonte, ossia la legittimazione per il tramite della rappresentanza, diretta (legge formale) o indiretta (regolamenti, decreti del Governo): l'origine privata, ancorché particolarmente qualificata, della loro redazione è stata considerata in dottrina un fattore impeditivo del riconoscimento del rango di fonte di produzione normativa in senso proprio. Ancora: «L'"integrazione" delle linee-guida nel Sistema nazionale *SNLG*, a sua volta regolato da un decreto ministeriale, non sembra potere assegnare come tale una caratura diversa. Tra l'altro, le linee guida sovente recepiscono indicazioni tratte dall'attività di organismi scientifici esteri/internazionali» e ciò accentua la difficoltà concettuale di potere attribuire ad esse un valore regolativo di livello normativo. Cfr. *op. ult. cit.*, 173.

SUL POTERE DELLE PARTI SOCIALI DI CHIEDERE L'ATTUAZIONE DEGLI ACCORDI CONCLUSI A LIVELLO DI UNIONE E I RELATIVI OBBLIGHI DELLA COMMISSIONE: BREVI NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA *EPSU C. COMMISSIONE* (C-928/19 P)

MONICA PARODI*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il contesto giuridico in cui è sorta la controversia oggetto della decisione in commento e la sentenza del Tribunale dell'Unione. – 3. La decisione della Corte di giustizia e il ruolo della contrattazione collettiva nella definizione della politica sociale europea. – 4. I riflessi della decisione in esame sull'equilibrio tra le istituzioni dell'Unione nell'ambito della produzione normativa. – 5. Considerazioni conclusive.

Abstract

The paper analyses the decision of the ECJ in the case EPSU v. Commission. The decision is interesting because, in addition to writing a new page on the role of social dialogue at European level, it incidentally touches on various issues of institutional law and addresses issues related to the exercise of certain fundamental rights enshrined in the Charter. After having reconstructed the legal framework of the case and discussed the previous decision of the General Court, the paper focuses on the decision in question, considering the legal reasoning developed by the Court of Justice. In order to do so, it will be addressed the several arguments connected with the role of the social parties and the Commission in the regulation of the social policy in the EU. Finally, some critical considerations will be addressed on the most relevant aspects that emerged by the sentence.

Suggerimento di citazione

M. PARODI, *Sul potere delle parti sociali di chiedere l'attuazione degli accordi conclusi a livello di Unione e i relativi obblighi della Commissione: brevi note a margine della sentenza* EPSU c. Commissione *(C-928/19 P)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Ricercatrice in Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: monica.parodi@unifi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

Con la sentenza *EPSU* c. *Commissione*[1] la Corte di giustizia ha respinto la richiesta di annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione del 24 ottobre 2019[2] (sentenza impugnata, in avanti), affrontando la delicata questione della portata e dei limiti delle prerogative riconosciute dai Trattati alle parti sociali nella disciplina di aspetti rientranti nel settore della politica sociale di competenza dell'Unione. Così facendo, per converso, la Corte di giustizia ha avuto altresì l'occasione di pronunciarsi sul correlato tema dell'autonomia della Commissione nel decidere se proporre o meno la conversione istituzionale di un accordo siglato dalle parti sociali al termine di una contrattazione collettiva.

La decisione è dunque interessante poiché, oltre a scrivere una nuova pagina sul ruolo del dialogo sociale a livello europeo, tocca incidentalmente diverse questioni di diritto istituzionale e affronta problematiche connesse all'esercizio di taluni diritti fondamentali ascritti nella Carta.

Di seguito, dopo aver ricostruito la cornice giuridica del caso e la vicenda processuale che ha condotto alla decisione in commento, ci si concentrerà sul ragionamento giuridico sviluppato dalla Corte di giustizia, prendendo in considerazione i vari temi affrontati e si svolgeranno alcune considerazioni anche critiche sugli aspetti più rilevanti emersi dalla sentenza.

2. Il contesto giuridico in cui è insorta la controversia oggetto della decisione in commento e la sentenza del Tribunale dell'Unione

Prima di affrontare l'analisi della decisione in commento conviene richiamare brevemente la cornice giuridica in cui si è sviluppata la controversia oggetto della stessa. A tal fine, occorre innanzitutto rilevare come la vigente versione dei Trattati, consolidando una precedente giurisprudenza della Corte di giustizia[3], riconosca all'Unione una finalità sociale che affianca quella di natura economica. L'art. 3, par. 3, TUE include, infatti, tra gli obiettivi dell'Organizzazione lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato – tra l'altro – su un'economia sociale di mercato volta a garantire la piena occupazione e il progresso sociale. I commi successivi dell'articolo citato specificano che l'Unione si impegna a combattere l'esclusione sociale e le discriminazioni, promuove la giustizia e la protezione sociali, nonché la coesione sociale. Ciò posto, va però rimarcato che la politica sociale risulta inclusa tra le materie di competenza concorrente dell'Unione e ciò solo per gli aspetti definiti dal Trattato, mentre per

[1] Corte di giustizia (Grande Sezione), *European Federation of Public Service Unions (EPSU), Jan Willem Goudriaan* c. *Commissione europea*, Causa C-928/19 P, sentenza del 2 settembre 2021.

[2] Tribunale dell'Unione europea, *European Federation of Public Service Unions (EPSU), Jan Willem Goudriaan* c. *Commissione europea*, Causa T-310/18, sentenza del 24 ottobre 2019.

[3] Corte di giustizia, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e a.*, Causa C-341/05, sentenza del 18 dicembre 2007, punto 105.

le altre (numerose) parti essa rientra tra le competenze di coordinamento[4], mantenendo così ferma la centralità del ruolo da sempre rivendicato ed esercitato dagli Stati membri in questo settore.

Un'ulteriore peculiarità della politica sociale, cruciale per la decisione qui commentata, riguarda il riconoscimento formale di un ruolo significativo alle parti sociali, coinvolte sia nella definizione degli indirizzi sia nella regolamentazione di tale materia. La rilevanza particolare che l'Unione attribuisce al dialogo sociale emerge già dall'art. 11, par. 2, TUE – incluso nel Titolo II rubricato "Disposizioni relative ai principi democratici" – ai sensi del quale "le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile". Così disponendo, i redattori dei Trattati hanno quindi inteso includere le parti sociali tra i soggetti che concorrono al rafforzamento della democrazia partecipativa in seno all'Unione. Inoltre, pur non menzionando esplicitamente le parti sociali, anche l'art. 9 TFUE, nell'introdurre la c.d. clausola sociale, ribadisce l'attenzione che l'Unione rivolge ad esse.

In linea di continuità con le disposizioni richiamate, il Titolo X del TFUE, rubricato "Politica sociale" regolamenta il coinvolgimento delle parti sociali. Il Titolo si apre con l'art. 151, par. 1, TFUE, che prescrive la promozione del dialogo sociale a livello europeo tra gli obiettivi della politica sociale condotta dall'Unione[5]. Sebbene i Trattati non chiariscano la definizione di dialogo sociale, un'interpretazione convincente associa a tale termine non solo la contrattazione collettiva, ma anche le azioni istituzionali e di indirizzo politico che le parti sociali svolgono a livello europeo, nelle sedi preposte a tal fine[6].

Il successivo art. 152, par. 1, TFUE ribadisce ancora che l'Unione "riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello" e "facilita il dialogo tra queste, nel rispetto della loro autonomia". A tal fine, il TFUE individua le sedi, gli strumenti e i risultati della partecipazione delle parti sociali. Per quanto qui rileva è opportuno soffermarsi sugli strumenti preposti al dialogo, definiti dalle disposizioni successive. L'art. 154 TFUE affida alla Commissione il compito di coinvolgere le parti sociali, richiedendole di consultarle prima di presentare una proposta nel settore in questione e di rivolgersi nuovamente ad esse allorché decida di proseguire la propria azione. Le parti sociali, invece, sono chiamate a trasmettere un parere o una raccomandazione alla Commissione sul contenuto della sua proposta ma anche – laddove lo ritengano opportuno – di

[4] Così l'art. 5, par. 3, TFUE. Specificamente, il successivo art. 153, par. 1, TFUE elenca una serie di materie nelle quali l'Unione è chiamata a sostenere e completare l'azione degli Stati membri.

[5] In commento, S. FORTUNATO, *Articolo 151 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, 1429 ss.; S. GARBEN, *Article 151 TFEU*, in M. KALLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, OUP, Oxford, 2019, p. 1354 ss.

[6] Così, B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 87/2011.

informare l'istituzione circa la volontà di intraprendere una negoziazione collettiva finalizzata a istituire relazioni contrattuali, finanche l'adozione di accordi. In quest'ultimo caso, la procedura è disciplinata dall'art. 155 TFUE, mentre l'ultimo comma dell'art. 154, par. 4, TFUE individua in nove mesi (salvo proroga decisa congiuntamente dalla Commissione e dalle parti sociali) la durata complessiva del processo[7].

I fatti all'origine della sentenza in esame si inseriscono nella cornice giuridica così delineata e riguardano, in particolare, la mancata attuazione a livello di Unione dell'Accordo quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione per i funzionari e i dipendenti delle amministrazioni centrali, siglato tra le parti sociali il 21 dicembre 2015. Prima di giungere a detto Accordo, applicando l'art. 154, par. 2, TFUE, la Commissione aveva avviato la prima fase di consultazioni con le parti sociali invitandole a pronunciarsi sul possibile orientamento di un'azione dell'Unione volta a estendere l'ambito di applicazione di tre direttive dedicate all'informazione e alla consultazione dei lavoratori ai funzionari e ai dipendenti delle amministrazioni dei governi centrali degli Stati membri.

In seguito, nel rispetto dell'art. 154, par. 4, TFUE, le parti sociali che siedono nel Comitato di dialogo sociale per le amministrazioni dei governi centrali informavano la Commissione della volontà di negoziare autonomamente e concludere un accordo tra loro in base all'art. 155, par. 1, TFUE. Detto accordo veniva effettivamente firmato nel dicembre del 2015; qualche mese dopo, le parti sociali chiedevano congiuntamente alla Commissione di presentare al Consiglio una proposta di decisione per darvi attuazione a livello di Unione. Di contro, dopo circa due anni di silenzio, una lettera della Commissione le informava della scelta di non proporre al Consiglio l'attuazione all'accordo in questione. Nella decisione controversa si legge che il rifiuto di procedere si fonda su tre ragioni così riassumibili: in primo luogo, la Commissione rilevava una carenza di competenza in capo all'Unione. Secondo l'istituzione, la struttura, l'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni dei governi centrali degli Stati membri rientrano completamente nella competenza degli Stati membri[8]. In secondo luogo, veniva accertato che in molti Stati membri esiste già una regolamentazione che assicura un certo grado di informazione e di consultazione dei funzionari e dei dipendenti delle amministrazioni centrali.

[7] Per alcuni approfondimenti si vedano A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, Milano, 1999; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo: attori, procedure, prospettive*, Giuffrè, Milano, 2001; R. PALLADINO, *Studio sul dialogo sociale e la contrattazione collettiva autonoma nel Trattato di Lisbona*, Brunolibri, Salerno, 2010.

[8] La decisione è stata comunicata dalla Commissione alle parti attraverso una comunicazione reperibile *online* sul sito www.epsu.org.

Infine, nell'attuazione dell'accordo a livello di Unione, la Commissione individuava un problema di frammentazione nella tutela apprestata ai soggetti in questione in virtù del fatto che l'intensità di quest'ultima sarebbe variata a seconda del grado di centralizzazione o decentralizzazione degli Stati membri.

La decisione della Commissione è stata impugnata dalle firmatarie dell'accordo attraverso un ricorso in annullamento presentato dinanzi al Tribunale dell'Unione. A sostegno del ricorso, le ricorrenti hanno avanzato due motivi: il primo atteneva a un errore di diritto circa l'estensione dei poteri della Commissione nel decidere se proporre o meno l'attuazione di un accordo concluso dalle parti sociali nel quadro della procedura definita dall'art. 155 TFUE. Il secondo profilo di illegittimità concerneva invece l'erroneità e l'insufficienza nella motivazione della decisione adottata dalla Commissione.

Il Tribunale ha integralmente respinto il ricorso e, per quanto qui rileva, è importante soffermarsi soprattutto sul ragionamento che lo ha condotto a negare la fondatezza del primo motivo dedotto dalle parti[9]. Segnatamente, i ricorrenti avevano sostenuto che, in base al disposto dell'art. 155, par. 2, TFUE, la Commissione è tenuta ad accogliere una richiesta di attuazione di un accordo come quello oggetto della controversia, a meno che essa non ravvisi profili di illegittimità nel contenuto dell'accordo ovvero che le parti firmatarie dello stesso non siano sufficientemente rappresentative delle diverse componenti del settore interessato. Al contrario, il Tribunale ha stabilito che "la Commissione non è tenuta ad accogliere tale richiesta e spetta a quest'ultima valutare l'opportunità di presentare una proposta al Consiglio"[10]. Muovendo dalle argomentazioni avanzate dai ricorrenti, il Tribunale ha motivato tale conclusione sulla base di un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica dell'art. 155, par. 2, TFUE.

Con riferimento all'interpretazione letterale, il Tribunale ha ricordato la genesi e lo sviluppo della disposizione controversa notando come l'uso della formula imperativa ("gli accordo conclusi a livello dell'Unione sono attuati […] in base a una decisone del Consiglio su proposta della Commissione") – introdotta nel testo definitivo dell'art. 4 dell'Accordo sulla politica sociale concluso da UNICE, CEEP e CES il 31 ottobre 1991, poi trasfuso nel TCE e, infine, diventato l'art. 155, par. 2, TFUE – non dimostrerebbe di per sé il dovere della

[9] La sentenza del Tribunale è stata oggetto di diversi commenti anche critici. Tra molti si rinvia a F. DORSSEMONT, *Some observations on the EPSU case: a bad judgement for democracy and subsidiarity, alias a textbook example of not promoting the European Social Dialogue*, in A.C. HARTZÉN, A. IOSSA, E. KARAGEORGIOU (a cura di), *Law, Solidarity and the Limits of Social Europe*, Helgar, p. 43 e s.; P.A. VAN MALLEGHEN, *Alcune considerazioni sulla sentenza EPSU nella prospetiva del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2020, p. 577-601; B. VENEZIANI, *I giudici di Lussemburgo e le formule "magiche" del diritto. A proposito del caso* Epsu, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2020, p. 773-802.

[10] Tribunale dell'Unione, *EPSU, cit.*, par. 103.

Commissione di dare attuazione agli accordi in questione. Al contrario, l'uso della forma imperativa servirebbe a chiarire che le due procedure previste dalla disposizione in parola (a livello europeo o dalle parti sociali e dagli Stati membri) sono le uniche applicabili per dare attuazione a un accordo di questo tipo[11]. Pertanto, se l'attuazione degli accordi conclusi dalle parti sociali a livello europeo ha carattere facoltativo, la Commissione non sarebbe obbligata ad avviare la procedura di attuazione a livello sovranazionale.

Ad analoga conclusione il Tribunale è giunto attraverso un'interpretazione sistematica dell'art. 155, par. 2, TFUE. Discutibilmente, il Tribunale ha considerato soltanto il combinato con l'art. 17 TUE. Quest'ultimo – incluso nel titolo III, rubricato "Disposizioni relative alle istituzioni" – fornisce le principali indicazioni circa le caratteristiche e il ruolo esercitato dalla Commissione in seno all'Unione qualificandola come espressione e garante dell'interesse generale di quest'ultima. In questo senso, la Commissione si distingue dalle parti sociali che, secondo il Tribunale, rappresenterebbero solo una parte dei molteplici interessi che devono essere presi in considerazione nell'elaborare la politica sociale europea[12]. Da ciò ne conseguirebbe la piena indipendenza con cui la Commissione stabilisce quali iniziative siano appropriate per assicurare l'interesse generale, inclusa la proposta di attuazione di un accordo concluso dalle parti sociali e livello europeo.

Infine, il Tribunale ha sviluppato una lettura teleologica dell'art. 155 TFUE unitamente alle altre disposizioni contenute nel Trattato in materia di politica sociale. Segnatamente, dalla lettura combinata con l'art. 151 TFUE, ai sensi del quale il dialogo sociale costituisce un obiettivo dell'Unione, con l'art. 152 TFUE, che assicura la promozione del ruolo delle parti sociali, il Tribunale ha concluso che la piena autonomia rivendicata dalle ricorrenti deve essere riconosciuta e assicurata soltanto durante la fase di negoziazione e conclusione di un accordo, in modo tale che l'andamento delle trattative e il contenuto dello stesso siano liberamente definiti dalle parti sociali medesime.

Di seguito, il Tribunale passava ad analizzare, invero, in modo piuttosto frettoloso, le altre argomentazioni addotte dalle ricorrenti a sostegno della loro lettura della disposizione controversa. Tra queste, particolarmente rilevante appare il richiamo al principio di democrazia, di cui all'art. 10, par. 1 e 2, TUE. Sul punto, il Tribunale ha osservato che detto principio riguarda soprattutto la partecipazione del Parlamento al processo decisionale. Pertanto, solo nel caso in cui quest'ultimo non solleciti la Commissione ad attivare il proprio potere di iniziativa, le parti sociali – se sufficientemente rappresentative – potrebbero farsi portatrici del rispetto del principio in questione. Al contrario, il Tribunale

[11] Tribunale dell'Unione, *EPSU*, *cit.*, par. 59-63.
[12] Tribunale dell'Unione, *EPSU*, *cit.*, par. 80.

ha invece osservato che se le parti sociali potessero obbligare la Commissione a proporre l'attuazione di un accordo attraverso la procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE, ci si troverebbe nella situazione in cui una procedura non legislativa prevarrebbe sistematicamente su quella legislativa, a discapito (paradossalmente) proprio delle prerogative del Parlamento e quindi del principio democratico stesso.

Il Tribunale ha respinto poi anche l'argomento dei ricorrenti fondato sul principio di sussidiarietà. Secondo gli stessi, le parti sociali si troverebbero nella posizione migliore per valutare se un accordo debba essere attuato a livello delle parti sociali nazionali e degli Stati membri oppure a livello dell'Unione. Al contrario, il Tribunale ha escluso che il principio in questione abbia una dimensione orizzontale, chiarendo come lo stesso sia volto invece a disciplinare esclusivamente l'esercizio delle competenze concorrenti tra l'Unione e gli Stati membri.

Un ulteriore motivo avanzato dalle ricorrenti atteneva al diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, di cui all'art. 28 della Carta, e alla libertà di associazione, riconosciuta, in particolare in campo sindacale, dall'art. 12 della Carta, unitamente agli obiettivi di carattere sociale dell'Unione previsti dai Trattati. Sul punto il Tribunale si è limitato a osservare che nessuna delle disposizioni ricordate attribuisce alle parti sociali il potere di imporre alle istituzioni europee l'attuazione di un accordo da esse siglato.

Infine, veniva respinto anche l'argomento fondato sul contenuto di numerose comunicazioni[13] adottate dalla Commissione il cui contenuto avrebbe lasciato intendere il riconoscimento di un ruolo speciale alle parti sociali nel quadro della politica sociale europea. Sul punto, il Tribunale si è limitato a ricordare, invero, in modo non del tutto preciso, che detti atti sono privi di forza giuridica vincolante e pertanto non possono essere invocati per impedire l'interpretazione di una disposizione dei Trattati risultante dall'applicazione dei criteri interpretativi letterale, ermeneutico e teleologico.

Infine, il Tribunale passava a valutare la fondatezza del secondo motivo relativo al carattere insufficiente e manifestamente erroneo della motivazione della decisione impugnata. In apertura, quest'ultimo ha premesso che la decisione impugnata sarebbe stata oggetto di un controllo limitato dovendosi rispettare l'ampio margine discrezionale di cui gode la Commissione allorché, come nel caso di specie, si trova a compiere scelte di natura politica, atte a bilanciare diversi interessi configgenti. Chiarito ciò, l'istituzione giudiziaria ha

[13] In particolare si fa riferimento alle seguenti comunicazioni: COM(93) 600 def., del 14 dicembre 1993, riguardante l'attuazione del protocollo sulla politica sociale; COM(1998) 322 def., del 20 maggio 1998, Comunicazione della Commissione che adegua e promuove il dialogo sociale a livello comunitario, e COM(2002) 341 definitivo, del 26 giugno 2002, «Il dialogo sociale europeo, forza di modernizzazione e cambiamento».

ritenuto che l'obbligo di motivazione di cui all'art. 296 TFUE fosse stato rispettato e che la decisione impugnata fosse adeguatamente giustificata. Le tre ragioni addotte sinteticamente dalla Commissione sono state ritenute sufficienti per consentire, rispettivamente, alle ricorrenti di conoscere le ragioni del rifiuto e al Tribunale di svolgere il suo controllo e provare la fondatezza delle stesse. Il ricorso veniva così interamente respinto.

3. La decisione della Corte di giustizia e il ruolo della contrattazione collettiva nella definizione della politica sociale europea

La sentenza del Tribunale è stata a sua volta oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia. I ricorrenti hanno sostenuto che il Tribunale ha commesso diversi errori di diritto nell'interpretare gli artt. 154 e 155 TFUE; nel valutare la natura giuridica degli atti adottati in base all'art. 155, par. 2, TFUE; nel concludere che la decisione controversa fosse adeguatamente giustificata e, infine, nel ritenere di non poter svolgere un controllo pieno su quest'ultima.

La sentenza qui commentata deve essere collocata in un contesto più ampio che tenga conto della prassi generale relativa all'attuazione a livello europeo degli accordi conclusi dalle parti sociali[14]. Guardando al passato e, segnatamente, al periodo precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si nota che la Commissione tendeva a proporre al Consiglio la conversione degli accordi intercategoriali raggiunti attraverso la contrattazione collettiva senza svolgere un particolare controllo sugli stessi[15]. In quel periodo, infatti, la Commissione aveva anche espresso attraverso alcune Comunicazioni[16] la volontà di limitarsi a verificare la legalità degli accordi di cui si proponeva la conversione rispetto al diritto (allora) comunitario e la rappresentatività del settore da parte delle parti sociali firmatarie degli stessi.

[14] Per un approfondimento sul tema si rinvia *ex multis* a A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell'ordinamento europeo (parte I)*, in *ADL*, 2012, p. 1123; A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, cit.; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo: attori, procedure, prospettive*, cit.; R. PALLADINO, *Studio sul dialogo sociale e la contrattazione collettiva autonoma nel Trattato di Lisbona*, cit.; J.P TRICART, *Legislative implementation of European social partner agreements: challenges and debates*, European Trade Union Institute Working Paper, 9/2019.

[15] Sul punto si veda A. ALAIMO, *Che fine ha fatto la contrattazione collettiva europea?*, in *Lavoro e diritto*, 2020, pp. 496-517, spec. p. 498. Si v. ad esempio la **direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato o, ancora, la direttiva 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES.**

[16] Si veda in particolare, Commissione europea, Comunicazione concernete l'applicazione degli accordi di politica sociale presentati dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, (COM(93)600 final); Comunicazione concernente lo sviluppo del dialogo sociale a livello comunitario (COM(96)448 final); Comunicazione concernente il dialogo sociale europeo, forza di modernizzazione e cambiamento. Proposta di decisione del Consiglio che istituisce un Vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione (COM(2002) final).

Ciò posto, va osservato che l'atteggiamento verso le parti sociali inizia a mutare verso la fine degli anni Novanta, allorché in una delle sue comunicazioni, l'istituzione precisava che per gli accordi conclusi autonomamente nel corso di una contrattazione collettiva avrebbe svolto un controllo sull'appropriatezza più elaborato[17]. Invero, lo stesso Tribunale di primo grado (oggi, Tribunale) nella *UEAPME c. Consiglio*[18], aveva lasciato intendere che una valutazione più approfondita da parte della Commissione non sarebbe stata incompatibile con il suo ruolo.

Il mutamento significativo nel riconoscimento dell'autonomia delle parti sociali nella conclusione di accordi collettivi destinati ad essere convertiti in atti di diritto derivato si è registra però a partire dal 2012. In effetti, le innovazioni introdotte con il Trattato di Lisbona, anche con riferimento al rafforzamento del principio democratico, hanno indotto la Commissione ad intraprendere un percorso volto a migliorare la qualità della legislazione europea intervenendo sulla fase di proposta di sua competenza. Così, attraverso la *Better Regulation Package*[19], la Commissione ha adottato un approccio, (poi confermato nelle comunicazioni successive[20]) che prevede il rispetto di diversi principi regolatori e prassi nella preparazione delle sue proposte al fine di raggiungere gli obiettivi preposti al minimo costo. Una migliore regolamentazione sarebbe infatti un modo di agire atto a garantire che le decisioni politiche siano preparate in modo aperto, trasparente e supportato dall'esauriente coinvolgimento degli *stakeholder*[21]. Tra le novità introdotte a tal fine si inserisce la c.d. "valutazione di impatto" nella procedura di esame delle proposte. Una sezione del *Better Regulation Package* dedicata ai contratti collettivi, pur non specificando in modo esaustivo i criteri impiegati e le finalità prefissate, prevede che i testi contrattuali siano anch'essi oggetto di una valutazione di impatto[22]. Così facendo, la Commissione ha progressivamente esteso anche un controllo politico e sociale sugli accordi collettivi determinando sia il prolungamento delle

[17] Così, Commissione europea, COM(1998)322 def., cit.

[18] Tribunale dell'Unione, causa T-135/96, *UEAPME c. Consiglio*, sentenza del 17 giugno 1998, UEAPME/Consiglio, EU:T:1998:128, punti 110 e 111.

[19] Commissione europea, Comunicazione "*Better regulation for better results*", COM (2015) 215 final, 19 maggio 2015. Sul punto rilevano altresì l'*Accordo interistituzionale* fra Parlamento, Consiglio e Commissione del 13 aprile 2016, "*Legiferare meglio*" e, in particolare, la parte III dedicata agli *Strumenti per legiferare meglio* (e, fra questi, alla valutazione di impatto); SWD (2015) 111 final, *Commission Staff Working Document. Better Regulation Guidelines*; nonché il *booklet* della Commissione *Legiferare meglio: bilancio e perseveranza nell'impegno*, 15 aprile 2019.

[20] In questo senso depone anche la più recente raccomandazione (UE) 2017/761 del 26 aprile 2017 sul pilastro europeo dei diritti sociali in cui si legge che gli accordi conclusi dalle Parti sociali sono attuati al livello dell'Unione e degli Stati membri quando appropriato[20].

[21] Si veda la raccomandazione (UE) 2017/761, *cit.*, p. 4.

[22] *The Better Regulation Toolbox, Toolbox 11. Social Partner Initiatives*.

tempistiche necessarie per proporne la conversione[23] sia il rifiuto di proporre la conversione stessa[24].

La sentenza della Corte di giustizia nel caso *EPSU c. Commissione* appare in linea con questo andamento e conferma l'orientamento della Commissione secondo cui, in base ai Trattati, l'autonomia che l'art. 152, par. 1, TFUE riconosce alle parti sociali implica soltanto che, nel corso della fase di negoziazione di un accordo collettivo, queste ultime possano confrontarsi e agire liberamente, senza ricevere ordini o istruzioni dagli Stati membri o dalle istituzioni dell'Unione[25]. Da ciò ne consegue che il modo imperativo utilizzato nell'art. 155, par. 2, TFUE non è volto a costituire un vincolo in capo alla Commissione, quanto piuttosto a individuare tassativamente le modalità di attuazione di un accordo collettivo.

Per quanto concerne le parti sociali, invece, la Corte di giustizia ha esplicitamente affermato che, nel contesto particolare dell'attuazione di accordi collettivi a livello dell'Unione, la disposizione sopra richiamata "ha conferito loro un diritto paragonabile a quello di cui dispongono in modo più generale, in virtù, rispettivamente, degli artt. 225 e 241 TFUE, il Parlamento e il Consiglio di chiedere alla Commissione di presentare proposte adeguate ai fini dell'attuazione dei Trattati"[26]. Così ricostruita, la prerogativa di chiedere alla Commissione di dare attuazione all'accordo da esse siglato potrebbe essere considerata come una sorta di "diritto di iniziativa indiretta" che, però, diversamente dalle disposizioni poc'anzi richiamate, ha altresì l'effetto di attivare la competenza specifica della Commissione in relazione all'attuazione degli accordi di politica sociale conclusi direttamente dalle parti sociali[27]. La correlazione tra le diverse procedure appare confermata anche dal fatto che, in linea con quanto previsto agli artt. 225 e 241 TFUE, così come all'art. 10, par. 1, lett. c), del regolamento (UE) 211/2011, la Commissione comunica alle parti sociali la decisione che intende assumere riguardo all'attivazione della procedura di

[23] Così nel caso della direttiva (UE) 2017/159 del Consiglio del 19 dicembre 2016 recante attuazione dell'accordo relativo all'attuazione della Convenzione sul lavoro nel settore della pesca del 2007 dell'OIL, concluso il 21 maggio 2012, tra la Confederazione generale delle cooperative agricole nell'Unione europea (Cogeca), dalla Federazione europea dei lavoratori dei trasporti e dall'Associazione delle organizzazioni nazionali delle imprese di pesca dell'Unione europea (Europêche).

[24] Così nel caso del *European Framework Agreement On the Protection of Occupational Health and Safety in the Hairdressing Sector* del 26 aprile 2012. In commento, *ex multis*, si rinvia a F. DORSSMONT, K. LORCHER, M. SCHMITT, *On the Duty to Implement European Framework Agreements: Lessons to be Learned from the Hairdressers Case*, in *Ind. Law Journ.*, 2019, p. 571.

[25] Tribunale dell'Unione europea, *EPSU*, *cit.*, par. 61.

[26] Corte di giustizia, *EPSU, cit.*, par. 46. Non ritiene invece perfettamente paragonabile la posizione delle parti sociale con quella dei cittadini europei R. PALLADINO, *Equilibrio istituzionale e modelli di partecipazione democratica. Considerazioni in vista della Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 363-384, spec. p. 380.

[27] *Ivi*, par. 47.

conversione di un accordo collettivo, uniformando in questo senso la procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE con quelle poc'anzi ricordate.

Ciò posto, risulta però degna di nota la scelta di paragonare la posizione delle parti sociali a quella delle due istituzioni politiche piuttosto che a quella dei cittadini europei, i quali, come le parti sociali, sono attori non istituzionali a cui i Trattati riconoscono un ruolo nella fase preliminare di produzione normativa[28]. Un simile parallelo, invece, era stato individuato dal Tribunale nella decisione di primo grado nella parte in cui aveva giustificato l'esercizio di un controllo limitato sulle scelte della Commissione rispetto alle proposte di conversione degli accordi collettivi[29]. Al contrario, nella parte della sentenza dedicata all'analisi del motivo di impugnazione volto a contestare la scelta del Tribunale di limitare il proprio controllo giurisdizionale sulle decisioni della Commissione in materia di proposta di conversione degli accordi collettivi, la Corte di giustizia non ha preso una posizione esplicita. Infatti, dopo aver argomentato il rigetto del motivo di impugnazione su altri elementi, si è limitata ad affermare che l'argomentazione della ricorrente secondo cui il Tribunale sarebbe incorso in un errore di diritto nel delineare dei paralleli con l'iniziativa dei cittadini europei, non sarebbe idonea a comportare l'annullamento della sentenza impugnata, dal momento che, dalle ragioni già identificate, risulta che nessun errore di diritto sia stato commesso[30].

Inoltre, il motivo individuato dalla ricorrente per argomentare l'errore del Tribunale nel comparare la procedura di cui agli artt. 154 e 155 TFUE con quella prevista per i cittadini europei solleva una riflessione ulteriore. Nel corso del procedimento di primo grado dinanzi al Tribunale, la ricorrente aveva invocato l'art. 28 della Carta lamentandone la violazione da parte della Commissione allorché quest'ultima aveva deciso di non proporre la conversione dell'accordo collettivo in questione. In proposito, va invece osservato che, sebbene il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi sia un diritto fondamentale riconosciuto dal diritto dell'Unione, nulla nella disposizione della Carta sopra ricordata lascia intendere che detto diritto fondamentale includa anche quello di imporre l'attuazione degli accordi risultanti dalla contrattazione collettiva a livello di Unione. Il rispetto del diritto fondamentale in questione risulta invece assicurato attraverso la promozione del dialogo sociale e la facilitazione del libero svolgimento della contrattazione tra le parti sociali[31]. Pertanto, le previsioni degli artt. 154 e 155, par. 2, TFUE contribuiscono ad

[28] Così, attraverso l'art. 11, par. 4, TUE, letto in combinato disposto con l'art. 24, par. 4, TFUE.

[29] Tribunale dell'Unione europea, *EPSU*, *cit.*, par. 112.

[30] Corte di giustizia, *EPSU, cit.*, par. 99.

[31] M.V. BALLESTRERO, A. LO FARO, O. RAZZOLINI, *Articolo 28*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 524 ss., spec. p. 539 ss.

assicurare il rispetto della Carta da parte dell'Unione laddove vincolano le istituzioni dell'Unione a favorire la contrattazione collettiva, arrivando a prevedere anche gli strumenti formali per convertire i risultati del dialogo sociale in atti normativi. Alla luce di ciò, dovrebbe quindi essere oggetto di valutazione un'eventuale azione della Commissione volta a influenzare il contenuto di un accordo siglato dalle parti sociali nel corso di una procedura *ex* art. 155, par. 2, TFUE[32], piuttosto che la rivendicazione della propria discrezionalità nel decidere se proporne o meno la conversione.

Sostenere che gli artt. 154 e 155 TFUE, in combinato o meno con l'art. 28 della Carta, riconoscono alle parti sociali un diritto di iniziativa diretto e assoluto in materia di politica sociale comporterebbe il riconoscimento in capo ad esse di un diritto di iniziativa che, seppur limitato alla materia di politica sociale, sarebbe più ampio di quello che, indirettamente, i Trattati riconoscono in termini generali al Consiglio, al Parlamento o, ancora, ai cittadini dell'Unione. Peraltro, come rimarcato dalla Corte di giustizia, nell'ambito della procedura disciplinata dall'art. 155, par. 2, TFUE, il riconoscimento di un diritto di iniziativa autonomo alle parti sociali attribuirebbe loro una capacità di influenzare il contenuto degli atti giuridici adottati in materia di politica sociale superiore di quella attribuita al Parlamento, il quale deve essere semplicemente informato prima dell'adozione della decisione da parte del Consiglio.

Questa conclusione sembrerebbe quindi stridere con il disposto dell'art. 10 TUE secondo cui l'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa. Invero, questa affermazione va considerata alla luce della già ricordata sentenza *UEAPME* pronunciata dal Tribunale (allora, di primo grado). Significativamente, infatti, in detta sentenza si legge che di norma il principio democratico viene assicurato dalla partecipazione del Parlamento alle procedure di adozione degli atti in seno all'Unione[33]. Diversamente, nell'ambito del procedimento oggi disciplinato dall'art. 155, par. 2, TFUE, che non prevede il coinvolgimento del Parlamento, il principio democratico troverebbe comunque garanzia per il tramite delle parti sociali che concludono l'accordo[34]. Il rispetto di tale condizione spetterebbe proprio alla Commissione e al Consiglio attraverso la verifica della rappresentatività delle parti sociali interessate. Evidentemente, la sentenza della Corte di giustizia qui commentata supera questa precedente lettura del Tribunale confermando il ridimensionamento del ruolo delle parti sociali

[32] Si pensi, ad esempio, al caso degli accordi settoriali sulla salute e sicurezza nel settore delle acconciature conclusi nel 2012 e nel 2016. Il secondo, infatti, era stato rivisto e semplificato alla luce delle indicazioni avute dalla Commissione quando aveva rigettato la richiesta di conversione del primo. Ciononostante, la Commissione aveva deciso di non proporre la conversione, supportandone invece l'applicazione autonoma.

[33] Tribunale dell'Unione, *UEAPME*, *cit.*, par. 88.

[34] Tribunale dell'Unione, *UEAPME*, *cit.*, par 89.

quantomeno nell'ambito della procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE. Sebbene debba essere osservato che l'art. 11 TUE non individua le parti sociali tra i soggetti che danno espressione al principio della democrazia rappresentativa di cui all'art. 10 TUE[35], il ruolo rafforzato della Commissione nel quadro della procedura in esame può sollevare ugualmente delle incertezze con riferimento al rispetto di detto principio che verranno considerate nel paragrafo successivo.

4. I riflessi della decisione in esame sull'equilibrio tra le istituzioni dell'Unione nell'ambito della produzione normativa

Nel chiarire la posizione delle parti sociali nel quadro della procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE, la Corte di giustizia si è pronunciata su diversi aspetti correlati al tema dell'equilibrio istituzionale nell'ambito del sistema di produzione normativa dell'Unione.

In particolare, nella sentenza in esame, sono numerose le parti in cui nel respingere i motivi di impugnazione avanzati dalla ricorrente avverso la sentenza pronunciata dal Tribunale, la Corte di giustizia rafforza il ruolo della Commissione nella promozione dell'interesse generale dell'Unione.

In primo luogo, come osservato sopra, la Corte di giustizia ha confermato la facoltà autonoma della Commissione di scegliere se dar corso o meno a una richiesta di attuazione di un accordo collettivo a livello europeo. Le ragioni a fondamento di questa conclusione sono già state oggetto di analisi nel paragrafo precedente; mentre, di seguito preme osservare come ciò determini il consolidamento di un monopolio assoluto in capo alla Commissione circa la prerogativa dell'esercizio del diritto di iniziativa nel sistema di adozione degli atti in seno all'Unione.

La Corte di giustizia ha infatti confermato l'interpretazione del Tribunale secondo il quale l'art. 155, par. 2, TFUE non modifica in senso restrittivo le prerogative che l'art. 17 TUE attribuisce alla Commissione. Al contrario, la richiesta di conversione di un accordo collettivo determinerebbe, da una parte, l'esaurimento del ruolo attivo delle parti sociali nella procedura e nella definizione del contenuto dello stesso e, dall'altra, la ripresa del controllo da parte della Commissione su tale procedura e il diritto di intervenire nello svolgimento della stessa. Secondo questa lettura, dopo aver ricevuto la richiesta di conversione dell'accordo collettivo, la competenza della Commissione si avvicina nuovamente a quella che le è attribuita dagli artt. 17, par. 2, TUE e 289 TFUE in relazione al diritto di iniziativa generale. Così, la Commissione riprende la piena facoltà di valutare, anche alla luce dell'interesse generale dell'Unione, l'opportunità di presentare al Consiglio la proposta di conversione. Una conclusione diversa, peraltro, avrebbe l'effetto di far prevalere gli

[35] L'art. 10, par. 2, TUE prevede solo il diritto di iniziativa indiretta in capo ai cittadini dell'Unione.

interessi delle parti firmatarie su quelle dell'Unione[36]. La protezione degli interessi generali dell'Unione presume, infatti, l'esercizio di un controllo che tenga conto anche dell'opportunità di adottare un accordo collettivo tenendo conto di considerazioni di ordine politico, economico e sociale.

L'obiezione mossa dalla ricorrente secondo cui la Commissione, attraverso le sopra ricordate comunicazioni in materia di politica sociale, avrebbe fatto sorgere una legittima aspettativa circa l'impegno dell'istituzione a svolgere esclusivamente alcune considerazioni specifiche prima di presentare la propria proposta non ha trovato accoglimento. A questo proposito la Corte di giustizia ha chiarito che la Commissione, attraverso dette comunicazioni, non ha inteso autolimitarsi trasformando la competenza discrezionale conferitale dai Trattati in una competenza vincolata[37]. Peraltro, pur essendo vero che, adottando regole di condotta un'istituzione si autolimita nell'esercizio del proprio potere discrezionale e non potrà discostarsi da tali regole, va tenuto in conto che, con riguardo all'esercizio del diritto generale di iniziativa, si è assistito negli anni all'adozione di una successione di atti con cui la Commissione ha chiarito che anche gli accordi collettivi sono soggetti a una valutazione di impatto generale. Nel caso di specie, quindi, la Commissione non si sarebbe neppure discostata dagli orientamenti più recenti, quali il *Better regulation package*.

Ciò posto, l'interpretazione dell'art. 155, par. 2, TFUE che si è andata consolidando incide in modo consistente sull'autonomia delle parti sociali nel quadro del cosiddetto *"Social Method of law-making"*[38] che viene ricondotto nell'alveo del tradizionale metodo di produzione normativa. L'unica significativa differenza rispetto a quest'ultimo, che non è stata oggetto di interpretazione da parte degli organi giurisdizionali dell'Unione e che interessa in modo diretto le prerogative della Commissione, attiene alla possibilità di quest'ultima di modificare gli accordi collettivi proposti[39]. Alla luce del disposto dell'art. 155, par. 2, TFUE, infatti, è da escludere che l'istituzione possa intervenire apportando emendamenti al testo dell'accordo in questione prima di proporne la conversione al Consiglio o nelle more del procedimento di conversione[40]. Piuttosto, se l'istituzione non condivide parti del testo dell'accordo proposto dovrà rifiutarne la conversione e, eventualmente, decidere di attivare – a

[36] Corte di giustizia, *EPSU, cit.*, par. 49.

[37] Corte di giustizia, *EPSU, cit.*, par. 128-129.

[38] Così S. GARBEN, *The Constitutional (Im)balance between "the Market" and "the Social"* in the European Union, in *Eu Const L Rev*, 2017, p. 23.

[39] S. GARBEN, *Article 151 TFEU*, in M. KALLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds), cit., p. 1394.

[40] Gli accordi conclusi dalle parti sociali sono deferiti alla commissione competente del Parlamento europeo la quale presenterà una proposta di risoluzione al Consiglio in cui raccomanda l'approvazione o la reiezione della richiesta. Allo stesso modo, il Consiglio deciderà se dare o meno attuazione all'accordo collettivo proposto nella forma di direttiva senza intervenire sul testo dello stesso.

seconda del settore – una procedura legislativa ordinaria o speciale in virtù di quanto disposto all'art. 153, par. 2, TFUE. Così facendo, la Commissione, da un lato, si riappropria del diritto di iniziativa legislativa anche sotto il profilo del contenuto dell'atto da proporre; dall'altro, consente al Consiglio e al Parlamento di partecipare attivamente (seppur, nel caso del Parlamento, con un'intensità variabile a seconda della procedura) alla definizione del contenuto dell'atto stesso. Come già osservato, appare invece più criticabile il tentativo di intervenire sul contenuto dell'accordo di cui si è negata la proposta di conversione suggerendo alle parti sociali firmatarie quali modifiche effettuare[41].

Infine, concorrono a confermare la tutela delle prerogative della Commissione anche le parti della sentenza in esame dedicate, rispettivamente, al rispetto dell'obbligo di motivazione della decisione controversa e all'ampiezza del controllo giurisdizionale su tale decisione. Con riguardo all'obbligo di motivazione, la Corte di giustizia ha confermato la decisione del Tribunale secondo cui la motivazione, pur succinta e giunta dopo due anni dalla richiesta di conversione, deve ritenersi conforme alla prescrizione contenuta nell'art. 296 TFUE. In particolare, questa conclusione sarebbe supportata dal fatto che le parti sociali destinatarie della decisione controversa, in ragione della loro posizione e in virtù degli scambi e delle consultazioni preliminari condotte dalla Commissione, erano già a conoscenza del contesto nel quale la decisione di rifiuto sarebbe stata adottata.

Per quanto attiene, invece, all'ampiezza del controllo giurisdizionale sulla decisione controversa, la Corte di giustizia ha ribadito la giurisprudenza consolidata in virtù della quale quando un'istituzione deve effettuare valutazioni complesse, il controllo giurisdizionale è limitato, in linea di principio, alla verifica del rispetto delle regole procedurali e di motivazione, nonché al controllo dell'esattezza materiale dei fatti posti a fondamento ed al controllo dell'assenza di errori di diritto, di errori manifesti nella valutazione dei fatti o di sviamenti di potere[42]. Con riferimento al caso di specie, la Corte di giustizia ha inoltre affermato che la limitazione del controllo giurisdizionale si impone qualora le istituzioni dell'Unione si trovino, da un lato, a tener conto di interessi potenzialmente divergenti e a prendere decisioni che implicano scelte politiche[43].

[41] Non solo, nel quadro del già citato *Better Regulation Package*, il *Toolbox* dedicato alle iniziative delle parti sociali prevede che nel quadro della procedura di cui all'art. 154 TFUE, la Commissione rediga un documento analitico prima di avviare la seconda fase di consultazione che, pur non dovendo indicare una soluzione preferita, consente alla Commissione di influenzare in modo più diretto l'attività delle parti sociali. Sul punto si veda R. PALLADINO, *Equilibrio istituzionale e modelli di partecipazione democratica*, cit., p. 504.

[42] Corte di giustizia, *Chronopost e La Poste/UFEX e a.*, Cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, sentenza del 1° luglio 2008, punto 143 e giurisprudenza ivi citata.

[43] Corte di giustizia, *Germania c. Consiglio*, Causa C-280/93, sentenza del 5 ottobre 1994, punto 91, e *Rica Foods c. Commissione*, Causa C-40/03 P, sentenza del 14 luglio 2005, punto 55.

Il ruolo della Commissione nel settore della politica sociale risulta evidentemente rafforzato dalla sentenza in esame dalla quale emerge la volontà di estendere pienamente il suo ruolo di garante degli interessi generali dell'Unione anche al settore in oggetto. La Commissione viene infatti ritenuta l'(unico) attore legittimato a riconoscere tali interessi e assicurarne il contemperamento con quelli particolari.

La procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE non sfugge a questa dinamica. Di conseguenza, anche questa sorta di potere di veto che alla Commissione viene riconosciuto in via giurisprudenziale e che la legittima a decidere di non dare corso a una richiesta di attuazione di un accordo collettivo trova la sua *ratio* nel ruolo di portatrice degli interessi dell'Unione. Il limitato controllo che le stesse autorità giudiziarie europee ritengono di poter svolgere su questa scelta non fa che confermare la forte autonomia della Commissione e la sua centralità nel processo di identificazione degli strumenti più appropriati per perseguire gli obiettivi dell'Unione e, nel caso di specie, nella regolamentazione del settore della politica sociale per quanto di competenza dell'Organizzazione.

Posto che la Commissione si conferma detentore quasi assoluto del diritto di iniziativa in seno all'Unione, va altresì osservato che questa si trova così a svolgere un ruolo di "mediatore" tra le parti sociali e il Consiglio che pur attivandosi previa richiesta da parte delle prime, viene effettivamente esercitato in piena autonomia. Preme infatti osservare che la Commissione non pare essere chiamata a rispettare il principio di leale collaborazione nei confronti degli attori non statali pur coinvolti formalmente nelle procedure di adozione degli atti in seno all'Unione[44]. Ciò non risulta dal dettato dell'art. 13, par. 2, TUE e non è stato preso in considerazione nella giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia. Invero, ci si potrebbe domandare criticamente se la partecipazione formale delle parti sociali alle procedure decisionali in materia di politica sociale non dovrebbe portare ad estendere il rispetto di detto principio anche nei confronti di queste ultime, nonostante il silenzio dei Trattati in proposito. Un atteggiamento ispirato al principio di leale collaborazione nei confronti delle parti sociali infatti non pregiudicherebbe il ruolo della Commissione di garante dell'interesse generale dell'Unione che essa svolge. Al contrario, potrebbe rafforzare quel dovere di trasparenza che ispira e orienta l'istituzione nello svolgimento delle proprie funzioni nel sistema di adozione degli atti.

Con riguardo alle altre istituzioni politiche europee, il ruolo della Commissione risultante dalla sentenza in esame determina un rafforzamento della sua posizione sia rispetto al Consiglio che al Parlamento. Alla luce della sentenza in esame, infatti, la Commissione – come il Consiglio – possiede la facoltà di

[44] Sul punto R. PALLADINO, *Equilibrio istituzionale e modelli di partecipazione democratica*, cit., p. 382.

bloccare l'attuazione di un accordo collettivo a livello di Unione. Infatti, fermo restando il dovere di agire nel rispetto del principio di leale collaborazione nei confronti del Consiglio, la Commissione, potendo decidere di non presentare la proposta di conversione, sottrae all'altra istituzione la facoltà di valutare (e, eventualmente respingere) detta richiesta.

In un certo senso, si può ritenere che l'interesse generale dell'Unione di cui è portatrice la Commissione prevalga sulla visione del Consiglio che, composto dai rappresentanti degli Stati membri, è portavoce dell'interesse dell'Unione nell'ottica però di questi ultimi.

Infine, è evidente la conferma di una posizione di forza rispetto al Parlamento, il quale, nell'ambito della procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE, viene soltanto informato dopo che la Commissione ha proposto al Consiglio di dare attuazione all'accordo collettivo. Sul punto è importante ricordare che la ragione a fondamento del limitato coinvolgimento dell'istituzione parlamentare doveva essere ricercata nella presunta rappresentatività democratica garantita dalle parti sociali, attori – di fatto – proponenti dell'attuazione di un accordo collettivo a livello di Unione. Alla luce del "nuovo" ruolo delle parti sociali e della Commissione nell'ambito della procedura disciplinata dall'art. 155, par. 2, TFUE che pare ormai essersi configurato, sembrerebbe opportuno un ripensamento del ruolo del Parlamento europeo in modo da assicurare che anche la sua prospettiva venga presa adeguatamente in considerazione. Una rivalutazione della posizione del Parlamento sembrerebbe peraltro necessaria per garantire il rispetto del principio democratico nel corso di questa particolare procedura.

5. Considerazioni conclusive

Al termine di questa breve disanima è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive sull'impatto della decisione in commento nel sistema di produzione normativa in materia di politica sociale e, più in generale, sull'equilibrio istituzionale.

La sentenza in esame tende a consolidare l'orientamento secondo cui la partecipazione delle parti sociali nella regolamentazione della politica sociale si esplica soprattutto attraverso la loro consultazione da parte della Commissione ogni qualvolta questa intenda presentare una proposta in detto settore e, ove si decida in tal senso, per la definizione del contenuto della proposta stessa. Questa conclusione trova piena conferma nelle comunicazioni della Commissione volte a migliorare la qualità della produzione normativa[45], così come nella

[45] Così, ad esempio, Commissione europea, *A New Start for Social Dialogue. Statement of the Presidency of the Council of the European Union, the European Commission and the European Social Partners*, 27 giugno 2016.

prassi che ha visto le parti sociali attivamente coinvolte nella definizione del contenuto di importanti iniziative in materia sociale[46].

Accanto alla consultazione sistematica vi è poi la promozione del dialogo sociale che può condurre alla conclusione di relazioni contrattuali. Nell'ambito dei settori contemplati dall'art. 153 TFUE, i contratti collettivi siglati al termine della procedura disposta dall'art. 155, par. 2, TFUE possono essere eseguiti a livello di Unione ove ne facciano richiesta congiunta le parti firmatarie. Sul punto, la Corte di giustizia ha affermato che l'autonomia delle parti sociali deve essere riconosciuta e garantita soltanto in relazione alla fase di contrattazione, mentre sarebbe esclusa la facoltà di sostituirsi alla Commissione nel chiedere al Consiglio di dare attuazione a un accordo collettivo. Quest'ultima, invece, apparterrebbe esclusivamente alla Commissione, la quale prende la sua decisione svolgendo sia un controllo formale sia un'analisi di impatto complessiva. In effetti, lo svolgimento di questa valutazione, pur potendo condurre alla scelta di non dare seguito alla richiesta di conversione, offre altresì l'opportunità di svolgere un controllo di compatibilità dell'accordo in questione con i diritti fondamentali, in particolare, con l'art. 28 della Carta.

Nell'ambito della procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE va comunque osservato che, una volta superato il vaglio della Commissione, l'accordo collettivo potrà essere eseguito così come adottato dalle parti firmatarie se il Consiglio deciderà in tal senso. Non solo, nel caso in cui la Commissione decida di non dare seguito alla richiesta di attuazione, le parti sociali potrebbero darne applicazione, nel rispetto delle loro specifiche procedure e prassi e di quelle degli Stati membri. In altre parole, il veto che la Commissione può imporre all'attuazione di un accordo collettivo relativo a uno dei settori contemplati all'art. 153, par. 1, TFUE ne blocca sì la conversione in direttiva ma non ne impedisce l'esecuzione ad altri livelli.

Ciò posto, è innegabile che nel corso degli ultimi anni la partecipazione delle parti sociali alla costruzione del cosiddetto pilastro sociale europeo sia stata oggetto di una certa riconfigurazione. Se la (ri)definizione del loro ruolo nell'ambito della procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE appare fondata su argomentazioni solide, non si può non rilevare che ciò non risulti però in

[46] Si veda lo studio finanziato dalla Commissione europea, *Enhancing the Effectiveness of Social Dialogue Articultaion in Europe*, 2019, disponibile al sito https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2019/10/D2.2_EESDA_Stakeholders-views.pdf. La Commissione, inoltre, ha avviato le consultazioni con le parti sociali nel progetto di azione europea sul salario minimo. In argomento si vedano, A. ALAIMO, *Intervento* su «*La questione salariale*», *Riv. Gen. Lav.* – Quaderno 5/2020, Atti del Convegno di presentazione del fascicolo 2/2019 della *RGL*, Bologna, 15 novembre 2019, p. 101; A. LO FARO, *Verso un salario minimo europeo? Il ritorno dell'iniziativa politica della Commissione tra coraggio e temerarietà*, in *LD*, 2020, p. 539 e S. SCIARRA, *Eppur si muove? La strategia della Commissione per rilanciare l'Europa sociale*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, in www.fsjeurostudies.eu., p. 1.

maniera limpida dalla lettera dalla disposizione in questione che, invero, lascia supporre l'esistenza di una prerogativa più ampia peraltro confermata dalla giurisprudenza meno recente della Corte di giustizia. Al contrario, oggi la procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE è ridefinita in un modo che l'avvicina al diritto di iniziativa indiretta dei cittadini e che lascia alla Commissione piena autonomia nel determinare se un accordo collettivo potrà essere oggetto di una conversione in atto di diritto derivato in senso all'Unione. Ciò posto, preme osservare che l'impiego della procedura di cui all'art. 155, par. 2, TFUE sembra rimanere un'ipotesi residuale almeno per quanto concerne l'utilizzo della stessa al fine di introdurre nuovi atti di diritto derivato nell'ordinamento dell'Unione. Non di meno, ci si può domandare se sia sufficiente ai fini della certezza del diritto che il ruolo delle parti sociali sia così riconfigurato *solo* attraverso l'interpretazione della Corte di giustizia o se, invece, non sarebbe opportuno valutare un emendamento della disposizione in oggetto. Peraltro, come osservato nel corso della trattazione, apparirebbe altresì appropriato intervenire sulla procedura in modo tale da assicurare il rispetto dell'equilibrio istituzionale tra le diverse istituzioni coinvolte, con particolare riguardo nei confronti del Parlamento.

Concludendo, il settore della politica sociale si è sempre dimostrato particolarmente delicato. La sentenza in esame ne conferma questa caratteristica e apre diversi scenari i cui sviluppi non possono essere ancora del tutto immaginabili, mantenendo vivo l'interesse sulla politica sociale, uno dei settori più complessi nel quadro dell'integrazione europea.

"RITORNO AL PASSATO CON *REVIREMENT*": BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA N. 240/2021 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

MARTA PICCHI*

Sommario

1. Premessa. – 2. Una pronuncia di inammissibilità. – 2.1. Il quadro normativo di riferimento. – 2.2. Le motivazioni della Corte costituzionale. – 3. La precedente giurisprudenza costituzionale. – 4. Il monito al legislatore: presupposti e contenuto. – 5. Riflessioni sulla forma …. – 6. Segue: … e sui contenuti della pronuncia. – 7. Osservazioni conclusive.

Abstract

This essay carries out some critical reflections regarding sentence no. 240/2021 of the Constitutional Court. In this ruling, the Constitutional Court once again dealt with law no. 56/2014 by carrying out a revirement with respect to the previous decisions. This essay focuses on the position taken by the Constitutional Court with regard to the identification ope legis of the Metropolitan Mayor and the consequent warning it addressed to the lawmaker.

Suggerimento di citazione

M. PICCHI, *"Ritorno al passato con* revirement*": Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 240/2021 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze. Contatto: marta.picchi@unifi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2017
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

La Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della cosiddetta legge Delrio (l. n. 56/2014, recante *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*) con la sentenza n. 240/2021.

Il giudizio *a quo* che ha originato la decisione è stato instaurato da un elettore di un comune ricompreso nel territorio della città metropolitana di Catania affinché fosse accertato il suo diritto a che l'amministrazione della città metropolitana sia conformata anche a mezzo della sua scelta elettorale e sia responsabile nei confronti di tutti gli elettori. Il giudice rimettente ha prospettato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 13, comma 1, e 14 della l. reg. Sicilia n. 15/2015 (*Disposizioni in materia di liberi consorzi comunali e città metropolitane*), come rispettivamente sostituiti dall'art. 4, commi 1 e 2, della l. reg. Sicilia n. 23/2018 (*Norme in materia di enti di area vasta*), e dell'art. 1, comma 19, della l. n. 56/2014, per contrasto con gli artt. 1, 2, 3, 48, 5, 97 e 114 della Costituzione perché il meccanismo di identificazione *ratione officii* tra il sindaco del comune capoluogo e il sindaco della città metropolitana si porrebbe in contrasto col principio democratico, per come esso informa anche le autonomie locali, e tratterebbe in modo irragionevolmente diversificato i cittadini del comune capoluogo della città metropolitana poiché questi, col loro voto, eleggerebbero sia l'organo rappresentativo del comune che quello dell'ente intermedio mentre agli elettori di un comune non capoluogo sarebbe preclusa la possibilità di contribuire a tale elezione. Di conseguenza, si produrrebbe anche la violazione del diritto di voto dei cittadini dei comuni diversi dal comune capoluogo.

Inoltre, il giudice *a quo* ha denunciato anche l'illegittimità costituzionale delle medesime disposizioni statali e regionali per disparità di trattamento che i cittadini dei comuni non capoluogo compresi nella città metropolitana subirebbero rispetto ai cittadini dei comuni non capoluogo compresi in un ente di area vasta provinciale poiché i secondi parteciperebbero comunque, sia pure indirettamente attraverso i sindaci e i consiglieri municipali eletti, all'elezione del presidente della provincia.

Benché la pronuncia in commento presenti molteplici profili di interesse per la dottrina [1], in questa occasione la mia attenzione sarà rivolta

[1] Fra i primi commenti si vedano: S. CECCANTI, *Conclusioni*, in *federalismi.it-paper*, 29 dicembre 2021; 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*, ivi; M. CECCHETTI, *Prime osservazioni sulla sentenza n. 240 del 2021: gli enti di area vasta nell'ordinamento costituzionale tra passato, presente e futuro*, ivi; M. DI FOLCO, *Brevi notazioni sull'organizzazione di governo degli enti di area vasta alla luce della sent. n. 240 del 2021 della Corte costituzionale*, ivi; A. POGGI, *La sentenza 240: un nuovo strappo all'incidentalità del giudizio e un* revirement *sulla legge Delrio*, ivi; G. SCACCIA, *La sentenza 240 del 2021: prime note*, ivi; M. DE DONNO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021 e la legge Delrio: quale futuro per gli enti di area vasta?*, in

principalmente alla posizione assunta dal giudice delle leggi in merito al meccanismo di individuazione *ope legis* del sindaco metropolitano. Tuttavia, mi preme sottolineare come la Corte costituzionale, preliminarmente, si soffermi a lungo sull'esistenza dei requisiti di ammissibilità necessari ai fini della corretta rimessione delle questioni di legittimità costituzionale richiamando le pronunce che, in precedenza, sono state originate da azioni di accertamento aventi ad oggetto la conformità ai principi costituzionali delle condizioni di esercizio del diritto fondamentale di voto nelle elezioni politiche[2]. L'ampiezza della ricostruzione e delle motivazioni formulate mal celano l'obiettivo ultimo della Corte costituzionale: rivedere la sua precedente giurisprudenza che ha contribuito al consolidamento della l. n. 56/2014 a Costituzione invariata.

Il *revirement* è però ottenuto con un "ritorno al passato". Difatti, il giudice delle leggi utilizza argomentazioni in punto di rilevanza della questione che aveva speso nella sentenza n. 1/2014 e finisce così col legittimare di nuovo un accesso diretto[3]. Infatti, la pronuncia di inammissibilità, come vedremo, scaturisce non dalla carenza dei requisiti per l'accesso in via incidentale ma dal fatto che la Corte costituzionale non ha inteso operare interventi manipolativi (né tanto meno ha voluto imporre una scadenza fissa al legislatore dal momento che la presente legislatura volge quasi al termine) optando per un deciso monito al legislatore a intervenire in tempi brevi.

Anche nel rivolgere l'invito al legislatore, la Corte si impegna, più che a impartire coordinate o a sciogliere incertezze, a spiegare le ragioni della "sopraggiunta" dissonanza della l. n. 56/2014 rispetto alla Costituzione con argomentazioni che suscitano alcune perplessità: fra l'altro, in questo come in altri casi, il rischio è di non riuscire a dissipare tutti i dubbi creando, anzi, ulteriore confusione.

federalismi.it, 3/2022, p. 92; F. LEONZIO, *Città metropolitane: attualità e prospettive evolutive sul piano amministrativo e finanziario*, ivi, p. 114; 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*, ivi, p. 204; G.F. FERRARI, *Le Città metropolitane in Italia*, ivi, 4/2022, p. 404.

[2] Cfr. Corte cost., sent. n. 240/2021, cons. dir. §§ 3 e 4.

[3] Critiche sono state espresse da A. POGGI, *La sentenza 240*, cit., p. 2 ss., la quale sottolinea come, a differenza del 2014, in questa occasione non vi sia stata la contestazione di uno specifico risultato elettorale né l'iniziativa sia stata presa per prevenire una lesione poiché non vi è una legge elettorale: ciò che viene contestato è soltanto l'automatismo previsto dalla l. n. 56/2014. Secondo l'Autrice, così facendo la Corte «allarga o restringe il canale di accesso a se medesima, secondo una modalità di procedere che si allontana vistosamente dalle norme che presidiano il giudizio in via incidentale». In maniera altrettanto critica si è espresso S. STAIANO nel suo intervento al Convegno *La sentenza 240 del 2021: la Corte costituzionale e la legge Delrio*, svoltosi in Roma il 20 dicembre 2021 (reperibile in *https://www.youtube.com/watch?v=wEloReJ7MaI*) soffermandosi sui tentativi spesi dalla Corte costituzionale per cercare di dimostrare la mancanza di coincidenza di *petitum* tra il giudizio *a quo* e quello devoluto ad essa al fine di riscontrare la sussistenza del nesso di pregiudizialità tra i due giudizi.

2. Una pronuncia di inammissibilità

2.1 Il quadro normativo di riferimento

Le città metropolitane e le province rappresentano, nella disciplina posta dalla l. n. 56/2014, i due enti di livello intermedio tra comuni e regioni: l'art. 1, comma 5, precisa che le nuove previsioni sono state introdotte in pendenza della riforma del titolo V della Costituzionale e, secondo quanto esplicitato nella Relazione introduttiva al disegno di legge[4], nella prospettiva di una soppressione delle province da realizzarsi con legge di revisione costituzionale. Sempre secondo quanto precisato nella Relazione e richiamato dalla Corte costituzionale, l'obiettivo sotteso alla riforma degli enti di area vasta era di anticipare la realizzazione di «un ordinamento pluralistico caratterizzato da ambiti territoriali direttamente e immediatamente rappresentativi delle proprie comunità (i comuni e le regioni) e da enti a carattere associativo (come le unioni di comuni) o da enti i cui organi sono volutamente composti di sindaci e presidenti di unione (com'è per le città metropolitane). Enti tutti che hanno la funzione non di rappresentare direttamente le rispettive comunità, ma di facilitare e rendere coerente e razionale l'azione degli enti territoriali di primo livello, i comuni compresi nel loro territorio»[5].

Dopodiché la l. n. 56/2014 pone discipline differenti per quanto riguarda le finalità istituzionali dei due enti, le funzioni amministrative fondamentali e la forma di governo.

In particolare, per quanto concerne quest'ultima, la differenza maggiormente significativa consiste nel fatto che il presidente della provincia e il consiglio provinciale sono divenuti organi elettivi di secondo grado. Analogo impianto è contemplato per il consiglio nelle città metropolitane mentre per il sindaco metropolitano è prevista la coincidenza *ope legis* col sindaco del comune capoluogo.

La Regione Sicilia, *ex* art. 14, comma 1, lett. o), dello Statuto, ha potestà legislativa primaria in materia di regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative; inoltre, il successivo art. 15 ha soppresso le circoscrizioni provinciali sostituendole con i liberi consorzi comunali, la cui disciplina rientra pur sempre nella competenza legislativa primaria della Regione. Secondo quanto precisato nell'art. 1, comma 5, l. n. 56/2014, i principi stabiliti in tale legge «valgono come principi di grande riforma economica e sociale per la disciplina di città e aree metropolitane da adottare dalla regione Sardegna, dalla Regione Siciliana e dalla regione Friuli-Venezia Giulia, in conformità ai rispettivi statuti».

[4] Reperibile in *http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0009111.pdf*.
[5] Cons. dir. § 6.1.

La regione Sicilia è intervenuta in materia con la l. reg. n. 15/2015 – più volte modificata e oggetto di censura da parte della Corte costituzionale[6] – e da ultimo è pervenuta a modalità di designazione del sindaco metropolitano che riproducono puntualmente le previsioni contenute nella legge Delrio[7].

2.2 Le motivazioni della Corte costituzionale

Anzitutto, la Corte si occupa della denunciata menomazione del diritto di voto del ricorrente nel giudizio *a quo*, quale elettore residente in un comune diverso dal capoluogo della città metropolitana e, perciò, impossibilitato a partecipare all'elezione del relativo sindaco.

Secondo la Corte la proposta questione muoverebbe da un presupposto interpretativo errato poiché i cittadini residenti nel comune capoluogo, all'atto di eleggere il loro sindaco, non eleggono anche quello della città metropolitana. Il giudice delle leggi recepisce i rilievi dell'Avvocatura generale e sottolinea come la designazione del sindaco metropolitano consegua «direttamente e automaticamente dalla legge, al compiersi di un diverso procedimento elettorale, quello per l'elezione del sindaco del comune capoluogo, in sé conchiuso e che è l'unico rispetto al quale si assiste alla espressione del voto della collettività locale. Anche i cittadini residenti nel comune capoluogo, infatti, non esprimono altra volontà che quella preordinata all'elezione degli organi del comune, con la conseguenza che solo in ragione dell'esteriore consequenzialità tra i due atti si può impropriamente ritenere che il sindaco metropolitano sia eletto solo da una parte dei cittadini residenti nella città metropolitana»[8].

La richiesta del giudice *a quo* di estendere ai cittadini residenti in comuni non capoluogo una disciplina idonea a consentire l'elezione diretta del sindaco metropolitano sarebbe intesa a introdurre un modello di governo del territorio radicalmente differente da quello contemplato dal legislatore del 2014 che ha invece optato per l'individuazione *ope legis* del sindaco metropolitano. L'esito auspicato non è perciò conseguibile per mano della Corte costituzionale perché richiede «un intervento manipolativo precluso a questa Corte, coincidendo

[6] Cfr. Corte cost., sent. n. 168/2018.

[7] Cfr. Corte cost., sent. n. 240/2021, cons. dir. § 6.3.

[8] Cons. dir. § 7.1. In precedenza, la ricostruzione prospettata dal giudice *a quo* era stata suggerita da autorevole dottrina: cfr. A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un* optional, in *Riv. AIC*, 2/2015, p. 15 ss. Successivamente, la dottrina ha evidenziato come, di fatto, la coincidenza *ope legis* delle due cariche fa sì che la campagna elettorale e il programma dei candidati a sindaco del comune capoluogo tengano inevitabilmente conto anche dei temi propri della città metropolitana: di conseguenza, gli elettori del comune capoluogo, al momento del voto, in qualche modo scelgono anche il sindaco metropolitano. Al riguardo si vedano le considerazioni di G. GASPERONI, M. CAPORALE, *Cinque anni dopo. Le disfunzionalità del sistema elettorale e la debole efficacia rappresentativa dei Consigli Metropolitani*, in *federalismi.it*, 26/2021, p. 85 ss. (spec. p. 105 ss.), e di M. DE DONNO, *La sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 98 ss.

con l'introduzione di una "novità di sistema" [...] vale a dire una disciplina idonea a consentire l'elezione diretta del sindaco metropolitano ad opera di tutti i cittadini residenti nel territorio della città metropolitana, ciò che allo stato tuttavia formalmente non avviene, per le ragioni evidenziate, neanche per i cittadini del comune capoluogo»[9]. In particolare, il giudice *a quo* chiede l'introduzione di una nuova legge elettorale ed «è pertanto evidente come l'ambito e i contorni dell'intervento richiesto fuoriescano dalle attribuzioni di questa Corte e siano demandati "soltanto al legislatore nella sua discrezionale valutazione con specifico riferimento agli aspetti anche di natura politica che connotano la materia elettorale»[10].

Secondo la Corte costituzionale, è parimenti inammissibile la questione di legittimità costituzionale in ragione della disparità di trattamento che i cittadini dei comuni non capoluogo presenti nella città metropolitana subirebbero, quanto all'esercizio del diritto di voto, rispetto ai cittadini dei comuni non capoluogo compresi in un ente di area vasta provinciale, i quali partecipano all'elezione del presidente della provincia seppur indirettamente attraverso i sindaci e i consiglieri municipali eletti[11].

La Corte sottolinea come, ancora una volta, il rimettente auspichi una soluzione di tipo manipolativo, finalizzata ad estendere al sindaco metropolitano il meccanismo di elezione di secondo grado contemplato dalla l. n. 56/2014 per il presidente della provincia: anche in questo caso, però, la ricostruzione del quadro normativo di riferimento non sarebbe stata compiuta in maniera corretta. Difatti, la questione non è riferibile ai soli profili concernenti la natura elettiva o meno dell'organo di vertice della città metropolitana ma si estende ad altri aspetti essenziali della forma di governo metropolitana e finisce con l'incidere sul funzionamento complessivo dell'ente di area vasta. Le soluzioni prospettate non sono perciò prefigurabili da parte della Corte costituzionale rientrando, invece, nella discrezionalità propria del legislatore.

Il giudice delle leggi spiega che il meccanismo di individuazione del sindaco metropolitano e il sistema di elezione disciplinati nella l. n. 56/2014 non vanno letti a sé ma nel contesto dell'insieme delle previsioni che disciplinano la forma di governo dei due enti di area vasta. Le soluzioni prospettate dal legislatore sono espressione di un apprezzamento discrezionale compiuto partendo dal «presupposto di una generale diversità dei rispettivi assetti organizzativi e nella prospettiva della abolizione delle province prevista dalla legge di riforma della Costituzione, non entrata in vigore a seguito dell'esito negativo del *referendum* costituzionale»[12]. Ecco che, allora, la forma di governo provinciale abbina

[9] *Ibidem*.
[10] *Ibidem*.
[11] Cons. dir. § 7.2.
[12] *Ibidem*.

l'elettività di secondo grado del presidente con una durata del suo mandato doppia rispetto a quella biennale del consiglio provinciale; inoltre, sono eleggibili a presidente della provincia i soli sindaci il cui mandato scada non prima di diciotto mesi dalla data di svolgimento delle elezioni escludendo un qualsiasi nesso preordinato di continuità personale e funzionale tra il vertice provinciale e il sindaco del comune capoluogo. Invece, nel caso della città metropolitana, non vi è una durata predeterminata per la carica di sindaco metropolitano ma è tendenzialmente quinquennale in ragione dell'immedesimazione *ope legis*. Questa scelta si combina con la durata quinquennale del consiglio metropolitano e la previsione secondo la quale, in caso di rinnovo del consiglio del comune capoluogo, si procede a nuove elezioni del consiglio metropolitano entro sessanta giorni dalla proclamazione del sindaco del comune capoluogo (art. 1, comma 21, l. n. 56/2014). La logica di questo parallelismo è del tutto diversa rispetto a quella della forma di governo provinciale poiché è volta ad assicurare il costante allineamento tra gli organi del comune capoluogo e quelli della città metropolitana. Un'ulteriore peculiarità caratterizzante l'organizzazione delle città metropolitane consiste poi nel fatto che queste, e non anche le province, possono dotarsi di un sistema di elezione diretta del sindaco metropolitano in sede di esercizio della loro potestà statutaria, seppur nel rispetto degli adempimenti procedurali previsti dalla l. n. 56/2014 e sulla base del sistema elettorale disciplinato dal legislatore statale.

Il rimettente ha perciò chiesto alla Corte costituzionale di procedere ad una commistione tra le logiche di funzionamento delle due forme di governo operando un'ibridazione dei meccanismi operativi in materia elettorale per introdurre, a prescindere dalla normativa di contorno, un diverso sistema di elezione del sindaco metropolitano.

Una siffatta scelta – spiega ancora una volta la Corte costituzionale – deve però essere rimessa alla discrezionalità del legislatore che dovrà valutare, nel caso, l'opportunità di un'integrale riforma di sistema: infatti, soltanto al legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, spetta «il compito di stabilire "il nesso di complementarità e integrazione" tra forma di governo dell'ente locale e meccanismo elettorale […] anche alla luce del fatto che "la legge elettorale deve armonizzarsi con la forma di governo, allo scopo di fornire a quest'ultima strumenti adeguati di equilibrato funzionamento"»[13].

3. La precedente giurisprudenza costituzionale

Pronunciata l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che le sono state sottoposte, la Corte costituzionale "fa i conti con il passato", vedremo in che termini, per poter poi rivolgere un monito incisivo al legislatore.

[13] *Ibidem*.

Nella sentenza n. 50/2015[14], la Corte ha dovuto affrontare molteplici questioni di legittimità costituzionale promosse in via d'azione da alcune Regioni pronunciandosi già, come noto, sul meccanismo di identificazione *ratione officii* tra il sindaco del comune capoluogo e il sindaco della città metropolitana. In quell'occasione ha affermato che la natura costituzionalmente necessaria degli enti previsti dall'art. 114 Cost., in quanto costitutivi della Repubblica, e il carattere autonomistico loro riconosciuto dall'art. 5 Cost. non implicano «l'automatica indispensabilità che gli organi di governo di tutti questi enti siano direttamente eletti»[15]. A suffragio di ciò, la Corte ha ricordato di aver già precisato che l'introdotta riforma non ha operato una totale equiparazione tra i diversi livelli di governo territoriale sussistendo la possibilità di diversificare i modelli di rappresentanza politica ai vari livelli. La Corte ha richiamato anche un suo precedente: la sentenza n. 96/1968. In quest'ultima ha avuto modo di affermare la piena compatibilità di un meccanismo elettivo di secondo grado con il principio democratico e con quello autonomistico, escludendo che il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio venga meno in caso di elezioni di secondo grado. Secondo la Corte, non poteva essere invocata neppure l'incompatibilità con l'art. 3[16], comma 2, della *Carta europea*

[14] Fra i molteplici commenti, si rinvia a: L. VANDELLI, *La legge "Delrio" all'esame della Corte: ma non meritava una motivazione più accurata?*, in *Quad. cost.*, 2/2015, p. 393; S. BARTOLE, *Legislatore statale e Corte costituzionale alla ricerca della città metropolitana*, in *Giur. cost.*, 2/2015, p. 456; G.C. DE MARTIN, M. DI FOLCO, *L'emarginazione del principio autonomistico e lo svuotamento delle garanzie costituzionali per le istituzioni provinciali in una sentenza "politica"*, ivi, p. 463; G. SERGES, *L'istituzione delle Città metropolitane, le clausole legislative di auto-qualificazione e l'elettività "indiretta" degli organi istituzionali (a margine della sent. n. 50 del 2015)*, ivi, p. 472; M. BARBERO, E. VIGATO, *Il sindaco di diritto e l'elezione a suffragio universale e diretto nelle città metropolitane*, in *federalismi.it*, 7/2015; G.M. SALERNO, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismo repubblicano di impronta statalistica?*, ivi; A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015. Considerazioni in merito all'istituzione delle città metropolitane*, ivi, 8/2015; A. STERPA, *Un "giudizio in movimento": la Corte costituzionale tra attuazione dell'oggetto e variazione del parametro del giudizio. Note a margine della sent. n. 50 del 2015*, ivi; A. PATRONI GRIFFI, *Le Città metropolitane nel guado costituzionale*, ivi, 14/2016; A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015*, cit.; D. MONE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50/2015 e la Carta europea dell'autonomia locale: l'obbligo di elezione diretta tra principi e disposizioni costituzionali*, in *Forum quad. cost.*, 11 luglio 2015; B. DI GIACOMO RUSSO, *La Corte costituzionale e la legge "Delrio": quale futuro per le Province?*, ivi, 23 ottobre 2015; S. MANGIAMELI, *Province e Città metropolitane nel sistema regionale*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, N. MACCABIANI (a cura di), *Quale rilancio per le autonomie territoriali?,* Giuffrè, Milano, 2020, p. 111 ss.

[15] Corte cost., sent. n. 50/2015, cons. dir. § 3.4.3.

[16] «1. Per autonomia locale s'intende il diritto e la capacità effettiva, per gli enti locali, di regolamentare ed amministrare nei limiti stabiliti dalla legge, sotto la propria responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici. 2. Tale diritto è esercitato da Consigli e Assemblee costituiti da membri eletti a suffragio libero, segreto, paritario, diretto ed universale, in grado di disporre di organi esecutivi responsabili nei loro confronti. Detta disposizione non pregiudica il ricorso alle assemblee di cittadini, al *referendum*, o ad ogni altra forma di partecipazione diretta dei cittadini, qualora questa sia consentita dalla legge.»

dell'autonomia locale – quale parametro interposto, *ex* art. 117, comma 1, Cost. – laddove prevede che almeno uno degli organi collegiali sia ad elezione popolare diretta poiché, secondo la Corte costituzionale, il documento avrebbe un valore «di mero indirizzo» e, in ogni caso, «l'espressione usata dalla norma sovranazionale, nel richiedere che i membri delle assemblee siano "freely elected", ha sì, un rilievo centrale quale garanzia della democraticità del sistema delle autonomie locali, ma va intesa nel senso sostanziale della esigenza di una effettiva rappresentatività dell'organo rispetto alle comunità interessate. In questa prospettiva non è esclusa la possibilità di una elezione indiretta, purché siano previsti meccanismi alternativi che comunque permettano di assicurare una reale partecipazione dei soggetti portatori degli interessi coinvolti»[17]. Per il giudice delle leggi, detti meccanismi erano presenti nella legge Delrio poiché è imposta la sostituzione di coloro che sono componenti *ratione muneris* dell'organo indirettamente eletto, quando venga meno il *munus* e, comunque, la stessa legge dispone che lo statuto della città metropolitana possa prevedere l'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano.

Perciò, la Corte ha ritenuto anche che l'individuazione *ope legis* del sindaco metropolitano non fosse in contrasto, tra gli altri, con gli artt. 3 e 48 della Costituzione poiché la scelta del legislatore «non è irragionevole in fase di prima attuazione del nuovo ente territoriale (attesi il particolare ruolo e l'importanza del comune capoluogo intorno a cui si aggrega la città metropolitana), e non è, comunque, irreversibile, restando demandato, come detto, allo statuto di detta città di optare per l'elezione diretta del proprio sindaco»[18].

Successivamente, con la sentenza n. 168/2018[19], la Corte costituzionale è intervenuta di nuova sulla legge Delrio rafforzandola significativamente anche oltre quanto affermato nella sentenza n. 50/2015 e nonostante che l'intervento del legislatore, secondo l'art. 1, comma 5, sia dichiaratamente provvisorio «[i]n attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione» e il gruppo di norme relative all'istituzione e disciplina delle città metropolitane dovesse essere inteso come «funzionale al

[17] *Ibidem*.

[18] Cons. dir. § 3.4.4.

[19] A commento della pronuncia si vedano: S. AGOSTA, *Se in tema di elezione diretta degli organi di area vasta la Regione Siciliana gioca con la coda del leone (a margine di Corte cost. sent. 168/2018)*, in *Reg.*, 5-6/2018, p. 1189; C. CIPOLLONI, *I confini della potestà ordinamentale delle Regioni speciali tra esigenze di carattere unitario e principio di differenziazione*, in *Giur. cost.*, 4/2018, p. 1772; R. DI MARIA, *Il proverbiale "rigore a porta vuota": la Consulta si pronuncia sulla l.r. Sicilia n. 17/2017 in materia di ordinamento degli Enti di area vasta (breve nota a Corte cost., sent. 168/2018)*, in *Dir. reg.*, 3/2018; F. GIUFFRÈ, *Regione siciliana:* speciale*, ma non troppo. Con la sentenza 168/2018 la Corte chiude all'elezione diretta nelle Città metropolitane e nei Liberi consorzi (la posizione della Regione siciliana nel giudizio costituzionale)*, ivi; A. SAITTA, *A volte non tornano perché … non possono più tornare: i presidenti e i consigli delle Città Metropolitane e dei Liberi consorzi comunali siciliani e la loro impossibile elezione diretta. Commento a Corte cost. n. 168/2018*, ivi.

prefigurato disegno finale di soppressione delle province con fonte legislativa di rango costituzionale […], con la loro conseguente eliminazione dal novero degli enti autonomi riportati nell'art. 114 Cost., come, del resto, chiaramente evincibile dall'*incipit* contenuto nel comma 51 dell'art. 1»[20] della legge Delrio.

In particolare, nella pronuncia del 2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. da 1 a 6 e 7, lettere b), c) ed e), della l. reg. Siciliana n. 17/2017, recante *Disposizioni in materia di elezione diretta del Presidente del libero Consorzio comunale e del Consiglio del libero Consorzio comunale nonché del Sindaco metropolitano e del Consiglio metropolitano*, nelle parti in cui prevedevano: un procedimento elettorale a suffragio universale e diretto per il presidente del libero consorzio comunale, per il sindaco metropolitano, per il consiglio del libero consorzio comunale e per il consiglio metropolitano; un numero di componenti del consiglio del libero consorzio comunale e del consiglio metropolitano superiore a quello previsto dalla legislazione statale; un'indennità di carica per il presidente del libero consorzio comunale e per il sindaco metropolitano pari a quella spettante al sindaco del comune capoluogo del relativo libero consorzio comunale o della relativa città metropolitana; la cessazione degli organi e la gestione commissariale degli enti di area vasta nelle more dell'insediamento degli organi dei liberi consorzi comunali e delle città metropolitane eletti a suffragio universale.

Anzitutto, la pronuncia ha inteso consolidare quanto affermato nel 2015[21], ribadendo il dovere del legislatore statale, *ex* art. 114 Cost., di procedere all'istituzione dell'ente territoriale città metropolitana: questa esigenza costituzionale fonda di conseguenza la competenza legislativa statale all'istituzione del nuovo ente che non potrebbe avere modalità di struttura e disciplina diversificate da Regione a Regione poiché il disegno costituzionale presuppone livelli di governo che abbiano una disciplina uniforme, almeno per gli aspetti essenziali.

Ha così ribadito che l'intervento di riordino delle province e di istituzione delle città metropolitane compiuto con la l. n. 56/2014 è da ricondurre nell'art. 117, comma 2, lett. p), della Costituzione. Questa ricostruzione viene però utilizzata per ampliare sensibilmente i limiti riferibili alla potestà legislativa delle regione Sicilia: difatti, ritenendo che il modello di governo di secondo grado costituisca uno degli aspetti essenziali del complesso disegno riformatore, giunge ad affermare che detti meccanismi di elezione indiretta degli organi di vertice dei nuovi enti di area vasta siano funzionali al perseguimento dell'obiettivo «di semplificazione dell'ordinamento degli enti territoriali, nel quadro

[20] Cons. dir. §§ 3 e 4: inoltre, la Corte costituzionale ha cura di ribadire che le funzioni delle province sono contemplate nei commi da 85 a 96 dell'art. 1, l. n. 56/2014, «nelle more della riforma del Titolo V della Costituzione» (§ 5.3).

[21] Le due pronunce, del 2015 e del 2018, sono state redatte dal medesimo Giudice costituzionale.

della ridisegnata geografia istituzionale, e contestualmente rispondono ad un fisiologico fine di risparmio dei costi connessi all'elezione diretta»[22]. Le stesse molteplici e gravose condizioni contemplate dal legislatore del 2014 per derogare all'elezione indiretta degli organi di vertice delle città metropolitane sono, secondo la Corte, «sintomatiche dell'importanza che riveste, nella prospettiva del mutamento della geografia istituzionale e della semplificazione dell'ordinamento degli enti locali, la previsione sull'istituzione degli enti di secondo grado, quale aspetto-cardine del nuovo sistema»[23].

La pronuncia di incostituzionalità è stata perciò giustificata per il contrasto con le disposizioni sulla elezione indiretta di tutti gli organi territoriali – compresi quelli dei liberi consorzi comunali, nati dalla riconfigurazione delle soppresse circoscrizioni provinciali, *ex* art. 15 Statuto Sicilia – contenute nella l. n. 56/2014 che devono essere intese come principi di grande riforma economico-sociale e, quindi, quali limiti all'esercizio delle competenze legislative regionali di tipo esclusivo: ancora una volta una soluzione spiccia e priva di adeguata motivazione[24].

Difatti, la Corte ha dilatato il limite riferibile alle Regioni a statuto speciale andando oltre l'autoqualificazione compiuta dal legislatore che, *ex* art. 1, comma 5, seconda parte, l. n. 56/2014, ha riconosciuto il valore di principi di grande riforma economica e sociale soltanto ai principi relativi alla disciplina di città e aree metropolitane. Inoltre, si tratta di un ampliamento anche perché l'espressione utilizzata può intendersi riferita solamente al nuovo assetto geografico-istituzionale e funzionale e non alla disciplina elettorale[25], giusto quanto affermato nella stessa sent. n. 50/2015. Invece, proprio la configurazione del modello di governo di secondo grado e della disciplina elettorale come essenziali rispetto al complesso disegno riformatore viene utilizzata dalla Corte per estendere il nucleo dei principi di grande riforma economico-sociale contemplato nella legge Delrio altresì al meccanismo di elezione degli organi di governo degli enti riformati[26] e a riferirlo anche agli organi istituzionali provinciali (e dei liberi consorzi comunali).

[22] Corte cost., sent. n. 168/2018, cons. dir. § 4.3.

[23] *Ibidem*.

[24] In particolare, A. SAITTA, *A volte non tornano*, cit., p. 10 ss., evidenzia la contraddizione in cui incorre la Corte costituzionale: difatti, per un verso, per i liberi consorzi comunali occorre continuare ad avere come principale riferimento il modello consortile configurato nell'art. 15 Statuto ma, per un altro verso, si devono prendere egualmente come parametri interposti nel giudizio di costituzionalità le norme contenute nella l. n. 56/2014 per le province. In questa maniera, la Corte non fa altro che omologare i liberi consorzi comunali al modello delle province contemplato nella legge Delrio svuotando definitivamente di significato l'art. 15 Statuto.

[25] Cfr. R. DI MARIA, *Il proverbiale "rigore a porta vuota"*, cit., p. 17 ss.

[26] F. GIUFFRÈ, *Regione siciliana*, cit., p. 19 ss., esprime puntuali e convincenti critiche alla riconduzione del meccanismo di elezione degli organi di governo degli enti di area vasta tra le istanze di carattere unitario espresse dalla l. n. 56/2014.

Nel ragionamento compiuto dalla Corte è come se la competenza statale *ex* art. 117, comma 2, lett. p), Cost. unitamente ai principi inderogabili in materia di coordinamento della finanza pubblica (ossia il fisiologico fine di risparmio dei costi connessi all'elezione diretta) consentissero di qualificare tutte le previsioni contemplate dalla l. n. 56/2014 come principi di grande riforma economica-sociale[27] lasciando sullo sfondo il problema della rappresentatività: quasi come se quest'ultimo fosse un principio di minor valore rispetto alle esigenze di contenimento della spesa pubblica. Non solo, per questa via la Corte ha esteso ulteriormente i vincoli riferibili alle Regioni a statuto speciale senza possibilità di deroga. Difatti, la Corte ha ritenuto che la gratuità nell'esercizio delle funzioni costituisca un profilo conseguenziale del principio di elezione indiretta degli organi di vertice dei ridisegnati enti territoriali, finalizzato a ridurre la spesa corrente e a razionalizzare i costi degli enti locali; ad analoghe finalità risponderebbero le soglie numeriche contemplate per i componenti del consiglio provinciale e per il consiglio metropolitano poiché le relative previsioni si inseriscono pur sempre nel processo di ridimensionamento degli enti di area vasta come enti di secondo grado rappresentando uno dei fondamentali passaggi attuativi della riforma[28].

Come è stato osservato, con questa seconda pronuncia la Corte costituzionale ha ricondotto la struttura di tutti gli enti di area vasta della regione Sicilia nei parametri descritti nella l. n. 56/2014 interpretando il limite dei principi di grande riforma economico-sociale «in modo da perseguire un indirizzo di riaccentramento e di compressione delle autonomie locali»[29].

4. Il monito al legislatore: presupposti e contenuto

Adesso, la Corte costituzionale ritiene però che il sistema attualmente previsto per la designazione del sindaco metropolitano non sia più in sintonia con le coordinate ricavabili dal testo costituzionale sia con riferimento al contenuto essenziale dell'eguaglianza del voto, «che "riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e […] concorre inoltre a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative» che con riguardo all'assenza di strumenti idonei a garantire «meccanismi di responsabilità politica e [i]l relativo potere di controllo degli elettori locali»[30].

Prima di passare a spiegare i motivi della sopraggiunta dissonanza, la Corte costituzionale ha cura di precisare che l'esclusione di un *vulnus* appariva giustificabile nel 2015, a ridosso dell'adozione della normativa di riforma

[27] Cfr. cons. dir. §§ 2.1 e 4.3.
[28] Cfr. cons. dir. §§ 6 e 7.
[29] F. GIUFFRÈ, *Regione siciliana*, cit., p. 4.
[30] Corte cost., sent. n. 240/2021, § 8.

dell'organizzazione e delle funzioni degli enti di area vasta, considerato il particolare ruolo e l'importanza del comune capoluogo intorno al quale si aggrega la città metropolitana e la necessità di consentire l'immediata operatività di tali enti, tenuto conto che la scelta non era irreversibile potendo gli statuti delle città metropolitane optare per l'elezione diretta del proprio sindaco. Tuttavia, la sintonia con la Costituzione è venuta meno «in considerazione del tempo trascorso e di una pluralità di ragioni legate agli sviluppi intervenuti a seguito dell'adozione della disciplina in questione»[31].

Il giudice delle leggi individua due motivi per i quali è maturato il contrasto con la Costituzione. Anzitutto, non è più invocabile il fatto che gli statuti delle città metropolitane possano optare per l'elezione diretta del sindaco metropolitano: oltre alla complessità dell'iter procedurale cui dovrebbe sottostare il comune capoluogo, tale eventualità è impraticabile perché il legislatore statale non ha ancora disciplinato il relativo sistema elettorale né sussistono, al momento, proposte di legge pendenti innanzi al Parlamento. Quindi, appare più gravosa la giustificabilità della mancata elettività del sindaco metropolitano.

In secondo luogo, la Corte rileva come l'attuazione della legge Delrio abbia risentito della mancata approvazione del disegno di riforma costituzionale cui essa dichiaratamente si ricollegava. Di conseguenza, il meccanismo prefigurato di designazione del sindaco metropolitano sarebbe stato privato del suo necessario presupposto e cioè l'operare delle città metropolitane come unici enti di area vasta, cui sarebbero stati devoluti primariamente compiti di coordinamento delle funzioni dei comuni del territorio e di pianificazione strategica.

La Corte ritiene perciò che la perdurante operatività delle province e l'attribuzione ad esse di determinate funzioni fondamentali e non di mero coordinamento analogamente a quanto accade, al momento, anche per le città metropolitane «rend[a] pertanto urgente un riassetto degli organi di queste ultime, risultando del tutto ingiustificato il diverso trattamento riservato agli elettori residenti nel territorio della città metropolitana rispetto a quello delineato per gli elettori residenti nelle province»[32]. Valutazione questa che sarebbe rafforzata altresì dal fatto che il territorio delle città metropolitane coincide con quello delle province soppresse: ciò significa che non si è optato per una differenziazione delle comunità di riferimento in ragione di criteri di efficienza e funzionalità, secondo quanto sarebbe necessario, *ex* art. 114 Cost., per fare in modo che i due enti in parola siano in grado di curare al meglio gli interessi dei territori di riferimento.

La Corte costituzionale rimanda alla discrezionalità del legislatore il compito di predisporre le soluzioni normative in grado di porre rimedio al

[31] *Ibidem*.
[32] *Ibidem*.

contrasto evidenziato con il contenuto essenziale del diritto di voto dei cittadini destinatari dell'esercizio del potere di indirizzo politico-amministrativo dell'ente e la responsabilità politica dei suoi organi verso gli elettori. Inoltre, la Corte ha premura di redarguire il legislatore avvertendolo che, sebbene sussistano una pluralità di possibili soluzioni quanto alla natura dell'elezione, diretta o indiretta, oppure ai possibili raccordi fiduciari tra organo consiliare e sindaco metropolitano, è necessario un sollecito «intervento legislativo in grado di scongiurare che il funzionamento dell'ente metropolitano si svolga ancora a lungo in una condizione di non conformità ai richiamati canoni costituzionali di esercizio dell'attività politico-amministrativa»[33].

5. Riflessioni sulla forma …

Il modo in cui la Corte costituzionale si discosta dalla precedente giurisprudenza suscita delle perplessità vecchie e nuove. Anzitutto, in quest'ultima parte della pronuncia richiama soltanto la sentenza n. 50/2015 e non anche la n. 168/2018 che, come abbiamo visto, ha contribuito a consolidare l'efficacia della l. n. 56/2014. Sicuramente, rispetto alle affermazioni contenute nella seconda pronuncia, sarebbe stato più difficile trovare argomentazioni che potessero avere una qualche plausibilità; inoltre, è come se la Corte, nel tentativo di discostarsi dalla pregressa giurisprudenza, non riuscisse a sbarazzarsi completamente del passato[34].

I riferimenti al fatto che la prima pronuncia è stata resa a ridosso della riforma degli enti di area vasta e per consentirne l'immediata operatività non appaiono sufficienti visti i valori costituzionali – uguale godimento del diritto di voto e responsabilità politica degli organi degli enti di governo – in gioco. Del resto, come indicato nella stessa sentenza n. 50/2015, questa pronuncia è stata resa parametrandola non sulla Costituzione ma su una riforma costituzionale che era ancora in alto mare e che poi non ha superato il *referendum* costituzionale del dicembre 2016: allora, meglio sarebbe stato che la Corte costituzionale si fosse subito concentrata nel ricostruire i profili di contrasto sussistenti senza cercare di riconoscere e attribuire nuove giustificazioni alla pronuncia del 2015 anche e soprattutto per evitare di creare altre incertezze.

Inoltre, come già detto, la Corte continua a misurare la compatibilità della disciplina vigente con la probabilità di futuri interventi, stavolta, del legislatore ordinario.

[33] *Ibidem*.

[34] Invece, M. CECCHETTI, *Prime osservazioni*, cit., p. 2, ritiene che la pronuncia sia stata resa «in una cornice e con toni di grandissimo equilibrio e – verrebbe da dire – di apprezzabilissimo "garbo" istituzionale».

6. Segue: … e sui contenuti della pronuncia

La Corte, come primo motivo del sopraggiunto contrasto con la Costituzione, afferma che la possibilità di optare per l'elezione diretta del sindaco metropolitano per scelta statutaria è divenuta impraticabile.

Un siffatto ragionamento appare però non del tutto coerente perché presuppone, anzitutto, la completa fungibilità fra l'elezione diretta del sindaco metropolitano e la designazione di diritto del medesimo e, in secondo luogo, che sia nella disponibilità del consiglio metropolitano la scelta del meccanismo di investitura senza tener conto del fatto che vi sono in gioco dei valori costituzionali.

Dopodiché, la Corte costituzionale imputa gli esiti dell'attuazione dei contenuti della legge Delrio e della sua sintonia costituzionale, ancora una volta, alla mancata riforma costituzionale. Difatti, la designazione *ope legis* sarebbe stata funzionale all'operare delle città metropolitane quali unici enti di area vasta, cui sarebbero stati devoluti «primariamente compiti di coordinamento delle funzioni dei comuni del territorio e di pianificazione strategica»[35]. Non essendo andata a buon fine la riforma costituzionale, le province continuano ad essere enti costituzionalmente necessari titolari di funzioni fondamentali non di mero coordinamento, analogamente alle città metropolitane: la conseguenza è che le diverse modalità di investitura degli organi dei due enti di area vasta determinano una disparità di trattamento fra gli elettori residenti nei rispettivi territori.

Anche in questo caso, l'affermazione della Corte costituzionale desta delle perplessità perché ancora una volta il ragionamento è in funzione di una riforma che non c'è stata[36]. Inoltre, è discutibile perché se anche la riforma costituzionale fosse andata a buon fine vi sarebbe comunque stata una dissonanza fra la l. n. 56/2014 e i parametri costituzionali[37]. Difatti, avremmo avuto enti di area vasta non più costituzionalmente necessari – le province – caratterizzati per l'elezione di secondo grado degli organi di vertice ed enti di area vasta costituzionalmente necessari – le città metropolitane – per i quali la possibile elezione diretta del sindaco metropolitano sarebbe stata rimessa all'apprezzamento del consiglio metropolitano (e del legislatore statale).

A tutto ciò si aggiunga che, in ogni caso, i dubbi sulla compatibilità del meccanismo *ope legis* descritto nella l. n. 56/2014 con i parametri costituzionali

[35] Cons. dir. § 8.

[36] Cfr. A. STERPA, *"Le città (metropolitane) invisibili"*, cit., p. 21. A parere di chi scrive, ancora una volta vale l'osservazione fatta poc'anzi: la Corte marca la distinzione fra il contesto in cui ha espresso la prima pronuncia e quello attuale per legittimare la svolta giurisprudenziale ed evitare di fare i conti con la sentenza n. 168/2018, anch'essa resa però quando la vicenda della riforma costituzionale era ormai chiusa da tempo.

[37] Cfr. G. BOGGERO, *Dopo il referendum costituzionale*, cit., p. 5.

discendono comunque anche dal fatto che la città metropolitana svolge funzioni non di solo coordinamento bensì attività politico-amministrativa[38].

7. Osservazioni conclusive

Nel sollecitare l'intervento del legislatore la Corte costituzionale indica in maniera esplicita la necessità di rimediare al solo *vulnus* dell'individuazione *ope legis* del sindaco metropolitano data la mancata rappresentatività di quest'ultimo e la conseguente compromissione dell'uguale godimento del diritto di voto dei cittadini e la necessaria responsabilità politica degli organi di vertice dell'ente.

L'ampia possibilità di scelta da parte del legislatore è però condizionata dal tipo di intervento e dalla configurazione che sceglierà di dare, in generale, agli enti di area vasta e, in particolare, alla città metropolitana.

La soluzione più immediata è quella di estendere il medesimo procedimento contemplato nella l. n. 56/2014 per le province e che, in qualche maniera, nel raffronto che la Corte costituzionale svolge fra queste e le città metropolitane sembra legittimare. Tuttavia, questa soluzione finirebbe con lo svuotare ulteriormente di significato l'introduzione delle città metropolitane confermando il vizio di origine in cui è incorso il legislatore statale nel momento in cui ha fatto coincidere il territorio delle istituite città metropolitane con quello delle soppresse province indebolendo la natura e la vocazione delle prime perché non ha tenuto conto della corrispondenza con i confini delle effettive aree metropolitane in una prospettiva economico-sociale.

È proprio a questo riguardo che la Corte precisa come l'art. 114 Cost. richieda una necessaria differenziazione fra i due enti secondo opportuni criteri di efficienza e funzionalità per far sì che ciascuno possa curare al meglio gli interessi del territorio[39]. Ancorché la Corte costituzionale niente dica esplicitamente, è come se, in questo raffronto fra città metropolitane e province, vi fosse una sorta di constatazione del ruolo svolto fattivamente dalle province e che potrebbe essere ulteriormente rafforzato vista la loro necessarietà.

La diversità di connotati dovrà perciò essere realizzata rapportando la vocazione e le funzioni loro attribuite alla forma di governo e al sistema di scelta

[38] Al riguardo, M. DI FOLCO, *Brevi notazioni*, cit., p. 4, ha opportunamente rimarcato che la stessa scelta del modello di ente di area vasta da realizzare – provvisto di mere funzioni di coordinamento delle attività comunali o anche di funzioni sovracomunali – e della relativa forma di governo non dovrebbero rientrare nella disponibilità del legislatore ordinario poiché, stante la lettera della Costituzione, città metropolitane e province hanno funzioni fondamentali e proprie nonché poteri normativi e autonomia finanziaria del tutto omogenei con quelli dei comuni.

[39] Secondo S. CECCANTI, *Conclusioni*, cit., p. 2, la Corte vuole spingere il legislatore a riflettere su un possibile recupero del modello di città metropolitana configurato nella l. n. 142/1990, recante *Ordinamento delle autonomie locali*, e ritiene che, se venisse utilizzato quel modello, sarebbe allora possibile pensare anche ad un'elezione diretta del sindaco metropolitano.

degli organi di vertice poiché quando un ente territoriale costitutivo della Repubblica esercita funzioni di amministrazione attiva, in quanto ente esponenziale di una determinata collettività, occorre un'investitura almeno indiretta o di secondo grado da parte dei cittadini per garantire la responsabilità degli organi di vertice verso gli elettori.

La necessità di un quadro ben delineato e di una sollecita ridefinizione degli enti di area vasta è resa ancora più urgente dal momento che stiamo vivendo. Come noto, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) contempla sei ambiti di intervento: gli enti locali saranno coinvolti in ciascuna di queste missioni e, in particolare, in tema di transizione ecologica, di salute, di inclusione e coesione sociale. L'effettiva riduzione dei divari territoriali dipenderà molto dall'adeguatezza delle strutture amministrative e tecniche degli enti locali che, però, rappresentano una realtà ben variegata, caratterizzata da capacità ben differenti. Gli enti di area vasta, città metropolitane e anche province, possono svolgere un ruolo significativo di supporto verso i comuni ma anche nell'individuazione delle peculiarità e carenze strutturali relativamente ai servizi e alle infrastrutture attraverso un'attenta mappatura delle caratteristiche dei singoli territori. Per realizzare gli obiettivi di efficienza, qualità e riduzione delle disuguaglianze territoriali è necessaria un'intensa attività di collaborazione e coordinamento fra i diversi livelli territoriali per delineare politiche congiunte: città metropolitane e province, opportunamente ripensate, possono contribuire significativamente nel realizzare queste finalità.

Ecco che, allora, proprio le Regioni a statuto speciale potrebbero anticipare il legislatore statale suggerendo possibili soluzioni, come è già accaduto in passato, che soddisfino le indicazioni della Corte costituzionale.

Intanto, le previsioni della legge Delrio in materia di individuazione del sindaco metropolitano non possono più essere invocate come principi di grande riforma economico-sociale visto il prospettato contrasto con la Costituzione. Inoltre, in ragione dei richiami – sia nella sentenza n. 50/2015 che nella sentenza n. 240/2021 – alla pronuncia n. 96/1968, occorre tornare ad una corretta interpretazione in ordine allo spazio normativo delle Regioni a statuto speciale riconoscendo loro – in forza della competenza legislativa regionale esclusiva – la possibilità di scegliere il meccanismo elettorale nel rispetto degli artt. 3 e 48 della Costituzione[40].

[40] Con la sentenza n. 96/1968 la Corte costituzionale si è espressa proprio sul sistema di elezione di secondo grado previsto, prima, per il sistema di amministrazione straordinaria delle province siciliane e, successivamente, per i liberi consorzi di comuni: cfr. F. GIUFFRÈ, *Regione siciliana*, cit., p. 6 ss. In particolare, l'Autore ricorda fra l'altro come le ll. reg. Sicilia n. 7/1992 (*Norme per l'elezione a suffragio popolare del sindaco. Nuove norme per l'elezione dei consigli comunali, per la composizione degli organi collegiali dei comuni, per il funzionamento degli organi provinciali e comunali e per l'introduzione della preferenza unica*) e n. 26/1993 (*Nuove norme per l'elezione con suffragio popolare del presidente della provincia regionale. Norme per l'elezione dei consigli delle province regionali, per la*

Prima di procedere nella scelta del sistema elettorale bisogna però riflettere su quanto contemplato all'art. 3, comma 2, della *Carta europea dell'autonomia locale*. Nella sentenza in commento la questione non è stata affrontata mentre nel 2015 il palese contrasto con l'art. 117, comma 1, della Costituzione è stato liquidato frettolosamente attraverso un percorso argomentativo non articolato e poco convincente giacché assertivamente la Corte ha riconosciuto al documento valore di mero indirizzo. Per questa via, occorrerebbe invece introdurre di nuovo l'elezione diretta del consiglio metropolitano e di quello provinciale (e del consiglio del libero consorzio comunale) anche perché le ragioni addotte nella sentenza n. 96/1968 appaiono oramai datate e superate dalle sentenze nn. 347 e 348 del 2007.

composizione ed il funzionamento degli organi di amministrazione di detti enti. Norme modificative ed integrative al T.U. approvato con d.P.Reg. 20 agosto 1960, n. 3, ed alla legge regionale 26 agosto 1992, n. 7) hanno anticipato l'elezione diretta dei sindaci e dei presidenti delle province rispetto alla successiva evoluzione maturata per gli enti locali a livello nazionale, proprio in ragione della potestà legislativa esclusiva *ex* artt. 14 e 15 dello Statuto.

SE LA QUALITÀ DELLA LEGISLAZIONE È PRESA SUL SERIO … NOTE SPARSE SU UN RECENTE PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO SU UN "ANOMALO" REGOLAMENTO IN DELEGIFICAZIONE

GIOVANNI TARLI BARBIERI*

Sommario

1. Considerazioni introduttive: un parere rilevante nell'attuale stagione di crisi del potere regolamentare. – 2. L'art. 6, comma 5, del d.l. 80/2021: una delegificazione autorizzata da un decreto-legge. – 3. Segue: una delegificazione per più profili "torsiva". – 4. L'omessa indicazione dell'individuazione delle disposizioni abrogate nella fonte primaria alla luce dei contenuti dello schema di regolamento. – 5. La natura del decreto ministeriale di cui all'art. 6, comma 6, del d.l. 80/2021. – 6. La natura del termine per l'adozione del regolamento di delegificazione. – 7. Conclusioni: la speranza che il parere non rimanga isolato.

Abstract

The contribution focuses on a recent opinion of the Advisory Section for Regulatory Acts of the Council of State, recently published, on a draft government regulation. The opinion presents aspects of undoubted interest, tackling important issues relating to the identification of regulatory power and the limits of delegation, at a time when the contents of Article 17 of Law 400/1988 and the attempt to bring secondary regulatory acts of the Executive under this provision are in crisis.

Suggerimento di citazione

G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione è presa sul serio … Note sparse su un recente parere del Consiglio di Stato su un "anomalo" regolamento in delegificazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: giovanni.tarlibarbieri@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Considerazioni introduttive: un parere rilevante nell'attuale stagione di crisi del potere regolamentare

Il parere della Sezione consultiva per gli atti normativi, recentemente pubblicato, su uno schema di regolamento governativo recante «Individuazione e abrogazione degli adempimenti relativi ai piani assorbiti dal piano integrato di attività e organizzazione ai sensi dell'articolo 6, comma 5, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113»[1] presenta aspetti di indubbio interesse, affrontando tematiche rilevanti, relative, in particolare, all'identificazione del potere regolamentare e ai limiti della delegificazione, in una stagione che vede una crisi conclamata dei contenuti dell'art. 17 della l. 400/1988 (si è parlato di una *débâcle* istituzionale al riguardo[2]) e del tentativo di ricondurre a tale disposizione degli atti normativi secondari dell'Esecutivo[3].

Prima di affrontare tali tematiche è da richiamare fin d'ora la rilevanza dell'attività consultiva del Consiglio di Stato[4] ai fini non solo della tutela della legittimità della normazione secondaria del Governo ma anche della «correttezza tecnico-giuridica delle singole disposizioni (a livello di *drafting* e di coerenza interna delle disposizioni) nel caso di ogni atto normativo sottopostogli per il parere»[5].

Si può allora affermare che i pareri della Sezione consultiva per gli atti normativi costituiscono un importante presidio a tutela della qualità della normazione. Emblematico, in questo senso, è il parere sullo schema di d.P.C.M. in

[1] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, rinvenibile in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[2] B. CARAVITA, *La* débâcle *istituzionale della potestà normativa del Governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti*, in *www.federalismi.it*, 2017, n. speciale 2, pp. 1 ss.

[3] Sul punto, per tutti, U. De SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'articolo 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Dir. pubbl.*, 1996, pp. 63 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 39 ss.; A. PIZZORUSSO, *La nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge 400/1988*, in P. CARETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 245 ss.

[4] Risulta così confermato dalla prassi quanto sostenuto all'indomani dell'istituzione della sezione consultiva per gli atti normativi in forza dell'art. 17, comma 28, della l. 127/1997: l'espressione di un parere sull'esercizio dell'attività normativa del Governo avrebbe assunto un rilievo crescente per «la sempre maggiore complessità del sistema delle fonti», destinata a porre «quesiti sempre più delicati sulla dimensione e la natura del fenomeno giuridico, imponendo una riflessione non appiattita sul mero dato normativo»: O. ROSELLI, *L'attività della nuova sezione consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 240.

[5] E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, 2ª ed., Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p. 154. Sul punto cfr. anche C. MIGNONE, *Profili di tecnica della legislazione nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 199 ss.; P.G. LIGNANI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato nell'emanazione delle norme giuridiche*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'italia*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 108 ss.; A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti, alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, *ivi*, pp. 137 ss.

materia di «Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione»[6], nel quale la rilevanza istituzionale della qualità della normazione è affermata anche nell'ottica di «aumentare la trasparenza delle stesse decisioni [...] e la certezza del diritto, quale fattore di crescita e di sviluppo economico e sociale del Paese»[7].

Non è un caso allora che proprio a tutela di tale valore la Sezione consultiva per gli atti normativi si è atteggiata in non pochi casi, e tra questi quello in esame, come una sorta di "co-autrice" dell'attività normativa[8].

In questo senso, colpisce positivamente come il Consiglio di Stato nel parere oggetto del presente contributo critichi esplicitamente la relazione allo schema di d.P.R. nella parte in cui dà conto della richiesta di esenzione dall'analisi di impatto della regolamentazione, *ex* art. 7, comma 1, del d.P.C.M. 169/2017. Sul punto, la Sezione consultiva osserva, non infondatamente, che l'assenza dell'AIR è scarsamente giustificata, perché «motivata con una clausola di stile, laddove l'impatto diretto e indiretto dell'operazione è invece prevedibilmente imponente, secondo un obiettivo appunto lodevole ma con modalità non sempre perspicue»[9].

2. L'art. 6, comma 5, del d.l. 80/2021: una delegificazione autorizzata da un decreto-legge

In premessa, è da sottolineare che il d.l. 80/2021, uno degli atti legislativi previsti dal PNRR, in linea con la prassi più recente[10], autorizza l'adozione, oltre che del regolamento di delegificazione oggetto del parere, anche di 6 d.P.C.M., 4 decreti ministeriali e 8 provvedimenti di altra natura.

Correttamente, il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati, nel parere sul disegno di legge di conversione, ha evidenziato criticamente dubbi circa il rispetto dell'immediata applicazione delle misure contenute nel decreto legge. Tale limite, previsto testualmente dall'art. 15, comma 3, della l.

[6] Il regolamento è stato successivamente pubblicato con d.P.C.M. 169/2017 («Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione»).

[7] Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 7 giugno 2017, n. 807, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[8] F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 96.

[9] Come si legge nel parere, il rilevante impatto del regolamento è attestato anche dalle posizioni espresse dalle Autonomie in seno alla Conferenza unificata «che lo hanno chiaramente evidenziato in sede istruttoria (si veda, ad esempio, la esplicita affermazione dell'UPI in tal senso) e hanno condotto a un'intesa condizionata al differimento del termine di adozione e a una "attuazione progressiva" del Piano»: Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, p. 5.

[10] Per tutti, R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *www.rivistaaic.it.*, 2014, n. 2; F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 84 ss.

400/1988, sia pure con alcune oscillazioni, è ritenuto dal giudice delle leggi espressivo di un limite riconducibile al dettato costituzionale (Corte cost., sentt. 220/2013)[11]. Nel caso di specie, la mancata adozione del regolamento di delegificazione impedisce "a valle" l'emanazione del decreto ministeriale di cui al comma 6 e quindi non consente l'adozione del Piao, vanificando il disegno riformatore insito nell'art. 6 del d.l. 80/2021[12].

Più in generale, rimangono tutti i dubbi legati a una delegificazione (come si dirà, per più profili anomala), autorizzata da un decreto-legge[13]: la giurisprudenza costituzionale non ha ancora affrontato *ex professo* la questione, avendo lasciata impregiudicata «ogni considerazione sulla correttezza della prassi di autorizzare l'emanazione di regolamenti di delegificazione tramite decreto-legge (come è avvenuto nel caso in esame) e lasciando impregiudicata ogni valutazione sulle procedure di delegificazione non conformi al modello previsto dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, quale è quella prevista dalla disposizione impugnata, che non determina «le norme generali regolatrici della materia», né indica espressamente le norme di rango primario da ritenersi abrogate con effetto dalla data di entrata in vigore dei regolamenti di delegificazione» (sent. 149/2012)[14].

Eppure, una presa di posizione del giudice delle leggi sarebbe importante, visti i problemi posti dal decreto-legge quale fonte di autorizzazione alla delegificazione, nonostante che, come osservato dalla dottrina sul punto, questa fonte ormai da anni sia frequentemente utilizzata per introdurre processi di

[11] Peraltro la Corte ha specificato in pronunce successive che un decreto-legge ben può fondarsi sulla necessità di provvedere con urgenza «anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito» (sentt. 16, 170 e 236/2017, 5/2018, 97/2019; 149/2020).

[12] Nel parere si legge infatti che «l'avvio della fase attuativa dell'intero intervento di riforma è, dunque, l'emanazione del regolamento di delegificazione in oggetto, strumento concepito dal legislatore della l. n. 400 del 1988 proprio come strumento di semplificazione. Nello specifico, al d.P.R. il cui schema è qui in esame è consegnato il compito funzionale alla creazione delle condizioni normative perché il Piao possa operare come effettivo strumento di semplificazione per l'azione e per l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni»: Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., pp. 4-5.

[13] In particolare, F. CERRONE, *La delegificazione che viene dal decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2078 ss.; A.A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1997, p. 12; L. GENINATTI SATÉ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 903; A. CELOTTO, *Decreto-legge ed attività del Governo (nella XIV legislatura)*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, Eum, 2006, pp. 86 ss.; A. MASTROPAOLO, *Delegificazione mediante procedure atipiche e mediante atti diversi dalla legge formale*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 103 ss.; G. MOCAVINI, *Decreti-legge, delegificazione e attribuzione di potere regolamentare al governo*, in questa *rivista*, 2016, n. 3, pp. 8 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge*, cit., pp. 90 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 242; S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 103.

[14] *Considerato in diritto*, n. 4.2. Su tale pronuncia, in particolare, S. CALZOLAIO, *Del co-ordinamento civile: il mezzo giustifica il fine?*, in *Le Regioni*, 2012, pp. 1145 ss., in particolare pp. 1149 ss.

delegificazione (anche se poi in non pochi casi il Governo non dà attuazione agli stessi[15]).

Lo schema di regolamento oggetto del parere si fonda sull'art. 6 del d.l. 80/2021 (convertito, con modificazioni, dalla l. 113/2021) che introduce per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001, salvo alcune eccezioni (cfr. *infra*, par. 3), il Piano integrato di attività e organizzazione (Piao), «per assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa e migliorare la qualità dei servizi ai cittadini e alle imprese e procedere alla costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi anche in materia di diritto di accesso» (comma 1).

Si tratta di una misura ispirata ad una *ratio* di semplificazione e razionalizzazione del funzionamento delle pubbliche amministrazioni[16], nell'ottica di ricondurre a un unico strumento di pianificazione di durata triennale (aggiornato ogni anno, entro il 31 gennaio) contenuti in precedenza propri di piani *ad hoc* (tra questi, il piano triennale dei fabbisogni, il piano della *performance*, il piano di prevenzione della corruzione, il piano organizzativo del lavoro agile)[17].

Ai sensi del comma 5 dello stesso art. 6, «entro il 31 marzo 2022, con uno o più decreti del Presidente della Repubblica, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono individuati e abrogati gli adempimenti relativi ai piani assorbiti da quello di cui al presente articolo».

Infine, il successivo comma 6 dispone che «entro il medesimo termine di cui al comma 5, con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, è adottato un Piano tipo, quale strumento di supporto alle amministrazioni di cui al comma 1. Nel Piano tipo sono definite modalità semplificate per l'adozione del Piano di cui al comma 1 da parte delle amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti».

[15] Sul punto, cfr. già A. SIMONCINI, *La delegificazione nei decreti-legge: un'introduzione*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011, pp. 162 ss.; G. MOBILIO, *L'attuazione e la funzione della delegificazione autorizzata dai decreti-legge*, *ivi*, pp. 165 ss.; A. SIMONCINI, *Decreti-legge e delegificazione: la "fine della storia"? Alcune riflessioni della XVI Legislatura*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 677 ss. Sulle difficoltà di adozione dei regolamenti ex art. 17 della l. 400/1988 cfr. *infra*, par. 5.

[16] In questo senso, si veda la relazione al disegno di legge di conversione: Senato della Repubblica, XVIII legislatura, disegno di legge n. 2272 («Conversione in legge del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, recante misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia»), *Relazione*, p. 12.

[17] Senato della Repubblica, XVIII legislatura, disegno di legge n. 2272, cit., pp. 12-13.

Si tratta di due disposizioni evidentemente connesse, al punto che, forse opinabilmente, come si legge nel parere in commento, «lo schema di decreto del Presidente della Repubblica di individuazione e abrogazione degli adempimenti relativi ai piani assorbiti è stato elaborato sulla base del contenuto del Piano tipo»[18].

3. Segue: una delegificazione per più profili "torsiva"

Il disegno riformatore desumibile dall'art. 6 del d.l. 80/2021 è espressamente condiviso dal parere in commento[19].

Sul fine, quindi, si potrebbe dire, *nulla quaestio*. Sui mezzi utilizzati, invece, emergono più aspetti criticabili che il Consiglio di Stato evidenzia con grande chiarezza, tanto che non pare una forzatura definire il parere in commento come favorevole ma con motivazione contraria.

Un primo rilievo è rivolto in realtà non tanto allo schema di d.P.R. ma al dettato legislativo che, come si è accennato, demanda al regolamento l'individuazione e l'abrogazione degli «adempimenti relativi ai piani assorbiti da quello di cui al presente articolo».

È evidente l'assoluta improprietà della formulazione del dato normativo, imputabile, probabilmente, alla fretta con il quale è stato redatto il decreto-legge: in effetti, al regolamento non può essere demandata l'individuazione e l'abrogazione di "adempimenti" ma di norme legislative vigenti, come si evince dalla *ratio* stessa della delegificazione e dal tenore letterale dell'art. 17, comma 2, della l. 400/1988. Peraltro, questa improprietà di formulazione, sulla quale curiosamente il Comitato per la legislazione della Camera non si è pronunciato, determina un dubbio interpretativo di fondo, messo bene in evidenza nel parere: la formulazione legislativa «lascia aperto il dubbio se essa debba essere interpretata nel senso che il regolamento in esame ha l'effetto non già di abrogare le norme indicate ma di determinare la loro inefficacia in quanto relative ad adempimenti, da ritenere ormai inutili o superati in quanto inerenti a piani assorbiti nel PIAO, o ancora di lasciare vigenti le norme solo per alcuni destinatari, cui non si applica l'art. 6 del d.l. n. 80»[20]. Ma ancora si potrebbe dubitare se l'individuazione sia, per così dire, "strumentale" alla conseguente abrogazione ovvero se essa possa anche in alcuni casi determinare la conferma di

[18] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 4. In effetti, il decreto ministeriale avrebbe dovuto essere concepito dopo il regolamento governativo e non prima, pena il "ribaltamento" dei rapporti tra le due fonti (cfr. anche infra, par. 3 e 5).

[19] «L'intervento, così descritto, merita il più alto apprezzamento da parte di questo»: Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 5.

[20] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 8.

taluni adempimenti (e in tal caso, si tratterebbe di un regolamento avente una natura, per così dire, mista o "eventualmente delegificante"[21]).

L'art. 6, comma 5, del d.l. 80/2021 appare quindi un esempio di «patologica oscurità» che una accorta applicazione delle regole di tecnica legislativa avrebbe potuto evitare[22].

Un secondo rilievo riguarda la tecnica di delegificazione, formulata in modo del tutto irrituale rispetto all'art. 17, comma 2, della l. 400/1988 che, pur essendo contenuto in una legge ordinaria, delinea un modello conforme al principio di legalità e di preferenza della legge, in quanto rispettoso dei «limiti costituzionali del rapporto tra Parlamento e Governo stabilendo prescrittivamente l'ambito ed il ruolo normativo di entrambi gli attori istituzionali»[23]. In questo senso, anche qualora si ritenga che esso possa essere derogato dal legislatore successivo, rimane il fatto che queste deroghe non possono essere tali da consentire una drastica erosione di detti principi[24]; e ciò a maggior ragione perché, anche al di là del caso in esame, la delegificazione non costituisce uno strumento né tecnico né neutrale presentando «*un preciso costo in termini di tasso di democraticità del sistema*», se non altro perché essa preclude sia l'intervento del corpo elettorale attraverso il referendum abrogativo, sia il sindacato di legittimità costituzionale (limitato, come è noto, alla legge di autorizzazione)[25].

Certo, la dottrina ha messo in evidenza da anni le deroghe sistematiche al modello contenuto nella l. 400/1988 nella "stagione della delegificazione", inaugurata dalla l. 537/1993 e successivamente radicatasi nelle c.d. leggi Bassanini[26].+

[21] Si tratta peraltro di una categoria già nota: per alcuni esempi sia consentito un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 187 ss.

[22] E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa*, cit., p. 36, che si richiama sul punto a F. LONGO, A. MASTROPAOLO, F. PALLANTE, *Incertezze derivanti dalla ineliminabile, ma non adeguatamente contenuta, oscurità linguistica delle disposizioni legislative*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato*, cit., pp. 43 ss.

[23] G. DEMURO, *Le delegificazioni nelle leggi nn. 59 e 127/1997: «Il fine giustifica i mezzi»?*, in U. De SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1997*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 246.

[24] Per tutti, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 356, secondo il quale leggi che si limitino ad attribuire "in bianco" poteri regolamentari delegificanti «saranno sospettabili d'illegittimità costituzionale; e non già perché il comma in esame funga per sé solo da parametro dei giudizi della Corte, ma in quanto il mancato rispetto dei criteri che lo informano potrebbe rappresentare il sintomo di un aggiramento della Costituzione, relativamente al riparto dei poteri normativi fra il Parlamento e il Governo». Peraltro, come è noto, la giurisprudenza costituzionale sul punto non offre esempi significativi.

[25] P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un* factotum, in M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa*, cit., p. 11.

[26] Sul punto, per tutti, sia consentito un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *L'attività regolamentare*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, Il Mulino, 2019, in particolare pp. 174 ss.

Tuttavia, anche rispetto alle devianze già studiate nelle leggi di delegificazione degli anni precedenti, il parere ravvisa «una torsione ulteriore»[27], con riferimento all'oggetto della delegificazione e alla mancata indicazione delle «norme generali regolatrici della materia»[28].

Nel caso di specie, infatti, la delegificazione consiste, come detto, nell'individuazione e abrogazione degli adempimenti relativi ai piani assorbiti dal Piao. Il legislatore quindi, da una parte, omette del tutto l'indicazione delle «norme generali regolatrici della materia» e, dall'altra, demanda al regolamento l'individuazione delle disposizioni recanti adempimenti relativi ai piani assorbiti dal Piao, che si intendono abrogate. Anzi, l'indicazione delle disposizioni abrogate è, in questo caso, l'oggetto del regolamento che quindi «agisce solo "in negativo", astenendosi dal recare una "disciplina della materia" che si dovrà perciò desumere per sottrazione dagli adempimenti abrogati (*rectius* aboliti) o comunque adeguati»[29].

Sul primo punto, unici vincoli al regolamento possono essere individuati, a volere essere benevoli, nel comma 1 dell'art. 6 del d.l. 80/2021, ai sensi del quale il Piao è adottato «nel rispetto delle vigenti discipline di settore e, in particolare, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 e della legge 6 novembre 2012, n. 190», nonché, indirettamente, nel comma 2, che reca l'elencazione dei contenuti del piano stesso. Ma non è chi non veda come il richiamo a interi plessi normativi, per di più vasti e perciò assai articolati al loro interno, non possa costituire un "equivalente sistemico" dell'espressa previsione delle «norme generali regolatrici della materia»; né tali riferimenti possono in concreto "guidare" il Governo nell'adozione del regolamento[30].

A dimostrazione dell'evidente carenza di prescrizioni orientative per il regolamento è il parere in commento il quale sembra rinvenire una sorta di "surrogato" delle «norme generali regolatrici della materia» nel decreto ministeriale di cui al già richiamato art. 6, comma 6, dello stesso d.l. 80/2021, qualificato come «*pars construens*» del disegno di delegificazione, essendo rinvenibile in esso «la concreta definizione di quello che sarà (non solo lo schema di Piano Tipo, bensì) il quadro di riferimento per le pubbliche amministrazioni assoggettate al Piao, andando in tal modo a integrare, anzi sostanzialmente a

[27] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 7.

[28] Anche a questo proposito non si può non rilevare come il Comitato per la legislazione della Camera non abbia eccepito alcunché su questi aspetti.

[29] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., *ivi*.

[30] Anche a seguire l'orientamento dottrinale il quale ammette che «le disposizioni di principio possano essere talora ricavate da altre leggi vigenti, anche indipendentemente da un esplicito rinvio ad esse»: A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca – Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 2011, p. 624.

comporre, le scarne indicazioni offerte dall'art. 6 del decreto-legge n. 80 del 2021 in merito alle finalità da perseguire e alle stesse norme generali regolatrici del Piao»[31].

Una tale ricostruzione, se ha il pregio di tentare di individuare punti di riferimento di una disciplina oggetto di una normativa primaria alquanto carente, finisce però, al di là delle intenzioni, per assecondare una sorta di "delegificazione delle norme generali regolatrici della materia" che stravolge profondamente la *ratio* dell'istituto quale codificato nella l. 400/1988, oltre a snaturare i rapporti tra le fonti secondarie (il decreto ministeriale ponendosi, in qualche modo, quale presupposto di un regolamento governativo)[32].

Con riferimento poi alla "delega" al regolamento dell'individuazione delle disposizioni legislative abrogate, si è osservato come si tratti «di fatto incostituzionale. Ma, anche ammesso che sia conforme a Costituzione, deve però concedersi che in questo modo ci si allontana molto dal principio di legalità, fino a ridurlo ad apparenza senza sostanza. L'ordinamento che ammette tale forma di delegificazione non si ispira, almeno nella parte *de qua*, al principio di legalità, o comunque lo riduce al minimo, restando lontanissimo dal massimo»[33].

Certo, in generale si può anche ammettere l'ipotesi che una disposizione legislativa, autorizzando una delegificazione, non individui precisamente le disposizioni abrogate ma solo a patto che la precisa determinazione delle «norme generali regolatrici della materia» sia tale da consentire un'univoca individuazione delle disposizioni stesse. Tuttavia, come detto, l'art. 6, comma 5, del d.l. 80/2021 non soddisfa questo requisito, finendo per sostanziarsi in una mera autorizzazione "in bianco" all'esercizio del potere regolamentare.

Nel caso di specie, poi, come è correttamente osservato nel parere, lo stesso riferimento all'abrogazione contenuto nella disposizione in esame appare improprio: come si è ricordato, infatti, il Piao dovrà essere adottato da tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001[34],

[31] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., pp. 8-9.

[32] Come è noto, l'art. 17 fonda una sorta di gerarchia interna al potere regolamentare, laddove stabilisce (comma 3) che «i regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo».

[33] G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 275.

[34] Ai sensi di tale disposizione «per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica

tranne le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative, e quelle fino a cinquanta dipendenti (per queste ultime sono previste modalità semplificate per l'adozione del Piao). In questa sede non è possibile soffermarsi sui non pochi dubbi posti da una non precisa individuazione delle amministrazioni escluse[35], salvo però evidenziare che per queste ultime «i piani interessati dagli interventi abrogativi o soppressivi cesserebbero di essere previsti»[36]; per questo, opportunamente il parere qualifica la sorte delle disposizioni relative ai piani in questione come «cessazione di efficacia»: «La questione non è terminologica, ma di sostanza: se sono abrogate le norme di legge, queste non potranno essere applicate neppure per le amministrazioni espressamente escluse o non incluse nel novero degli enti di cui al d.lgs. 165 del 2001, a meno che se ne disponga una (parziale) ultrattività posteriore all'abrogazione, soluzione invero adottata in passato ma in via solo eccezionale e dinanzi a condizioni di necessità ma non commendevole, in generale nell'ordinato svolgimento del rapporto tra fonti normative»[37]. Viceversa, la qualificazione come «cessazione di efficacia» consente di assecondare la *ratio* dell'art. 6, comma 5, del d.l. 80/2021, ovvero la soppressione di adempimenti ormai inutili alla luce dell'introduzione del Piao ma ancora prescritti per le amministrazioni escluse dalla riforma[38].

4. L'omessa indicazione dell'individuazione delle disposizioni abrogate nella fonte primaria alla luce dei contenuti dello schema di regolamento

Il regolamento finisce quindi per non essere affatto limitato nelle sue determinazioni dalla fonte primaria, dando quindi luogo a seri dubbi di legittimità

della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

[35] Sul punto, il parere afferma che la delimitazione non è risolutiva: «Soprattutto, essa non appare del tutto adeguata a risolvere le difficoltà che da sempre circondano la possibile riconduzione di numerosi soggetti che, agli effetti di molte discipline generali e di settore, si riconoscono comunque partecipi di una natura pubblica, non solo nel novero delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001»: Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 21.

[36] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., *ivi*.

[37] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., pp. 22-23. Posto che l'abrogazione determina la cessazione di vigenza degli atti investiti dall'abrogazione, la cessazione di efficacia, che in senso lato potrebbe avvicinarsi alla deroga, ne limita l'applicazione: per tutti, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, pp. 102 ss.

[38] Il parere ricorda altresì la proposta, formulata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ai fini dell'intesa espressa dalla Conferenza unificata il 9 febbraio 2022 (il testo è rinvenibile in *www.regioni.it*) che chiedeva l'inserimento nel regolamento di una disposizione volta a precisare gli adempimenti in materia di anticorruzione cui sarebbero stati tenuti gli enti esclusi dall'applicazione del Piao: Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 22.

costituzionale di quest'ultima[39]. In tal modo, la delegificazione più che appiattirsi sulla delega legislativa, come in altri casi[40], finisce per dare luogo a mero conferimento di potere normativo, mancando in concreto ogni contenuto sostanziale nella fonte primaria; e ciò appare tanto più grave alla luce del fatto che la fonte abilitante è, sua volta, un atto del Governo.

L'art. 6, comma 5, del d.l. 80/2021 conferma quindi il rilievo, autorevolmente sostenuto quasi venti anni fa, secondo il quale «finché si continuerà a percorrere la via delle attribuzioni anomale di potestà innovativa della legislazione vigente, attraverso clausole abilitanti scritte frettolosamente e di difficile interpretazione ed inoltre approvate dalle camere ancora più in fretta […], la dottrina e la giurisprudenza incontreranno gravi difficoltà nel qualificare l'ambito delle potestà normative attribuite di volta in volta al governo o ai ministri e i destinatari delle norme poste in essere dall'esecutivo»[41].

Nel caso di specie, poi, la mancata individuazione in sede legislativa delle disposizioni abrogate ha generato anche notevoli problemi nella redazione del regolamento.

Il parere si diffonde analiticamente sui problemi dello schema di regolamento su questo punto, definendo il lavoro di abrogazione «piuttosto "conservativo"» e limitato «ad "abrogare quanto appare chiaramente inutile", mentre la logica dovrebbe essere quella – inversa – di "conservare soltanto ciò che è davvero indispensabile" per migliorare il servizio per i cittadini e le imprese»; in questo senso, il Consiglio di Stato mostra di condividere l'approccio dell'amministrazione «purché esso risulti limitato alla sua fase di prima applicazione». Lo schema di regolamento osserva poi che «solo alcuni piani sono oggetto […] di abrogazioni espresse e, in taluni casi, di modifiche soppressive che hanno la capacità di condurre alla caducazione dell'intera disciplina di rango primario che li prevedeva e li disciplinava»[42], mentre «per altri piani […] le abrogazioni e le modifiche disposte dallo schema di regolamento in esame non sono altrettanto esaustive, lasciando residuare porzioni di disciplina primaria o

[39] Quantomeno a prendere sul serio quelle pronunce della Corte costituzionale nelle quali il giudice delle leggi allude espressamente al principio di legalità sostanziale che le disposizioni legislative delegificanti debbono rispettare (così, ad esempio, sentt. 200/2009; 279/2012).

[40] Sull'appiattimento tra delega e delegificazione nella prassi normativa successiva all'entrata in vigore della l. 400/1988, cfr., per tutti, E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, Giappichelli, 1999; S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 369 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. 202 ss., A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rass. parl.*, 1998, pp. 188 ss.; G. SILVESTRI, *«Questa o quella per me pari sono ...». Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, Plus, 2006, pp. 173 ss.

[41] A.A. CERVATI, *Delegificazione*, cit., p. 20.

[42] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 11.

riferimenti ad essi da parte di altre norme legislative, in relazione alle quali paiono opportuni completamenti e chiarimenti al fine di non complicare il riconoscimento del quadro normativo di riferimento per le pubbliche amministrazioni assoggettate al Piao, salvi gli ulteriori adeguamenti e coordinamenti resi necessari dalle indicazioni fornite dal decreto ministeriale di adozione del Piano tipo»[43].

Il parere quindi si diffonde sui relativi problemi raccomandando un approfondimento complessivo del lavoro di abrogazione[44], finalizzato, in particolare, a chiarire l'estensione di disposizioni non espressamente soppresse, a stabilire raccordi con la disciplina sostanziale e le disposizioni relative ai contenuti dei piani confluiti nel Piao e, infine, a chiarire la perdurante vigenza di disposizioni di carattere procedurale non coinvolte espressamente dall'abrogazione[45].

Rimane un ultimo punto che non è oggetto di rilievi da parte del Consiglio di Stato: l'art. 2 dello schema di regolamento reca «modifiche di disposizioni normative vigenti», disponendo soppressioni o modifiche di parole o proposizioni di altre norme primarie in funzione di coordinamento ovvero al fine di espungere il riferimento agli adempimenti assorbiti, per sostituirli con l'indicazione della relativa sezione/sottosezione del Piao.

La scelta del Governo pone sicuramente un problema non solo di qualità redazione: la modifica di parole o proposizione di atti normativi primari ad opera di una fonte secondaria dà luogo ad un atto di incerta qualificazione nel quale convivono parti "legislative" e parti "regolamentari", con tutti i problemi conseguenti anche in punto di sindacato sull'atto[46].

[43] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 12.

[44] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., pp. 12 ss.

[45] A tale ultimo proposito, con riferimento al Piano della *performance*, il parere raccomanda l'inserimento di una disposizione volta a confermare la vigenza dell'art. 16 del d.lgs. 150/2009 che impone un accordo da sottoscrivere in sede di Conferenza unificata per l'attuazione delle disposizioni in materia di ottimizzazione della produttività delle pubbliche amministrazioni, quanto agli enti territoriali e alle amministrazioni del servizio sanitario nazionale: Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 13.

[46] Sul punto, per tutti, A. CELOTTO, *La «frammentazione dell'atomo» (dei decreti-legge che modificano atti regolamentari)*, in *Rass. parl.*, 1997, pp. 461 ss.; G. D'AMICO, *La rilegificazione tra «riserva» di regolamento e principio di legalità ovvero la tartaruga e il piè veloce Achille*, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra parlamento e governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 677 ss.

5. La natura del decreto ministeriale di cui all'art. 6, comma 6, del d.l. 80/2021

Un ulteriore interessante profilo analizzato nel parere in commento è dato dalla natura del decreto ministeriale con il quale, ai sensi dell'art. 6, comma 6, del d.l. 80/2021 è definito, previa intesa in sede di Conferenza unificata, il piano-tipo.

Sul punto, richiamato quanto già affermato nel par. 3 a proposito del ruolo fondamentale giocato dal decreto ministeriale, il parere ha buon gioco nell'affermare la natura regolamentare dello stesso, con ciò disattendendo la diversa qualificazione operata dall'amministrazione[47].

Le ragioni individuate dal Consiglio per affermare il carattere normativo di tale decreto sono rinvenibili nelle seguenti: al decreto ministeriale è affidata l'individuazione dei piani destinati a confluire nel Piao «anche a questi effetti così colmando e, per taluni profili, integrando le laconiche indicazioni offerte sul punto dall'art. 6 del decreto-legge e, a questi effetti, dallo stesso schema di regolamento di delegificazione»[48]; allo stesso decreto è demandata altresì la disciplina applicabile alle amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti[49] e, implicitamente, altri precetti conformativi rivolti a tutte le pubbliche amministrazioni, anche perché, come si legge nel parere, «a considerare diversamente, si aprirebbero interrogativi anche in merito a quella che sarebbe l'effettiva capacità prescrittiva del decreto ministeriale nei confronti di amministrazioni pari ordinate, segnatamente del livello statale (interrogativi che non si propongono, invece, con la stessa intensità nei confronti degli enti territoriali, solo perché quantomeno attratti nel processo decisionale tramite lo strumento dell'Intesa sancita in Conferenza Unificata)»[50].

In definitiva, è il carattere largamente attuativo dei contenuti del decreto-legge e, in qualche misura, condizionante le stesse scelte del regolamento di delegificazione che giustificano la tesi fatta propria dal parere.

Anche a prescindere dalla valorizzazione, forse eccessiva, del decreto ministeriale da parte del Consiglio di Stato, la natura normativa dello stesso può essere affermata alla luce dei contenuti dell'art. 6, comma 6, e, in particolare

[47] In effetti, il parere riferisce che lo schema di decreto ministeriale è stato inviato dall'amministrazione solo «"per completezza di trattazione"»: Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 8.

[48] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 9.

[49] Sul punto, sia consentito di osservare un dubbio interpretativo relativo al combinato disposto dei commi 1 e 6 del d.l. 80/2021: la prima disposizione estende il Piao alle pubbliche amministrazione con più di cinquanta dipendenti, mentre la seconda demanda al decreto ministeriale la definizione di modalità semplificate per l'adozione del Piao da parte delle amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti; rimangono in tal modo prive di una disciplina espressa le amministrazioni che abbiano esattamente cinquanta dipendenti.

[50] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 9.

dal fatto che il decreto in questione è chiamato a definire «modalità semplificate per l'adozione» del Piao per le pubbliche amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti.

Non è questa la sede per affrontare organicamente le questioni relative all'identificazione degli atti normativi e, in particolare, dei regolamenti, alla stregua dei contenuti dell'art. 17 della l. 400/1988, che valorizza i criteri formali di individuazione di questa fonte[51].

In questo senso, non si può che valutare molto positivamente il parere, che si inserisce in una stagione di rinnovate "fughe dal regolamento", peraltro imputabili non solo, per così dire, alla cattiva volontà dell'Esecutivo[52]. Tali fenomeni, nonostante una giurisprudenza ordinaria e amministrativa piuttosto oscillante e ancora fondata su indici diversi ma tra i quali spiccano quelli tradizionali della generalità e dell'astrattezza[53], contribuiscono ad alimentare caos e disordine nel panorama delle fonti secondarie.

La crisi dell'applicazione dell'art. 17 della l. 400/1988 ha favorito l'emersione di una congerie di atti sostanzialmente normativi, spesso autorizzati, come in questo caso, da decreti legge o da decreti legislativi ma in violazione delle prescrizioni di tale disposizione[54].

In attesa di interventi di riforma, a parere di chi scrive urgenti oltre che auspicabili[55], l'attività consultiva del Consiglio di Stato può risultare fondamentale allo scopo quantomeno di recuperare l'autorevole insegnamento secondo il quale «in quanto costitutivi del diritto oggettivo, gli atti regolamentari prevalgono sugli "altri" (e veri e propri) atti amministrativi, assolvendo le loro disposizioni e le norme da essi prodotte, al pari di quelle delle leggi formali, la funzione di "parametro" della legittimità di questi ultimi»[56].

Un ultimo rilievo attiene al concetto stesso di "piano tipo". Esso è concepito dall'art. 6, comma 6, del d.l. 80/2021 in primo luogo quale «strumento di supporto alle amministrazioni» tenute a dotarsi del Piao. Si tratta di una scelta opportuna soprattutto nella prima applicazione della riforma, laddove i

[51] Sul punto, cfr. *supra*, nt. 3.

[52] Infatti, un peso significativo è da ascrivere al procedimento di approvazione dei regolamenti, la cui complessa articolazione fa sì che i tempi di approvazione di questi ultimi siano comparabili con quelli della legge e, ovviamente, più lunghi rispetto a quelli dei decreti legge: per tutti, M. MASSA, *I regolamenti ministeriali*, in *www.federalismi.it*, 2017, n. speciale 2, pp. 1 ss.

[53] Si veda, in particolare, Cons. Stato, ad plen., 4 maggio 2012, n. 9, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 2409 ss.

[54] Per tutti, da ultimo, N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *www.federalismi.it – Focus Fonti*, 2017, n. 3, pp. 1 ss.

[55] Anche nella prospettiva del riordino della normazione, qualificato dal Pnrr come una delle riforme abilitanti (parte 2A).

[56] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale.* II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, Cedam, 1993, p. 140.

problemi anche organizzativi per le amministrazioni sicuramente non mancheranno.

Rimane però il rischio di un appiattimento tendente all'uniformizzazione delle soluzioni e, in definitiva, di una meccanica riproduzione dei contenuti del piano-tipo che certamente finirebbe per snaturare il senso profondo della riforma, oltre a costituire uno strumento ulteriore di limitazione delle autonomie costituzionalmente garantite. A tale proposito, non è inutile richiamare quanto è stato affermato con riferimento al fenomeno analogo dei regolamenti-tipo destinati a Comuni e Province: «Questa tecnica desta perplessità proprio perché delle due l'una: o la materia richiede o consente una disciplina uniforme, generalmente ed astrattamente stabilita per tutto lo Stato o per tutta la Regione, ed allora tanto varrebbe cancellare il potere regolamentare locale, anziché ridurlo a pura finzione; o vi è lo spazio per una disciplina differenziata delle situazioni locali, ed allora la previsione del "regolamento-tipo" può celare una violazione dell'autonomia comunale e provinciale, la quale dovrebbe appunto manifestarsi, essenzialmente, nel differenziare e specializzare la disciplina amministrativa in relazione alle concrete peculiarità del contesto di ciascun comune o di ciascuna provincia»[57].

6. La natura del termine per l'adozione del regolamento di delegificazione

Un ultimo punto, non trattato dal parere in oggetto, attiene al termine (31 marzo 2022) entro il quale avrebbe dovuto essere adottato il regolamento di delegificazione, ormai già scaduto alla data di conclusione del presente lavoro. La "giurisprudenza consultiva" del Consiglio di Stato ed anche la Corte dei conti hanno interpretato il termine, eventualmente previsto dalla legge per l'adozione di un regolamento, come meramente sollecitatorio; ed in questo senso è, univocamente, la prassi[58].

Si tratta però di un orientamento che ha suscitato qualche dubbio. In primo luogo, non si può escludere una diversa ricostruzione del termine come riferibile alle «norme generali regolatrici della materia» o, comunque, a un limite alla delegificazione, in quanto espressione di un potere normativo che deve essere inquadrato alla luce del principio secondo il quale «fuori dalle materie o dalle discipline costituzionalmente riservate alla legge, la legge stessa *dispone della competenza regolamentare*»[59]. In secondo luogo, come è stato autorevolmente osservato, in particolare con riferimento alle delegificazioni generiche che, come quella in esame, demandano al regolamento l'abrogazione delle disposizioni legislative previgenti, «l'idoneità del regolamento ad abrogare quelle

[57] V. ANGIOLINI, *Regolamenti degli enti locali*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, Treccani, 1995, p. 11.

[58] Cfr. sul punto già E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, cit., pp. 62 ss. e, volendo, in precedenza, G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, cit., pp. 243-244.

[59] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 355.

disposizioni non potrebbe che ricondursi alla *qualità* stessa del potere conferito», cosicché «a prescindere dai dubbi di costituzionalità che toccano questo fenomeno, essendo diverso tale potere dal normale potere regolamentare del Governo, la sua sottoposizione ad un termine non potrà non avere carattere perentorio in considerazione, appunto, della sua eccezionalità»[60]. Tale tesi presuppone poi l'impossibilità di estendere, con successive modifiche al regolamento, l'abrogazione a disposizioni legislative ulteriori rispetto a quelle già individuate[61].

Diversamente, il parere, in linea con la prassi e con la dottrina maggioritaria[62], ritiene che la delegificazione determini un conferimento permanente del potere normativo al Governo, così da rendere possibile, a seguito di un apposito monitoraggio periodico, modifiche al regolamento finalizzate a introdurre «successive e più incisive abrogazioni esplicite, che non si limitino ad abrogare le norme incompatibili ma verifichino, nel tempo […] l'effettiva utilità delle norme rimaste (al momento) in vigore, conservando, in prospettiva, solo quelle davvero indispensabili»[63].

In realtà, la questione della natura del termine risente inevitabilmente anche della formulazione del dettato legislativo: nel caso di specie, infatti, come si è accennato, la mancata adozione del regolamento di delegificazione impedisce l'adozione del Piao, e ciò finisce per vanificare la *ratio* della riforma delineata nell'art. 6 del d.l. 80/2021.

Tuttavia, anche ad ammettere il carattere meramente sollecitatorio del termine per l'adozione del regolamento, rimane un ulteriore problema: il comma 6-*bis* dello stesso art. 6 prevede che «in sede di prima applicazione il Piano è adottato entro il 30 aprile 2022» e fino al predetto termine non si applicano le disposizioni previste dall'art. 10, comma 5, del d.lgs. 150/2009, dall'art. 14, comma 1, della l. 124/2015, dall'art. 6, comma 6, del d.lgs. 165/2001.

Poiché il regolamento non è stato adottato entro il 31 marzo 2022 né ad oggi si prevede quando sarà pubblicato il testo nella *Gazzetta ufficiale*, non rimane che ritenere indispensabile una modifica del comma 6-*bis*, allo scopo di posticipare il termine previsto per la prima adozione del Piao e la non applicazione delle sanzioni previste dalle disposizioni sopra richiamate.

[60] F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 208. Secondo tale autore, pertanto, il termine, anche se rispettato in occasione del primo esercizio della potestà regolamentare, comporta l'impossibilità di successivi interventi regolamentari, volti a estendere l'abrogazione a disposizioni legislative ulteriori, ma non impedisce, stante la forza passiva del regolamento, che le sue disposizioni siano in seguito modificate o abrogate da parte di successivi regolamenti governativi.

[61] F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., *ivi*.

[62] Così, ad esempio, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., p. 623.

[63] Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di Sezione dell'8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., p. 16.

7. Conclusioni: la speranza che il parere non rimanga isolato

Le considerazioni che precedono portano a ritenere del tutto persuasivi e apprezzabili i rilievi del parere, analiticamente argomentati. Sul punto è da rimarcare che le torsività evidenziate nella fonte primaria hanno indotto il Consiglio di Stato a trasmettere il parere al DAGL ai sensi dell'art. 58 del r.d. 444/1942, il quale prevede: «Quando dall'esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta, il Consiglio ne fa rapporto al Duce del Fascismo, Capo del Governo».

Si tratta di una risalente disposizione, che, forse perché di epoca fascista[64], ha avuto una limitata applicazione, pur risultando utile nell'ottica della qualità della normazione e di una leale collaborazione istituzionale per il perseguimento della stessa.

In conclusione, non rimane che esprimere l'auspicio, da una parte, che il parere in commento non rimanga isolato, e, dall'altra, che un dialogo tra i "custodi" della qualità della normazione possa aiutare a migliorare i contenuti della legislazione, soprattutto nel più recente periodo minati da una logica emergenziale (purtroppo) ancora … infinita[65].

[64] Forse per questa ragione tale disposizione non è in genere richiamata anche in pregevoli lavori dedicati alla tecnica legislativa e alla qualità della normazione.

[65] Si mutua qui il titolo di un volume sulla decretazione d'urgenza curato da A. SIMONCINI, *L'emergenza infinita*, cit.

INTRODUZIONE. LE CIRCOLARI DI *DRAFTING*, VENT'ANNI DOPO: BILANCIO E PROSPETTIVE DI AGGIORNAMENTO

GIOVANNI TARLI BARBIERI*, LAURA TAFANI, ENRICO ALBANESI***, ERIK LONGO******

Abstract

This article is an introduction to a group of essays published in the current issue. It aims at describing the scope and the main outcomes of the research concerning the guidelines on legislative drafting, issued in Italy in 2001 by the President of the Camera dei deputati, the President of the Senato della Repubblica and the President of the Council of ministers. The research shows that guidelines have worked well so far but they need to be updated and completed.

Suggerimento di citazione

G. TARLI BARBIERI, L. TAFANI, E. ALBANESI, E. LONGO, *Introduzione. Le Circolari di* drafting*, vent'anni dopo: bilancio e prospettive di aggiornamento*, in *Osservatorio sulle fonti, n. 1/2022*. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: giovanni.tarlibarbieri@unifi.it
** Consigliere parlamentare del Senato della Repubblica i.q.
Contatto: laura.tafani64@gmail.com
*** Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Genova. *Associate Research Fellow* presso l'*Institute of Advanced Legal Studies* dell'Università di Londra.
Contatto: enrico.albanesi@unige.it
**** Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: erik.longo@unifi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il ventennale dell'adozione delle Circolari di *drafting* del 2001[1] ha costituito per l'*Osservatorio sulle fonti* l'occasione per avviare una riflessione volta a trarre un bilancio della loro resa pratica negli ultimi due decenni; e per delineare eventuali proposte di aggiornamento delle stesse che fossero emerse come opportune.

In quest'ottica si è chiesto ad alcuni giuristi (accademici e pratici) di condurre tale riflessione nella prospettiva del proprio specifico campo di ricerca scientifica o di esperienza professionale. Il frutto di questa riflessione sono gli articoli pubblicati in questo numero dell'*Osservatorio*, qui raccolti idealmente in due gruppi.

Da un lato, stanno le analisi di chi ha guardato alle Circolari retrospettivamente, cercandosi di trarre un bilancio della loro effettiva resa negli ultimi vent'anni: nella prospettiva della giurisprudenza del Comitato per la legislazione (Valerio Di Porto; Stefano Ceccanti), del Consiglio di Stato (Claudio Tucciarelli) e della Corte costituzionale (Erik Longo).

Dall'altro lato, vi sono i contributi di quegli studiosi che hanno guardato alle Circolari in prospettiva di un loro auspicabile aggiornamento: dandosi conto delle principali esigenze di revisione e integrazione delle Circolari, per come emerse nell'esperienza del DAGL (Carlo Deodato); proponendosi un riavvicinamento tra regole statali, regionali e unionali, attraverso un puntuale confronto tra queste (Laura Tafani e Federico Ponte); suggerendosi l'introduzione di alcune regole ad oggi "mancanti", alla luce delle esigenze e problematiche emerse nel nostro ordinamento negli ultimi vent'anni (Enrico Albanesi).

2. Il bilancio della resa pratica delle Circolari sembra essere di per sé positivo, anche se, ad uno sguardo più ampio, la complessiva qualità della legislazione nel nostro Paese lascia ancora a desiderare.

Il contributo di Valerio Di Porto si sofferma in particolare sulla Circolare del Presidente della Camera nella giurisprudenza del Comitato per la legislazione. Qui l'espansione della Circolare, quale costante punto di riferimento nei pareri del Comitato, è stata nel corso degli anni «inarrestabile». Il Comitato, scrive Di Porto, è riuscito nel tempo ad interpretare dinamicamente il proprio ruolo: partendosi dalle numerose indicazioni in materia contenute nella Circolare (inevitabilmente circoscritte ai profili di più stretta redazione formale di un singolo testo normativo), il Comitato ha sviluppato «una

[1] Cfr. Circolari del 20 aprile 2001 del Presidente del Senato, del Presidente della Camera e del Presidente del Consiglio sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi; Circolare del 2 maggio 2001 della Presidenza del Consiglio dei ministri, n. 1/1.1.26/10888/9.92, *Guida alla redazione dei testi normativi*, pubblicata in G.U., supp. ord., n. 101, 3 maggio 2001.

peculiare sensibilità per il sistema delle fonti» e «si è interessato a tematiche ulteriori, di sicuro impatto sulla qualità e sulla stabilità della legislazione».

L'esperienza del Comitato per la legislazione nel pieno dell'emergenza pandemica, di cui dà conto Stefano Ceccanti nel suo articolo, ne costituisce d'altronde la riprova.

Le regole tecniche per la redazione dei testi normativi sono entrate in gioco anche nelle funzioni del Consiglio di Stato: sia nell'attività giurisdizionale sia nelle varie forme attraverso cui si manifesta la sua funzione consultiva. Come dimostra Claudio Tucciarelli nel suo contributo, dall'attività del Consiglio di Stato emerge «una costante, costituita dall'attenzione alla qualità, formale e sostanziale, dei testi» sottoposti al suo esame.

Tra le tante questioni, riguardanti la qualità della legislazione ed indagate nel corso degli anni dalla dottrina, va ricordata la difficoltà per la giurisprudenza costituzionale di individuare espressi parametri di legittimità. Da questo punto di vista l'articolo di Erik Longo sulla giurisprudenza costituzionale mostra come solo in rarissimi casi la Corte sia giunta a menzionare le regole contenute nelle Circolari (come mero corredo al proprio argomentare, non costituendo le Circolari parametro di legittimità costituzionale, ovviamente); ma come, più in generale, la Corte costituzionale sia riuscita ad intervenire a tutela della buona qualità della legislazione, richiamando essa comunque tale valore "di sponda" rispetto ad espressi parametri di legittimità costituzionale violati.

La flessibilità delle regole contenute nelle Circolari, assicurata proprio grazie al valore giuridico di tali atti, deve essere in fin dei conti mantenuta come un valore da preservare, in ragione della natura stessa del *drafting* (come peraltro evidenziato in alcuni dei contributi qui pubblicati). Ciò non toglie che forse, come peraltro suggerito da alcune voci in dottrina, *qualche* regola di tecnica legislativa (ad esempio, in materia di codificazione o di produzione normativa da parte del Governo) andrebbe espressamente costituzionalizzata. È quest'ultimo un tema che in ogni caso esula dal più ristretto perimetro di questa ricerca che tuttavia non poteva in questa sede non menzionarsi, dato il contesto sistematico in cui le Circolari si trovano poi ad operare.

3. Su questa analisi della resa pratica delle Circolari (come si è visto, tutt'altro che negativa), poggiano poi quei contributi che alle Circolari hanno guardato invece in prospettiva futura, auspicandone e prospettandone aggiornamenti.

Il primo contributo in tal senso è quello di Carlo Deodato, il quale dà conto delle principali esigenze di revisione e integrazione delle Circolari, per come emerse nell'esperienza del DAGL negli ultimi anni: revisione che dovrebbe riguardare specie le regole di *drafting* formale; integrazione che dovrebbe concernere in particolare quelle di *drafting* sostanziale. Queste ultime,

scrive l'Autore, necessariamente destinatarie di una vera e propria «rinnovata attenzione».

Nell'ottica dell'aggiornamento delle Circolari, potrebbero poi soccorrere anche alcune soluzioni prospettate negli altri contributi qui raccolti.

Quello di Laura Tafani e Federico Ponte, i quali propongono in particolare che si proceda ad un riavvicinamento tra regole statali, regole regionali e regole dell'Unione europea (compito che sarebbe peraltro facilitato proprio dal puntuale raffronto tra queste, contenuto nelle tabelle sinottiche allegate al loro articolo).

Quello di Enrico Albanesi, il quale, alla luce delle esigenze e problematiche emerse nel nostro ordinamento negli ultimi vent'anni, suggerisce l'introduzione di alcune regole ad oggi "mancanti", *non* in prospettiva di diritto comparato ma comunque con uno sguardo all'esperienza britannica (dove le ormai plurisecolari riflessioni sulle regole di *drafting* sono risultate a dir poco feconde).

4. L'auspicio che in conclusione si esprime è che le riflessioni qui contenute, condotte nella duplice ottica critica dell'analisi retrospettiva pratica e della funzionalizzazione di quest'ultima in chiave propositiva in prospettiva di un aggiornamento delle Circolari, possano costituire un ausilio per il decisore politico in occasione dell'inevitabile "tagliando" ormai da compiere, vent'anni dopo l'approvazione delle Circolari del 2001.

LA CIRCOLARE NELLA GIURISPRUDENZA DEL COMITATO PER LA LEGISLAZIONE: UNA STORIA INTENSA, SENZA PRETESE

VALERIO DI PORTO *

Sommario

1. La circolare e il Comitato: un'accoglienza sotto tono per un atto fondamentale. – 2. L'uso della circolare nella XIV legislatura: un'espansione inarrestabile. – 3. Le novità di una legislatura breve e stentata. – 4. Tra una legislatura e l'altra: studi e ricerche del Comitato. – 5. Ancora tra una legislatura e l'altra: il Comitato paritetico tra le Assemblee legislative e il tentativo di manuale unificato. – 6. Novità normative e giurisprudenziali nella XVI legislatura. – 7. Legislazione emergenziale, decisioni apparenti, norme aleatorie. – 8. La XVII legislatura tra conferme ed esasperazioni. – 9. L'inizio della XVIII legislatura e l'immediata controrivoluzione. – 10. Il Comitato nell'emergenza pandemica. – 11. Quasi per concludere. – 12. Quattro indizi per una prova. – 12.1. Un lungo dibattito. – 12.2. Due neutri pareri. – 12.3. Un prolungato silenzio. – 12.4. Una sola iniziativa legislativa. – 13. Un quinto indizio per una certezza. – 14. Per concludere

Abstract

The article tells how the Committee on Legislation of the Chamber of Deputies took the circular on the technical formulation of legislative texts as a parameter for its consultative activity. Within the parameters adopted by the Committee (constitutional references; rules on quality standards and methods and instruments of legislation; constitutional jurisprudence), the circular has always played a fundamental role. When this is not enough, the Committee goes further to monitor other phenomena of interest to it. In the concluding paragraphs, the cautious attitude of the Committee with regard to a legislative discipline of the matter is reconstructed, concluding that the circular has been judged in any case, over time, a suitable instrument for promoting a better quality of legislative texts.

Suggerimento di citazione

V. DI PORTO, *La circolare nella giurisprudenza del Comitato per la legislazione: una storia intensa, senza pretese,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professional Affiliate dell'Istituto Dirpolis - Scuola Superiore di Studi universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa.
Contatto: vdiporto@gmail.com

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. La circolare e il Comitato: un'accoglienza sotto tono per un atto fondamentale

In questo contributo provo a ricostruire le vicende riguardanti l'utilizzo della circolare sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi da parte del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati attraverso i pareri da esso resi e i rapporti elaborati dai presidenti *pro tempore* - al termine di ciascun mandato - sulle attività svolte[1]. La circolare, accolta in sordina, diventa prestissimo uno dei parametri adottati dal Comitato ed è scandagliata in ogni sua parte, richiamata con riguardo a tutti i profili da essa trattati: funge da manuale, da prontuario cui ricorrere per moltissime esigenze ed evenienze. Quando non è sufficiente, si va oltre, in un processo di costante affinamento e di allargamento dell'orizzonte, parallelo all'attento e recettivo monitoraggio degli atti legislativi: ripercorrere l'attività del Comitato significa rivisitare le evoluzioni e soprattutto le involuzioni del sistema normativo. Nella ricostruzione emerge in controluce come l'organo, nato a presidio della qualità della legislazione, interpreti dinamicamente la propria missione, focalizzando sempre di più l'attenzione su metodi e strumenti della legislazione e sviluppando una peculiare sensibilità per il sistema delle fonti. Partendo dalle numerose indicazioni in materia contenute nella circolare[2] il Comitato, a prescindere da qualsiasi parametro normativo, si è interessato a tematiche ulteriori, di sicuro impatto sulla qualità e sulla stabilità della legislazione.

La circolare viene emanata il 20 aprile 2001, quando le Camere sono sciolte da oltre 40 giorni (8 marzo 2001) e gli organi dei due rami stanno rallentando i lavori fino allo stop totale. Non fa eccezione il Comitato per la legislazione, che nel mese di aprile (martedì 17 e giovedì 26) tiene due brevi sedute per esprimere il parere (obbligatorio) su 4 disegni di legge di conversione. La seduta del 26 aprile scivola rapida in 10 minuti: giusto il tempo per l'illustrazione del parere[3] da parte della relatrice Maria Celeste Nardini, senza nessuna comunicazione sulla novità, che pure investe in pieno le competenze dell'organo.

Il Comitato per la legislazione, frutto delle riforme regolamentari del settembre 1997, ha iniziato ad operare il 13 gennaio 1998, con caratteristiche che

[1] I rapporti cambiano nel corso del tempo e le informazioni elaborate nel corso di questi 24 anni non sono sempre omogenee; scarti ed evoluzioni si avvertono anche nel presente testo, tributario di questo prezioso materiale.

[2] Le più utilizzate dal Comitato sono: al punto 2, le lettere d), sugli elementi della delega legislativa ed e), sul potere regolamentare del Governo; al punto 3, le lettere e), riguardante l'incidenza su fonti secondarie, f), sulla disciplina di materie già oggetto di delegificazione, g) ed h), circa le abrogazioni, l), sulle norme di interpretazione autentica.

[3] Per la cronaca, il parere riguarda il disegno di legge di conversione del decreto-legge 5 aprile 2001, n. 98, recante modifica dei termini di durata massima delle indagini preliminari riguardanti taluni delitti contro la personalità dello Stato (A. C. 7716).

ne fanno un *unicum* nel panorama istituzionale italiano e che, per quanto note, riassumo brevemente[4].

Il Comitato è un organo politico istituito per occuparsi di compiti fino ad allora riservati alla esclusiva competenza e cura dei tecnici. La missione istituzionale incentrata sulla qualità della legislazione ne determina diversi elementi caratteristici, per lo più inediti – fino a quel momento – nell'ordinamento italiano:

- ✓ la scelta dei componenti è affidata al Presidente della Camera, tra deputati di particolare qualificazione, informalmente segnalati dai gruppi;
- ✓ la composizione paritetica tra maggioranza e opposizione è funzionale alla netta prevalenza – salvo rarissime eccezioni – della dialettica istituzionale su quella politica;
- ✓ l'immediata connotazione come organo tecnico e imparziale induce a non procedere a votazioni e ad abbandonare rapidamente la tradizionale forma dei pareri (favorevoli o contrari) per adottare una struttura asettica, riferita ai due parametri individuati nella norma regolamentare[5];

[4] Per un inquadramento delle peculiarità istitutive e operative del Comitato, costituiscono dei classici il saggio di S. DI FILIPPO *L'attività del Comitato per la legislazione tra tecnica e politica*, in G. RECCHIA, R. DICKMANN (a cura di) *Istruttoria parlamentare e qualità della normazione*, Cedam, Padova, 2002 e la monografia di L. LORELLO *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Giappichelli, Torino, 2003. In tempi più recenti, una buona sintesi delle caratteristiche del Comitato si deve a E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019 (seconda edizione, pagg. 144-150) e a L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019 (pagg. 143-172). Sia consentito, infine, rimandare a V. DI PORTO, *Il Comitato per la legislazione venti anni dopo*, Luiss School of Government, Working Paper Series (SOG), n. 45, luglio 2018, disponibile in rete all'indirizzo Microsoft Word - SOG Working Papers WP45 - 2018 Di Porto (luiss.it), e alla bibliografia ivi richiamata.

[5] La piccola, grande rivoluzione è consacrata nella seduta del 7 aprile 1999, quando il parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 1° marzo 1999, n. 43, recante disposizioni urgenti per il settore lattiero-caseario (A. C. 5870), impegna i componenti del Comitato in un serrato dibattito che coinvolge anche il rappresentante del Governo (il Sottosegretario per le politiche agricole Roberto Borroni) e il relatore presso la Commissione Agricoltura (Giovanni Di Stasi). Alla ripresa pomeridiana della seduta, il presidente *pro tempore* Alberto Lembo, che ha assunto la funzione di relatore per la preannunciata assenza dell'on. Giorgio La Malfa, nell'illustrare il parere indica con chiarezza le ragioni di questa innovazione, sostenendo che i pareri resi dal Comitato per la legislazione non riguardano – al contrario di quelli resi dalle Commissioni permanenti – «il merito dei progetti di legge, bensì il riscontro dei parametri indicati dagli articoli 16-*bis* e 96-*bis* del regolamento. Essi pertanto non implicano un giudizio favorevole o contrario sul provvedimento in quanto tale». Tali parametri sono tuttora sussunti nei due ambiti in cui fin dall'inizio sono strutturati i pareri: il profilo della chiarezza e della proprietà della formulazione e il profilo dell'efficacia del testo per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente.

- ✓ l'attribuzione delle funzioni di presidente è attribuita a rotazione tra i componenti per un periodo limitato inizialmente a sei mesi, in modo che tutti gli otto componenti possano assumere la carica[6];
- ✓ al termine del mandato, il presidente *pro tempore* elabora una relazione sull'attività svolta, utile soprattutto per consolidare gli indirizzi giurisprudenziali adottati nel periodo di riferimento[7];
- ✓ si afferma da subito la preferenza per riunirsi attorno ad un tavolo, dove siedono insieme i rappresentanti politici e il personale di supporto[8], investito di un ruolo maggiore rispetto a quello a servizio degli altri organi parlamentari, proprio per la tecnicità del tema e la sua condivisione tra tutte le forze politiche.

Al pari di un neonato, il nuovo organo, nel corso della XIII legislatura, mette le basi per il suo sviluppo, conscio dell'innovativa funzione istituzionale attribuitagli, che lo induce ad andare ben oltre la mera attività consultiva per promuovere un'intensa attività di studio e una fitta rete interistituzionale[9].

Nell'attività consultiva, struttura e affina gradualmente i riferimenti utilizzabili in materia di qualità, metodi e strumenti della legislazione.

In tale contesto, la circolare del 1986 sulla formulazione tecnica dei testi legislativi costituisce un implicito punto di riferimento: sempre utilizzata ma mai citata, ad eccezione di un piccolo richiamo nel rapporto sul secondo turno di presidenza[10].

[6] Il numero dei componenti è incrementato a dieci con la riforma regolamentare del luglio 1998, che ancora consente in linea teorica a tutti i componenti di assumere la presidenza nell'arco di una legislatura di durata regolare. Questa possibilità viene meno quando il turno di presidenza è prolungato a 10 mesi nella riunione della Giunta per il regolamento svoltasi il 16 ottobre 2001, all'inizio della XIV legislatura. La deliberazione della Giunta, assunta "in via sperimentale", è ormai ampiamente consolidata, a prescindere dalla sua traduzione (mai avvenuta) in una modifica regolamentare.

[7] Già il primo presidente del Comitato, Giorgio La Malfa intitola una sezione del suo rapporto semestrale *I principali orientamenti della giurisprudenza del Comitato*. È superfluo sottolineare il peculiare valore dell'espressione, volta a connotare l'attività consultiva del Comitato in modo trasversale rispetto alla politica, in coerenza con la scelta di discostarsi dalla forma tradizionale dei pareri (cfr. la nota 5).

[8] È una modalità di lavoro analoga a quella in uso nelle riunioni informali delle Commissioni finalizzate all'esame dei testi legislativi (Comitati ristretti e Comitati dei Nove).

[9] Cfr. V. DI PORTO, *Il Comitato per la legislazione venti anni dopo*, cit. .

[10] Nel rapporto sul suo turno di presidenza (1° luglio-31 dicembre 1998), l'on. Gianfranco Anedda, con riguardo alla clausola di coordinamento legislativo (art. 79, comma 11 del regolamento interno), richiama le «raccomandazioni delle Presidenze della Camera e del Senato e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, indicate con le circolari del febbraio 1986 e recentemente ribadite in una circolare del Presidente della Camera», le quali, «seppur utilissime, non hanno avuto completo successo». Il riferimento è alla circolare sulla istruttoria legislativa nelle Commissioni del 10 gennaio 1997, la quale, al punto 4.2., mantiene ferme tutte le regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi adottate dalla Presidenza della Camera con la circolare del 19 febbraio 1986, richiamando, in particolare, le seguenti indicazioni: «il testo della legge è redatto in modo da

2. L'uso della circolare nella XIV legislatura: un'espansione inarrestabile

La circolare del 20 aprile 2001 viene accolta in sordina ma nei primi mesi della XIV legislatura – in un crescendo più che rossiniano – diventa un costante punto di riferimento, spesso esplicitato nei pareri. I riferimenti sempre più frequenti e variegati alla circolare sono testimoniati dai resoconti delle sedute del Comitato e dai rapporti dei presidenti *pro tempore*. Ignorata nella prima seduta (26 giugno 2001), è richiamata dal presidente Trantino dapprima in un intervento di carattere generale nella seconda (5 luglio 2001)[11] e poi in un più specifico intervento nella terza seduta (10 luglio 2001)[12]; nella quarta seduta, il 24 luglio, tutti i tre pareri espressi dal Comitato (su un disegno di legge delega e due disegni di legge di conversione) richiamano la circolare[13]. Nelle

rendere esplicite nella formulazione delle singole disposizioni le modificazioni e le abrogazioni di disposizioni vigenti:

- le disposizioni modificate sono sempre esplicitamente richiamate;
- sono esplicitamente elencate le disposizioni abrogate in conseguenza dell'entrata in vigore della nuova disciplina, adottando la formula: "sono abrogate in particolare" (si veda il numero 13, lettera c), della già citata circolare del 1986);
- le norme derogatorie e quelle che disciplinano casi particolari richiamano la norma generale cui fanno eccezione;
- i singoli istituti e i singoli oggetti sono indicati sempre con la medesima denominazione, curando l'uniformità con la legislazione vigente».

[11] Così nel resoconto sommario della seduta: «Enzo TRANTINO, *Presidente,* traendo spunto dalla relazione testé svolta sottolinea che il Comitato per la legislazione deve attentamente vigilare, in collaborazione con le Commissioni permanenti, affinché i testi delle leggi siano chiari e comprensibili al cittadino e in particolare affinché l'individuazione delle norme applicabili, nonché dei destinatari delle stesse, gli sia resa più facile, come richiesto da specifiche norme di legge, nonché, con differenti accenti, dalla recente lettera circolare del Presidente della Camera sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi normativi».

[12] Sempre dal resoconto sommario: «Enzo TRANTINO, *presidente*, rileva che i cinque articoli di cui si compone il decreto-legge non sono corredati da rubriche, dalle quali dovrebbe, invece, risultare - secondo quanto previsto dalla recente circolare del Presidente della Camera sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi - anche la presenza delle norme di interpretazione autentica contenute nel provvedimento. Propone che il parere predisposto dal relatore sia integrato da questa osservazione, che ritiene particolarmente importante».

[13] Nel parere sul nuovo testo del disegno di legge Delega al Governo per la riforma del diritto societario (A. C. 1137) è presente una condizione volta a sopprimere, all'articolo 1, comma 4, «il riferimento alle competenti Commissioni permanenti. Si ricorda, infatti, che a tal riguardo la circolare dei Presidenti delle Camere e del Presidente del Consiglio dei ministri sulla formulazione tecnica dei testi legislativi dell'aprile 2001 (punto 2, lettera *g)* prevede che "le disposizioni che prevedono una pronuncia parlamentare su atti o schemi di atti non individuano l'organo parlamentare competente (salva l'attribuzione per legge della predetta pronuncia ad un organismo bicamerale) e prevedono la trasmissione dell'atto al Parlamento".». Nel parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 3 luglio 2001, n. 256, recante interventi urgenti nel settore dei trasporti (A.C. 1386), sono presenti una condizione («all'articolo 1, comma 1, sia precisata la natura del regolamento previsto ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1998, n. 400, così come richiesto dal punto 2., lett. *e)* della circolare dei Presidenti delle Camere e del Presidente del Consiglio dei ministri sulla

sedute del 25 luglio e del 13 settembre il Comitato non ha la necessità di richiamare la circolare; nella seduta del 18 settembre inizia l'esame di un disegno di legge particolarmente complesso (A. C. 1456 -Primi interventi per il rilancio dell'economia), contenente sia disposizioni di immediata applicazione sia deleghe al Governo, sul quale esprime il parere il giorno dopo. Qui, la circolare viene richiamata con riguardo a due ulteriori aspetti: la collocazione delle norme di delega e una disposizione di interpretazione autentica. Nel parere, espresso subito dopo, sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 3 agosto 2001, n. 313, recante disposizioni urgenti in materia di utilizzo del gasolio in agricoltura (A. C. 1587), la circolare torna utile in materia di riferimenti normativi ad un regolamento. Nelle successive sedute del 25 e 26 settembre la circolare viene richiamata con riguardo alla rubricazione degli articoli, agli *interna corporis* parlamentari, alle norme di interpretazione autentica e alla collocazione delle deleghe legislative.

Tra luglio e settembre 2001, dunque, la circolare viene utilizzata con riguardo a molteplici profili, nei pareri su disegni di legge di conversione e su disegni di legge contenenti deleghe al Governo.

Il presidente Trantino, nel suo rapporto, relativo al periodo 12 giugno 2001-25 aprile 2002, segnala i richiami alla circolare con riguardo alla pronuncia parlamentare su atti del Governo[14] e ai rapporti con Regioni e autonomie locali, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V[15].

formulazione tecnica dei testi legislativi dell'aprile 2001») e una osservazione («gli articoli del decreto-legge non sono corredati da rubriche volte ad indicarne sinteticamente il contenuto; tale assenza assume particolare rilevanza in relazione al fatto che l'articolo 3 reca una norma di interpretazione autentica la cui presenza, ai sensi del punto 3., lett. l), deve essere chiaramente esplicitata nella rubrica stessa». Nel parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 16 luglio 2001, n. 286, recante differimento di termini in materia di smaltimento dei rifiuti (A. C. 1334) è presente la seguente osservazione: «all'articolo 1, comma 2, dovrebbe essere utilizzato - ai sensi di quanto previsto nel punto 4., lett. *o)* della circolare dei Presidenti delle Camere e del Presidente del Consiglio dei ministri sulla formulazione tecnica dei testi legislativi dell'aprile 2001 - il termine "proroga".».

[14] Scrive il presidente Trantino: «In proposito, si segnala che in più occasioni il Comitato per la legislazione ha richiamato la circolare sulla formulazione tecnica dei testi legislativi, laddove richiede che le disposizioni che prevedono una pronuncia parlamentare su atti o schemi di atti non individuino l'organo parlamentare competente (salva l'attribuzione per legge della predetta pronuncia ad un organismo bicamerale) e prevedano la trasmissione dell'atto "al Parlamento": in questo modo, per un verso, si evita l'aggiramento delle Presidenze di Assemblea e, per altro verso, si consente al Parlamento di organizzare liberamente le modalità procedurali attraverso le quali esprimere la pronuncia di propria competenza».

[15] Riporto il passo in questione: «Per quanto riguarda il rapporto con le Regioni e le autonomie territoriali, le cui competenze normative sono state ampliate – con una correlativa diminuzione dell'ambito in cui è consentito l'intervento delle leggi e dei regolamenti statali – ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001, di modifica del titolo V della parte II della Costituzione, il Comitato ha in più occasioni richiamato la circolare sulla formulazione tecnica dei testi legislativi, laddove richiede che le disposizioni che prevedono adempimenti a carico delle regioni o degli enti locali o che delegano, trasferiscono o conferiscono compiti e funzioni non individuino direttamente gli organi

Una prima, efficace sistematizzazione dei parametri del Comitato e dei profili più richiamati della circolare si deve al rapporto del presidente Sergio Mattarella[16], che diventa la base di riferimento per i successivi rapporti.

Per la prima volta, si esplicita che il Comitato ha assunto come parametro le prescrizioni della circolare, annotando che circa la metà dei pareri la richiamano esplicitamente. Diversi altri pareri invocano l'applicazione dei parametri della circolare, pur senza citarla in modo esplicito. Segue una puntuale ricognizione dei richiami più frequenti, che costituisce una sorta di prontuario dei difetti più comuni della legislazione:

- ✓ rispettare l'omogeneità dell'atto normativo, con particolare riguardo ai decreti-legge (punto 2), lettera *a)* della circolare);
- ✓ privilegiare la tecnica della novellazione (punto 3), lettera *a)*), da utilizzare secondo le indicazioni contenute nel punto 9 della circolare;
- ✓ disporre l'abrogazione espressa delle norme, evitando abrogazioni implicite o clausole di abrogazione innominata (punto 3), lettera *g)* e raccomandazioni);
- ✓ osservare le modalità per una corretta redazione delle norme di:
- interpretazione autentica (punto 3), lettera *l)*);
- delegificazione (punto 2), lettera *e)* e 3), raccomandazione);
- delega (punto 2), lettera *d)*);
- autorizzazione all'adozione di testi unici (punto 2), lettera *f)* e 12), lettera *m)*);
- ✓ verificare la presenza della rubrica negli articoli dei provvedimenti e la corrispondenza tra tali rubriche e i testi (punto 5), lettera *b)*);
- ✓ evitare l'indebita individuazione dell'organo parlamentare competente (punto 2), lettera *g)*) qualora venga prevista una pronuncia parlamentare su atti o schemi di atti del Governo.

Soltanto un accenno è invece dedicato, con riguardo alle «leggi ordinarie, contenenti prescrizioni rilevanti ai fini di una corretta redazione normativa», «alla legge n. 400 del 1988 e, in particolare, agli articoli relativi agli atti normativi del Governo».

competenti né il tipo di atto da emanare. In questo modo, si intende salvaguardare l'autonomia costituzionale degli ordinamenti territoriali nella scelta dell'atto con cui dare attuazione alla legge statale, tanto più dopo che la legge costituzionale n. 1 del 1999 ha potenziato la potestà regolamentare regionale e dopo che la legge costituzionale n. 3 del 2001 ha riconosciuto la potestà statutaria e regolamentare degli enti locali, riservando a quest'ultima la "disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite".».

[16] Sergio Mattarella è stato presidente del Comitato dal 26 aprile 2002 al 25 febbraio 2003.

La strada è ormai segnata: i successivi rapporti di Michele Saponara (presidente dal 26 febbraio al 25 dicembre 2003) e Antonio Soda (presidente dal 26 dicembre 2003 al 25 ottobre 2004), oltre a soffermarsi su specifici profili, contengono dati statistici interessanti e in linea con quelli più genericamente indicati dal presidente Mattarella: durante la presidenza Saponara 21 dei 53 pareri (il 39,62 per cento) richiamano esplicitamente la circolare; durante la presidenza Soda la percentuale si innalza al 56,86 per cento (29 pareri su 51 richiamano espressamente la circolare).

Il rapporto del presidente Pietro Fontanini (riferito al periodo 26 ottobre 2004-25 agosto 2005) procede nell'opera di sistematizzazione, introducendo un paragrafo sulla struttura ormai fortemente tipizzata dei pareri[17] e chiarendo che i parametri utilizzati dal Comitato sono riconducibili a tre distinte fonti: la circolare; due fonti legislative (la legge n. 400 del 1988 e, «in misura minore, ma comunque significativa, la legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto del contribuente)»; l'articolo 76 della Costituzione con riguardo alle norme di delega. Soffermandosi sulla circolare, segnala che il 47,36 per cento dei pareri espressi (27 pareri su 57) la richiamano esplicitamente. Indica quindi, con un ordine diverso e qualche semplificazione rispetto all'enumerazione del presidente Mattarella, i richiami più frequenti[18].

Dopo un'attenta disamina degli atti esaminati dal Comitato alla luce delle prescrizioni delle leggi n. 400 del 1988 e n. 212 del 2000 e della circolare[19], vengono indicati tre profili ulteriori, non riconducibili a nessuna delle fonti citate, cui il Comitato presta attenzione nei propri pareri: la disciplina di materie oggetto di una pluralità di provvedimenti in un breve arco temporale; il collegamento con lavori legislativi in corso e con deleghe aperte; le previsioni riguardanti gli adempimenti[20]. Sono temi con cui il Comitato si misura

[17] Costituita da tre parti: una premessa che dà conto, tra le altre cose, «del rispetto della circolare sulla formulazione tecnica dei testi legislativi»; gli eventuali rilievi (condizioni e osservazioni); eventuali raccomandazioni, volte a «trarre dal caso di specie un indirizzo di ordine generale».

[18] Ecco l'elenco del presidente Fontanini: privilegiare la tecnica della novellazione (punto 3), lettera *a)*), da utilizzare secondo le indicazioni contenute nel punto 9 della circolare; specificare le disposizioni cui si intenda derogare; formulare in modo conforme alla circolare le disposizioni di interpretazione autentica; rispettare l'omogeneità dell'atto normativo, con particolare riguardo ai decreti-legge (punto 2), lettera *a)* della circolare); disporre l'abrogazione espressa delle norme, evitando abrogazioni implicite o clausole di abrogazione innominata (punto 3), lettera *g)* e raccomandazioni); osservare le modalità per una corretta redazione delle norme di delega (punto 2), lettera *d)*.

[19] Conseguentemente alla nuova sistematizzazione e all'enumerazione delle tre fonti, i profili problematici in rapporto alla circolare vengono per la prima volta analizzati in uno specifico paragrafo, che si sofferma su sette di essi: disposizioni in deroga; abrogazioni; tecnica della novellazione; norme di interpretazione autentica; richiami alla legislazione vigente in forma generica; incidenza su fonti secondarie; terminologia.

[20] Con riguardo agli adempimenti, il Comitato si interessa, in particolare, a due aspetti: la congruità dello strumento previsto e l'eventuale indicazione dei termini per l'adozione. Precisa il presidente Fontanini: «Il primo aspetto trova riscontro anche nella circolare sulla formulazione tecnica

quotidianamente e di cui opportunamente si occupa, indipendentemente da un parametro normativo, maturando una sensibilità che prova a trasmettere al Parlamento tutto e al Governo, con risultati inferiori agli sforzi ma da non sottovalutare.

La XIV legislatura si conclude con un nuovo turno di presidenza dell'on. Vincenzo Siniscalchi (26 agosto 2005-27 aprile 2006), già presidente nel secondo semestre del 1999 (XIII legislatura). Il suo rapporto conclusivo si pone sulla scia del precedente, segnalando che il 73,91 per cento dei pareri espressi (17 pareri su 23) contengono richiami espliciti al rispetto della circolare.

3. Le novità di una legislatura breve e stentata

Nella XV legislatura, corta e tribolata, si succedono alla presidenza due deputati di lungo corso e autorevoli, che affermano la prassi di dare seguito a taluni pareri con la presentazione di ordini del giorno ed emendamenti[21]: Franco Russo (6 giugno 2006-5 aprile 2007) e Gaspare Giudice (6 aprile 2007-5 febbraio 2008).

Durante il primo turno di presidenza, il 48,5 per cento dei pareri (16 pareri su 33) contengono richiami espliciti al rispetto della circolare. Il rapporto conclusivo enumera alcuni dei richiami più frequenti in un elenco più breve di quelli forniti da Sergio Mattarella e Pietro Fontanini e che dà anche conto dei dati numerici:

- ✓ privilegiare la tecnica della novellazione (punto 3), lettera a)), da utilizzare secondo le indicazioni contenute nel punto 9 della circolare (14 pareti);
- ✓ specificare le disposizioni cui si intenda derogare (4 pareri);
- ✓ formulare in modo conforme alla circolare le disposizioni di interpretazione autentica (3 pareri);
- ✓ disporre l'abrogazione espressa delle norme, evitando abrogazioni implicite o clausole di abrogazione innominata (punto 3), lettera *g))* e raccomandazioni) (5 pareri).

Le novità più interessanti dal punto di vista della tecnica normativa[22] riguardano le abrogazioni, la reviviscenza e un disegno di legge costituzionale: anche in questi casi, il Comitato si spinge oltre le indicazioni della circolare.

dei testi legislativi che, al paragrafo 2, lettera e), impone di specificare il tipo di regolamento di cui si autorizza l'adozione». L'attenzione per la congruità dello strumento previsto porta il Comitato ad interessarsi sempre più al sistema delle fonti, soggetto ad una costante trasformazione.

[21] Anche questa prassi si consolida e si sviluppa nel corso del tempo, raggiungendo l'apice nella XVIII legislatura.

[22] Dal punto di vista istituzionale, si segnala l'accesa discussione nella seduta del 23 ottobre 2006, dedicata all'esame del disegno di legge A. C. 1780, Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario, trasmesso ai sensi dell'articolo 16-*bis*, comma 4, del

Con riguardo alle abrogazioni, il Comitato dedica attenzione a due decreti-legge che interpretano in modo originale i rapporti tra fonti statali e regionali nella delicata materia venatoria. Il primo disegno di legge di conversione (A. C. 1610 – conversione del decreto-legge 16 agosto 2006, n.251, recante disposizioni urgenti per assicurare l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva 79/409/CEE in materia di conservazione della fauna selvatica, poi decaduto) contiene, all'articolo 8, un intervento sostitutivo urgente nei confronti delle Regioni - adottato (come chiarito nella relazione per l'analisi tecnico-normativa) ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione e dell'articolo 8, comma 4, della legge 5 giugno 2003, n. 131 - con il quale si dispone la sospensione degli effetti delle deroghe adottate dalle Regioni in difformità dall'ordinamento comunitario e statale, nonché l'abrogazione e l'annullamento delle leggi e degli atti regionali difformi, una volta trascorso il termine di novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge senza che le Regioni abbiano provveduto. La norma attira l'attenzione del Comitato, che nelle premesse del parere rileva che da essa discende «un atipico fenomeno di abrogazione di leggi regionali, che avviene in modo esplicito ma in via condizionata e, comunque, con riguardo ad un novero indeterminato di atti che non sono puntualmente indicati, pregiudicando esigenze di certezza del diritto e costituendo altresì una potenziale fonte di contenzioso». Conscio di muoversi *border line* rispetto al proprio ambito di competenza, il Comitato non formula alcuna condizione o osservazione sul punto. La stessa linea di azione mantiene pochi mesi dopo, esprimendo il parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 27 dicembre 2006, n. 297, recante disposizioni urgenti per il recepimento delle direttive comunitarie 2006/48/CE e 2006/49/CE e per l'adeguamento a decisioni in ambito comunitario relative all'assistenza a terra negli aeroporti, all'Agenzia nazionale per i giovani e al prelievo venatorio (A. C. 2112), il quale «dispone, all'articolo 4, che sia "sospesa l'applicazione"

regolamento (cioè su richiesta di almeno un quinto dei componenti della Commissione), in presenza di posizioni discordanti sul contenuto dello schema di parere proposto dal relatore, il presidente, richiamando la incontrastata prassi del Comitato, esclude che si possa avanzare la richiesta di porlo in votazione. Nell'investire della questione la presidenza della Camera (con lettera del 23 ottobre 2006), Franco Russo richiama tale prassi, «che vuole il Comitato, in ragione della sua evidente peculiarità nel panorama parlamentare, sottratto alle ordinarie regole che presiedono alla formazione delle decisioni degli organi politici, ed in particolare a quella delle deliberazioni a maggioranza». Il suo orientamento è confermato della presidenza della Camera (con lettera di cui è data lettura nella seduta del 20 febbraio 2007) e della Giunta per il regolamento. Quest'ultima, nella seduta del 28 febbraio 2007, conferma all'unanimità l'esclusione, nell'ambito del Comitato per la legislazione, del ricorso a votazioni a maggioranza (richiamando in tal senso l'applicazione, ove necessario, dell'articolo 16-*bis*, comma 5, del regolamento allo scopo di far emergere opinioni dissenzienti), prospettando la possibilità, nell'ipotesi di un contrasto non sanabile, che il Comitato, tramite il suo presidente, possa dare conto alla Commissione di merito dell'impossibilità di rendere il parere, rimettendole la posizione espressa dal relatore e quelle diverse manifestate da altri componenti dell'organo.

delle legge della regione Liguria n. 31 del 2006, utilizzando una specifica modalità di esercizio del potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle regioni, previsto in via di principio dall'articolo 120 della Costituzione ("nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria") e le cui procedure sono definite dal comma 4 dell'articolo 8 della legge n. 131 del 2003 e dalla legge n. 11 del 2005, articoli 10, 11 e 16».

Con riguardo alla reviviscenza di disposizioni abrogate, il Comitato formula un'osservazione nel parere sul disegno di legge A. C. 1780 (recante sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario)[23] tramite la quale invita la Commissione Giustizia a verificare se l'espressione adottata all'art. 4, comma 1 sia conforme a quanto statuito dalla circolare sulla formulazione tecnica dei testi legislativi secondo cui: «se si intende fare rivivere una disposizione abrogata o modificata occorre specificare espressamente tale intento» ed a valutare «l'opportunità di verificare se la formula "continuano ad applicarsi" sia idonea a configurare una successione di leggi nel tempo caratterizzata, da un lato, dalla *discontinuità* nella vigenza delle citate disposizioni del regio decreto n. 12 del 1941 e, dall'altro, da una *continuità* nell'applicazione degli articoli 2 e 3 del decreto legislativo n. 20 del 2006».

Nel parere sul disegno di legge costituzionale riguardante il distacco del comune di Lamon dalla regione Veneto e la sua aggregazione alla regione Trentino-Alto Adige (A. C. 1427)[24], il Comitato considera ultronea – in un testo di rango costituzionale – la presenza delle due disposizioni in forza delle quali il testo gli è stato trasmesso per il parere (una delega e una autorizzazione all'emanazione di norme regolamentari), invitando la Commissione Affari costituzionali a sopprimerle[25].

[23] Il disegno di legge innesta un dibattito sulle modalità deliberative del Comitato (cfr. la nota 22). L'articolo 4, comma 1, integrando la sospensione di efficacia fino al 31 luglio 2007 delle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 160/2006, stabilisce che fino a tale data «continuano ad applicarsi nelle materie oggetto del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, le disposizioni del regio decreto 30 gennaio 1041, n. 12, nonché le altre disposizioni in materia di ordinamento giudiziario, ed in particolare gli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 16 gennaio 2006, n. 20».

[24] Il disegno di legge, predisposto a norma dell'articolo 132, secondo comma, della Costituzione, è trasmesso al Comitato in quanto contiene sia una disposizione di delega sia un'autorizzazione all'emanazione di norme regolamentari. Non è stato approvato.

[25] Nel proprio parere, il Comitato ha formulato due condizioni, attraverso le quali invita la Commissione di merito a valutare:

- una riformulazione della disposizione contenuta al comma 2 «al fine di evitare l'introduzione con norma di rango costituzionale di una specifica disposizione di delega che, nell'attuale quadro delle fonti, sembra suscettibile di ingenerare una situazione di incertezza normativa, tanto più ove si consideri che appare assai dubbia la sua effettiva necessità, dovendo in ogni caso trovare applicazione la regola secondo cui eventuali decreti legislativi vanno comunque adottati secondo le regole fissate dall'articolo 107 del testo unico

Nel turno di presidenza Russo si registra anche un primo scostamento dalle indicazioni della circolare (e dal pregresso orientamento del Comitato), in due pareri espressi in rapida successione, il 28 e il 30 novembre 2006, ove si rileva che «la tecnica della novellazione - pur non conforme a quanto previsto dalla circolare congiunta dei Presidenti di Camera e Senato e del Presidente del Consiglio del 20 aprile 2001, al punto 9), che invita ad evitare la modifica di singole parole - appare tuttavia nel caso di specie coerente con la finalità puntuale dell'intervento legislativo e funzionale ad una sua più agevole comprensione»[26].

Nel rapporto Giudice (riferito al periodo 6 aprile 2007-5 febbraio 2008) tra i parametri utilizzati nei pareri, con un'ulteriore, importante estensione, viene considerata per la prima volta anche la giurisprudenza della Corte costituzionale[27].

Riguardo alla circolare, risulta richiamata espressamente nel 51,61 per cento dei pareri espressi (16 pareri su 31), mentre il 9,67 per cento (3 pareri su 31) contiene solo un richiamo implicito alla circolare. In questo periodo, i richiami più frequenti sono diretti a:

- ✓ privilegiare la tecnica della novellazione (punto 3), lettera *a))*, da utilizzare secondo le indicazioni contenute nel punto 9 della circolare (14 pareri);
- ✓ prestare attenzione agli aspetti terminologici ed alla precisione delle espressioni utilizzate (13 pareri);
- ✓ correggere richiami normativi formulati in modo generico o, in qualche caso, errati (12 pareri);
- ✓ formulare correttamente il titolo del provvedimento e la rubrica dei singoli articoli (8 pareri).

delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, di cui si dovrebbe richiamare l'applicazione»;

- la soppressione del comma 3 dell'articolo, recante un'autorizzazione all'emanazione di norme regolamentari, «la cui presenza in un testo di rango costituzionale risulta, sulla base di analoghe valutazioni, ancor più anomala».

[26] Si tratta dei pareri sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 283/2006 (A. C. 1980, risanamento economico della Fondazione Ordine Mauriziano di Torino) e sul disegno di legge recante differimento di termini per l'esercizio della delega in materia di Ordini delle professioni sanitarie non mediche (A. C. 1609), il quale «reca un contenuto estremamente limitato, volto esclusivamente a differire di dodici mesi il termine, originariamente fissato al 4 settembre 2006, di esercizio della delega legislativa prevista dalla legge n. 43 del 2006 (articolo 4), relativa all'istituzione degli Ordini e Albi delle professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione»; il Comitato motiva il discostamento dalle indicazioni della circolare proprio in ragione di tale limitato contenuto.

[27] Scrive il presidente Giudice: «In relazione alla decretazione d'urgenza, nel periodo di riferimento del presente rapporto due pareri hanno richiamato la giurisprudenza della Corte costituzionale e in particolare le sentenze n. 360 del 1996 (divieto di reiterazione) e n. 181 del 2007 (presupposti di necessità ed urgenza)».

Ai fini di questo lavoro, rilevano soprattutto due pareri:

- ✓ nel primo (sul disegno di legge A. C. 3324, Conversione in legge del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria), le considerazioni relative a modifiche non testuali, in base alle previsioni contenute nella circolare, si legano a quelle relative ad un profilo ulteriore, riguardante la modifica di disposizioni adottate in tempi recentissimi (con riferimento alle modifiche apportate alla legge finanziaria per il 2008)[28];
- ✓ nel secondo (sul disegno di legge A. C. 3325, Conversione in legge del decreto-legge n. 249/2007, in materia di allontanamenti dal territorio nazionale), si rileva nelle premesse come esso intervenga mediante la novellazione espressa ovvero l'implicita modifica del decreto legislativo n. 30 del 2007, segnalando «che è tuttora aperta, fino al 10 ottobre 2008, la delega per l'adozione di interventi integrativi e correttivi al citato decreto legislativo n. 30». È taciuta ma evidente la considerazione che, in presenza di una delega aperta, sarebbe stato preferibile ricorrere ad un decreto legislativo integrativo e correttivo piuttosto che a un decreto-legge.

4. Tra una legislatura e l'altra: studi e ricerche del Comitato

Sul finire della legislatura, il 6 febbraio 2008, a scioglimento ormai avvenuto e a poco più di due mesi dalle elezioni, diventa presidente Roberto Zaccaria, il quale, in assenza dell'ordinaria attività consultiva, decide di impegnare il suo turno di presidenza in un'attività di studio e di approfondimento condotta con le università di Firenze, Genova, Perugia e Luiss di Roma. Il risultato è un volume purtroppo "semiclandestino", intitolato *Aspetti problematici nella evoluzione delle fonti normative*, a ulteriore riprova dell'interesse del Comitato per metodi e strumenti della legislazione.

Nella XVI legislatura le iniziative di studio e di confronto col mondo accademico si moltiplicano e si consolidano, in particolare, in tre volumi, usciti in rapida successione: *Fuga dalla legge?*, *La buona scrittura delle leggi* e *Politica della legislazione, oltre la crisi.*

[28] Annota il Comitato: «la circostanza che nella maggior parte dei casi, si interviene sul testo di quest'ultima legge senza procedere ad un'espressa modificazione del testo appare una modalità di produzione del diritto non rispondente ad esigenze di chiarezza, di certezza del diritto e di semplificazione dell'ordinamento vigente, anche in considerazione del fatto che tali modifiche implicite vengono apportate su una disciplina pubblicata in Gazzetta Ufficiale anteriormente al presente decreto ma entrata in vigore successivamente». Segue un elenco di 9 disposizioni che il Comitato invita le Commissioni di merito a riformulare come novelle alla legge finanziaria 2008.

Il primo, curato da Roberto Zaccaria con la collaborazione di Enrico Albanesi, Elda Brogi e Valentina Fiorillo, nasce da nove seminari promossi in varie università italiane[29] dal presidente *pro tempore* Zaccaria. I seminari hanno messo insieme docenti affermati e giovani ricercatori, oltre che operatori del diritto e politici, trattando tematiche ad ampio raggio.

Il secondo, curato da Roberto Zaccaria, raccoglie gli atti di un seminario promosso dal Comitato e svoltosi il 15 settembre 2011, nel quale una folta schiera di linguisti si è confrontata con costituzionalisti, operatori del diritto e informatici.

Il terzo, curato da Lino Duilio, nasce grazie al grande lavoro sul campo effettuato (in sinergia con le strutture della Camera) da quattro giovani ricercatori (Benedetto Cimino, Simona Morettini, Giovanni Piccirilli e Claudio Tancredi Palma) che, per inediti accordi tra tre presidenti che si succedono alla guida del Comitato (lo stesso Duilio, Lo Presti e Zaccaria), hanno l'opportunità di poterne affiancare l'attività per un periodo sufficientemente lungo da consentire un primo lavoro sulla decretazione d'urgenza (oggetto del convegno *Il Parlamento e l'evoluzione degli strumenti della legislazione*, svoltosi il 12 gennaio 2010, a conclusione del turno di presidenza dell'on. Duilio), cui seguono altri rapporti nei successivi turni di presidenza, poi rielaborati, aggiornati e raccolti in un volume che esce per la casa editrice Il Mulino nel 2013[30]. Il volume è aperto da una dedica a Nino Andreatta, «tra i padri fondatori del Comitato per la legislazione dal cui operare nasce questo libro» e da una splendida citazione dello stesso Andreatta sul ruolo del Comitato[31].

5. Ancora tra una legislatura e l'altra: il Comitato paritetico tra le Assemblee legislative e il tentativo di manuale unificato

Tra la XV e la XVI legislatura si registra un'altra novità istituzionale, che avrebbe meritato maggiore conoscibilità e miglior sorte.

[29] Gli atti del seminario svoltosi presso l'università Luiss sono usciti anche in forma autonoma, in N. Lupo (a cura di), *Taglialeggi e Normattiva tra luci e ombre*, Cedam, Padova, 2011.

[30] I rapporti riguardano non soltanto i temi classici nella riflessione del Comitato (decretazione d'urgenza e legislazione delegata) ma anche temi ulteriori, come il recepimento del diritto europeo e le ordinanze di protezione civile. Al termine della legislatura, il 5 febbraio 2013, la presidente Lo Moro presenta un ultimo rapporto significativamente intitolato *I costi per la competitività italiana derivanti dalla instabilità normativa: cause e possibili rimedi.*

[31] Nel volume, oltre all'introduzione dell'on. Lino Duilio, sono presenti: una nota metodologica del sottoscritto; un concerto a più voci tra Luciano Violante, Enzo Cheli, Nicola Lupo, Sergio Mattarella e Andrea Manzella, che si erano confrontati con gli autori durante la stesura del volume; le conclusioni di Alessandro Palanza, che, nella sua qualità di vice segretario generale della Camera, ha svolto un importante ruolo di impulso all'attività del Comitato e in particolare alla pubblicazione del volume.

Al termine della riunione interistituzionale del 22 gennaio 2007, dedicata alla presentazione del Rapporto sulla legislazione 2006, i rappresentanti di Senato, Camera e Assemblee regionali assumono l'impegno ad istituire un Comitato paritetico, aperto anche alla partecipazione del Parlamento europeo, per rafforzare la collaborazione tra le Assemblee elettive. Un primo protocollo di intesa per l'istituzione del Comitato tra il Senato della Repubblica, la Camera dei deputati e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome viene siglato il 28 giugno 2007[32].

Nel corso della XVI legislatura, il 21 luglio 2009, viene siglato un nuovo protocollo di intesa, che amplia la composizione del Comitato (da tre a cinque rappresentanti per ciascuna istituzione), aprendolo alla partecipazione a cinque deputati del Parlamento europeo. Al Comitato paritetico si devono importanti iniziative, non tutte coronate da successo, tra le quali: l'iniziativa assunta per il rafforzamento del programma Normattiva[33] e quella per l'unificazione dei manuali di drafting. Nella riunione dell'8 aprile 2011, cui partecipano anche il Capo del DAGL, consigliere Zucchelli, ed i professori Beltrame e Pistella, rispettivamente presidente e membro del consiglio di amministrazione di DIGIT-PA, il Comitato paritetico condivide l'obiettivo della convergenza nel progetto delle banche dati della normativa regionale (cui si arriverà molti anni dopo[34]) e della convergenza delle regole di drafting, che invece

[32] In base a questo protocollo, il Comitato, composto da tre deputati e tre senatori e da tre Presidenti dei Consigli regionali, nonché dal Presidente della Commissione parlamentare per le questioni regionali, è chiamato a svolgere funzioni di consultazione e di approfondimento in merito ai rapporti tra i diversi livelli territoriali, al ruolo degli organi rappresentativi nei processi decisionali, all'organizzazione ed al funzionamento delle Assemblee, nonché con riguardo ai metodi della legislazione tra Stato e Regioni, riferendo, da un lato, ai Presidenti delle Camere, e, dall'altro, alla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee regionali. La prima riunione del Comitato si è tenuta il 19 febbraio 2008, sul finire della XV legislatura.

[33] L'idea di un portale pubblico e gratuito della legislazione vigente nasce in un seminario di studio promosso dal Comitato per la legislazione il 6 dicembre 1999 e intitolato "Obiettivi per la riorganizzazione dei sistemi normativi tra Parlamento e Governo (istruttoria normativa e analisi di impatto, attuazione del programma di riordino e legge quadro in tema di fonti normative, accesso alle norme vigenti su Internet)"; l'idea viene rilanciata, in un momento di stasi del progetto, in un altro seminario, svolto l'8 novembre 2004 con il titolo "L'informatizzazione delle leggi vigenti: verso regole e progetti comuni tra Stato e Regioni". Sul ruolo del Comitato (e del suo vice presidente Beniamino Andreatta) nello sviluppo del programma Normattiva sia consentito rinviare a V. DI PORTO, Normattiva: *una cronistoria*, in N. LUPO (a cura di), *Taglialeggi e Normattiva tra luci e ombre*, cit. .

[34] Il DPCM in data 4 settembre 2015, che disciplina il programma delle forme organizzative e delle modalità di funzionamento delle attività relative al portale «Normattiva» in attuazione dell'articolo 1, comma 310, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), indica tra le finalità del programma la realizzazione della convergenza nel portale delle banche dati delle leggi regionali (art. 5, comma 1, lettera c)). Alla messa on line di un unico punto di accesso al patrimonio legislativo regionale (aggiornato quotidianamente) si arriva soltanto il 29 luglio 2020.

abortisce. A quest'ultimo fine, viene istituito un gruppo di lavoro (cui partecipano rappresentanti tecnici di Senato, Camera, Presidenza del Consiglio e delle Assemblee regionali), il quale ha svolto una sola riunione, il 12 gennaio 2012, immediatamente arenandosi sull'insormontabile scoglio dei diversi approcci seguiti dallo Stato e dalle Regioni[35].

Il Comitato paritetico, mai più ricostituito, ha rappresentato una sperimentazione tanto misconosciuta quanto interessante e proficua di dialogo e condivisione tra i rappresentanti delle Assemblee legislative, che varrebbe la pena riconsiderare. Ugualmente, meriterebbe nuova attenzione l'idea di un tavolo comune tra Stato e Regioni sule regole di redazione dei testi normativi.

6. Novità normative e giurisprudenziali nella XVI legislatura

Sotto il profilo dell'attività consultiva, la XVI legislatura si muove nel solco delle precedenti, con qualche interessante novità. La prima segna – per così dire – lo strappo definitivo riguardo alle modifiche puntuali: la circolare impone/raccomanda di evitarle; il Comitato, nella XV legislatura, le ha talora ammesse in quanto funzionali ad una più facile comprensione della novità introdotta, tuttavia segnalandole; a partire dal 2008[36], «la considerazione che non è raro il caso che la modifica puntuale renda più facilmente comprensibile la novità introdotta nell'ordinamento ha indotto il Comitato a non rilevare più tale profilo nei propri pareri».

Al di là di questo limitato strappo, la circolare resta un parametro fondamentale:

- ✓ nel primo turno di presidenza (Stradella: dal 26 maggio 2008 al 25 marzo 2009) quasi i tre quarti dei pareri espressi (esattamente il 74,4 per cento) contengono richiami espliciti o impliciti alla circolare;
- ✓ nel secondo turno (Duilio: dal 26 marzo 2009 al 25 gennaio 2010), 22 dei 23 pareri (il 95,7%) contengono richiami espliciti o impliciti alla circolare: in 6 casi (26,1%) si tratta di richiami espliciti, in 16 casi (69,6%) di richiami impliciti;
- ✓ nel terzo turno di presidenza (Lo Presti: dal 26 gennaio 2010 al 25 novembre 2010) sono 27 dei 34 pareri, pari al 79,4%: in 11 casi (40,7%) si tratta di richiami espliciti; in 16 casi (59,3%) di richiami impliciti;

[35] Più tacitiano quello statale e più analitico ed esemplificativo quello regionale.

[36] Nel parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 93/2008 (A. C. 1185: potere d'acquisto delle famiglie), il Comitato segnala per l'ultima volta – con la formula in uso dalla XV legislatura – il discostamento dalla circolare, che «appare tuttavia nel caso di specie coerente con la finalità puntuale dell'intervento legislativo e funzionale ad una sua più agevole comprensione».

- ✓ nel quarto turno (Zaccaria: dal 26 novembre 2010 al 25 settembre 2011) i pareri sono 26 su 32: 12 (46%) contengono espliciti; 14 (54%) contengono richiami impliciti;
- ✓ nel quinto turno (Lussana: dal 26 settembre 2011 al 25 luglio 2012) sono 31 su 34 (senza distinzione tra richiami impliciti ed espliciti);
- ✓ nel sesto turno (Lo Moro: dal 26 luglio 2012 al 5 febbraio 2013) sono 13 su 18.

Il Comitato, andando al di là della circolare, presta attenzione ad ulteriori fattispecie, che variano nel corso degli anni:

- ✓ durante i turni di presidenza Duilio e Lopresti sono le seguenti: modifica di norme recenti; proroga di disposizioni transitorie; efficacia di disposizioni abrogate;
- ✓ durante il turno Zaccaria, la prima fattispecie viene indicata (più precisamente) come incidenza su norme recenti; resta l'efficacia di disposizioni abrogate; compare il profilo della efficacia retroattiva;
- ✓ la presidente Lussana, nel proprio rapporto, indica 4 profili non riconducibili alla circolare ma attinenti ad un ordinato modo di legiferare: stratificazione normativa e modifica di norme di recente approvazione; l'intreccio tra decreti-legge in corso di conversione e la presenza, nei medesimi testi, di disposizioni di carattere generale cui fanno seguito deroghe ed eccezioni: è un fenomeno sempre denunciato dal Comitato, che ora emerge con forza; efficacia di disposizioni abrogate; efficacia retroattiva;
- ✓ la presidente Lo Moro, infine, si sofferma su tre dei 4 aspetti sopra segnalati, escludendo il profilo riguardante l'efficacia delle disposizioni abrogate.

Alla circolare si aggiunge, nel 2009, la legge 18 giugno 2009, n. 69, il cui art. 3 novella in più punti la legge n. 400 del 1988 con riguardo alla qualità della legislazione e agli strumenti normativi. In particolare, il nuovo art. 13-*bis* della legge n. 400, introdotto dall'art. 3, comma 1, della legge n. 69, «è stato immediatamente assunto quale parametro per l'attività consultiva del Comitato», in quanto rafforza analoghe indicazioni contenute nella circolare (v. *infra*)[37].

Il rapporto Lussana indica come primo degli atti di riferimento del Comitato la legge 28 novembre 2005, n. 246 (articolo 14, commi 1-11) ed i relativi

[37] Si dà conto della novità nel rapporto Duilio, da cui traggo il virgolettato. L'art. 13-*bis*, comma 1, stabilisce:

- alla lettera a), che «Il Governo, nell'ambito delle proprie competenze, provvede a che ogni norma che sia diretta a sostituire, modificare o abrogare norme vigenti ovvero a stabilire deroghe indichi espressamente le norme sostituite, modificate, abrogate o derogate»;
- alla lettera b), che ogni rinvio normativo venga effettuato in forma espressa.

provvedimenti di attuazione (direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri in data 10 settembre 2008 e regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 settembre 2008, n. 170), che disciplinano le relazioni per l'analisi tecnico-normativa e per l'analisi di impatto della regolamentazione.

Si rafforzano i richiami alla giurisprudenza costituzionale, chiamata in causa per i diversi profili di interesse del Comitato, tutti essenzialmente riconducibili al sistema delle fonti. In particolare:

- ✓ il presidente Stradella segnala che in 3 dei 4 pareri su schemi di decreti legislativi è stata citata la sentenza della Corte costituzionale n. 206 del 2001. Nel parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 207/2008 (A. C. 2198, proroga termini), una raccomandazione richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 171 del 2007, con specifico riguardo ai presupposti di necessità ed urgenza;
- ✓ la presidente Lussana evidenzia che «il Comitato guarda talora al coordinamento con la normativa di rango costituzionale, con specifico riguardo al rispetto delle riserve di legge previste in Costituzione ed all'efficacia temporale delle leggi penali. Sono **7** i pareri che richiamano la necessità di valutare le disposizioni oggetto del parere del Comitato alla luce delle previsioni costituzionali. Un ruolo significativo è svolto anche dalle sentenze della Corte costituzionale. Nel periodo di riferimento del presente rapporto la Corte costituzionale ha emesso la sentenza n. 22 del 2012, subito ampiamente valorizzata ed utilizzata dal Comitato, in materia di omogeneità dei decreti-legge. Il Comitato ha richiamato, sul finire del turno di presidenza, anche la recentissima sentenza n. 249 del 2012, che contiene un interessante *obiter dictum* sulle autorizzazioni alla delegificazione contenute nei decreti-legge. Infine, molto utilizzata è anche la sentenza n. 116 del 2006, sulla "natura non regolamentare" dei decreti ministeriali»[38];
- ✓ la presidente Lo Moro segnala, in particolare, i temi delle riserve di legge previste in Costituzione e dell'efficacia temporale delle leggi penali.

[38] Nel rapporto Lussana compare anche il primo riferimento all'art. 11 della lege n. 400/1988, sulle procedure di nomina dei commissari straordinari (cfr. la nota 65).

7. Legislazione emergenziale, decisioni apparenti, norme aleatorie

Gli anni centrali della legislatura, segnati profondamente dai terremoti[39] e dalla crisi economico-finanziaria, segnano l'esplosione di una legislazione emergenziale, attenta alle reazioni dei mercati, dell'Unione europea, del Fondo monetario internazionale e delle agenzie di rating. È una legislazione nella quale si consolidano tre tendenze che contrassegnano con forza anche la XVII legislatura e che il legislatore stenta ad abbandonare ancora oggi:

- ✓ la tessitura di un ordito nel quale gli enunciati precettivi si affievoliscono e si confondono in una trama discorsiva, contenente proclami, motivazioni, obiettivi, spiegazioni del contesto;
- ✓ la necessità di apparire tempestivi nelle decisioni, in realtà rinviandole ad una infinità di successivi atti, spesso atipici (come i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, che decollano in questa fase);
- ✓ un'accelerata precarietà delle norme, spesso soggette a continue modifiche e precisazioni, alla ricerca di un infinitesimale dettaglio in nome di una più facile applicazione, resa invece vieppiù impossibile.

Il Comitato registra e denuncia questi fenomeni, cui dedica anche atti di indirizzo, studi e approfondimenti[40].

[39] In particolare, quello del 6 aprile 2009 con epicentro in Abruzzo e quello del maggio 2012 con epicentro in Emilia.

[40] Per gli studi e gli approfondimenti cfr. quanto detto nel paragrafo 4 e soprattutto il rapporto della presidente Lo Moro citato alla nota 30. Tra gli atti di indirizzo, riporto l'ordine del giorno Duilio *n. 9/4357-A/56*:

«*La Camera,*

premesso che:

il decreto legge in esame presenta una struttura molto complessa, articolandosi di quindici articoli, composti di commi, lettere, numeri e capoversi di non facile individuazione, la quasi totalità dei quali sono estremamente lunghi e di difficile lettura;

allo scopo di facilitare la lettura e l'intellegibilità del testo, non appare peraltro d'ausilio la peculiare tecnica normativa adottata, consistente nell'introduzione, al comma 1 di numerosi articoli (si vedano in particolare, gli articoli 2, 4, 5, 6 e 9) di "preamboli esplicativi", nei quali sono indicate le finalità perseguite dalle disposizioni cui si riferiscono; le suddette premesse sono infatti scritte in stile colloquiale, informale, divulgativo, e non sempre appare chiaro se esse siano di natura meramente descrittiva, ovvero precettiva; tale ultima questione appare particolarmente problematica ove i suddetti preamboli siano inseriti nell'ambito di articoli formulati per lo più in termini di novella, in quanto, in tali casi, (si vedano gli articoli 4, 5 e 6), mentre le premesse indicano le finalità perseguite con le novelle, nel corpo degli articoli vengono utilizzate locuzioni del tipo: "Conseguentemente, alla disciplina vigente sono apportate, tra l'altro, le seguenti modificazioni", con l'effetto che le novelle stesse vengono presentate come non esaustive;

impegna il Governo

ad aver cura, nella redazione degli atti aventi forza di legge, di attenersi ai criteri indicati nella Circolare congiunta dei Presidenti di Camera e Senato e del Presidente del Consiglio del 20 aprile 2001, recante regole e raccomandazioni sulla formulazione tecnica dei testi legislativi, nonché di

8. La XVII legislatura tra conferme ed esasperazioni

I rapporti sull'attività svolta nella XVII legislatura danno spazio a queste nuove criticità della legislazione, continuando a fare perno sulla circolare[41] e sui consolidati parametri normativi ma allargando sempre più lo sguardo alle nuove evenienze. Così, il rapporto sul primo turno di presidenza evidenzia i seguenti aspetti:

- ✓ stratificazione normativa e modifica di norme di recente approvazione;
- ✓ presenza di disposizioni transitorie, speciali o temporanee;
- ✓ presenza di preamboli introduttivi privi di portata normativa e di disposizioni meramente descrittive, ricognitive o programmatiche.

I rapporti successivi segnalano gli stessi profili, con un'unica variante[42]. Il rapporto Taglialatela si diffonde sulle criticità delle disposizioni di delega, che il Comitato esamina alla luce dell'art. 76 della Costituzione, dell'art. 14 della legge n. 400 del 1988, della circolare e della giurisprudenza costituzionale. È un tema esplorato in tutti i rapporti, che qui viene richiamato con specifico riguardo a due profili: il primo ricorrente, riguarda la sovrapposizione tra principi, criteri direttivi ed oggetto della delega (rilevata in 5 dei 7 pareri espressi nel periodo)[43]; il secondo, più recente, attiene alla possibilità di scegliere tra più opzioni alternative conferita al legislatore delegato[44].

L'ultimo rapporto della legislatura compie una piccola rivoluzione nell'indicazione dei parametri del Comitato: al primo posto è indicata «la giurisprudenza della Corte costituzionale relativa ai limiti alla decretazione d'urgenza

formulare i precetti normativi utilizzando una terminologia chiara e precisa ed evitando di avvalersi di uno stile colloquiale, che poco si addice ad un testo normativo».

[41] Nel turno di presidenza Cicu (dal 7 maggio 2013 al 6 marzo 2014), dei 39 pareri espressi dal Comitato 36 si riferiscono a profili trattati nella circolare; con la presidenza Taglialatela (dal 7 marzo 2014 al 7 gennaio 2015) i pareri sono 25 su 32; con Formisano (dall'8 gennaio al 7 novembre 2015) 24 su 27; 23 su 26 con Pini (dall'8 novembre 2015 al 7 settembre 2016); 33 su 39 con Giorgis (dall'8 settembre 2016 al 7 luglio 2917); 9 su 12 con Turco (dal 10 luglio 2017 al 22 marzo 2018).

[42] Al terzo punto dell'elenco scompare il riferimento alla presenza di preamboli introduttivi privi di portata normativa.

[43] Anche a questo proposito il Comitato si riferisce alla circolare ed esattamente al punto 2, lettera d).

[44] Questo tema è trattato nei pareri sul disegno di legge Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale (A. C. 2617) e sul disegno di legge Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Entrambi i pareri richiamano un *obiter dictum* della Corte costituzionale ove si rileva che «il libero apprezzamento del legislatore delegato non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega» (sentenze n. 68 del 1991 e n. 340 del 2007).

(in particolare le sentenze n. 22 del 2012, e n. 32 del 2014 sul rispetto dei limiti di omogeneità dei decreti-legge, nonché la sentenza n. 237 del 2013 per quel che concerne il contenuto proprio del disegno di legge di conversione) e al corretto utilizzo delle fonti normative (ad esempio la sentenza n. 116 del 2006 che censura l'utilizzo di decreti non regolamentari); le fonti normative (leggi n. 400 del 1988, n. 212 del 2000 – Statuto del contribuente, legge n. 246 del 2005 e relativi provvedimenti di attuazione); la circolare.

9. L'inizio della XVIII legislatura e l'immediata controrivoluzione

Con il rapporto sul primo turno di presidenza della XVIII legislatura (Dadone: dal 6 luglio 2018 al 5 maggio 2019) si torna a dare priorità, nell'indicazione dei parametri, alla circolare; seguono le fonti normative e quindi la giurisprudenza costituzionale, rimediando all'omissione delle sentenze in materia di delegazione legislativa (stranamente non richiamate nel rapporto Turco)[45].

La legislatura si apre con un ampio ricorso alle raccomandazioni, per lo più riguardanti il sistema delle fonti: sono 10 in dieci mesi, 4 delle quali invitano a tenere conto delle sentenze della Corte costituzionale sulla decretazione d'urgenza (in particolare la n. 22 del 2012 e la n. 32 del 2014), evitando «la commistione e la sovrapposizione, nello stesso atto normativo, di oggetti e finalità eterogenei, in ragione di presupposti, a loro volta, eterogenei». Tra le altre, segnalo:

- ✓ la raccomandazione contenuta nel parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 4/2019 (A. C. 1637, su reddito di cittadinanza e quota 100), volta ad attenersi in maniera più rigorosa «alla prescrizione contenuta nel paragrafo 3, lettera e) della Circolare sulla formulazione tecnica dei testi legislativi del Presidente della Camera del 20 aprile 2001, che impone di non ricorrere all'atto legislativo per apportare modifiche frammentarie ad atti non aventi forza di legge al fine di evitare che questi ultimi presentino un diverso grado di "resistenza" ad interventi modificativi successivi»;
- ✓ quelle contenute nel parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 32/2019 – A. C. 1898), riportate nel paragrafo 12.3.

[45] La presidente Dadone richiama in particolare la sentenza n. 340 del 2007, che censura principi e criteri direttivi che lascino al libero apprezzamento del Legislatore delegato – cioè il Governo -la scelta tra diverse opzioni.

Il rapporto sul secondo turno di presidenza (Paolo Russo: dal 6 maggio 2019 al 5 marzo 2020) dà conto delle novità giurisprudenziali di interesse del Comitato, richiamando[46]:

- ✓ la sentenza n. 247 del 2019, che ribadisce l'orientamento delle sentenze n, 22 del 2012 e n. 32 del 2014 in ordine all'incostituzionalità di disposizioni inserite con emendamento parlamentare nel corso dell'*iter* di conversione di un decreto-legge quando tali disposizioni risultino eterogenee rispetto al contenuto originario del decreto-legge;
- ✓ l'ordinanza n. 274 del 2019, la quale ha argomentato che «in astratto la palese estraneità delle disposizioni introdotte in fase di conversione potrebbe costituire un vizio procedimentale di gravità tale da determinare una menomazione delle prerogative costituzionali dei singoli parlamentari»[47];
- ✓ l'ordinanza n. 60 del 2020, la quale, nel respingere il conflitto di attribuzione sollevato da alcuni parlamentari, ha rilevato che nell'*iter* del disegno di legge di bilancio per il 2020 (poi legge n. 160 del 2019) non si è verificato «un irragionevole squilibrio fra le esigenze in gioco nelle procedure parlamentari e, quindi, un vulnus delle attribuzioni dei parlamentari grave e manifesto»; la Corte fa così emergere un parametro di «ragionevole equilibrio nelle procedure parlamentari» che – sottolinea il presidente Russo – «potrebbe risultare di interesse per il Comitato nella misura in cui una scarsa attenzione ai profili della qualità della legislazione conduca all'elaborazione di progetti di legge per i quali risulti difficile mantenere tale "ragionevole equilibrio" (si pensi a testi di notevole dimensioni e caratterizzati da un'estrema varietà di materie)»[48].

Ulteriori novità sono segnalate nel rapporto Ceccanti: in effetti, il biennio 2020-2021 vede numerose pronunce di interesse del Comitato, in tre delle quali (nn. 115, 149 e 186 del 2020) vengono espressamente richiamati non

[46] Oltre quelle indicate nel testo, il rapporto cita altre pronunce riguardanti la chiarezza del linguaggio normativo, in connessione con l'attività conoscitiva sulle attuali tendenze della produzione normativa, svolta dal Comitato nel primo turno di presidenza, tema sul quale il Comitato ha proseguito la riflessione nei successivi dieci mesi.

[47] L'ordinanza ha respinto il conflitto di attribuzione sollevato da alcuni parlamentari in ordine all'*iter* parlamentare del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 135 del 2018, perché nel caso concreto tale gravità non era dimostrata (analoghe considerazioni sono svolte nell'ordinanza n. 275 del 2019).

[48] Come anticipato dal presidente Russo, il Comitato richiama l'esigenza del "ragionevole equilibrio" in diversi pareri, soprattutto riferiti a decreti-legge della fase pandemica.

soltanto i suoi pareri (sentenze nn. 115 e 189) ma perfino il dossier parlamentare (sentenza n. 149)[49].

Il secondo turno di presidenza si conclude all'inizio della pandemia, con il parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, che contiene le prime misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (A. C. 2402)[50].

10. Il Comitato nell'emergenza pandemica

Sul terzo (Maura Tomasi: dal 6 marzo 2020 al 5 gennaio 2021) e sul quarto turno di presidenza (Ceccanti dal 6 gennaio al 5 novembre 2021[51]) impattano le diverse fasi della pandemia e una normazione emergenziale caotica, volatile, alluvionale, di cui sono testimonianza anche i pareri resi dal Comitato: 26 nel terzo turno e ben 45 nel quarto turno di presidenza (dei quali 36 su altrettanti disegni di legge di conversione). Il Comitato è chiamato a fronteggiare, con qualche successo[52], una situazione difficilissima, ove la frenesia del normare è un potente acceleratore di fenomeni degenerativi[53]. Tra questi, soprattutto in una prima fase, la fuga dalla legge e dal decreto-legge in favore di fonti atipiche (DPCM, ordinanze, perfino linee guida adottate da un organismo associativo di stampo privatistico come la Conferenza dei Presidenti delle Regioni) e la sovrapposizione, l'intreccio e la confluenza di decreti-legge in corso

[49] Non è una coincidenza che le tre sentenze siano emesse durante la presidenza di Marta Cartabia, che ha sempre mostrato particolare sensibilità per le attività del Comitato, cui ha fatto riferimento già nella celebre sentenza n. 32/2014, di cui è stata relatrice.

[50] È il penultimo parere espresso dal Comitato al termine del secondo turno di presidenza, il 25 febbraio 2020. Il parere dà origine ad alcuni emendamenti sottoscritti dal presidente *pro tempore* e dai componenti del Comitato, poi ripresi dal Comitato dei nove della Commissione Affari sociali ed approvati dall'Assemblea della Camera.

[51] Il rapporto di quest'ultimo, alla data in cui scrivo (3 febbraio 2022) ancora non è disponibile.

[52] I successi non sono pochi e nascono da un gioco di squadra interno al Comitato, dall'asse con la Commissione Affari costituzionali e da serrate trattative con il Governo, in un'attività che va oltre la mera espressione del parere ma si cala nella presentazione di emendamenti e ordini del giorno. Segnalo, tra gli altri, i successi conseguiti in materia di rimodulazione delle autorizzazioni di spesa con semplici decreti ministeriali e sui DPCM, con una loro "parlamentarizzazione" e lo spostamento a livello legislativo di parte delle disposizioni in essi contenute, previa definizione del loro perimetro di azione. Cfr. i rapporti Tomasi (in particolare pagg. 11-13) e Ceccanti. Si vedano anche V. DI PORTO, *Accade in Parlamento nell'anno della pandemia* (cap. 5) e E. GRIGLIO, *I limiti del drafting normativo nel primo anno dell'emergenza pandemica* (cap.6)), in G. MAZZANTINI e L. TAFANI (a cura di), *Annuario 2020 dell'Osservatorio AIR*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

[53] Riprendo l'efficace immagine di N. LUPO, per il quale «il Covid-19 si è rivelato essere, nel suo primo impatto sul sistema istituzionale, soprattutto un potentissimo acceleratore di processi di cambiamento già in atto» (*Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra di opportunità"*, in V. LIPPOLIS e N. LUPO (a cura di) Quaderno "Il Filangieri" 2020, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, Jovene, Napoli, 2021, ai cui saggi rimando per una tempestiva trattazione del tema e ulteriori riferimenti bibliografici; la citazione è tratta da pag. 146). Sul tema, si vedano anche gli atti del webinar organizzato dalla rivista Osservatorio sulle fonti il 30 aprile 2020, disponibili in rete all'indirizzo Archivio saggi (osservatoriosullefonti.it).

di conversione[54]. Il rapporto Tomasi, nel richiamare i parametri del Comitato e la giurisprudenza costituzionale, segnala che - con riferimento alla confluenza tra decreti-legge - il Comitato ha fatto leva anche sulla sentenza n. 58 del 2018, la quale, in un *obiter dictum*, ha affermato che tale tipologia di *iter* ha arrecato «pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intelligibilità dell'ordinamento».

Nel marasma pandemico, la circolare è un costante parametro (spesso implicito) per una molteplicità di questioni. Tra le più ricorrenti: deroghe implicite; norme di interpretazione autentica non correttamente formulate; clausole abrogative; richiami normativi formulati in modo generico o inesatti; modifiche non testuali; incidenza su fonti secondarie.

Il turno di presidenza Ceccanti è segnato, oltre che dalla pandemia, dalla decisiva fase finale di elaborazione del Piano nazionale di ripresa e di resilienza (PNRR), che costituisce un'importante occasione non solo per ridare slancio competitivo all'Italia ma anche per una maggiore attenzione alla qualità della normazione e alla valutazione (*ex ante* ed *ex post*). Anche con riguardo al PNRR, il Comitato si dimostra particolarmente sensibile ai temi connessi della programmazione e dei metodi della legislazione, in particolare per quanto riguarda le riforme previste nel piano stesso[55]. Il parere sul disegno di legge che definisce la governance del piano[56], con riguardo alle iniziative di

[54] Il Comitato, anche in questo ambito, associa all'attività consultiva un'intensa attività di indirizzo, "contrattando con il Governo; le sue posizioni trovano espressa eco nella lettera ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio con la quale il Presidente della Repubblica accompagna la promulgazione della legge di conversione del decreto-legge 25 maggio 2921, n. 73, il 23 luglio 2021.

[55] Segnalo, tra gli altri, il parere sul disegno di legge recante delega al Governo per la riforma del processo penale (A. C. 2435), reso nella seduta del 10 marzo 2021, ove il Comitato esprime l'auspicio che «nell'ambito dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, si faccia ricorso, per le riforme di settore che si renderanno necessarie, a leggi-delega caratterizzate da una formulazione attenta dei principi di delega e da un forte coinvolgimento delle competenti commissioni parlamentari nel processo di attuazione della delega». Nel successivo turno di presidenza (Butti, dal 9 novembre 2021), il parere espresso, nella seduta del 17 novembre 2021, sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 152 del 2021 (A. C. 3354) contiene una raccomandazione volta a richiedere «una riflessione sull'opportunità, con riferimento al PNRR, di una programmazione legislativa condivisa tra Parlamento e Governo che eviti per il futuro di avvicinarsi alle scadenze previste dal PNRR con un numero significativo di provvedimenti legislativi ancora da approvare, il che rende inevitabile, come nel caso in esame, il ricorso a decreti-legge di ampie dimensioni, con possibile pregiudizio di un'adeguata istruttoria legislativa». Tale raccomandazione si è poi tradotta nell'ordine del giorno n. 16, accolto dal Governo. In proposito, nella seduta del 12 gennaio 2022, il presidente ha segnalato come, nella prima relazione sull'attuazione del PNRR, presentata il 23 dicembre 2021, il Governo abbia assunto l'impegno di «assicurare il dialogo con il Parlamento per definire, nell'ambito della programmazione dei lavori delle Camere, una organica trattazione delle misure normative da adottare che assicuri il rispetto delle prossime scadenze previste evitando il più possibile il ricorso alla decretazione d'urgenza».

[56] Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77; sul relativo disegno di legge di conversione (A. C. 3146) il Comitato esprime un articolato parere, che dedica molta attenzione alla disciplina della cabina di

semplificazione normativa prospettate in particolare dall'articolo 5, segnala nella premessa «la necessità di individuare forme di interlocuzione costante con il Parlamento, in particolare con il Comitato per la legislazione e con la Commissione parlamentare per la semplificazione, all'interno di un più ampio dialogo, da strutturare adeguatamente, tra Governo e Parlamento sull'attuazione del PNRR».

È un auspicio del tutto condivisibile e di cui andrà verificata la percorribilità, per lo più in un Parlamento a ranghi ridotti.

11. Quasi per concludere

Il lungo percorso dalla nascita del Comitato alle sfide del PNRR ha segnato una assoluta novità per il nostro Paese: l'emersione a livello politico-istituzionale di un tema bipartisan, che però, generalmente, non scalda il cuore dei politici. Eppure il Comitato, grazie ai suoi selezionati componenti ed alle sinergie con le strutture della Camera[57], ha saputo ritagliarsi un ruolo ed incidere positivamente sulla qualità e sui metodi e strumenti della legislazione. Ciò ha fatto utilizzando al meglio gli strumenti a sua disposizione: le poche fonti normative, la giurisprudenza costituzionale, la circolare, di cui è diventato, per così dire, il paladino istituzionale, il nume tutelare.

Ho accennato all'accoglienza riservata alla "legificazione" di alcune prescrizioni della circolare con l'art. 3 della legge n. 69 del 2009 (cfr. il paragrafo 6); tuttavia, il Comitato ha sempre mostrato assoluta cautela circa l'opportunità di una disciplina legislativa della redazione dei testi normativi. Questa cautela si deduce da un lungo dibattito, due neutri pareri, un prolungato silenzio e una sola iniziativa legislativa.

12. Quattro indizi per una prova

Gli indizi dunque sono almeno quattro: un lungo dibattito, due neutri pareri, un prolungato silenzio e una sola iniziativa legislativa. Il presente paragrafo è dedicato a capire se possano formare la prova di una implicita convinzione tramandata nel Comitato di legislatura in legislatura, circa la congruità, come strumento, della circolare.

regia (la cui istituzione appare avvenire in deroga alla norma generale sui comitati interministeriali) e delle altre strutture previste ad hoc.

[57] Il Comitato e la sua segreteria istituzionale fanno capo all'Ufficio del regolamento; la struttura di documentazione creata *ad hoc* nel 1998 è l'Osservatorio legislativo e parlamentare (incardinato nel Servizio Studi), cui si devono i rapporti sulla legislazione e numerosi approfondimenti sulla produzione normativa.

12.1 Un lungo dibattito

Il lungo dibattito precede l'emanazione della circolare e si svolge nell'estate 1999, quando il Comitato è chiamato a dare il parere su un testo recante Disposizioni in materia di attività normativa[58]. È la prima (e l'ultima) volta nella quale il Comitato è investito di una proposta di legge tutta dedicata ai temi di suo interesse. L'approccio del relatore (on. Giovanni Meloni), nella seduta del 15 luglio 1999, è ispirato ad un prudente favore nei confronti di un intervento legislativo che rischia sì di essere derogato e contraddetto da successivi atti legislativi – avendo forza di legge ordinaria – ma, al pari dei precedenti rappresentati dalle leggi n. 468 del 1978 e 400 del 1988, potrebbe innescare «un impulso decisivo in vista del progressivo miglioramento della qualità della legislazione», determinando anche «positive innovazioni nell'ambito dei regolamenti parlamentari». È l'unico apprezzamento per l'iniziativa in tutto il lungo dibattito ed è seguito da un lungo elenco di punti da chiarire e profili problematici. Nella successiva seduta del 22 luglio lo stesso relatore presso la Commissione Affari costituzionali (on. Cananzi, componente del Comitato e appena eletto presidente della Commissione) si sofferma su ulteriori aspetti in dialogo con l'on. Meloni e dopo un lungo intervento dell'on. Lembo. Il 29 luglio il Comitato non è in grado di riunirsi per il protrarsi dei lavori dell'Assemblea e così l'espressione del parere viene rimandata al 7 settembre. È un parere scevro di apprezzamenti per l'iniziativa e contenente un lungo elenco di questioni problematiche, oggetto di 5 condizioni e 14 osservazioni. La Commissione Affari costituzionali prende atto del parere del Comitato nella seduta del giorno dopo, ove il presidente e relatore Cananzi, vista la rilevanza della materia in esame, considera opportuno «ascoltare alcuni costituzionalisti, esperti di fonti normative, al fine di acquisire ulteriori elementi utili all'istruttoria legislativa» per «giungere alla definizione di un testo che costituisca

[58] Si tratta del testo unificato di 4 proposte di legge (A. C. 1665 Rivolta, 4868 Dalla Chiesa, 5151 Abbate e 6019 Anedda) adottato dalla Commissione Affari costituzionali nella seduta del 15 giugno 1999 ed emendato nella seduta del 1° luglio. È trasmesso al Comitato a norma dell'art. 16-*bis*, comma 4 del regolamento, su richiesta di un quinto dei componenti della Commissione. Il capo I contiene principi generali in materia di formulazione, redazione e chiarezza dei testi normativi; il capo II disciplina alcun aspetti dell'iniziativa legislativa del Governo e indica i contenuti minimi delle relazioni governative sullo stato di attuazione delle leggi; il capo III contiene le disposizioni più controverse, in quanto introduce la categoria delle leggi organiche («che disciplinano settori normativi aventi rilevanza di ordine generale» e non possono essere abrogate, derogate, sospese o comunque modificate «da altre norme di legge, se non in modo esplicito, mediante l'indicazione precisa delle disposizioni da abrogare, derogare, sospendere o modificare»; il capo IV regola la potestà normativa del Governo, riprendendo il disposto della legge n. 400 del 1988 su decreti legislativi, decreti-legge e regolamenti; il capo V disciplina la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti; il capo VI riguarda la semplificazione normativa e la codificazione; il capo VII reca le disposizioni finali.

un orientamento forte per il legislatore e per gli organi dotati di potestà regolamentare». La Commissione non tornerà più sull'argomento.

12.2 Due neutri pareri

Trascorrono nove anni prima che il Comitato sia chiamato a pronunciarsi su altre norme riguardanti la chiarezza dei testi legislativi, contenute in un disegno di legge caratterizzato, per usare l'elegante espressione del relatore (on. Luigi Vitali), da «eclettismo contenutistico»[59]. Nella versione all'esame in prima lettura della Camera, il disegno di legge, al di fuori di un contesto normativo sistematico – uso le parole del relatore – «formula, all'articolo 25, una prescrizione concernente la redazione tecnica dei testi normativi a fini di chiarezza della legge, che codifica i parametri di giudizio costantemente ribaditi dal Comitato per la legislazione in ordine alla corretta formulazione delle norme ed al loro impatto sulla normativa esistente prescrivendo, in più, l'obbligo di esplicitare ogni rinvio normativo con l'indicazione, in forma integrale ovvero in forma sintetica e di chiara comprensione, del testo ovvero della materia alla quale la disposizione si riferisce, ovvero del principio, contenuto nelle norme cui si rinvia, che si intende richiamare»[60]. Il dibattito che segue ignora questa disposizione, concentrandosi sulle anomalie del testo e sulle procedure di esame dei disegni di legge collegati; a seguito delle sollecitazioni ricevute, il relatore integra il parere proposto segnalando la presenza di disposizioni che incidono su uno spettro di ambiti normativi così ampio da determinare «un'inevitabile difficoltà nell'*iter* parlamentare, dal momento che esse attengono alle competenze primarie di commissioni diverse da quelle competenti in sede referente (quale ad esempio la commissione Giustizia), il cui proficuo apporto all'istruttoria legislativa risulta dunque limitato alla sola funzione consultiva»[61].

In seconda lettura, il testo del disegno di legge contiene, oltre alla disposizione già esaminata in prima lettura, riformulata come novella della legge n. 400 del 1988[62], altre due novelle alla medesima legge introdotte al Senato, su

[59] Si tratta del disegno di legge recante disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria (A. C. 1441-*bis*-A), risultante dallo stralcio di un ancora più vasto ed eclettico disegno di legge, composto di 75 articoli, da cui originano tre leggi: dall'A. C. 1441-*bis* la citata legge n. 69 del 2009 (72 articoli); dall'A. C. 1441-*ter* la legge 23 luglio 2009, n. 99 (64 articoli); dall'A. C. 1441-*quater* la legge 4 novembre 2010,n. 183 (50 articoli).

[60] Ne consegue un'osservazione, ove il Comitato suggerisce che la disposizione potrebbe essere collocata nel codice civile, nell'ambito delle disposizioni sulla legge in generale.

[61] La legge, discussa dalle Commissioni riunite Affari costituzionali e Bilancio, tratta estesamente questioni riguardanti il settore della giustizia (cui sono dedicati 28 dei 72 articoli) e in particolare la riforma del processo civile.

[62] Il relatore in seconda lettura (on. Gibiino) constata nella premessa del parere che la disposizione è stata «correttamente» inserita in un coerente contesto normativo (art. 13-*bis* della legge n.

iniziativa del Presidente della Commissione parlamentare per la semplificazione, Andrea Pastore[63]. Anche in questo caso, le novità in materia di redazione dei testi e riordino normativo –richiamate in modo neutrale nel parere, senza alcun apprezzamento (l'unica concessione è il riconoscimento del corretto inserimento della prima disposizione nell'idoneo contesto della legge n. 400/1988) – non catturano l'attenzione dei componenti il Comitato, che tornano a dibattere sulle questioni della giustizia.

12.3 Un prolungato silenzio

Non mi risulta che il Comitato, nei suoi primi 24 anni di vita, abbia mai espresso la necessità di disciplinare – a livello costituzionale o legislativo – la redazione dei testi normativi. Nella sua attività di approfondimento, di studio e conoscitiva[64] si è dedicato soprattutto al linguaggio delle leggi e a metodi e strumenti della legislazione. Non si è mai "lamentato" della scarsità dell'armamentario a disposizione ma ha cercato di sfruttarlo al meglio, a partire dalla circolare, senza voli pindarici e con assoluta concretezza. Nell'attività consultiva, ha talora segnalato l'opportunità di riflettere su determinate discipline, in ambiti più o meno circoscritti, sempre attinenti al sistema delle fonti. Mi limito a richiamare, a titolo esemplificativo, le quattro raccomandazioni contenute nel parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici (seduta dell'11 giugno 2019, a sette giorni dal termine utile per la conversione):

- ✓ «provveda il Legislatore ad avviare una riflessione, ai fini della comprensione dei testi legislativi, su quale possa essere il numero massimo di lettere e, all'interno delle lettere, di numeri e di sottonumeri, in cui un singolo comma recante novelle a un testo legislativo può essere suddiviso (potrebbe essere ad esempio preso in

400 del 1988), come auspicato dal Comitato nel parere espresso in prima lettura, «ed è stata affiancata dalla previsione che impone al Governo sia l'adozione di atti di indirizzo e coordinamento per assicurare che gli interventi normativi incidenti sulle materie oggetto di riordino, mediante l'adozione di codici e di testi unici, siano attuati esclusivamente mediante modifica o integrazione delle disposizioni contenute nei corrispondenti codici e testi unici, sia una periodica attività di "aggiornamento dei codici e dei testi unici" da effettuare ogni sette anni».

63 Le altre due novelle riguardano: integrazioni all'art. 17, volte a prevedere in via generale il parere parlamentare sui regolamenti di delegificazione e il periodico riordino delle disposizioni regolamentari vigenti; l'introduzione dell'art. 17-*bis*, sui testi unici compilativi.

64 Alle attività segnalate nel paragrafo 4, vanno aggiunte quelle svolte nella XVII legislatura per impulso del presidente Giorgis e quelle nella legislatura corrente, su iniziativa della presidente Dadone.

considerazione un numero massimo di cinque lettere, a loro volta ripartite in non più di tre numeri e di tre sottonumeri);

- ✓ provveda il Legislatore ad avviare una riflessione sulle procedure di nomina dei commissari straordinari[65] che oramai appaiono sovente derogare al modello previsto dall'articolo 11 della legge n. 400 del 1988, anche considerando l'opportunità di una riforma di tale disposizione, ormai così poco attuata nella prassi;
- ✓ provveda il Legislatore, alla luce delle criticità evidenziate con riferimento agli articoli 4, comma 3; 4-*ter*, comma 9; 7, comma 2; 13, comma 8-*bis*, ad avviare una riflessione sulla definizione di poteri e funzioni dei commissari straordinari anche prendendo in considerazione l'ipotesi, avanzata nella XVII Legislatura dalla Commissione parlamentare per la semplificazione nel documento conclusivo sull'indagine conoscitiva sulle semplificazioni possibili nel superamento delle emergenze, approvato il 24 febbraio 2016, di "codificare" in un testo legislativo tutte le disposizioni normative a cui i commissari straordinari in caso di emergenza possono derogare;
- ✓ provveda il Legislatore ad avviare una riflessione sullo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, che allo stato

[65] L'interesse per le procedure di nomina e i poteri dei commissari straordinari data ormai dieci anni: salvo errore, il Comitato si occupa della questione, per la prima volta, nel parere sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, recante disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica (A. C. 5273), ove il Comitato rileva una deroga implicita al disposto dell'art. 11, comma 2 della legge n. 400/1988 (il quale stabilisce che la nomina del Commissario straordinario del Governo sia «disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri»). Nella XVIII legislatura, alla data del 31 dicembre 2021, il Comitato è intervenuto sull'argomento ben 16 volte; nell'ultimo caso, il 21 dicembre 2021, alcuni suoi componenti hanno anche presentato l'ordine del giorno 9/3354-A/17 (a prima firma Dori) ove si segnala «un forte ricorso a figure commissariali, spesso con procedure e attribuzioni di poteri atipiche e asistematiche; è proprio il provvedimento in esame, ad esempio, alla lettera *c)* del comma 1 dell'articolo 41 a prevedere la nomina con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri fino al 31 dicembre 2025 del sindaco *pro tempore* di Napoli a Commissario straordinario per il comprensorio di Bagnoli-Coroglio, in deroga, peraltro solo implicita, all'articolo 11 della legge n. 400 del 1988 che prevede che i commissari straordinari siano nominati con decreto del Presidente della Repubblica previa deliberazione del Consiglio dei ministri; la lettera *b)* del comma 1 dell'articolo 42, al settimo periodo, prevede inoltre che il Commissario straordinario per la città di Taranto operi in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto del codice delle leggi antimafia (decreto legislativo n. 159 del 2011) dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea e, a seguito di una modifica introdotta in Commissione, delle norme in materia ambientale di cui al decreto legislativo n. 152 del 2006 e del codice dei beni culturali di cui al decreto legislativo n. 42 del 2004, ricorrendo a una formulazione che, nella sua indeterminatezza, è stata in più occasioni oggetto di rilievi critici da parte del Comitato». In qualche caso, il Comitato ha invitato anche ad una riflessione sulla disciplina legislativa delle procedure di nomina.

rappresenta ancora – nonostante il suo frequente utilizzo nell'ordinamento – una fonte atipica, anche prendendo in considerazione l'ipotesi di un'integrazione, a tal fine, del contenuto della legge n. 400 del 1988».

Sono raccomandazioni interessanti per il loro approccio pragmatico, la concretezza delle indicazioni, il rilancio di una proposta maturata nella legislatura precedente in un altro organismo (di natura bicamerale) e, infine, per i temi trattati, riguardanti le fonti e la struttura interna dei testi normativi[66].

12.4 Una sola iniziativa legislativa

Da quanto fin qui detto, non può dunque sorprendere che i componenti del Comitato abbiano condiviso numerosi ordini del giorno ed emendamenti ma una sola iniziativa legislativa, derivante da uno dei temi di riflessione dell'attività conoscitiva svolta nella XVIII legislatura[67], collaterale rispetto ai temi della qualità della legislazione: essa modifica l'articolo 10 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092[68], al fine di prevedere la pubblicazione di una nota illustrativa per agevolare la comprensione del contenuto delle leggi e degli altri atti aventi forza di legge. La redazione della nota sarebbe affidata ad un comitato di esperti di materie giuridiche, di linguistica e di comunicazione da istituire nell'ambito delle iniziative finalizzate alla gestione e allo sviluppo del portale «Normattiva», dove verrebbe pubblicata, di norma entro quindici giorni dalla pubblicazione dell'atto legislativo nella *Gazzetta Ufficiale*. La nota, specifica la proposta, «non ha efficacia normativa né interpretativa, ma soltanto illustrativa e divulgativa, restando fermi il valore e l'efficacia della disposizione legislativa e l'applicazione dei criteri interpretativi previsti dall'ordinamento vigente e, in particolare, dall'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile».

13. Un quinto indizio per una certezza

Un quinto indizio si ricava dall'attività del Comitato: il granitico ancoraggio alla circolare, sempre invocata o implicitamente richiamata, come strumento

[66] Quest'ultimo tema è stato approfondito nelle audizioni promosse dalla presidente Dadone ed è presente in quasi tutti i pareri espressi dal Comitato sui decreti-legge dell'era pandemica, le cui dimensioni, soprattutto nella primavera del 2021, raggiungono record impensabili, come impensabili – fino ad allora – sono i diversi tipi di intrecci tra decreti in corso di conversione e la stratificazione normativa che producono.

[67] È la proposta di legge A. C. 2731, firmata dai deputati Dori, Ceccanti, Aresta, Paolo Russo, Butti, Baldino (componente della I Commissione ma non del Comitato) e Corneli.

[68] Approvazione del testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana.

utile e imprescindibile per il legislatore. La circolare, cioè, va applicata, indipendentemente dalla sua natura giuridica, perché nasce da uno sforzo congiunto dei tre centri di produzione legislativa statali (Presidenza del Consiglio, Senato e Camera), affonda le sue radici in precedenti circolari degli stessi soggetti e in raccomandazioni dell'OCSE e contiene indicazioni utili per legiferare meglio[69].

14. Per concludere

Mi sembra di poter concludere con la constatazione che il Comitato non si è mai posto troppo il problema dell'adeguatezza o meno dello strumento a disposizione (la circolare), cercando invece di assumerlo come parametro per tutti i profili in esso trattati. Piuttosto, ha invano tentato una armonizzazione delle regole di tecnica legislativa tra Stato e Regioni (cfr. il paragrafo 6), senza scoraggiarsi per il fallimento e utilizzando la circolare come un prontuario utile a moltissime esigenze.

Nel parere sul testo unificato recante Disposizioni in materia di attività normativa (cfr. il par. 12.1) ha espresso il timore che una disciplina legislativa vada inesorabilmente incontro a disapplicazioni e deroghe, con il sottinteso che quasi quasi sia preferibile una fonte inferiore, meno impegnativa ma comunque "vincolante" ai fini della buona scrittura delle leggi.

Quando la circolare non è sufficiente, il Comitato si proietta oltre, agendo in una realtà difficile e non temendo di spingersi al di là della mera attività consultiva, per trattare con il Governo in nome di una legislazione più organica, metodica, frutto di programmazione e progettazione.

Sul versante interno alla Camera (e su quello dottrinario), sono state ricorrenti le ipotesi di rafforzare le conseguenze derivanti da una mancata aderenza delle Commissioni permanenti alle condizioni formulate dal Comitato nei propri pareri. Si è richiamata, in proposito, la positiva esperienza dei pareri espressi dalla Commissione Affari costituzionali (soprattutto con riguardo al rispetto delle competenze legislative regionali) e dalla Commissione Bilancio (soprattutto con riguardo alla copertura delle spese), talora dimenticando che la forza di tali pareri deriva dalle norme costituzionali assunte come parametri (rispettivamente l'art. 117 e l'art. 81). Per dare analoga forza ai pareri del Comitato occorrerebbe valorizzare qualche norma costituzionale, assumendola a parametro, e magari inserire nella Carta costituzionale ulteriori

[69] Nella seduta del 9 ottobre 2018, la presidente Dadone, nel presentare il ciclo di audizioni sulle tendenze della produzione normativa, richiama la circolare indicandone le radici nelle «due identiche circolari del 10 gennaio 1997 dei Presidenti delle Camere sullo svolgimento dell'istruttoria legislativa da parte delle Commissioni nelle quali si richiamano la Raccomandazione del Consiglio dell'OCSE del marzo 1995 e altre tre identiche circolari emanate il 19 febbraio 1986 dai Presidenti delle Camere congiuntamente al Presidente del Consiglio».

disposizioni per la qualità della legislazione. È una strada decisamente impervia ed in effetti talora evocata ma mai percorsa, perché rischierebbe di paralizzare il procedimento legislativo oppure il Comitato[70] e presupporrebbe impegni che il Legislatore (Governo e Parlamento) non è in grado di assumere (e che anche la Corte costituzionale è stata finora attenta a non imporre). Basti pensare ai benefici che si potrebbero trarre da una rigida applicazione dei principi contenuti negli artt. 70 (la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere) e 72 (ogni progetto di legge deve essere approvato articolo per articolo) e ai relativi costi, che andrebbero compensati con una diversa disciplina del procedimento legislativo: drastica riduzione del monocameralismo alternato[71]; procedimento di conversione equamente ripartito tra i due rami; impossibilità di accorpare i testi legislativi in un unico articolo o in un numero ridotto di articoli ai fini della posizione della questione di fiducia. Così, la discussione sul tema, che pure andrebbe condotta in maniera seria e meditata, è sempre rimasta allo stato larvale, quasi come se mancasse la convinzione che sia una strada percorribile. Allora, restano la legge n., 400/1988 e la legge n. 212/2000 e soprattutto, resta la circolare, ancoraggio sicuro per l'uso sapiente che ne ha saputo fare il Comitato per la legislazione.

[70] La fissazione di paletti tropo rigidi rischierebbe di mettere a rischio, in molti casi, il procedimento legislativo, ovvero di indurre il Comitato ad un controproducente self restraint nella formulazione di rilievi eventualmente vincolanti.

[71] Secondo i dati forniti dall'Osservatorio sulla legislazione della Camera, dal 2001, nelle legislature durate cinque anni, la percentuale di leggi interessate dalle navette è stata pari al 21,5 per cento nella XIV, al 19,4% nella XVI e al 16,3 nella XVII. La percentuale risulta ancora più bassa nella XV Legislatura, di breve durata (12,5%). Nella XVIII legislatura, su 155 leggi approvate alla data del 31 dicembre 2020, soltanto 14 (il 9 per cento) hanno necessitato di una seconda lettura nel primo ramo di esame.

DIECI MESI VISSUTI PERICOLOSAMENTE (6 GENNAIO 2021 – 5 NOVEMBRE 2021): RIFLESSIONI DALLA PRESIDENZA DEL COMITATO PER LA LEGISLAZIONE SULLA PRODUZIONE NORMATIVA IN PERIODO D'EMERGENZA IN SEI PUNTI SINTETICI E TRE PASSAGGI LOGICI

STEFANO CECCANTI *

Sommario

1. Premessa: il rapporto sui dieci mesi di Presidenza come base conoscitiva. – 2. Cosa ha visto il Comitato. – 3. Cosa ha giudicato il Comitato. – 4. Come hanno agito il Comitato e i suoi componenti.

Abstract

This contribution focuses on the experience of the Committee on Legislation of the Italian Chamber of Deputies in the peculiar context of the Covid-19 pandemic emergency.

Suggerimento di citazione

S. CECCANTI, *Dieci mesi vissuti pericolosamente (6 gennaio 2021 – 5 novembre 2021): riflessioni dalla Presidenza del Comitato per la Legislazione sulla produzione normativa in periodo d'emergenza in sei punti sintetici e tre passaggi logici*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato e diritto parlamentare presso Sapienza Università di Roma. Attualmente in aspettativa per mandato parlamentare dal 23 marzo 2018.
Contatto: Stefano.ceccanti@libero.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa: il rapporto sui dieci mesi di Presidenza come base conoscitiva

I dieci mesi di Presidenza del Comitato per la Legislazione, di un prezioso organo parlamentare che è sempre stato capace in questa legislatura di votare pareri all'unanimità, anche nelle fasi politiche più convulse, sono state molto utili per me e per tutti colleghi per capire meglio, parere dopo parere, alcune anomalie del nostro sistema parlamentare e per cercare di individuare dei rimedi. Ciò sia nell'attività formale dell'organo collegiale sulla base delle prerogative previste dal Regolamento Camera, sia sulla base della libera iniziativa dei singoli che sempre più, specie in questa legislatura, ritengono opportuno far seguire ai pareri formali iniziative parlamentari che ne sono un naturale prolungamento, a partire da emendamenti e ordini del giorno.

Sulla base del rapporto finale di attività proporrò qui alcune riflessioni, condensate in cinque punti sintetici che si ripetono secondo il filtro del classico trittico: vedere, giudicare, agire.

2. Cosa ha visto il Comitato

In primo luogo anche l'anno 2021 si è aperto con una rilevante quantità di Dpcm, i quali, pur con la procedura di parlamentarizzazione introdotta l'anno precedente con un emendamento del sottoscritto, maturato anche in dialogo coi componenti del Comitato, erano ancora percepiti come limitativi del potere di emendamento dei parlamentari. La procedura era stata introdotta in sede di conversione del decreto-legge n. 19 del 2020 in Aula il 12 maggio 2020 con l'emendamento 2.51: consisteva nella previa comunicazione alle Camere dei contenuti del DPCM e nella conseguente espressione su tali comunicazioni di atti di indirizzo parlamentare. Non si trattava quindi di porre rimedio ad una questione di illegittimità (che nel frattempo la Corte costituzionale escludeva in particolare con la sentenza 198/2021), ma di opportunità, peraltro ben fondata e rilevante per le prerogative parlamentari.

Passando al secondo punto sintetico, il Comitato ha rilevato la creazione di fonti atipiche lesive delle prerogative parlamentari. In particolare, nel parere reso nella seduta dell'11 maggio 2021 sul disegno di legge C 3133 di conversione del decreto-legge n. 44 del 2021, l'attenzione si è concentrata sul comma 2 dell'articolo 1 che, nel disporre l'applicazione fino al 30 aprile 2021 alle zone gialle del regime previsto per le zone arancioni, prevedeva una clausola di revisione che consentiva che quanto disposto dalla medesima norma potesse essere modificato da un atto non legislativo quale la deliberazione del Consiglio dei ministri.

In terzo luogo il Comitato ha segnalato l'anomalia per la quale il cosiddetto 'monocameralismo di fatto' sia divenuta nell'emergenza una regola assoluta, data quasi per scontata nella conversione dei decreti-legge, anche con la

trasmissione dei testi in seconda lettura a pochissimi giorni dalla scadenza dei sessanta giorni.

Peraltro, nella Legislatura in corso il "monocameralismo alternato" si è esteso anche alla sessione di bilancio: solo nel 2018, infatti, il disegno di legge di bilancio ha visto una terza lettura, laddove nelle legislature precedenti l'approvazione con solo due letture è evento assai sporadico (successivamente al 2000 avvenuto solo nel 2010, nel 2011 e nel 2016).

Come quarto punto di sintesi il Comitato ha posto l'attenzione sui cosiddetti decreti 'minotauro' o 'matrioska' che dir si voglia, ossia decreti che durante l'esame finiscono per assorbirne altri in corso di conversione. Dall'inizio della Legislatura al 15 gennaio 2022 il fenomeno ha interessato 33 decreti-legge, mentre erano 31 alla fine del turno di presidenza.

In quinto luogo, in relazione al Pnrr, il Comitato ha cercato di esaminare i primi decreti che lo regolavano, in modo da indirizzare gli atti successivi verso lo strumento fisiologico della delega legislativa.

Infine, in sesto e ultimo luogo, riassumendo vari altri profili relativi alla decretazione d'urgenza, il Comitato ha rilevato che a fare problema non sono tanto quelli quantitativi che di per sé in una fase di emergenza potrebbero essere in parte giustificabili (non però fino a rappresentare come decreti convertiti il 66% del totale di parole delle leggi approvate nella Legislatura), ma altre anomalie qualitative come la persistente eterogeneità che tende ad eludere i vari limiti, e anche l'abrogazione o la modifica esplicita ad opera di un decreto-legge di norme contenute in un altro decreto-legge ancora in corso di conversione, che si potrebbero denominare "decreti staffetta precoce" perché subentrano prima che i precedenti possano avere passato loro correttamente la staffetta, ossia dopo la conversione.

3. Cosa ha giudicato il Comitato

In primo luogo esso ha ritenuto che fosse opportuno rilegificare tutte le materie affidate ai Dpcm. In questo senso è andato il parere reso nella seduta del 4 marzo 2021 sul decreto-legge n. 2 del 2021 raccomandando di approfondire l'ipotesi di "ricondurre alla fonte legislativa – eventualmente anche attraverso decreti-legge – la definizione del quadro generale delle misure da applicare nelle diverse zone di diffusione del contagio, ferma restando la necessità di individuare tali zone con ordinanze del Ministro della salute e di dettagliare ulteriormente le misure attraverso atti non legislativi".

Passando al secondo punto, nella sua funzione di presidio contro fonti atipiche lesive del Parlamento, il Comitato, nel citato parere sul disegno di legge C 3133 di conversione del decreto-legge n. 44 del 2021, ha raccomandato al Governo di evitare "in futuro l'adozione di disposizioni di contenuto analogo a quello del comma 2 dell'articolo 1, che *appariva* prefigurare, con una

delegificazione spuria incompatibile con il vigente sistema delle fonti, che quanto disposto dalla medesima norma *potesse* essere modificato da un atto non legislativo quale la deliberazione del Consiglio dei ministri".

In terzo luogo, sul 'monocameralismo di fatto' il Comitato ha segnalato con una raccomandazione l'opportunità di un razionale utilizzo della doppia lettura (parere sul decreto-legge n. 182 del 2020 del 20 gennaio 2021). Dopo la fine del turno di presidenza la raccomandazione è stata riproposta a fronte di un decreto-legge trasmesso dal Senato solo nove giorni prima del termine per la conversione (parere sul decreto-legge n. 127 del 2021 dell'11 novembre 2021).

Sul quarto punto, sui decreti 'matrioska' fin dall'avvio del turno di presidenza il Comitato ha segnalato, con una raccomandazione contenuta nel parere sul decreto-legge n. 172 del 2020 del 12 gennaio 2021, l'esigenza di evitare tale fenomeno.

In quinto luogo, sul Pnrr, cogliendo l'occasione dell'esame del disegno di legge-delega C. 2435 di riforma del processo penale, il Comitato ha inserito, nelle premesse del parere reso già nella seduta del 10 marzo 2021, l'auspicio che "nell'ambito dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, si faccia ricorso, per le riforme di settore che si renderanno necessarie, a leggi-delega caratterizzate da una formulazione attenta dei principi di delega e da un forte coinvolgimento delle competenti commissioni parlamentari nel processo di attuazione della delega". In occasione dell'esame del decreto-legge n. 77 del 2021 il Comitato ha poi segnalato, con una condizione, l'opportunità di circoscrivere meglio i vasti poteri sostitutivi delineati dall'articolo 12 di quel provvedimento (parere del 16 giugno 2021); successivamente alla conclusione del turno di presidenza, nell'ambito dell'esame del decreto-legge n. 152 del 2021, il Comitato ha rilevato, sempre con una condizione, l'opportunità di non prevedere comunque l'estensione di questa tipologia di poteri sostitutivi ad ambiti diversi da quello dell'attuazione del PNRR, come invece fatto da due disposizioni di quel provvedimento (parere del 17 novembre 2021).

In sesto e ultimo luogo, sugli ulteriori aspetti anomali relativi ai decreti, i pareri hanno segnalato in molte occasioni la difficoltà di individuazione di una *ratio* unitaria di intervento del provvedimento e hanno censurato il fenomeno dei decreti 'staffetta precoce'. Essi, dopo essersi presentati con una certa frequenza nella prima fase dell'epidemia, nella primavera 2020, si sono manifestati nel quarto turno di presidenza (si vedano i pareri sul decreto-legge n. 3 del 2021 del 18 febbraio 2021 e sul decreto-legge n. 2 del 2021 del 2 marzo 2021), ma soprattutto nella cosiddetta "quarta ondata" (decreti-legge n. 172, 221, 228, 229 del 2021 e n. 1 del 2022).

4. Come hanno agito il Comitato e i suoi componenti

In primo luogo, sui Dpcm, un tentativo è stato fatto con l'ordine del giorno Ceccanti n. 8 al decreto 2/2021. Come riformulato, tale ordine del giorno constatava nelle premesse che "risulta praticabile e probabilmente maggiormente rispettoso del sistema delle fonti, pur in un contesto di rispetto del principio di legalità che l'impiego del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri comunque garantisce, ricondurre alla fonte legislativa – eventualmente anche attraverso decreti-legge – la definizione del quadro generale delle misure da applicare nelle diverse zone di diffusione del contagio per la parte attinente all'esercizio di libertà costituzionali fondamentali quali la libertà di movimento (art. 16), la libertà di riunione e manifestazione (art. 17) e la libertà di culto (art. 19), ferma restando la riserva di legge relativa e rinforzata – e non assoluta – posta a tutela delle medesime dalla Costituzione, che consente dunque l'intervento anche di fonti di rango secondario".

L'ordine del giorno impegnava quindi il Governo a "valutare l'opportunità di operare per una ridefinizione del quadro normativo delle misure di contrasto dell'epidemia da COVID-19 anche valutando di affidare a una fonte diversa dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato nelle modalità finora osservate, una definizione più stringente del quadro generale delle misure da applicare nelle diverse zone individuate sulla base del grado di diffusione del contagio per la parte attinente all'esercizio di libertà costituzionali fondamentali quali la libertà di movimento (art. 16 Cost.), la libertà di riunione e manifestazione (art. 17 Cost.) e la libertà di culto (art. 19 Cost.)". In effettiva attuazione dell'ordine del giorno, a partire dal decreto-legge n. 52/2021, il Governo si è quindi mosso nella direzione di rilegificare le materie prima oggetto di Dpcm. Su questo aspetto il lavoro del Comitato è stato quindi molto efficace.

Sul secondo punto il Comitato ha apprezzato il fatto che sia stato sufficiente il parere critico contro fonti legislative lesivo delle prerogative parlamentari per non far mai utilizzare la procedura di delegificazione del decreto 44/2021. Anche in questo caso, pertanto, l'efficacia del lavoro è stata alta.

Invece il bilancio sulla terza questione, il cosiddetto monocameralismo di fatto, è stato molto negativo: il fenomeno sin qui non è stato arginato. Ci si può chiedere quanto esso possa essere considerato reversibile per autonoma iniziativa parlamentare e/o autodisciplina del Governo o quanto invece possa essere affrontato con una riforma costituzionale che, approfittando dalla prossima legislatura della nuova composizione ridotto delle Camere, possa affidare alcune prerogative al Parlamento in seduta comune e a Commissione riunite Camera-Senato.

Sul quarto punto, relativamente ai decreti 'matrioska', è da segnalarsi l'approvazione in Assemblea, nella seduta del 20 gennaio 2021, ad amplissima

maggioranza di un ordine del giorno presentato dai componenti del Comitato che impegnava ad evitare la "confluenza" tra diversi decreti-legge, limitando tale fenomeno a circostanze di assoluta eccezionalità da motivare adeguatamente nel corso dei lavori parlamentari"; tale impegno è stato poi ribadito in un ulteriore ordine del giorno accolto con una riformulazione dal Governo nel corso della discussione in Assemblea nella seduta del 23 febbraio 2021 del disegno di legge C 2845-A di conversione del decreto-legge n. 183 del 2020 (proroga termini). Ciononostante, in ulteriori sei occasioni il Comitato ha dovuto segnalare con una raccomandazione come il Governo non abbia fornito alcuna motivazione delle ragioni di assoluta eccezionalità alla base della decisione di far confluire un decreto-legge in un altro. Il bilancio del lavoro su questo aspetto è stato quindi obiettivamente inferiore alla sufficienza. Più efficace, sullo stesso tema, sembra essere stata, almeno nel periodo immediatamente successivo, la lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei ministri del 23 luglio 2021. Tuttavia, in seguito, in occasione della quarta ondata, il fenomeno ha purtroppo conosciuto una nuova attualità: sono stati presentati emendamenti per far confluire il decreto-legge n. 221 del 2021 nel decreto-legge n. 229 del 2021 e il decreto-legge n. 5 del 2022 nel decreto-legge n. 1 del 2022.

In quinto luogo, sul Pnrr, l'ordine del giorno n. 16, accolto dal Governo, sul decreto 152/2021 ha ripreso l'indirizzo che per l'attuazione punta sulla delega legislativa più che sui decreti, mentre col successivo ordine del giorno 17, anch'esso accolto, si è accettata l'idea di un uso non estensivo di poteri straordinari oltre la frontiera dell'attuazione del Pnrr.

Infine, sul sesto punto, su tutte le ulteriori anomalie relative ai decreti, i componenti del Comitato hanno avanzato, durante il turno di presidenza, *a latere* dell'attività istituzionale, in vista dell'auspicata riforma regolamentare, alcune proposte per tentare di arginare e regolamentare il fenomeno. In particolare, a seguito della riflessione avviata nella seduta del Comitato dell'8 aprile 2021, tutti i componenti del Comitato hanno presentato una proposta di riforma del regolamento della Camera volta ad introdurre, quale alternativa al ricorso alla decretazione d'urgenza, una forma di "voto a data certa". In particolare, la proposta prevede che per un numero limitato di provvedimenti (tre per un programma trimestrale, due per un programma bimestrale), la dichiarazione d'urgenza di cui all'articolo 69 del Regolamento possa essere integrata con l'indicazione della data di deliberazione finale dell'Assemblea non superiore a quaranta giorni dalla dichiarazione d'urgenza (si ricorda che in caso di dichiarazione d'urgenza il tempo per l'esame in sede referente è ridotto da due mesi a un mese). Come precisa la relazione illustrativa della proposta, si tratta di una soluzione che non esclude una più ampia e complessa riflessione sull'eventuale revisione dell'articolo 77 della Costituzione in

materia di decretazione d'urgenza, già all'esame della I Commissione che ha già approvato un testo base Baldino-Ceccanti.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2022

IL CONSIGLIO DI STATO E LE REGOLE TECNICHE SULLA REDAZIONE DEGLI ATTI NORMATIVI

CLAUDIO TUCCIARELLI*

Sommario

1. Introduzione. - 2. La qualità dei testi normativi nella storia del Consiglio di Stato tra continuità e innovazione. - 3. Il *drafting* nell'attività del Consiglio di Stato. - 3.1. Il *drafting* nella funzione giurisdizionale. - 3.2. Il *drafting* nell'attività consultiva. - 3.2.1. I ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica. - 3.2.2. Singoli quesiti. - 3.2.3. I pareri sugli schemi di atti normativi. - 3.2.3.1. Quali numeri? - 3.2.3.2. Quali criteri? - 4. Sviluppi e tendenze in atto.

Abstract

Legislative drafting affects every activity carried out by Council of State, either judicial or consultative. Especially, Council of State delivers opinions on draft legislation submitted by Government, that include recommendations on issues concerning drafting. Through its opinions, Council of State aims at increasing quality of legislation under many respects. Among several criteria, drafting is adopted by the Council of State as a relevant tool in order to reduce interpretative uncertainties and future disputes.

Suggerimento di citazione

C. TUCCIARELLI, *Il Consiglio di Stato e le regole tecniche sulla redazione degli atti normativi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Consigliere di Stato
Contatto: claudio.tucciarelli@alice.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

Le regole preposte alla chiarezza dell'atto normativo, comunemente denominate con l'espressione anglosassone *drafting,* sono complessivamente strumentali ad agevolare l'interpretazione dell'atto, a dissodare il campo dalle ambiguità del linguaggio, del significante e del significato che ne può conseguire, a precostituire dei canoni che orientano l'interprete sulla base di indicazioni o prescrizioni (le raccomandazioni e le regole) note e condivise. Sono tuttavia (e soprattutto) strumentali anche a un altro fine, antecedente al primo ma a esso necessariamente collegato, relativo alla deliberazione dell'atto stesso da parte degli organi preposti (Governo, Parlamento, e, analogamente, Giunte e Consigli regionali, per fermarsi alla redazione tecnica dei testi normativi).

Le "Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi" sono volte a orientare in modo armonico le due fasi: quella che precede l'approvazione e quella che le succede, nell'applicazione delle disposizioni di legge o regolamento[1].

Esse non costituiscono un vincolo per l'interprete (l'amministrazione, i cittadini, il giudice). Peraltro, l'adozione e la pratica di regole uniformi dirette a favorire la chiarezza dei testi normativi favorisce, come effetto indotto, linee interpretative meno eterogenee: l'omogeneità redazionale aiuta l'omogeneità ermeneutica. Ciò anche se risulta velleitaria o tautologica l'ormai vetusto brocardo "*in claris non fit interpretatio*".

Il *drafting* interessa essenzialmente la redazione di un testo, l'interpretazione (in specie: l'interpretazione nel giudizio sul caso concreto) lega il testo al contesto dato, normativo e fattuale. La disposizione si fa norma[2]. Il testo vive nell'interpretazione, in cui gli elementi di contesto possono prevalere su quelli letterali[3].

[1] Per un cenno al rapporto tra *drafting* e interpretazione, v. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 241/2018, in cui viene segnalato che la (evidentemente non elevata) qualità del *drafting* legislativo certamente non agevola l'attività degli interpreti e degli operatori, né tantomeno quella dei consumatori, che avrebbe dovuto costituire la preoccupazione maggiore in sede di elaborazione dello schema in esame.

[2] Evidentemente, il tema dei rapporti tra disposizione e norma presenta una densità e un'ampiezza che vanno ben oltre la materia del *drafting*. Cfr. ad es. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto,* Giappichelli, Torino, 2014, pp. 25 - 42.

[3] Un esempio. In relazione alla fattispecie di acquisizione c.d. "sanante" ex art. 42-bis del d.p.r. n. 327 del 2001, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario - e in particolare alla competenza, in unico grado, della Corte di appello - non solo la controversia relativa alla determinazione dell'indennizzo, ma anche quella avente ad oggetto l'interesse del cinque per cento del valore venale del bene dovuto per il periodo di occupazione senza titolo, ai sensi del comma 3, ultima parte, del predetto articolo, "a titolo di risarcimento del danno", giacché esso, ad onta del tenore letterale della norma, costituisce solo una voce del complessivo "indennizzo per il pregiudizio patrimoniale" di cui al precedente comma 1" (Cons. Stato, Sez. IV, 29 settembre 2017, n. 4550; Cass. civ., sez. un., 25 luglio 2016, n. 15283).

Il Consiglio di Stato, in virtù della sua duplice funzione, consultiva e giurisdizionale, sancita dalla Costituzione, può essere investito del *drafting* sia nella fase preventiva (procedimento di approvazione) sia in quella successiva (controllo sull'applicazione, quesiti, pareri, giurisdizione). Il Consiglio, infatti, allo stesso tempo, è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione (art. 100, primo comma, Cost.) e, insieme ai Tribunali amministrativi regionali, ha giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi (art. 103, primo comma, Cost.).
Le regole di tecnica legislativa – al cui interno si collocano le "Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi" del 2001 - sono accomunate dall'obiettivo di conseguire una "buona" qualità della legislazione e investono profili che si estendono progressivamente: dal *drafting* formale, alla collocazione dell'atto nel sistema delle fonti, al *drafting* sostanziale relativo all'impatto previsto e prodotto (AIR e VIR) fino alla semplificazione del *corpus* normativo dell'ordinamento[4]. Finiscono, talora, con il trascolorare nel merito stesso dell'atto, se non altro laddove portano a verificare la corrispondenza tra gli obiettivi, dichiarati o impliciti, gli strumenti normativi e i mezzi e le risorse, materiali e finanziarie. E' quasi inevitabile che questo processo si dipani fin dalla predisposizione dell'atto normativo per accompagnare la fase approvativa, prima, e quella attuativa, poi, ed eventualmente quella contenziosa.
Per potere svolgere efficacemente la funzione che è loro propria e perseguire la chiarezza degli atti normativi, le regole del *drafting* debbono essere condivise e applicate dai tecnici ma, soprattutto, debbono trovare accoglimento da parte del decisore politico. Non è scontato, infatti, che in determinate condizioni (es. negoziazione con i portatori di interessi o tra le forze politiche o tra diversi attori istituzionali) gli inevitabili compromessi siano raggiunti a un prezzo: la riduzione della chiarezza delle disposizioni in nome di una certa indeterminatezza che rinvia parte del percorso decisionale alla fase applicativa (v. rapporti tra politica, amministrazione e giurisdizione) e consente nell'immediato a plurimi soggetti (politici o istituzionali) di dichiarare il conseguimento di determinati obiettivi (v. rapporti tra politica e opinione pubblica)[5].
I soggetti od organi chiamati a fare valere o a enunciare nel singolo caso le regole tecniche possono quindi trovarsi in rotta di collisione nei confronti di istanze che non collimano con le esigenze della tecnica redazionale e la chiarezza del testo, per quanto possibile, delle disposizioni normative. Non è

[4] E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 24 ss.

[5] Come ricorda E. ALBANESI, *op. cit.,* 37, citando J. Madison sulla Costituzione degli Stati Uniti d'America approvata a Philadelphia nel 1787, "l'ambiguità di quel testo costituì il prezzo dell'unanimità".

infrequente che la scarsa chiarezza o l'oscurità determinino un rinvio implicito alla fase attuativa e richiedano alla giurisdizione, chiamata a decidere sulle controversie insorte (anche in conseguenza delle oscurità delle disposizioni), di sciogliere, caso per caso, le ambiguità dei testi normativi.
Una precisazione iniziale. Sebbene, in punto di fatto, non costituisca un elemento secondario, non si ritiene di soffermarsi sul contributo al *drafting* e, più in generale, alla qualità della normazione assicurato non dal Consiglio di Stato, come istituzione, quanto invece dai singoli Consiglieri di Stato, quando prestati agli uffici legislativi o di gabinetto dei Ministeri o quando chiamati a intervenire in audizione in Parlamento[6].

2. La qualità dei testi normativi nella storia del Consiglio di Stato tra continuità e innovazione

Il tema della qualità della normazione traspare lungo l'intera storia del Consiglio di Stato e oggi si concentra, anche se non in via esclusiva, nell'attività consultiva sugli atti normativi. Non può essere sottovalutata la coesistenza, per ampia parte della storia del Consiglio di Stato, di due funzioni distinte, giurisdizionale e consultiva, in cui viene comunque in rilievo – con differenze significative nei modi e nei tempi – il tema della qualità della normazione. La compresenza di due funzioni in un unico organo, con magistrati che possono essere chiamati a svolgere l'una o l'altra funzione nel corso del tempo o perfino a svolgere contemporaneamente entrambe[7], segna una decisa integrazione tra regole del *drafting* indicate (in sede consultiva) e regole del *drafting* applicate (in sede giurisdizionale o giustiziale). Il Consiglio di Stato è chiamato quindi sia a risolvere controversie tra privati (per lo più) e pubblica amministrazione sia a rendere pareri di vario tipo e natura al Governo e alle amministrazioni pubbliche[8].

[6] V. da ultimo l'audizione informale del Presidente del Consiglio di Stato dinanzi al Comitato per la legislazione della Camera dei deputati del 27 marzo 2019, in cui sono stati affrontati anche i temi relativi alla qualità della normazione e alle possibili forme di collaborazione del Consiglio di Stato con il Parlamento.

[7] Si considerino: la partecipazione di tutti i magistrati, indipendentemente dalla Sezione di appartenenza, all'Adunanza generale; l'assegnazione di magistrati a più di una Sezione (caso frequente: l'assegnazione contestuale del medesimo magistrato alla Sezione consultiva per gli atti normativi e alla Sezione prima, con funzioni consultive concernenti anche i pareri sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica); la partecipazione di magistrati ordinariamente assegnati a Sezioni consultive e giurisdizionali a Commissioni speciali per l'espressione di determinati pareri.

[8] Utilizzo intenzionalmente il plurale "amministrazioni" in quanto, in un ordinamento plurilivello e variamente articolato, come quello italiano, l'amministrazione non si identifica con il solo Stato ma comprende, per fermarsi agli enti territoriali, anche Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni. In realtà le forme e le modalità operative delle pubbliche amministrazioni sono assai più complesse e ramificate.

All'origine, nel 1831, il Consiglio di Stato era caratterizzato da una duplice natura, tecnica e politica[9].
Con l'unificazione, ormai diventato organo consultivo del Governo (e non più del Re), il Consiglio di Stato si è sviluppato progressivamente nei termini di un organo neutrale e di natura tecnica. Vengono ad affacciarsi sempre più chiaramente i temi che, oggi, definiremmo di qualità della normazione[10].
Le funzioni e l'organizzazione del Consiglio di Stato non hanno trovato una disciplina espressa nello Statuto Albertino, che si limitò nelle disposizioni transitorie a prevederne il riordino. Con lo Statuto, il Consiglio, che già prima del 1848 aveva assicurato un contributo rilevante alla codificazione voluta dal Re, mantenne un'influenza rilevante nel campo della legislazione e fu incaricato dal Governo di predisporre interi progetti di legge. Venne quindi a consolidarsi la connotazione tecnica di consulenza in favore dell'Esecutivo.
Il dibattito e i progetti che condussero alla riforma Rattazzi del 1859 già misero in luce il legame diretto tra attività consultiva del Consiglio di Stato e legislazione: il Consiglio avrebbe dovuto contribuire al coordinamento legislativo e alla qualità tecnica delle disposizioni. L'attività del Consiglio risultava ormai esclusivamente caratterizzata da una vocazione tecnica[11]. La funzione consultiva sugli atti normativi, compresi i progetti di legge, aveva carattere prevalentemente facoltativo, su iniziativa del Governo. Al Consiglio poteva essere commissionata anche la redazione di progetti di legge. Avrebbe potuto addirittura "difenderli davanti alle assemblee parlamentari"[12].
La funzione consultiva non riguardava (e non riguarda) solamente la sfera della normazione ma poteva essere volta anche a corrispondere a quesiti posti dalle amministrazioni. Anzi, la conoscenza dei secondi non poteva (può) che supportare l'efficacia della prima.

[9] Per una ricostruzione diretta a sottolineare il carattere tecnico già nelle origini del Consiglio di Stato, v. M. TORSELLO, *Le funzioni consultive del Consiglio di Stato ieri e oggi*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2021, 1-2. Sulle origini del Consiglio di Stato, i rapporti con analoghi organi degli Stati pre-unitari e di altri Stati, v. L. ARMANNI, *Il Consiglio di Stato e le sue attribuzioni consultative*, in V.E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, vol. I, 1897, 763-1042. Per una sintesi in prospettiva storica, v. V. NERI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato dall'editto di Racconigi ai pareri resi su richiesta dell'ANAC* in *Urbanistica e appalti,* n. 4/2020, 266 – 475; P.G. LIGNANI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato nell'emanazione delle norme giuridiche*, La Revue administrative, 52e Année, No. 8, Numero special 8: Les Conseils d'État frangais et italien (1999), 56-64.

[10] L. ARMANNI, *op. cit.,* metteva in evidenza come il ruolo del Consiglio di Stato per la elaborazione tecnica delle norme di legge e per l'unità e la "coordinazione" del sistema legislativo fosse ben presente nei progetti che portarono infine alla riforma Rattazzi del 1859 (795). Forma, coordinazione e tecnica dell'opera legislativa costituivano "il campo vero, la missione fondamentale dell'attività consultiva del supremo consesso" (998).

[11] Cfr. L. ARMANNI, *op. cit.*, 795.

[12] Così L. ARMANNI, *op. cit.,* 800.

Dal 1860, tuttavia, la funzione consultiva sulla legislazione iniziò a conoscere un affievolimento rispetto alle origini[13].
Alla riforma Rattazzi del 1859 è ricondotta anche la nascita del ricorso straordinario al Re, a tutela degli interessi dei privati lesi dall'amministrazione. Come si accennerà, anche nei ricorsi straordinari possono trovare spazio i temi legati alla qualità della normazione e al *drafting*.
Dal 1889, con l'istituzione della IV Sezione con funzioni giurisdizionali, convivono due funzioni nello stesso organo.
Nel periodo 1865-1923, la funzione consultiva non conobbe un ulteriore rallentamento nè venne a mancare il coinvolgimento del Consiglio nel processo di elaborazione degli atti legislativi[14].
Nel 1924, il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato introdusse[15] (art. 16 del r.d. n. 1054/1924), recependo una prassi ormai consolidata, il parere obbligatorio del Consiglio stesso sui testi unici, con l'effetto che il parere veniva reso non più solo sui progetti di iniziativa governativa[16].
Nel 1939[17] fu previsto il parere obbligatorio del Consiglio di Stato su tutti i provvedimenti legislativi che riguardassero l'ordinamento e le funzioni del Consiglio stesso.
La disciplina legislativa relativa all'attività consultiva del Consiglio di Stato in ambito normativo è rimasta sostanzialmente fondata sulle stesse disposizioni della legislazione dell'unificazione del 1865, che prevedeva la redazione di pareri che la predisposizione di progetti e orientava l'attività consultiva del Consiglio di Stato verso il Governo. A ciò si è aggiunto l'ampliamento, dal 1923-1924, dell'attività consultiva ai testi unici. L'attività progettuale è stata in realtà assai rara[18].
La Costituzione del 1948 ha consolidato, nel segno della continuità, la doppia natura, giurisdizionale e consultiva, del Consiglio di Stato, dopo che all'Assemblea Costituente era stata considerata[19] l'opportunità di scindere la funzione consultiva da quella giurisdizionale e infine aveva prevalso la scelta di concentrare nello stesso organo entrambe le funzioni.

[13] L. ARMANNI, *op. cit.,* 990, il quale sottolinea che la consultazione in materia legislativa veniva richiesta solamente e raramente (se non per i testi unici) dal Governo mentre non era consentita analoga facoltà per le Camere parlamentari.

[14] V. M. TORSELLO, *cit.,* p. 5.

[15] Art. 16 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

[16] S. CASSESE, *L'attività consultiva del Consiglio di stato in materia di norme*, in *La Revue administrative*, 1999, 52e Année, No. 8, Numero special 8: Les Conseils d'État français et italien (1999), pp. 50-55.

[17] Art. 1 del r.d.l. 9 febbraio 1939, n. 273.

[18] Cfr. S. CASSESE, *op. cit.,* 51.

[19] Nella Commissione Forti. Sul dibattito all'Assemblea Costituente, cfr. A. M. POGGI, *Il Consiglio di Stato nei dibattiti dell'Assemblea Costituente,* in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

Il dibattito sul Consiglio di Stato all'Assemblea Costituente, pur non focalizzandosi sulla redazione tecnica dei testi normativi, interessò il ruolo tecnico del Consiglio e la sua funzione di consulenza giuridico-amministrativa. In particolare, i relatori Bozzi e Ambrosini in sottocommissione proposero di specificare che il Consiglio di Stato potesse essere destinatario della richiesta di Parlamento o Governo di rendere pareri sulle iniziative legislative e sulle norme giuridiche del potere esecutivo e che potesse formulare progetti di legge e regolamenti su richiesta del Governo. Anzi, un'esplicita estensione dell'attività consultiva del Consiglio di Stato fu prospettata da Terracini, che propose che il Consiglio di Stato svolgesse una funzione di consulenza a beneficio del Parlamento; vi si oppose Fabbri, pur riconoscendo che ogni richiesta di parere avrebbe potuto avere luogo anche senza espressa copertura costituzionale[20].
L'attenzione all'epoca per l'integrazione tra le funzioni e per il tema della qualità della normazione trova una testimonianza nello stesso discorso di insediamento, nel 1946, del Presidente Meuccio Ruini, che mise in luce l'unità sostanziale delle funzioni del Consiglio di Stato. Anzi, proprio con la Presidenza Ruini fu adottata un'iniziativa che mette bene in luce l'importanza assegnata già in quel periodo alla qualità della legislazione. Fu infatti istituita una commissione di studio sul tema della legislazione e della codificazione[21], tema su cui tornò nel discorso di insediamento anche il successore di Ruini, Fernando Rocco.
Accanto ai principi costituzionali direttamente riferibili all'attività giurisdizionale (in particolare, v. gli artt. 24, 103, primo comma, 108, secondo comma, 113 Cost., la VI disposizione transitoria e finale), la Carta del 1948 enuclea i tratti propri dell'attività consultiva del Consiglio di Stato (v. art. 100, secondo comma, Cost., che lo qualifica "organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione"), anch'essa svolta in posizione di indipendenza tanto dell'istituto nel suo insieme quanto dei suoi componenti (art. 100, terzo comma, Cost.).
Ai fini della funzione consultiva, in cui maggiormente (ma non esclusivamente) si manifesta il ruolo del Consiglio di Stato nella cura del *drafting*, sono due i momenti di svolta legislativa dopo l'entrata in vigore della Costituzione: l'art. 17 della legge n. 400/1988 che - tra l'altro - ha precisato il carattere obbligatorio del parere sia con riguardo ai regolamenti governativi sia con riguardo ai regolamenti dei singoli Ministeri; la legge n. 127/1997 (art. 17, comma 25), con cui

[20] Cfr. F. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Mondadori, 1976, 319 – 323.

[21] G. ROEHRSSEN, *Funzioni del Consiglio di Stato in campo legislativo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1946, p. 77, dava rilievo, illustrando il discorso di insediamento del Presidente Ruini, a un Comitato destinato a svolgere studi in campo legislativo, sotto forma di raccolta nella consapevolezza che ciò comportava uno studio sui contenuti anche ai fini della codificazione.

sono stati individuati gli unici casi residui di pareri obbligatori (sugli schemi di regolamento o di testi unici del Governo, sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri) ed è stata istituita una sezione consultiva per l'esame degli schemi di atti normativi per i quali il parere del Consiglio di Stato è prescritto per legge o è comunque richiesto dall'amministrazione (art. 17, comma 28[22]).

Ormai, la redazione di testi di progetti di legge o regolamento da parte del Consiglio di Stato, commessa dal Governo in base all'art. 14 del regio decreto n. 1054/1924, costituisce un caso assai raro[23].

L'art. 17, comma 25, della legge n. 127/1997 espressamente richiede il parere del Consiglio di Stato, oltre che sugli schemi di regolamento governativi e dei singoli Ministeri, anche per l'emanazione di testi unici.

Per memoria, ulteriori disposizioni legislative hanno investito i pareri del Consiglio di Stato su schemi di atti normativi.

L'art. 20 della legge n. 59/1997 ha introdotto il parere obbligatorio del Consiglio di Stato sugli schemi di decreto-legislativo di attuazione delle deleghe contenute nelle leggi annuali di semplificazione per il riordino della disciplina vigente (i c.d. codici di settore).

L'art. 14 della legge n. 246/2005 (con rinvio all'art. 20 della legge n. 59/1997) ha introdotto il parere obbligatorio del Consiglio di Stato anche con specifico riguardo agli schemi di decreto legislativo relativi al c.d. taglia-leggi.

L'art. 17-*bis* della legge n. 400/1988, introdotto dalla legge n. 69/2009, prevede (commi 1 e 2) il parere del Consiglio di Stato nel procedimento di adozione di testi unici compilativi e (comma 3) la facoltà per il Governo, secondo quanto già previsto dall'art. 14 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, di avvalersi di quest'ultimo per la redazione di testi unici.

Infine, l'art. 13-*bis* della legge n. 400/1988, anch'esso introdotto dalla legge n. 69/2009, sulla chiarezza dei testi normativi, individua una serie di oneri in capo al Governo al fine di garantire un'ordinata manutenzione normativa e, al comma 3, stabilisce che, periodicamente, e comunque almeno ogni sette anni, si debba provvedere all'aggiornamento dei codici e dei testi unici con i medesimi criteri e procedure previsti nell'articolo 17-*bis* (quindi con procedura che coinvolge la funzione consultiva del Consiglio di Stato).

[22] In base al comma 28, inoltre, la sezione esamina, se richiesto dal Presidente del Consiglio dei ministri, gli schemi di atti normativi dell'Unione europea. Il parere del Consiglio di Stato è sempre reso in adunanza generale per gli schemi di atti legislativi e di regolamenti devoluti dalla sezione o dal presidente del Consiglio di Stato a causa della loro particolare importanza. Per un primo commento a ridosso dell'istituzione della Sezione, v. O. ROSELLI, *L'attività della nuova sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato,* in *Osservatorio sulle fonti*, 1998, 219 – 240.

[23] V. in tempi recenti la redazione del testo unico espropriazioni (D.P.R. n. 327/2001) o del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010).

Con la creazione di un organo consultivo specializzato, l'attività consultiva sugli schemi di atti normativi e, con essa, la verifica sulla qualità della normazione (in linea generale, schemi di regolamento e, ove previsto dalle singole leggi di delegazione legislativa, schemi di decreto legislativo) ricevono un impulso rilevante.

In sintesi, la funzione consultiva è ormai considerata competenza propria di un organo, quale è il Consiglio di Stato, al tempo stesso ausiliario del Governo e in posizione di autonomia, indipendenza e terzietà[24]. L'integrazione tra le due funzioni, come si è accennato, costituisce una costante nella storia del Consiglio di Stato, tanto che l'attività consultiva, già all'inizio del XX secolo, era considerata un sussidio a quella giurisdizionale[25]. Tra le diverse funzioni del Consiglio esiste una "*intima unità*" (Santi Romano) data dal profilo soggettivo (lo stesso organo) e dalla comune finalità di garanzia. "Il consigliare con consapevolezza è la base del giudicare con giustizia nei confronti dell'amministrazione"[26]. E, anzi, l'integrazione è oggi ulteriormente confermata da un altro elemento, dettato non solo da esigenze di carattere organizzativo: la Sezione consultiva per gli atti normativi è composta per lo più da magistrati assegnati anche ad altre Sezioni[27]. E d'altronde, si può desumere un collegamento sempre più stretto "tra scadimento della tecnica legislativa" (dalla redazione al coordinamento delle leggi) e l'incremento dell'attività giurisdizionale del Consiglio di Stato[28].

[24] M. TORSELLO, *cit.,* 8. Tali caratteri deriverebbero dalla Costituzione (art. 100) e legittimerebbero lo svolgimento delle funzioni consultiva in favore di qualsiasi soggetto pubblico dell'ordinamento (es. Regioni, Parlamento) e non più solo del Governo, come si potrebbe dedurre dall'inclusione del Consiglio di Stato tra gli organi ausiliari dell'Esecutivo. V. L. AMMANNATI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: limiti e potenzialità,* in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia,* Bologna, 1994, 355; V. CAIANIELLO, *Consiglio di Stato* in *Novissimo Digesto Italiano – Appendice*, 1980, 450-451.

[25] V. L. ARMANNI, *op. cit.*, 973.

[26] Cit. in L. AMMANNATI, *cit.,* 350 – 351. L'A. ricorda che sotto la Presidenza di Santi Romano le aspettative di espansione del Consiglio di Stato nei territori della legislazione si sono manifestate con più forza. Sottolinea che "il «lamento sulla scadente qualità della legislazione» sotto l'aspetto formale, costante e immutato nel tempo, portava in primo piano la necessità di un organo cui attribuire compiti di revisore tecnico delle leggi. Così il Consiglio di Stato era apparso da sempre il soggetto più adeguato a realizzare il complesso processo di elaborazione in cui consiste la «funzione di trovare il diritto» e di rivestire della «forma giuridica più appropriata» i contenuti sostanziali della norma … A questo si accompagnava poi la proposta di affidare a questo organo una funzione di coordinamento legislativo con l'obiettivo di garantire organicità e coerenza interna al complesso della legislazione. La mancata concretizzazione di queste prospettive in tutta la loro ampiezza farà sì che lo stesso Romano ritorni più volte, durante la sua presidenza, sulla rilevanza della tecnica legislativa" (384).

[27] I magistrati assegnati alla Sezione consultiva per gli atti normativi sono assegnati, in misura rilevante, anche alla Sezione Prima, denominata sì "consultiva" ma la cui attività è ormai pressochè integralmente costituita dai pareri resi in sede giustiziale, sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica.

[28] L. AMMANNATI, *op. cit.*, p. 387.

3. Il *drafting* nell'attività del Consiglio di Stato

Sebbene con modalità, intensità e rilievo ben differenziati, le regole tecniche per la redazione dei testi normativi entrano in gioco sia nell'attività giurisdizionale sia nelle varie forme attraverso cui si manifesta la funzione consultiva del Consiglio di Stato.

Un primo (sebbene approssimativo) tentativo di catalogazione dell'utilizzo da parte del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali delle regole sulla redazione tecnica dei testi normativi può conseguire a una ricerca empirica sulla banca dati pubblica delle decisioni adottate in cui viene fatto riferimento a tali regole. Non si creda tuttavia che la ricognizione possa esaurire le ricorrenze in cui tali regole hanno trovato applicazione, atteso che possono sfuggire comunque tutte le ipotesi in cui, pur facendone in concreto applicazione, le regole non siano state espressamente citate[29].

3.1. Il *drafting* nella funzione giurisdizionale

Il *drafting* e le regole redazionali dei testi normativi possono costituire oggetto anche delle decisioni giurisdizionali.

Non rileva ai fini di queste note il *drafting* proprio delle sentenze e dei pareri, pure meritevole di attenzione, anche solo per verificare se le annotazioni in tema di qualità redazionale degli schemi di atti normativi trovino conferma, *mutatis mutandis*, nei testi curati dai magistrati amministrativi con cui è adottata la decisione sulla singola controversia oppure è espresso un parere su un quesito o su uno schema di atto normativo[30]. Eppure, il giudice, al pari delle

[29] Da una ricognizione da me svolta sulla banca dati pubblica sul sito Internet della giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it), il termine "*drafting*" ricorre in 198 decisioni. Di queste, 125 sono del Consiglio di Stato. Di queste ultime fanno parte 6 sentenze, 15 pareri interlocutori e 104 pareri definitivi. I pareri sono stati tutti espressi dalla Sezione atti normativi.

La locuzione "qualità redazionale" ricorre in 20 decisioni (tre di esse sono comuni al precedente gruppo). Di queste, 14 sono del Consiglio di Stato. Di queste ultime fanno parte 5 sentenze, 3 ordinanze cautelari, 1 parere interlocutorio e 5 pareri definitivi. I pareri sono stati espressi dalla Sezione atti normativi, salvo uno, reso dalla Sezione II su un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

La locuzione "Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi" ricorre in 39 decisioni (quattro di esse sono comuni ai precedenti gruppi). Delle 39 decisioni, 28 sono del Consiglio di Stato. Di queste ultime fanno parte 2 sentenze, 3 pareri interlocutori e 23 pareri definitivi. I pareri sono stati espressi dalla Sezione atti normativi, salvo un parere definitivo, reso dalla Sezione I su un ricorso straordinario.

La locuzione "Redazione tecnica", una volta scremata dagli esiti inconferenti, ricorre in 8 decisioni, tutte del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi (4 pareri interlocutori e 4 definitivi).

[30] Sull'argomento, che immette lo stesso giudice in un percorso circolare delle pratiche redazionali del diritto, si veda da ultimo A. MENICONI, *Il discorso giudiziario (1861-1969)* in G. MELIS – G. TOSATTI (a cura di), *Le parole del potere. Il lessico delle istituzioni in Italia,* Bologna, il Mulino, 2021, 227

parti, è tenuto a soddisfare (almeno) due condizioni nella redazione degli atti: chiarezza e semplicità[31].

Tornando al *drafting* dei testi normativi, quale oggetto delle decisioni in sede giurisdizionale, non ci si deve sorprendere della presenza di valutazioni sul *drafting* anche nell'attività giurisdizionale o giustiziale del Consiglio di Stato o dei Tribunali amministrativi regionali per un'ulteriore ragione. Solo la giurisdizione (o, analogamente, la sede giustiziale propria del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica) consente al Consiglio di Stato (e prima ai Tribunali amministrativi regionali) di valutare una miriade di atti che –non connotati da capacità normativa – non sono normalmente sottoposti al parere sebbene presentino una efficacia regolatoria determinante nella definizione dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati e una estensione notevole, tale da fare impallidire, per intensità ed estensione, la mole già ingente di disposizioni di rango primario e secondario. Si consideri, ad esempio, l'insieme di atti regolatori nel settore urbanistico (diversi livelli di pianificazione territoriale, piani regolatori comunali, norme tecniche di attuazione, regolamenti edilizi) o della tutela del paesaggio, tra loro strettamente connessi e con diversi gradi di vincolatività.

Sono peraltro quantitativamente minoritari i casi in cui il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale si occupa del *drafting*, che per lo più fuoriesce dall'oggetto del suo sindacato[32]. Le sentenze rese dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale o giustiziale o, in primo grado, dai T.A.R., richiamano talora i temi del *drafting* per farne oggetto di scelte interpretative relative alla singola controversia, nonostante la redazione tecnica imperfetta[33] o per corroborare le proprie conclusioni[34], ad esempio in tema di reviviscenza degli atti normativi a

– 254; G. ADAMO, *La redazione della sentenza nell'era del processo digitale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 15 maggio 2019. Sul Consiglio di Stato, v. G. BARBAGALLO, *Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato,* in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato in Francia e in Italia* Milano, Giuffrè, 1998, 233-258.

[31] V. art. 3, comma 2, del codice del processo amministrativo: il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione.

[32] Così F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi,* in M. CAVINO – L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici,* Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 98.

[33] V. ad es. Cons. St., Sez. V, n. 5968/2021, sub 2.1.: "Sia pure con non perfetto *drafting* la normativa richiamata è chiara nell'imporre alle amministrazioni, nel termine di tre mesi, il *complessivo* adeguamento delle vigenti disposizioni regolamentari".

[34] V. ad es. T.A.R. Abruzzo, Sez. I, n. 543/2021: "La distanza tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti trova la sua disciplina nella precedente lett. m) ove viene stabilita inderogabilmente nella misura minima assoluta di 10 metri, come desumibile chiaramente, sotto il profilo del *drafting* normativo, dall'uso della locuzione avverbiale "*in tutti i casi*"; Trib. Reg. di Giust. Amm., Sez. aut. Bolzano, n. 103/2021, par. 133: " È, quindi, appena il caso di rilevare che, nel testo normativo in esame, l'utilizzo del punto e virgola, secondo le regole di *drafting* normativo, suggerisce che trattasi di interventi distinti e autonomi"; T.A.R. Campania, Napoli, n. 4598/2013, ha fatto leva, ai fini dell'interpretazione di una legge regionale, con riguardo alla specialità e primazia della disciplina paesaggistica su quella

seguito dell'abrogazione di disposizione abrogatrice (le regole tecniche del 2001 integrano le indicazioni della Corte costituzionale in materia referendaria)[35] , in tema di efficacia delle leggi interpretative (la raccomandazione sui rapporti tra atti normativi è citata in alcune sentenze a conferma dei criteri di individuazione della legge avente funzione di interpretazione autentica)[36].

3.2. Il *drafting* nell'attività consultiva

È peraltro nell'attività consultiva – e in particolare in quella relativa agli atti normativi – che si manifesta più direttamente l'attenzione del Consiglio di Stato per i temi della qualità della normazione del *drafting.*

3.2.1. I ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica

Sebbene espressione di un potere formalmente amministrativo, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica presenta il contenuto di una decisione giurisdizionale, non fosse altro per il fatto che la natura vincolante, dal 2009, del parere reso dal Consiglio di Stato non consente più al Consiglio dei ministri di non osservare tale parere e di decidere diversamente. Il decreto del Presidente della Repubblica con cui si conclude il procedimento recepisce il contenuto proprio del parere con cui il ricorso è accolto o respinto. Il ricorso

edilizia, anche sulle "comuni regole del *drafting* normativo (che sebbene non strettamente vincolanti sono comunque idonee a guidare l'attività dell'interprete) le quali, soprattutto in presenza di disposizioni (da modificare) connotate come nella vicenda esaminata da specialità, accordano piena prevalenza alle deroghe espresse, specifiche e testuali".

V. inoltre, T.A.R. Abruzzo, Sez. I, n. 413/2020 in cui il giudice rileva che la L.R. n. 23/2011, in distonia con le regole sulla qualità della normazione e di *drafting* normativo poste nell'ordinamento regionale dalla L.R. 14 luglio 2010, n. 26 (Disciplina generale sull'attività normativa regionale e sulla qualità della normazione) in attuazione dell'art. 40 (La qualità delle norme e i Testi unici) dello Statuto della Regione Abruzzo, è costituita da un unico articolo, composto da ben ventidue commi a tratti privi di coordinamento, frutto dell'approvazione di un emendamento interamente sostitutivo in sede di Commissione consiliare dell'originario progetto di legge di iniziativa della Giunta regionale. A tale premessa, il giudice evita di considerare isolatamente la disposizione di rilievo per la controversia e privilegia una interpretazione sistematica e secondo ratio legis del complesso delle previsioni normative dell'intera legge desumibile soprattutto dai lavori preparatori che hanno condotto alla sua approvazione.

T.A.R. Sicilia, Sez. II, n. 1633/2013, fa prevalere una lettura teleologicamente orientata sulla incompleta operazione di *drafting* in sede di redazione della novella normativa (si trattava di una disposizione sul versamento di taluni oneri all'Istituto regionale delle attività produttive; pur non esistendo – come eccepito dalla parte – alcun istituto così denominato nell'ordinamento regionale, secondo il collegio nessun dubbio può sussistere in ordine alla esatta volontà del legislatore regionale di individuare chiaramente nell' Istituto Regionale per lo Sviluppo delle Attività Produttive – IRSAP – l'ente cui vanno versati i contributi). Analogamente, v. T.A.R. Lazio, Sez. I, n. 7458/2010 e Sez. II-*ter*, n. 1600/2010, T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, Sez. n. 816/2005, in cui gli ordinari canoni ermeneutici possono supplire alle carenze redazionali.

[35] Cfr. Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione Autonoma di Bolzano, sent. n. 36/2022; Cons. St., Sez. III, n. 8153/2021.

[36] Cons. St., Sez. II, n. 227/2021.

straordinario si configura infatti come un rimedio in unico grado davanti al Consiglio di Stato, con termini di impugnazione doppi rispetto al ricorso giurisdizionale al T.A.R. e alternativo a quest'ultimo, con possibilità per l'amministrazione resistente o per il controinteressato di opporsi e di rimettere il ricorso alla sede giurisdizionale vera e propria[37]. Nella progressiva giurisdizionalizzazione dei pareri sui ricorsi straordinari è oggi compresa, nel procedimento davanti al Consiglio di Stato, la facoltà di sollevare questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale o di decidere il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Si tratta di facoltà riservate alla giurisdizione e incompatibili con la natura amministrativa dell'attività svolta.

Il ricorso straordinario, al pari della sede giurisdizionale, è quindi collegato a una controversia specifica e non investe, in linea generale, la normazione (salva l'ipotesi in cui venga contestata direttamente l'illegittimità di un regolamento). Tuttavia, anche quando esprime il parere su ricorsi straordinari, il Consiglio di Stato può contribuire alla qualità della legislazione e all'affermazione delle regole tecniche sulla redazione dei testi normativi, in base a una espressa e risalente disposizione del regolamento di esecuzione del 1942.

Infatti, la Sezione, chiamata a rendere il proprio parere su un ricorso straordinario, quando dall'esame degli affari discussi risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta o incompleta, può deliberare – secondo quanto previsto dall'art. 58 del r.d. n. 444/1942 (regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato, che ha ripreso analoga disposizione contenuta nel regolamento del 1889) di farne segnalazione al Governo (il Presidente del Consiglio ma, nella prassi, anche il Ministro competente).

Si tratta di una facoltà che non viene esercitata spesso e che risulta circoscritta alla semplice segnalazione delle ragioni della scarsa chiarezza, dell'imperfezione o incompletezza della legislazione. Né si può sottovalutare il fatto che la segnalazione sia rivolta al solo Governo e non anche al Parlamento. Eppure, tale strumento consente di portare all'attenzione del Governo questioni normative che scaturiscono dal singolo caso controverso tra privato (per lo più) e pubblica amministrazione. Non può essere tuttavia sottovalutato che la segnalazione non produce effetti sospensivi ai fini del parere del Consiglio di Stato, con la conseguenza che quest'ultimo potrà essere chiamato – sebbene ritenga necessario effettuare la segnalazione - ad applicare comunque una disposizione di legge o regolamento considerata non chiara, imperfetta o incompleta nella

[37] La Corte costituzionale (n. 73/2014) ha ritenuto che il ricorso straordinario sia compatibile con il sistema delle garanzie costituzionali a tutela di chi intenda fare valere i propri interessi lesi davanti a un giudice amministrativo.

soluzione del caso concreto. La segnalazione può pertanto giustificare le opzioni interpretative della Sezione nella controversia in esame.
Non si creda peraltro che la scarsa chiarezza o l'oscurità cui fa riferimento l'art. 58 siano intese dal Consiglio di Stato alla stregua di meri connotati formali delle disposizioni considerate[38]. Anzi, non sono mancati casi in cui la singola e circoscritta controversia ha offerto lo spunto per sollevare, grazie alla latitudine consentita dall'art. 58, questioni di più ampio respiro, nelle quali la scarsa chiarezza e l'oscurità investivano i livelli di tutela previsti dall'ordinamento nazionale e sovranazionale[39].

[38] Sulle segnalazioni al Governo, v. A. CRISMANI, *Segnalazione di legislazione "oscura, imperfetta od incompleta" da parte del Consiglio di Stato (nota a Cons. Stato, sez. Consultiva, 9 luglio 2020 n. 1271 e 10 luglio 2020 n. 1278)* in *www.giustiziainsieme.it,* 16 settembre2020.

[39] E' emblematico il parere n. 203/2021 (Cons. St., Sez. I) con cui è stato dichiarato inammissibile un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto contro l'ordinanza sindacale di un Comune della Regione Siciliana. Il parere, per un verso, ha confermato l'inammissibilità del ricorso straordinario in virtù dell'art. 23 dello Statuto della Regione Siciliana di cui alla legge costituzionale n. 2 del 1948, in base a cui i ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, debbono essere decisi dal Presidente della Regione, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato. Per altro verso, la Sezione ha disatteso, tenuto conto della riforma costituzionale del Titolo V, l'interpretazione consolidata secondo cui i provvedimenti dei comuni della Regione sono riconducibili agli atti amministrativi regionali in quanto gli enti locali sono ricompresi nella categoria degli organi dipendenti, controllati o vigilati dalla Regione. Il parere ha invece ricondotto i provvedimenti dei Comuni siciliani alla categoria degli atti regionali in considerazione della competenza legislativa esclusiva della Regione in materia di enti locali. Tuttavia, la Sezione, facendosi carico delle conseguenze che derivavano dalla dichiarazione di inammissibilità, ha annotato che nella più recente giurisprudenza, la Corte EDU (Sez. I, Mediani c. Italia, 1° ottobre 2020, ric.11036/14) ha riconosciuto – diversamente dal passato - che le tutele della Convenzione (segnatamente l'art. 6 sulla ragionevole durata dei processi) sono riferibili anche al ricorso straordinario in virtù delle modifiche legislative, nel segno della (quasi) giurisdizionalizzazione, intervenute nel 2009 (legge n. 69/2009) e nel 2010 (d.lgs. 104/2010). La Sezione ne ha tratto quindi spunto per evidenziare che l'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373/2004 di attuazione dello Statuto siciliano consente ancora al Presidente della Regione, a seguito di delibera di Giunta, di disattendere il parere del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana (CGARS) sui ricorsi straordinari, che risulterebbe pertanto obbligatorio ma non vincolante (similmente a quanto accadeva per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, fino al 2009). Le Sezioni Unite della Cassazione (n. 2065/2011) avevano suggerito un effetto abrogativo implicito, sul punto, nei confronti del ricorso al Presidente della Regione Siciliana, dopo la legge 69/2009. Tuttavia, il CGARS, nel parere n. 61/2020 sulla "Direttiva sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione Siciliana", confermando la permanenza della facoltà per il Presidente della Regione di non dare seguito al parere del CGARS sulla base di una deliberazione del governo regionale, aveva ritenuto che l'art. 9 del d.lgs. n. 370/2003, in quanto contenuto in una fonte speciale e rinforzata, prevalga in parte qua sull'art. 69 della legge n. 69/2009, là dove si prevede la soppressione della decisione in difformità del Consiglio dei Ministri.

La Sezione Prima del Consiglio di Stato ha quindi preso atto che la decisione sulla inammissibilità del ricorso straordinario produceva conseguenze sul piano delle garanzie del privato, che si sostanziano, nel ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana, nel carattere non vincolante del parere del CGARS, cui consegue, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, l'impossibilità di fare valere le tutele della Convenzione, a partire dall'art. 6 sulla ragionevole durata dei processi. Le medesime tutele sono invece applicabili al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in virtù del carattere decisorio del parere del Consiglio di Stato.

Non mancano, anche nei pareri su ricorsi straordinari, occasioni in cui si è fatto leva sulle regole redazionali per privilegiare una determinata opzione ermeneutica (ad es. con riguardo alla utilizzazione legislativa della particella disgiuntiva "o"[40]).

3.2.2. Singoli quesiti

Il ruolo della qualità redazionale entra in gioco solo sporadicamente nell'esame dei singoli quesiti sottoposti dalle amministrazioni al parere del Consiglio di Stato.

Da segnalare che, in alcuni casi, nel corso dell'esame il Consiglio di Stato ha esteso la verifica sulla qualità redazionale e sulla coerenza interna anche ad atti espressione dell'autonomia privata su cui era stato chiamato a esprimersi (ad esempio, con riguardo al riconoscimento della personalità giuridica di associazioni con finalità di culto[41]).

Per queste ragioni, la Sezione ha ritenuto che andasse favorito il rafforzamento delle garanzie offerte dall'ordinamento, nei suoi rapporti con le tutele assicurate dalla Convenzione EDU, quale che sia il rimedio giustiziale (ricorso al Presidente della Repubblica ovvero al Presidente della Regione siciliana) e ha deliberato di effettuare la segnalazione, in applicazione dell'art. 58 del r.d. n. 444/1942, e di trasmettere il parere alla Presidenza del Consiglio dei ministri, al Ministro per gli affari regionali e le autonomie per l'eventuale assunzione delle iniziative legislative in materia, oltre che alla Presidenza della Regione Siciliana. Come si può vedere, dal *drafting* alle valutazioni di costituzionalità il passo è breve. In argomento, V. CAMPIGLI, *Annotazioni in tema di ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia e di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (a proposito di un parere del Consiglio di Stato),* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it.

[40] Cons. St., Sez. I, parere n. 636/2020 su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Le regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi sono additate a conferma della necessità che una formulazione disgiuntiva assoluta («*aut... aut*») e non relativa («*vel*») – quando dal contesto non risulti evidente l'intento – debba essere disposta ripetendo la disgiunzione «o» due volte.

[41] Nei pareri richiesti dal Ministero dell'interno sulle domande di riconoscimento della personalità giuridica di associazioni con fini di culto facenti capo a confessioni diverse dalla cattolica per le quali non sia stata conclusa intesa ai sensi dell'art. 8 Cost., il Consiglio di Stato esprime il parere sulla base della risalente normativa sui c.d. "culti ammessi" (legge n. 1159/1929 e r.d. n. 289/1930) e alla luce dei sopravvenuti principi costituzionali, circoscrivendo l'oggetto del proprio parere ai soli aspetti rilevanti per l'ordinamento giuridico interno. In tale ambito, il Consiglio suggerisce anche alcune correzioni, che possiamo definire di *drafting*, agli statuti in esame. V. di recente, Cons. St., Sez. I, pareri nn. 1875/2020, 1277/2021, 1685/2021. L'ultimo dei pareri citati, ad esempio, ha messo in evidenza alcune duplicazioni di disposizioni presenti nello statuto dell'associazione e i limiti propri del rinvio (presente nello statuto) alle disposizioni del codice civile, per quanto non previsto dallo stesso statuto; infatti, il parere ha sottolineato che si deve intendere che si tratta di rinvio formale (non recettizio) e, soprattutto, che non possono essere interessate dal rinvio le disposizioni di natura inderogabile, la cui efficacia non può certo dipendere dal carattere residuale loro attribuito dallo statuto. I rilievi redazionali non hanno impedito tuttavia alla Sezione di esprimere parere favorevole.

3.2.3. I pareri sugli schemi di atti normativi

L'attività consultiva sugli atti normativi costituisce la sede principale in cui il Consiglio di Stato esplica le proprie funzioni a supporto della qualità redazionale dei testi normativi: schemi di regolamenti, governativi e ministeriali (ove non altrimenti disposto dalla singola legge di autorizzazione), schemi di decreti legislativi (ove il parere del Consiglio di Stato sia previsto dalla singola legge di delegazione o si tratti di testi unici o codici).

Non è dato riscontrare differenze sostanziali nelle regole redazionali applicate sugli atti normativi di rango primario e su quelli di natura regolamentare. Né sarebbe opportuno tentare una distinzione del genere, in considerazione del fatto che la scelta della fonte raramente segue criteri contenutistici (basti pensare alle c.d. leggi provvedimento o alla prassi, da scoraggiare, con cui il legislatore novella parti di regolamenti vigenti con singole interpolazioni).

La cornice costituzionale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato è stata sottolineata anche dalla Corte costituzionale (sent. n. 273/2011): le due funzioni, giurisdizionale e consultiva, coesistono e il Consiglio di Stato, allo stesso tempo, è la più alta istanza della giustizia nell'amministrazione amministrativa e il più importante organo consultivo su questioni giuridiche e amministrative. Similmente, lo stesso Consiglio di Stato ha qualificato scopo e natura dell'attività consultiva, al servizio di tutte le istituzioni del nostro ordinamento (Cons. St., Commissione speciale, parere, n. 1767/2016).

Con l'esercizio della funzione consultiva da parte del Consiglio di Stato sui regolamenti e sul conseguente coordinamento redazionale ha interferito, come noto, il fenomeno della "fuga dal regolamento", posta in essere da non pochi atti con forza di legge che hanno derogato, per singoli gruppi di regolamenti e per un periodo limitato, alla regola generale posta dall'art. 17 della legge n. 400/1988, al fine di escludere il parere, altrimenti obbligatorio, del Consiglio di Stato e di lasciare al Governo la facoltà di richiederlo. Come è facile immaginare, in tali casi la facoltà non viene, in genere, esercitata e i regolamenti sono adottati senza il parere preventivo del Consiglio di Stato. La fuga dal parere del Consiglio di Stato è dettata dall'obiettivo di rendere più rapido il procedimento di approvazione dei regolamenti governativi o ministeriali[42]. Tuttavia, non sono infrequenti i casi in cui i regolamenti sottratti dal legislatore al parere obbligatorio del Consiglio di Stato sono adottati con particolare ritardo, dal Governo o dai singoli Ministeri. Né mancano circostanze in cui il parere

[42] Fa parte del fenomeno della "fuga dal regolamento" la prassi - per certi versi ancor più problematica - di atti che si autoqualificano di "natura non regolamentare" pur avendo sostanzialmente tale natura. Sui limiti cui dovrebbe sottostare tale prassi per poterne riconoscere l'ammissibilità, v. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 66/2016. Cfr. ad es. M. GIANNELLI, *I decreti "di natura non regolamentare". Un'analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it.

obbligatorio su uno schema di regolamento è richiesto al Consiglio di Stato con netto ritardo, talvolta a distanza di anni[43].
In non pochi casi, il Governo decide perfino di "abbandonare" gli schemi di regolamento, rinunciando alla loro presentazione o non rispondendo alle richieste di chiarimento e approfondimento avanzate dal Consiglio di Stato. In alcune ipotesi, la rinuncia al regolamento è dovuta al frenetico mutamento della legislazione, che rende inutili o superati gli stessi regolamenti[44].
In termini generali, l'attività consultiva sugli atti normativi è volta a svolgere una duplice funzione: controllo e cooperazione. Le due dimensioni convivono e, in misura crescente, il mero controllo formale e di legittimità è stato affiancato da forme di cooperazione nella individuazione di modi e strumenti per

[43] Il ritardo è spesso da imputare a fattori interni alla pubblica amministrazione. Né è da sottovalutare che il miglioramento del contenuto tecnico-giuridico dei regolamenti, quale auspicabile conseguenza dei pareri resi dal Consiglio di Stato, può contribuire a limitare le liti tra privati e pubbliche amministrazioni successivamente all'entrata in vigore dei regolamenti. Il rispetto dei tempi dati dalla legge per l'attuazione regolamentare, oltre a costituire elemento di rilievo per la certezza dei rapporti giuridici, condiziona la tutela degli interessi sostanziali e, in alcuni casi, rischia di frustrare tali interessi.

Esemplare la vicenda messa in evidenza dal parere n. 1301/2021 della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 1301/2021), su uno schema di regolamento relativo al Fondo per l'indennizzo dei consumatori titolari di *voucher* emessi in relazione ai contratti di trasporto di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico stipulati da soggetti per i quali è sopravvenuta l'impossibilità della prestazione in relazione alle varie ipotesi legate alla pandemia da COVID-19. Si trattava in particolare dei voucher non utilizzati alla scadenza di validità e non rimborsati a causa dell'insolvenza o del fallimento dell'operatore turistico o del vettore.

La legge, entrata in vigore il 19 luglio 2020, aveva previsto l'istituzione di un fondo, con dotazioni distinte per il 2020 e per il 2021, ai fini dell'indennizzo dei consumatori titolari di tali voucher, fino a esaurimento della dotazione del fondo. La stessa legge rimetteva a un regolamento ministeriale, da adottarsi entro 180 giorni, la definizione dei criteri e delle modalità di attuazione e la misura dell'indennizzo. Per una serie di fattori (non ultimo la successiva istituzione del Ministero del turismo, competente in materia), lo schema di regolamento è stato trasmesso al Consiglio di Stato per il parere nel maggio 2021, con rilevanti conseguenze, messe in evidenza nel parere del Consiglio di Stato, sulla tempestività del ristoro e sull'utilizzabilità delle risorse finanziarie, in particolare quelle per il 2020, confluite ormai tra le economie di bilancio. Il parere della Sezione ha quindi evidenziato, con osservazione di carattere generale, che si "impone pertanto l'esigenza che venga assicurata un'attenta e diffusa attenzione per il rispetto dei termini, indipendentemente dal loro carattere perentorio o ordinatorio, previsti dal legislatore per l'adozione dei regolamenti, sì da evitare, nella fase elaborativa delle disposizioni di rango primario, l'indicazione di termini destinati a non essere osservati e, nella fase attuativa, l'inefficacia parziale delle disposizioni di rango primario, con la dispersione – come nel caso in esame - di risorse di cui avrebbero potuto beneficiare talune categorie di soggetti". Tutti temi ben noti a coloro che si occupano di analisi e verifica di impatto della regolazione.

[44] La questione investe, evidentemente, i rapporti tra legislazione e amministrazione, la capacità di quest'ultima di assecondare le scelte del legislatore in modo tempestivo. Al tempo stesso, la medesima questione pone in evidenza la capacità del legislatore di stabilire regole stabili nel tempo e non soggette a continui cambiamenti in base alle diverse circostanze di fatto.

realizzare gli obiettivi stabiliti ed esplicitati da Governo o Parlamento. La qualità della normazione e le regole del *drafting* interessano entrambi i profili[45].
Il controllo prende le mosse, necessariamente, dalla legittimità dello schema di atto normativo e dalla sua conformità con la Costituzione e la legge. In tale prospettiva, i pareri sono diretti a limitare – per quanto possibile – i futuri ricorsi giurisdizionali. E' uno dei benefici effetti della integrazione e complementarietà tra le due funzioni del Consiglio di Stato[46]. In questo contesto – ma non solo – può essere inquadrato il contributo dei pareri alla qualità della normazione.
I pareri possono esprimere una vasta gamma di misure e suggerimenti volti a supportare Governo (ed eventualmente il Parlamento, nei casi in cui ne sia previsto il parere sugli schemi di atti normativi esaminati dal Consiglio di Stato): dalle regole formali di redazione, all'analisi di impatto delle nuove disposizioni in corso di elaborazione su individui, imprese, famiglie e amministrazioni e, ulteriormente, alla corrispondenza tra obiettivi attesi e strumenti predisposti[47].
Laddove sia previsto anche il parere parlamentare, i suggerimenti del Consiglio di Stato sugli schemi comportano un dialogo indiretto anche con le due Camere, che esprimono il proprio parere al termine del procedimento di adozione, prima della deliberazione finale da parte del Governo ma dopo l'espressione degli altri pareri previsti dalla legge, esercitando un potere di controllo generale di carattere politico. Nella sede parlamentare, i rilievi tecnici del Consiglio di Stato possono quindi assumere i connotati di una questione politica ove ripresi in tale sed e nel confronto tra i gruppi. Si tratta di un dialogo indiretto che può investire anche le autonomie territoriali, ove ne sia previsto il coinvolgimento nel procedimento di esercizio delle deleghe legislative o perfino nel procedimento di adozione di regolamenti.
Il controllo parlamentare si colloca spesso al termine di una procedura complessa, cui prendono parte molteplici attori, tra cui il Consiglio di Stato, e in cui sono coinvolti gli interessi di diverse amministrazioni pubbliche come pure quelli di soggetti privati (*stakeholders*).
Il procedimento per l'approvazione degli schemi di atti normativi tende quindi a considerare molteplici aspetti: la distribuzione degli interessi e delle competenze amministrative; la redazione tecnica dei testi normativi; il riparto delle

[45] Come ricorda C. MIGNONE, *Profili di tecnica della legislazione nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/1997, pp. 206-207, "Come la tecnica legislativa non è riducibile alla sola legistica, così anche l'azione del Consiglio di Stato non si limita al c.d. *drafting* formale".

[46] Cfr. V. NERI, *cit.*, p. 469. Sulla coesistenza delle due funzioni si è espressa anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 273/2011.

[47] Per una esemplificazione della varietà e latitudine (dai più minuti ai più consistenti) dei suggerimenti di tecnica legislativa, cfr. C. MIGNONE, *op. cit.,* pp. 214 – 216.

competenze normative in un ordinamento multilivello, a livello nazionale e sovranazionale; l'allocazione dei poteri normativi di Governo e Parlamento, nella forma di governo parlamentare.
L'intreccio dei tempi delle diverse fasi procedurali rischia di mettere sotto pressione l'esercizio del potere consultivo da parte del Consiglio di Stato, imponendogli di fatto un esame particolarmente rapido, indipendentemente dal rilievo e dalla complessità dei contenuti[48].
Una specifica modalità attraverso cui il Consiglio di Stato, in sede consultiva sugli atti normativi, svolge una funzione cooperativa con il Governo è costituita dai pareri interlocutori. Tali pareri non concludono il procedimento consultivo davanti al Consiglio di Stato ma sospendono il termine per il parere (normalmente 45 giorni) con il fine di acquisire documenti o informazioni, necessari o utili per una più compiuta conoscenza, per suggerire la procedura più appropriata (o legittima).
Si tratta di una forma di cooperazione, in quanto le richieste di integrazione sono dirette, in alcune occasioni, non solo a ottenere chiarimenti o documentazione utile, ma anche a evitare che, allo stato della documentazione disponibile al momento, il Consiglio di Stato finisca con l'esprimere un parere di segno negativo. E' quindi uno strumento per favorire il dialogo tra il Consiglio di Stato e le amministrazioni interessate (o il Governo nella sua interezza), nella prospettiva del concorso al miglioramento dell'atto normativo e non del giudizio destinato a concludersi secondo una logica binaria "favorevole/contrario".
Il Consiglio di Stato anticipa spesso, nel parere interlocutorio, le questioni sulla qualità redazionale del testo, alla luce delle regole tecniche del 2001.
Il parere finale della Sezione consultiva per gli atti normativi non conosce formali preclusioni contenutistiche, tanto che la Sezione si riserva nel parere interlocutorio di svolgere un compiuto e organico esame, anche con riferimento ai profili di *drafting*, una volta che il Ministero richiedente abbia soddisfatto gli incombenti richiesti e trasmesso un nuovo testo[49].
Tuttavia, dopo un parere interlocutorio, di fatto il parere finale risulta circoscritto alle modifiche introdotte nel nuovo testo trasmesso dall'amministrazione e riduce al massimo (quando non azzera) le osservazioni che già potevano

[48] Una situazione del genere è stata affrontata anche di recente dal Consiglio di Stato. V. Cons. St., Sez. atti normativi, parere n. 1582/2021, reso in occasione dell'esame dello schema di decreto legislativo "Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici"; il parere è stato espresso nell'arco di una settimana dall'ultimo invio governativo su uno schema ampio, complesso e di grande rilievo, proprio in relazione alla necessità che il Parlamento potesse concludere in tempo utile il proprio esame.
[49] V. ad es., tra i tanti, Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 992/2021, par. 12; n. 1055/2021, par. 12; n. 1348/2021, par. 8.

essere svolte nel corso del primo esame per il parere interlocutorio. Tra queste osservazioni sono comprese anche quelle sul *drafting*[50].
L'attività consultiva sugli schemi di atti normativi è principalmente svolta dalla Sezione consultiva per gli atti normativi. Talora, Commissioni speciali possono essere costituite per l'esame di singoli schemi di atti normativi o gruppi di schemi. In genere, le Commissioni speciali sono formate da consiglieri provenienti sia da sezioni giurisdizionali sia da sezioni consultive, secondo il metodo dell'integrazione funzionale[51].
Non vi sono studi sistematici sull'efficacia dei pareri e sul loro seguito, sulle corrispondenze e le divergenze tra i rilievi del Consiglio di Stato in sede consultiva e il testo finale approvato[52].

3.2.3.1. Quali numeri?

Alcuni dati possono suggerire il tipo di impegno richiesto al Consiglio di Stato nello svolgimento dell'attività consultiva su schemi di atti normativi.
Da una ricognizione ufficiosa[53], risulta che la Sezione consultiva per gli atti normativi abbia reso:
- 186 pareri nel 2015 (150 pareri definitivi, 36 pareri interlocutori, nessuno su schemi di decreti legislativi);
- 198 pareri nel 2016 (162 pareri definitivi, 36 interlocutori, 19 su schemi di decreti legislativi);
- 133 pareri nel 2017 (117 pareri definitivi, 13 pareri interlocutori, 20 su schemi di decreti legislativi);
- 80 pareri nel 2018 (53 pareri definitivi, 27 pareri interlocutori, 9 su schemi di decreti legislativi);
- 92 pareri nel 2019 (69 pareri definitivi, 23 pareri interlocutori, 4 su schemi di decreti legislativi).

3.2.3.2. Quali criteri?

L'attività consultiva sugli atti normativi non è espressamente vincolata a parametri fissati dalla legge. Tuttavia è possibile ricostruire in via generale tali parametri in base ai pareri resi nel corso del tempo, da cui emergono i tratti propri

[50] Per osservazioni sul *drafting* su parti nuove di uno schema di atto normativo, introdotte dall'amministrazione proponente a seguito di parere interlocutorio, v. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 185/2021, parr. 15 e 20.
[51] Uno degli esempi più rilevanti negli ultimi anni è costituito dalla Sezione speciale del 2016 per i pareri sugli schemi di decreto legislativo relativi alla riforma della pubblicazione amministrazione, in attuazione della legge n. 124/2015.
[52] Lo segnalava già C. MIGNONE, *op. cit.,* 220
[53] Svolta dall'autore del presente scritto sulla banca dati publbica della giustizia amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it.

sia del controllo sia della cooperazione e una costante, costituita dall'attenzione alla qualità, formale e sostanziale, dei testi normativi sottoposti al parere.
Tali criteri si sostanziano nella verifica dell'osservanza dei parametri costituzionali, di legittimità, della giurisprudenza consolidata (nazionale e sovranazionale), del procedimento di adozione (tra di essi, l'acquisizione effettiva degli assensi delle diverse amministrazioni competenti, la verifica della copertura degli oneri finanziari da parte della Ragioneria Generale dello Stato, il coordinamento normativo e tra le amministrazioni).
Il coordinamento. Il coordinamento costituisce un tema di carattere generale che riguarda sia la normazione sia l'amministrazione. La verifica del coordinamento normativo da parte del Consiglio di Stato è diretta a garantire la coerenza (o la non contraddizione) tra disposizioni di carattere generale e le singole disposizioni contenute in ciascuno schema di atti normativi. Ad esempio, con riferimento agli schemi di regolamento, il Consiglio di Stato effettua uno scrutinio attento circa il rispetto delle disposizioni contenute nella legge n. 400/1988, relative all'attività normativa e all'organizzazione del Governo, e le singole disposizioni regolamentari volta a volta sottoposte al suo esame. Possiamo includere nella funzione di coordinamento anche la verifica relativa al rapporto tra diverse fonti del diritto: tra legge e regolamento governativo; tra regolamento governativo e regolamento ministeriale. Ad esempio, il Consiglio di Stato scoraggia la tecnica normativa che, spesso, viene utilizzata dai singoli regolamenti attuativi di leggi e induce a inserire nei regolamenti disposizioni identiche a quelle di legge[54]. Si tratta di una duplicazione che, forse, favorisce la leggibilità dei testi regolamentari ma, sicuramente, crea incertezze

[54] La Sezione consultiva per gli atti normativi ha fatto riferimento in più occasioni a un principio generale di redazione degli atti normativi, "secondo il quale va evitata la riproduzione testuale o – peggio ancora – parziale o alterata, in una fonte di rango inferiore, di disposizioni recate da una fonte di rango superiore" (cfr. parere n. 1819 del 2 dicembre 2021), segnalando il rischio di "incertezze applicative nel caso in cui la riproduzione testuale presenti anche lieve differenze rispetto al testo legislativo, nonché di potenziale confusione nell'individuazione della disposizione applicabile nel caso in cui successive modifiche della norma primaria determinino un disallineamento dei testi" (parere n. 2324/2018).

L'enucleazione di tale principio, secondo la Sezione, va tuttavia bilanciata con l'esigenza di compiuta leggibilità degli atti normativi, anche di livello secondario, da cui può scaturire l'utilità della completezza del testo regolamentare come strumento unitario e autosufficiente di guida dell'operatore pratico. Per questo, "può rivelarsi in definitiva utile inglobare nel testo regolamentare termini, nozioni, definizioni e disposizioni già contenuti nella norma di rango primario, ma è bene che ciò avvenga con formule lessicali che privilegino il rinvio esplicito alla legge o all'atto di livello legislativo ed evitino ogni ambiguità riguardo alla corretta gerarchia delle fonti" (parere n. 2324/2018; parere n. 107/2022).

Viene quindi, come regola generale, raccomandato fortemente di evitare di ricopiare testualmente il testo della legge, provocando così (tra gli altri) il rischio di divergenze in caso di modifiche su uno dei due livelli di fonte normativa, bensì di operare sempre mediante la tecnica del rinvio alla disposizione di rango primario che si intendeva riprodurre (v. Sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 107/2022).

interpretative (manifeste nel caso in cui la legge di riferimento viene modificata ma il regolamento attuativo non subisce, almeno immediatamente, le conseguenti modifiche).

Fa parte del coordinamento anche l'attività di codificazione: il parere del Consiglio di Stato deve essere richiesto in tutti i casi in cui il legislatore proceda al riassetto normativo o alla riunione delle disposizioni in codici (art. 20 della legge n. 59/1997). In questa evenienza, il Consiglio di Stato è chiamato, in particolare, ad assicurare che l'obiettivo di razionalizzazione proprio del riassetto normativo e della codificazione sia raggiunto. Si tratta di un compito spesso arduo, in quanto la elaborazione di un codice organico e coerente deve confrontarsi con un insieme di disposizioni in cui le peculiarità e singolarità delle regole prevalgono sulla coerenza e organicità complessive proprie dei codici[55].

Controllo di ragionevolezza, AIR, VIR. In termini generali, il Consiglio di Stato svolge un controllo di ragionevolezza che non si esaurisce esclusivamente nel raffronto con il parametro costituzionale, conseguente al principio di uguaglianza di cui all'art. 3, ma si manifesta nel rapporto tra mezzi e risultati.

Per svolgere questa verifica (e non solo questa), il Consiglio di Stato effettua un riscontro sulle relazioni a cura del Governo che debbono accompagnare gli schemi di atti normativi: la relazione illustrativa, che ha il compito di indicare gli obiettivi e i contenuti degli schemi; l'analisi tecnico-normativa, che indica i presupposti di diritto e le questioni giuridiche che possono emergere in relazione al singolo schema; la relazione tecnica, che deve dare conto degli oneri finanziari dello schema di atto normativo e delle relative modalità di copertura (è sulla relazione tecnica che deve essere svolta, a sua volta, la verifica da parte della Ragioneria Generale dello Stato); l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) che è uno strumento istruttorio volto a valutare l'impatto atteso delle opzioni di intervento normativo prese in considerazione.

Il tema, che mette insieme analisi economica del diritto e la capacità di adeguamento dell'amministrazione alla legge, non è nuovo.

Già alla fine del XIX secolo era avvertita la necessità di uno studio sul momento dinamico dell'applicazione della legge, un apprezzamento sapiente dei bisogni del servizio pubblico e degli interessi individuali[56].

Ci si limita ad accennare al tema in quanto in esso si tengono insieme tanto i temi del *drafting* quanto quelli della congruità e del merito dei singoli atti normativi.

L'AIR, in particolare, costituisce (dovrebbe costituire) un supporto tecnico alle decisioni dell'organo politico di vertice dell'amministrazione e si sostanzia in una analisi *ex ante* dei verosimili effetti dell'intervento normativo sulle attività

[55] In argomento, v. per tutti N. IRTI, *L'età delle decodificazione,* Milano, Giuffrè, 1999.
[56] L. ARMANNI, *op. cit.*, p. 1009.

dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni[57].
L'insieme dei documenti trasmessi al Consiglio di Stato, allegati a ciascuno schema di atto normativo, dovrebbero consentire al Consiglio di Stato di verificare la corrispondenza tra obiettivi e contenuti normativi. E' chiaro che una verifica del genere può presentare una estensione e un grado di complessità molto variabili. Soprattutto, con la maggiore consapevolezza del rapporto fra qualità della regolazione e crescita economica del Paese, si ampliano gli orizzonti dell'attività consultiva.
L'AIR interessa molteplici profili: l'analisi costi-benefici, l'analisi economica del diritto, la valutazione dei costi della regolazione nei confronti delle strutture amministrative, dei cittadini e delle imprese e l'aumento dei costi indiretti per l'economia. La fattibilità della norma diventa un elemento di legittimità della stessa[58]. E' richiesto sempre più un cambiamento da parte delle amministrazioni, in modo da passare da una valutazione formale e giuridica a una sostanziale, che consideri le condizioni di fatto oltre che quelle di diritto. E' quanto il Consiglio di Stato tende a privilegiare nei propri pareri.
In alcuni casi, le amministrazioni predispongono le proprie relazioni – in particolare la relazione AIR – con tempi e modalità non adeguati alle finalità che tali relazioni dovrebbero perseguire. Per questo motivo, il Consiglio di Stato mette talvolta in evidenza nei propri pareri le eventuali incongruenze tra i contenuti delle relazioni e i contenuti degli schemi di atti normativi[59].
Dovrebbe risultare evidente che il carattere prognostico della relazione AIR richiede in molte occasioni una puntuale verifica a valle dei primi risultati prodotti dalle disposizioni normative introdotte. In tal modo, infatti, le amministrazioni e il Governo sono messi nelle condizioni di valutare aggiustamenti operativi (le prime) o modifiche normative (il secondo).
Lo strumento principe è costituito dalla verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR): valutazione del raggiungimento delle finalità di uno o più atti

[57] La disciplina dell'AIR si applica agli atti normativi del Governo, compresi gli atti adottati dai singoli Ministri, ai provvedimenti interministeriali, e ai disegni di legge di iniziativa governativa, fatti salvi i casi di esclusione e di esenzione. Partendo dalle motivazioni alla base dell'intervento normativo, l'AIR deve esplicitare gli obiettivi perseguiti, elaborare e valutare una serie di opzioni (inclusa l'opzione di non intervento). Nel corso dell'analisi di impatto, l'amministrazione svolge consultazioni con gli stakeholders al fine di raccogliere dati, opinioni e suggerimenti. I risultati dell'analisi e la descrizione del percorso logico seguito dall'amministrazione proponente sono riassunti nella "Relazione AIR" (i contenuti sono definiti dal D.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169).

[58] M. TORSELLO, *cit.,* pp. 10-11.

[59] V. ad esempio, Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, pareri n. 345/2021 e n. 1457/2021. Sul tema dell'AIR, cfr. N. LUPO, *La nuova direttiva sull'Air: passi avanti o passi indietro?* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, fasc. 1, 13-16.

normativi, nonché stima degli effetti prodotti su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni[60].

Il Consiglio di Stato, così come svolge un'attenta verifica della relazione AIR[61], altrettanto pone attenzione alla successiva fase di verifica dell'impatto, promuovendone e raccomandandone l'effettuazione[62].

La semplificazione. Uno dei parametri che maggiormente impegnano l'attività consultiva del Consiglio di Stato con i propri pareri sugli schemi di atti normativi consiste nella semplificazione[63] dell'attività amministrativa, all'interno della singola amministrazione, tra amministrazioni e nei rapporti con i privati. Per quanto generico e suscettibile di essere inteso in molteplici maniere, l'obiettivo della semplificazione può essere tratto dall'art. 97 Cost. quale manifestazione

[60] La VIR, dunque, dovrebbe fornire, a distanza di un certo periodo di tempo dall'introduzione di una norma, elementi utili sulla sua efficacia e sugli effetti concreti sui destinatari. Lo svolgimento della VIR può comportare la consultazione dei diversi portatori di interessi. Essa richiede l'utilizzo di strumenti, talora sofisticati, che vanno dalla elaborazione di indicatori necessari a monitorare e valutare l'efficacia dell'intervento alla verifica di eventuali scostamenti tra i risultati osservati e gli obiettivi perseguiti e all'isolamento degli effetti "addizionali" dell'intervento, ovverosia delle conseguenze che, in assenza dell'intervento normativo, non si sarebbero verificati. Tali operazioni dovrebbero condurre a verificare il grado di raggiungimento delle finalità inizialmente stabilite, la presenza di eventuali effetti non previsti, le criticità emerse, in maniera da giungere all'indicazione di eventuali misure integrative o correttive della regolazione in vigore. La VIR costituisce così la fase finale di un processo avviato con l'AIR.

[61] Per un'utile ricognizione in argomento, v. G. MOCAVINI, *Gli strumenti di* better regulation *nelle decisioni del Consiglio di Stato e dei TAR* in G. MAZZANTINI – L. TAFANI (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione – Annuario 2019*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, pp. 277 – 293.

[62] Un esempio recente può rendere più evidente tale affermazione. Con il parere n. 2053/2020, la Sezione atti normativi ha espresso il proprio parere su uno schema di regolamento concernente i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della Carta elettronica, del valore di 500 euro, utilizzabile da parte di coloro che abbiano compiuto 18 anni nel 2019 per l'acquisto di prodotti culturali, titoli di accesso a servizi museali, culturali e spettacoli, iscrizione a corsi di musica, teatro e lingua straniera. In tale occasione, la Sezione ha ribadito la necessità di un'azione di costante monitoraggio del funzionamento del regolamento volta a verificarne l'idoneità a perseguire, in concreto, gli obiettivi fissati. Ha infatti ritenuto che ciò "sarebbe di grande utilità anche per il decisore politico allo scopo di acquisire strumenti di valutazione circa l'opportunità di ulteriore reiterazione del bonus, la sufficienza /insufficienza delle risorse messe sinora annualmente a disposizione, l'opportunità di apportare eventuali correttivi, per esempio in merito alle tipologie di prodotti culturali acquistabili con la carta elettronica (che, infatti, hanno già subito negli anni delle integrazioni)". E' evidente, tuttavia, che la Sezione ha avvertito la carenza di un monitoraggio puntuale, tanto da precisare che, qualora la misura fosse stata rinnovata, il nuovo schema di regolamento avrebbe dovuto "essere accompagnato dalla scheda di verifica di impatto della regolazione - VIR, senza la quale questa Sezione non sarà messa in condizione di esprimere un esauriente parere". Per l'invito a introdurre disposizioni *ad hoc* integrative, con la previsione di un monitoraggio periodico (annuale) e di una verifica dell'impatto della nuova regolazione (V.I.R.) al termine del primo anno di vigenza del nuovo regolamento, v. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 690/2020.

[63] Sul ruolo del Consiglio di Stato nel processo di semplificazione, D. NOCILLA, *La funzione del Consiglio di Stato nelle politiche di semplificazione: il senso di 'un'esperienza*, in *Giur. it.,* Aprile 2007, pp. 1035 – 1039.

del principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Da tempo, tuttavia, l'obiettivo della semplificazione è stato assunto dal legislatore e dal Governo alla base dei propri obiettivi, tanto da richiedere la nomina, da parte di alcuni Governi, di un ministro delegato per la semplificazione. A sua volta, la semplificazione può riguardare tanto la normazione (di qui il rilievo anche per i profili specifici del *drafting)* quanto l'amministrazione[64]. Il Consiglio di Stato è coinvolto tanto nella prima (v. ad esempio il parere obbligatorio sugli schemi di atti normativi di riassetto o di codificazione) quanto nella seconda. La semplificazione delle procedure e dell'organizzazione amministrativa è necessaria proprio al fine di favorire il conseguimento degli obiettivi posti dalla legge o dichiarati dal regolamento. Strettamente collegato all'analisi di impatto, anche il tema della semplificazione richiede una conoscenza profonda non solo dei presupposti giuridici ma anche della situazione di fatto in cui operano le pubbliche amministrazioni (attività, risorse, organizzazione, personale). V'è da chiedersi se il frequente ricorso all'esenzione dall'AIR da parte delle amministrazioni sia pienamente compatibile con l'obiettivo della semplificazione.

L'osservanza delle tecniche di redazione. Infine, il *drafting* normativo, quale insieme delle regole formali che debbono essere osservate da Governo e Parlamento, si intreccia in vario modo con ciascuno dei criteri richiamati. Il tema della qualità della normazione è al centro dei pareri del Consiglio di Stato sugli schemi di atti normativi[65]. E' un tema squisitamente tecnico, che riguarda la redazione dei testi normativi aspetti talora di dettaglio del testo, ma è capace di produrre effetti politici rilevanti[66]. Un *drafting* corretto favorisce la certezza del diritto, riduce le possibilità di controversie o di arbitri da parte della pubblica amministrazione.

Per questo, nei pareri del Consiglio di Stato sono frequenti, in aggiunta agli aspetti maggiormente sostanziali cui ho già fatto riferimento, i richiami alle

[64] V. ad esempio le leggi n. 537/1993, n. 59/1997, n. 50/1999, n. 229/2003, n. 246/2005, che hanno perseguito la semplificazione con vari strumenti: dalla riduzione del numero delle leggi allo snellimento di apparati e procedure amministrative.

[65] Il tema è stato affrontato da C. MIGNONE, *op. cit.*, 199-224. L. AMMANNATI, *cit.,* 385, segnala che all'Assemblea costituente fu prospettato di instaurare un rapporto diretto tra Consiglio di Stato e Parlamento proprio sul tema della tecnica legislativa. G. STERLICCHIO, *La collaborazione del Consiglio di Stato alla funzione legislativa. Prospettive di sviluppo* in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 73 – 103, riprendendo il tema del rapporto tra Consiglio di Stato e Parlamento, invitava a valorizzare quanto già emerso all'Assemblea costituente sulla collaborazione del Consiglio con il Parlamento nella elaborazione delle leggi. V. anche A. PEZZANA, *Attività consultiva del Consiglio di Stato e funzione legislativa,* in AA. VV., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di Guido Landi,* Milano, 1985, 107 – 119.

[66] Cfr., volendo, C. TUCCIARELLI, *legislative drafting and political will,* in www.amministraizone-incammino.it, 18 luglio 2015 che annota: "Technical drafters, in theory, have nothing to do with the political choice. But law, at the same time, encounters specific limits: e.g. logical, juridical, practical, administrative and financial".

regole redazionali dei testi normativi, sotto forma di invito a tenere conto nel loro complesso delle regole e raccomandazioni del 2001[67] oppure – e con maggiore frequenza – con richiami spesso minuziosi, in riferimento alla formulazione delle singole disposizioni cui si unisce l'indicazione delle riformulazioni preferibili.

Essi richiedono l'individuazione della scelta politica di partenza relativa a obiettivi e strumenti per conseguirli. E' una scelta talvolta dichiarata ma spesso da individuare tra le righe dello schema di atto normativo. A essa segue l'applicazione delle regole tecniche sulla redazione dei testi normativi che, come si è detto, nella forma più aggiornata, in ambito nazionale, risalgono al 2001; a tali regole si aggiungono le indicazioni – non solo formali – suggerite dall'Unione Europea, con gli aggiornamenti del sistema "legiferare meglio", in tema di *better regulation* e qualità della normazione[68]. Chiarezza formale, chiarezza sostanziale e semplicità, omogeneità, legittimità, sistematicità e coerenza: sono questi i parametri che dovrebbero essere soddisfatti dalla qualità del testo normativo[69].

Nei pareri del Consiglio di Stato, le regole relative alla qualità redazionale dei testi sono indifferentemente applicate agli schemi di decreto legislativo e agli schemi di regolamento. Sono state inoltre riferite anche a schemi di atti di Autorità amministrative indipendenti[70].

Il termine *drafting* è generalmente utilizzato dai pareri del Consiglio di Stato secondo un'accezione strettamente formalistica e delimitata, volta a correggere refusi e ad apportare correzioni di carattere esclusivamente formale (stile, punteggiatura, sintassi, correttezza grammaticale, numerazione di commi e

[67] Ad es. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 1055/2020, n. 1280/2020.

[68] V., da ultimo, COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori*, COM (2021)219 final, 29 aprile 2021, in cui "Legiferare meglio" è espressamente qualificato come "sistema" che costituisce uno degli "approcci normativi più avanzati al mondo".

[69] Utilizzo la classificazione esposta in G. AMATO, *Principi di tecnica della legislazione*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi* 1988-1989, Padova, 1990, 47 - 68. Sulla qualità della normazione in ambito europeo, v. da ultimo M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova Comunicazione della Commissione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it.

[70] V. Cons. St., Commissione speciale, n. 1582/2018, sulle Linee guida ANAC recanti "Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea", con suggerimenti di *drafting* secondo le note regole previste per gli atti legislativi; Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 1435/2018, sul Regolamento di definizione della disciplina della partecipazione a procedimenti di regolazione dell'ANAC e di una metodologia di acquisizione e analisi dati rilevanti per AIR e VIR;

partizioni interne dell'articolo). A esso è normalmente dedicata una sezione a parte dedicata, tra le osservazioni e i rilievi contenuti nei pareri medesimi[71].
Le regole formali del *drafting* debbono tuttavia cedere il passo a ragioni di ordine sostanziale rilevanti[72].
In alcuni casi – invero non frequenti – i pareri evidenziano, in positivo, l'adeguatezza della qualità redazionale del testo[73].
Al contrario, in talune (altrettanto sporadiche) circostanze, il parere interlocutorio pone in evidenza la presenza di criticità di consistenza tale, anche ai fini del *drafting*, da optare per una riscrittura integrale dello schema in esame, così sottoposto (a ruoli invertiti) dalla Sezione alla valutazione dell'amministrazione[74] cui spetta provvedere al nuovo invio. Altrimenti, tante sono le correzioni da apportare allo schema di regolamento in esame, con riguardo al *drafting* , da indurre il collegio a suggerire di sottoporre l'intero testo, compresa l'intestazione, ad un'approfondita verifica lessicale, da condurre con l'ausilio qualificato dell'Ufficio legislativo stante la necessità di seguire le istruzioni contenute nella circolare del Presidente del Consiglio del 2 maggio 2001[75].

[71] A titolo esemplificativo, cfr. i pareri della Sezione consultiva per gli atti normativi n. 200/2022; n. 1835/2021, il cui par. 4 è rubricato "*Sull'articolato in applicazione dei criteri enunciati (§ 2.5. del considerato in generale) e di quelli di drafting";* n. 1820/2021 che, dopo avere svolto osservazioni su ciascuno degli articoli dello schema di atto normativo, dedica il par. 9 alle "osservazioni di *drafting*", in cui sono messi assieme profili di semplificazione e di tecnica redazionale; n. 1358/2021; n. 2025/2020. In alcuni pareri, i rilievi sul *drafting* sono collocati in coda alle osservazioni relative a ciascuna articolo (v. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 1339/2020).

[72] Cfr. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 873/2019, in cui viene chiarito che, in via generale, le esigenze formali di *drafting* non possono prevalere sull'esigenza sostanziale di conoscibilità di norme che recano specifiche prescrizioni a carico dei destinatari quando esse sono collocate in allegato anziché nel corpo dell'articolato.

[73] Cfr. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi n. 1375/2021, in cui si legge che "Quanto alla tecnica di redazione, la Sezione non ha rilievi da formulare, anzi deve segnalare che ci si trova di fronte a un caso non comune di perizia nell'uso delle tecniche di *drafting*, anche nei dettagli più minuti". In termini analoghi, Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi n. 635/2018.

[74] E' il caso del parere interlocutorio n. 240/2021 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana sullo schema di regolamento di istituzione del Registro "Comuni amici della famiglia" previsto dal comma 5 dell'articolo 27 della legge regionale 8 maggio 2018, n. 8, in cui (par. 4) è dato leggere: "Alla luce di tutto quanto predetto e in considerazione dell'elevato numero delle modifiche che richiede il *drafting* del testo ricevuto dalla Sezione, il Collegio ritiene che una descrizione analitica degli interventi correttivi, occorrenti per una valutazione positiva di legittimità, risulterebbe troppo complessa; conseguentemente, per esigenze di speditezza e di sinteticità, il Collegio reputa opportuno, nel caso in esame, procedere in via eccezionale a una diretta e integrale riscrittura dello schema elaborato dall'Assessorato, il quale dovrà comunque tener conto nell'ulteriore revisione delle osservazioni di merito sopra formulate". In casi simili, il Consiglio di Stato ha raccomandato di rivedere il *drafting* dell'intero articolato (Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 846/2016).

[75] Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, parere n. 713/2015 in cui vengono elencati gli errori presenti in modo diffuso nello schema di regolamento, quali l'uso del verbo "dovere", in luogo del tempo presente del modo indicativo, per indicare l'obbligatorietà di una condotta; la non corretta citazione degli estremi delle fonti normative; l'improprio uso delle maiuscole e della punteggiatura; il ricorso ad acronimi non previamente definiti; l'uso dell'abbreviazione "art." in

Ciò non toglie che i rilievi e le osservazioni contenuti nei pareri siano comunque ampiamente riferibili, al di là della denominazione formale, alle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi. Anzi, l'accezione del termine *drafting*, circoscritta agli elementi puramente formali, non preclude al Consiglio di Stato di esaminare gli aspetti di *drafting* che investono profili più marcatamente sostanziali, tanto che, in talune circostanze, il parere su uno schema di atto normativo – dopo avere sottolineato di non avere da muovere rilievi di carattere generale né di *drafting* – avanza una serie di rilievi critici che riguardano i rapporti tra fonti normative e la tecnica legislativa utilizzata con riguardo all'efficacia dell'atto normativo in esame[76].
Non sono spesso richiamate espressamente le fonti delle regole di *drafting* applicate, dovendosi dedurre che esse consistano nelle regole e raccomandazioni del 2001 o nella relativa guida della Presidenza del Consiglio[77]. Nei pochi casi[78]

luogo della parola "articolo"; l'uso, superfluo, del vocabolo "tutti", invece del solo plurale, oppure dei verbi al modo indicativo, ma al tempo futuro, in luogo del tempo presente; il verbo "venire" al posto del verbo "essere". "Stante l'alto numero degli interventi occorrenti ai fini di un sensibile miglioramento della qualità redazionale dell'articolato e per non appesantire eccessivamente il presente parere con una serie di dettagliate e minute indicazioni emendative, si suggerisce di sottoporre l'intero testo, compresa l'intestazione, ad un'approfondita verifica lessicale, da condurre con l'ausilio qualificato dell'Ufficio legislativo e legale. Si segnala, ancora, per evidenti esigenze di leggibilità, la necessità di numerare i commi all'interno dei singoli articoli".

[76] V. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 91/2021, che, una volta annotato di non avere da muovere rilievi di carattere generale né di *drafting*, osserva che il decreto in esame ripropone sostanzialmente le norme contenute nella fonte normativa primaria cui dà attuazione, limitandosi per il resto, a fare rinvio "Per quanto applicabili e compatibili con le disposizioni di cui al presente decreto" a disposizioni di altri decreti vigenti, per concludere che "sotto il profilo della tecnica legislativa, il decreto non pare perseguire lo scopo preannunciato ("predisporre un nuovo regolamento"), poiché interviene sulla materia con un terzo regolamento che si aggiunge ai decreti […], mediante rinvii statici ai primi due utilizzando una formula […] alquanto generica, possibile fonte di dubbi quanto alla disciplina in concreto applicabile, tale cioè da ingenerare incertezze nei destinatari nonché difficoltà di coordinamento sistematico e di organicità della disciplina anche per gli stessi operatori del settore, laddove la funzione precipua del regolamento dovrebbe essere quella di apportare chiarezza e semplificazione nel campo normativo".

[77] Una precisazione del genere è presente nel parere della Sezione consultiva per gli atti normativi n. 476/2021, in cui viene espressa la raccomandazione di una puntuale cura dei profili redazionali del testo, nei termini di cui alla Circolare della Presidenza del Consiglio "Guida alla redazione dei testi normativi", segnatamente con riferimento alla struttura degli articoli ed ai rinvii a disposizioni interne o esterne allo schema di regolamento in esame.

[78] Cfr. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 1147/2021, n. 3249/2019; n. 188/2020, in cui viene raccomandata, per quanto riguarda gli aspetti attinenti al *drafting* e alla tecnica redazionale dei testi, la scrupolosa applicazione delle *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi* di cui alla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 20 aprile 2001, n. 10888, pubblicata nella G.U., serie generale, n. 97 del 27 aprile 2001, e se ne configura la riferibilità, per una migliore qualità testuale, anche agli atti generali recanti regole tecniche; analogamente v. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 7341/2006. CGARS, n. 260/2014, suggerisce alcune modifiche di *drafting* A fini di collaborazione per la redazione di un testo conforme nel *drafting* sulla base

in cui la fonte è individuata, ne viene consentita l'applicabilità anche ad atti generali contenenti regole tecniche.
Tuttavia, alcuni pareri traggono spunto da questioni specifiche per le quali è stato richiesto l'avviso del giudice amministrativo per offrire, *una tantum*, un inquadramento sistematico delle regole di redazione tecnica e dell'obiettivo di chiarezza del diritto[79].
Non vi è dubbio che le regole tecniche per la redazione degli atti normativi non abbiano natura vincolante[80]. Viene quindi in rilievo l'effettività della loro applicazione. In tal senso si muovono i pareri del Consiglio di Stato e i suggerimenti in essi contenuti.
La verifica del Consiglio di Stato è puntuale e non conosce eccezioni con riferimento al sistema delle fonti e all'efficacia delle disposizioni esaminate. Ricorrente nei pareri è l'invito rivolto all'amministrazione proponente a non introdurre disposizioni sull'entrata in vigore dei regolamenti in assenza di espressa autorizzazione legislativa[81].

delle indicazioni fornite sulla redazione dei testi normativi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, d'intesa con le Presidenze delle due Camere.

[79] V. ad es. il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 58/2021 su uno schema di Regolamento di attuazione dell'art. 9 della legge regionale 8 aprile 2010, n. 9, avente ad oggetto l'approvazione del «Piano regionale di gestione dei rifiuti urbani», che ha affrontato la questione se sia legittimo - sotto i profili giuridico-costituzionale e del c.d. «drafting normativo» - introdurre nell'ordinamento norme giuridiche, mediante la tecnica del «rinvio» (operato da un atto legislativo o regolamentare) ad atti «a contenuto misto»; ad atti che contengono, cioè, anche parti puramente descrittivo-ricognitive, disposizioni programmatiche, direttive, considerazioni, espressioni meramente esortative, dichiarazioni di intenti, del tutto prive di contenuto prescrittivo (c.d. «tecnica della normazione per rinvio sommario»). Il parere si diffonde quindi sui principi di certezza e di chiarezza del diritto positivo, in assenza di una disposizione che vieti espressamente e specificamente di utilizzare la tecnica di normazione "per rinvio sommario", per ripercorrere tali principi nella loro "positivizzazione" in alcuni aspetti mediante il complesso di norme che hanno introdotto il concetto di "drafting normativo", tra cui l'art. 3 della legge 18 giugno 2009, n. 69, dedicato proprio alla "chiarezza dei testi normativi" (ha inoltre accennato al problema se tale norma sia immediatamente applicabile anche ai testi normativi prodotti nella Regione siciliana, optando per una risposta positiva). Ha quindi desunto il principio che il rinvio dev'essere idoneo a consentire l'immediata individuazione del testo normativo richiamato, per cui la tecnica del c.d. «rinvio sommario ad un testo a contenuto misto», utilizzata dall'art. 1 del decreto presidenziale in esame, non è stata ritenuta conforme al principio di chiarezza del diritto, immanente dell'ordinamento italiano e affermato, mediante l'introduzione di regole specifiche, dal legislatore statale. L'incertezza che deriva dal rinvio sommario sarebbe, infatti, direttamente proporzionale alla multiformità dei contenuti del testo richiamato ed alla vaghezza delle espressioni in esso usate.

[80] V. E. ALBANESI, *op. cit.,* 85 ss. Non pare potere costituire un vincolo la disposizione di cui all'art. 13-*bis* della legge n. 400/1988 (Chiarezza dei testi normativi), che individua una serie di oneri in capo al Governo al fine di garantire un'ordinata manutenzione normativa

[81] La disposizione sull'entrata in vigore non è considerata, infatti, compatibile con l'articolo 10, primo comma, delle preleggi, in quanto la previsione di quest'ultimo, secondo la quale i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto, è intesa nel senso che solo la legge può disporre una data di entrata in vigore diversa (cfr. ad es. Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 1819/2021).

Costituisce poi un indice di criticità specifica, spesso oggetto di segnalazioni nei pareri resi sugli schemi di atti normativi, la relazione tra l'efficacia delle disposizioni considerate, la loro consistenza normativa e le connesse misure sanzionatorie. Essenziali esigenze di certezza per gli operatori richiedono che il precetto normativo, soprattutto quando correlato a sanzioni, sia enucleato con nettezza e non sia esclusivamente la risultante delle sovrapposizioni di più disposizioni[82]..

Ai rilievi di *drafting* si sommano anche le osservazioni e i suggerimenti del Consiglio di Stato relativi alla manutenzione dello *stock* legislativo e regolamentare, che travalica i limiti delle presenti note e su cui rileva in primo luogo la vicenda del c.d. taglia-leggi[83].

4. Sviluppi e tendenze in atto

Nella naturale evoluzione che caratterizza le attività delle istituzioni, la funzione consultiva del Consiglio di Stato sugli schemi di atti normativi si è sviluppata sempre più verso forme di controllo più ampio e non meramente formale. Purtuttavia, il controllo sulle regole del *drafting* mantiene una sua essenziale importanza. Anzi, la coerenza del linguaggio normativo assume un rilevo del tutto peculiare anche laddove la funzione consultiva sia esercitata dal Consiglio di Stato secondo una prospettiva di sistema, diretta ad accompagnare i processi di riforma nel loro complesso, nei loro diversi passaggi, con valutazione non tanto (o non solo) dei singoli atti normativi bensì degli obiettivi complessivi della riforma (v. ad esempio i molteplici atti normativi che hanno formato oggetto di numerosi pareri nell'attuazione della riforma della p.a. di cui alla legge n. 124/2015)[84].

[82] Particolarmente probante l'esempio contenuto nel parere della Sezione consultiva per gli atti normativi n. 2027/2020 su un corposo schema di decreto legislativo recante norme per la produzione e la commercializzazione dei materiali di moltiplicazione della vite. Nel parere, la Sezione ha posto in evidenza che l'estensione delle fattispecie sanzionatorie e l'elevato numero di prescrizioni di dettaglio di cui è richiesta l'osservanza, "spesso integrate dai contenuti ancor più minuziosi degli allegati al decreto legislativo cui è fatto volta a volta rinvio, non rendono agevole la ricostruzione complessiva degli obblighi cui sono sottoposti gli operatori del settore, con conseguente incremento dei margini di incertezza applicativa e della connessa discrezionalità nell'applicazione delle sanzioni. L'attuale conformazione di alcuni allegati, che integrano i contenuti del decreto legislativo e quindi assurgono al ruolo di norme primarie, aggrava la situazione descritta. Basti considerare, ad esempio, la modulistica ivi presente, cui sono talora allegate fotografie che (anche ad ammetterne la finalità esemplificativa) verrebbero ad assumere un carattere normativo incompatibile con i connotati descrittivi, propri di un'immagine" (par. 3.3).

[83] Cfr. ad es. G. FONTANA, *Considerazioni critiche sul ruolo del Consiglio di Stato nella più recente attività di semplificazione normativa,* in *Federalismi.it,* 19 ottobre 2015; L. CARBONE, *Quali rimedi per l'inflazione legislativa. Abrogazioni e codificazioni in Italia*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2022.

[84] Sull'estensione dell'attività consultiva svolta dal Consiglio di Stato sulla riforma della pubblica amministrazione, v. L. CARBONE, *I pareri del Consiglio di Stato sulla riforma Madia: verso un'evoluzione delle funzioni consultive?* in www.giustizia-amministrativa.it, che elenca non meno di 18 pareri

L'attività consultiva e di verifica della qualità redazionale si estende anche ad altre tipologie di atti, quali le linee guida ANAC, o può riguardare anche Autorità amministrative indipendenti, Regioni, Corte dei conti, Parlamento.
La cura, anche formale, dei testi normativi assume un rilievo ancor maggiore anche nel raccordo e nel dialogo tra le Corti, nazionali e sovranazionali (CGUE e CEDU).
Anche di recente[85], il Consiglio di Stato ha confermato in termini generali il proprio ruolo nell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), qualificato come un "processo complesso, che impegna tutte le pubbliche amministrazioni ed è contrassegnato da una serie di obiettivi e dal rilievo preminente che assume il loro effettivo e tempestivo raggiungimento". Il Consiglio di Stato, aderendo a una prospettiva sostanzialistica della propria attività consultiva sui diversi atti che costituiscono attuazione del PNRR, ha fatto riferimento alla necessità di un cambiamento rilevante dell'esercizio delle funzioni pubbliche e del generale *modus operandi* dell'amministrazione, chiamata a operare secondo tempi dati per potere conseguire gli obiettivi e i connessi benefici di carattere finanziario. Per questo, il Consiglio ha preannunciato un approccio di carattere generale e sistemico, rilanciando le considerazioni già formulate in altre occasioni (a partire dal parere n. 515 del 2016, relativo alla riforma della pubblica amministrazione), sulla necessità di considerare – in situazioni di tale significatività – gli interventi sul modo di operare dell'amministrazione pubblica come un tema unitario. Il Consiglio ha ritenuto di dovere valorizzare e sostenere le ricadute in termini positivi sul modo di agire della pubblica amministrazione, che dovranno costituire un criterio ispiratore nella predisposizione dei singoli interventi normativi e attuativi: il PNRR quale occasione preziosa per riformare "in concreto" il modo di lavorare delle amministrazioni pubbliche. Di qui, il Consiglio di Stato ha confermato che non si limiterà solo alla pur rilevante verifica di legittimità in senso formale degli atti sottoposti al parere, ma si estenderà anche alla evidenziazione delle attività, condotte, *best practices* ritenute più idonee a conseguire gli obiettivi prefissati e a orientare di conseguenza l'azione delle amministrazioni. "Il compito istituzionale del Consiglio di Stato in questo contesto è quello di esprimere la funzione di garanzia neutrale che gli è propria, anche indicando, ove sia necessario, aspetti normativi da integrare o rafforzare o da rendere più propriamente in linea con le indicazioni e finalità delle azioni richieste dal PNRR".

resi dal Consiglio di Stato con riferimento all'attuazione della legge delega n. 124/2015. Peraltro, già venti anni fa venne delineata la tendenza del Consiglio di Stato a oltrepassare i confini del semplice controllo di legittimità formale per avvicinarsi al merito delle questioni trattate, v. F. PATRONI GRIFFI, *Forme e procedure nella regolazione. Il ruolo del Consiglio di Stato,* in *Nomos*, n. 3/2002, 39 – 59.

[85] Cons. st., Sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 1883/2021, in particolare il par. 4.3.

Queste considerazioni consentono di trarre qualche elemento conclusivo sulla funzione consultiva attualmente svolta dal Consiglio di Stato sugli atti normativi e sulla qualità della normazione.

Il Consiglio di Stato, nel perseguire la giustizia nell'amministrazione (artt. 100, 103 e 113 Cost.) presenta una natura neutrale di garanzia secondo canoni di indipendenza, complementare a quelle giurisdizionali. Le funzioni consultive svolte "nell'interesse pubblico" (e non "nell'interesse della pubblica amministrazione") perseguono, in via preventiva, il medesimo scopo di garanzia della legittimità dell'agire dell'amministrazione che poi il giudice persegue *ex post*, su istanza del cittadino che si dichiara leso da provvedimenti o comportamenti illegittimi. Una funzione di prevenzione del contenzioso, quindi, che giova anche alla funzione giurisdizionale ed è ad essa connessa.

L'attività consultiva sugli atti normativi è inserita, come si è detto, in procedimenti complessi[86] in cui sono coinvolti molteplici soggetti, rispetto a cui la terzietà della funzione consente di distinguere l'apporto peculiare del Consiglio di Stato rispetto ad altri contributi alla elaborazione e alla redazione tecnica dei testi normativi (Uffici ministeriali, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri, Avvocatura dello Stato, organi parlamentari, *in primis* il Comitato per la legislazione della Camera)[87].

A maggior ragione, il complesso di attività, normative e non, legate al conseguimento degli obiettivi qualitativi (*milestones*) e quantitativi (*targets*) posti dal PNRR affianca (ancora una volta) al più tradizionale canone dell'efficienza il preminente parametro dell'efficacia dell'azione amministrativa, in quanto il PNRR pone attenzione prioritaria ai risultati, con l'enunciazione di azioni amministrative e di obiettivi spesso puntuali.

Il parametro dell'efficacia (effettivo conseguimento degli obiettivi) costituirà (per richiamare ancora quanto enunciato dalla Sezione consultiva per gli atti normativi) un elemento primario di valutazione, anche nella fase di predisposizione degli atti normativi, tramite l'utilizzazione della articolata strumentazione che l'ordinamento già da tempo mette a disposizione dell'amministrazione pubblica (ad es. l'AIR) oltre che degli organismi istituiti proprio in considerazione delle specificità del PNRR (quali, ad esempio, la Cabina di regia e relativa segreteria tecnica, l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri,

[86] A. QUARTULLI, *Ancora sulla competenza consultiva del Consiglio di Stato sui progetti di legge*, in *Rassegna Parlamentare*, 1989, nn. 1-2, pp. 69 ss. già annotava che la proliferazione di strutture tecniche, anche ministeriali, per la redazione dei testi normativi lascia tuttavia un autonomo spazio al Consiglio di Stato e marcava la necessità di norme che consentano l'espressione dei pareri del Consiglio di Stato alle Camere e di norme regolatrici nei regolamenti parlamentari.

[87] Sulla (non facile) coesistenza dell'attività consultiva del Consiglio di Stato con quella degli organi interni dell'amministrazione, cfr. L. AMMANNATI, *op. cit.,* p.p. 356 – 359.

il Servizio centrale per il PNRR, istituito presso la Ragioneria generale dello Stato).
La misurazione in base all'efficacia richiederà un attento monitoraggio a valle, sulla fase attuativa delle disposizioni via via introdotte. E d'altronde, la proiezione verso i risultati resa evidente dal PNRR trova ormai un esplicito riferimento, sul piano del diritto interno e ha assunto preminente valore per l'interesse nazionale[88]. È dunque un principio che, in ragione dei vincoli sottostanti al PNRR, assume una incidenza diretta e specifica e non può che aiutare e orientare l'interprete o, in questo caso, l'attività consultiva sugli schemi di atti normativi del Consiglio di Stato.
La tecnica nella redazione degli atti normativi non può che costituire il punto di partenza per la realizzazione di tali principi (tanto necessario quanto non sufficiente).
Vi è conclusivamente da chiedersi se le funzioni consultive assegnate al Consiglio di Stato, a partire da quelle relative alla qualità della normazione, così come si sono sviluppate nel corso del tempo (le "molte vite del Consiglio di Stato"[89]) spingano per un ulteriore passo in direzione dell'apertura esplicita dell'attività del Consiglio di Stato alle istituzioni rappresentative (il Parlamento e, in ipotesi, i Consigli regionali), ora che si è aperta – tra l'altro – una stagione di riforma dei regolamenti parlamentari a seguito della revisione costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari.

[88] Cfr. l'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021.
[89] S. CASSESE, *Le molte vite del Consiglio di Stato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2011, 1276-1277.

BREVI NOTE SUL CONTRIBUTO RECENTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ALLA QUALITÀ DELLA LEGISLAZIONE

ERIK LONGO*

Sommario

1.Premessa. – 2. La razionalità come specchio della qualità della normazione nella dinamica delle decisioni di "incostituzionalità prospettata". – 3. La qualità della normazione al tempo delle *leggi precarie*. – 4. Rilievo costituzionale della tecnica legislativa e sindacato sulla qualità delle leggi. – 5. Spunti conclusivi.

Abstract

This essay stresses three basic aspects linked to the relationship between constitutional justice and legislative drafting within the Italian context. The first concerns the most recent transformations of the judicial review of legislation. The second aspect concerns the relationship between legislative drafting and legislative production. The third aspect concerns the broader problem of the need to establish the principles of good regulatory technique in order to guarantee high-quality legislation.

Suggerimento di citazione

E. LONGO, *Brevi note sul contributo recente della Corte costituzionale alla qualità della legislazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore associato di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: erik.longo@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

Premessa

Se intendiamo la "tecnica legislativa"[1] come lo studio delle tecniche verbali più congruenti per esprimere la volontà del legislatore e usiamo l'espressione "qualità della normazione"[2] per dare un significato valoriale a tali tecniche, esprimendo così la buona scrittura degli enunciati normativi e la loro efficacia, non possiamo non convenire sul fatto che se, da un lato, le teste di capitolo di tali scienze sono nella linguistica e nella logica e il loro perseguimento è nelle mani degli organi legislativi e le burocrazie parlamentari, dall'altro, chi ne fa esperienza sono soprattutto le corti nel loro dovere di interpretare le leggi. Poste le regole e le procedure stabilite a presidio della qualità delle norme nella fase della loro formazione, occorre che tali regole siano anche *giustiziabili* perché i fini politici siano effettivamente raggiunti[3].

All'interno di tale orizzonte, uno dei punti di vista privilegiati attraverso cui osservare la qualità della normazione è quello della giustizia costituzionale. La Corte costituzionale non solo occupa un posto centrale nel quadro dei poteri descritto dalla nostra Costituzione, ma è il giudice che ha la competenza ad analizzare, giudicare e sanzionare il lavoro del legislatore ordinario[4]. Nel nostro ordinamento giuridico spetta, infatti, a essa affrontare i problemi che riguardano sia la razionale produzione delle norme giuridiche sia le tecniche per ordinare e razionalizzare il sistema vigente[5]. È un potere molto "invasivo" delle prerogative delle istituzioni rappresentative, che i giudici costituzionali tendono a interpretare talvolta in maniera più estesa talvolta in maniera più

[1] Si v. a tale proposito G.U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, in *Enc. giur.*, XXX, Treccani, Roma, 1993. Sulla varietà dei modi di intendere la tecnica legislativa si v. E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, p. 21 ss. Il tema ha il suo antenato sia scientifico che pratico nella "scienza della legislazione" di cui tra i primi a parlare è stato M. LONGO, *Per la fondazione di una "scienza della legislazione"*, in *Il dir. dell'econ.*, 1960, p. 583 ss.

[2] La qualità si vede quando non c'è. È per questo che a tale termine si attribuisce sempre un carattere positivo, se è presente, e negativo, se manca. Per una disamina di tale concetto si v. N. RANGONE, *Qualità delle regole e regole di qualità*, in *La qualità delle regole*, a cura di M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, il Mulino, Bologna, 2011, p. 11 ss.; P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 177 ss.; M. CARLI, *Come garantire il rispetto delle regole sulla "buona" qualità delle leggi dello Stato*, in *Osservatorio sulle fonti. La qualità della regolazione*, a cura di P. CARETTI, Giappichelli, Torino, 2008; A. CARDONE, *La qualità della normazione nella prospettiva dell'intergrazione costituzionale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2008.

[3] Tema su cui si v. in generale S. SCAGLIARINI, *Il Presidente e la tecnica legislativa*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2005, p. 266 ss.

[4] E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale e la dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996.

[5] A. CERRI, *Tecnica legislativa e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *L'educazione giuridica. V Modelli di legislatore e scienza della legislazione. Tomo III - La discussione contemporanea*, a cura di A. GIULIANI, N. PICARDI, ESI, Napoli, 1987, p. 254.

contenuta, dimostrando l'essenzialità che ha il controllo di costituzionalità delle leggi a garanzia del buono stato di salute del nostro ordinamento giuridico[6].

Lo studio delle tecniche normative non può, quindi, prescindere dal prendere in considerazione la giurisprudenza costituzionale e la sua evoluzione, con riguardo sia alle sentenze che mettono ordine alle procedure di formazione delle fonti, sia alle pronunce che attraverso alcuni principi (per es. certezza, affidamento, razionalità, ragionevolezza, proporzionalità) ricostruiscono l'unità del sistema ben oltre i criteri per risolvere le antinomie; sia ancora alle pronunce che suggeriscono – anche indirettamente – interventi precisi del legislatore che restituiscano coerenza e unità alle leggi. Sono numerose le indagini che hanno messo in luce ora sul piano teorico ora sul piano pratico i riferimenti espliciti e impliciti alle tecniche legislative[7].

In alcune pronunce, l'accertamento dei presunti vizi di legittimità costituzionale viene condotto attraverso un richiamo ai difetti nell'uso delle tecniche di legislazione. Si tratta di decisioni a volte molto diverse l'una dall'altra, che però contengono interessanti riferimenti alle tecniche legislative o ai richiamati principi di certezza del diritto, di chiarezza, di intelligibilità degli atti normativi[8].

[6] A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 18-21.

[7] In merito al rapporto tra tecniche legislative, qualità della regolazione e Corte costituzionale sono state svolte puntuali ed esaurienti disamine. Si v. *infra multis*: G.M. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Rass. parl.*, 4, 1997, p. 1034 ss.; V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1, 1999, p. 15 ss.; A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale (atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000)*, a cura di V. COCOZZA, S. STAIANO, Giappichelli, Torino, 2001, p. 841 ss.; G.L. CONTI, *Il drafting nelle pronunce della Corte costituzionale: Does it sound good?*, in *Osservatorio sulle fonti 2007*, a cura di Giappichelli, Torino, 2009; D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 4, 2013; L. DI MAJO, *La costruzione giurisprudenziale della qualità della normazione*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, a cura di M. CAVINO, L. CONTE, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali: il punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina, il 14 dicembre 2006*, a cura di A. RUGGERI, L. D'ANDREA, A. SAITTA, G. SORRENTI, Giappichelli, Torino, 2007, p. 211 ss.; L. DI MAJO, *La costruzione giurisprudenziale della qualità della legislazione*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, a cura di M. CAVINO, L. CONTE, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, p. 251 ss. Sul punto si v. anche la giurisprudenza costituzionale riportata nel portale "Tecniche normative", reperibile all'indirizzo https://www.tecnichenormative.it/Cortecostituzionale.htm

[8] La dottrina ha notato che nella giurisprudenza costituzionale esistono due distinti tipi di argomentazioni: da un lato i riferimenti al paradigma della "chiarezza normativa" e dall'altro il richiamo alle tecniche legislative. Cfr. G.L. CONTI, *op. ult. cit.*, p. 57 ss.

In generale, quindi, il rapporto tra la giurisprudenza della Corte costituzionale e la qualità della normazione è indubbio[9]. Tuttavia, se dal piano testuale cerchiamo di guardare le pronunce e i riferimenti alle tecniche legislative e alla qualità della normazione nella prospettiva della evoluzione della giurisprudenza della Corte, ci rendiamo conto che il quadro è meno nitido. È molto difficile delineare un andamento continuo della giurisprudenza costituzionale o individuare *trend*, argomentazioni e percorsi che seguano indirizzi univoci.
Lo testimoniano molto bene tutte quelle indagini che, muovendo proprio da una disamina delle pronunce costituzionali, non solo analizzano il rapporto tra giustizia costituzionale e tecnica normativa ma arrivano fino a osservare i riferimenti della Cortes alla qualità della legge ovvero gli effetti delle pronunce di quest'ultima per garantire la buona qualità delle leggi[10].
La ragione di tale ondivaga esperienza si rinviene di solito nella considerazione che difetta nella Costituzione italiana un riferimento alla buona qualità delle norme o alle tecniche legislative, ragione per cui tanto i giudici *a quo* quanto la Corte costituzionale non possono ancorare le loro argomentazioni a un solido appiglio costituzionale[11]. La progettazione legislativa, inoltre, è un campo ad altissima "dominanza politica" e come tale spesso disciplinato all'interno di atti, come i regolamenti parlamentari, che difficilmente possono essere soggetti al controllo di costituzionalità[12].
Se ciò è indubbio, è però altrettanto vero che la qualità della normazione è un principio dell'ordinamento che gemma come un valore implicito in tanti articoli della Costituzione, così come avviene per la "certezza del diritto"[13]. Si tratta, perciò, di guardare non solo dentro alle sentenze ma di osservare gli sviluppi del controllo di costituzionalità cercando di capire quale è in generale il ruolo della Corte costituzionale come giudice (anche) della qualità delle leggi.

[9] M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, II ed., Laterza, Roma, 2002, p. 113 ss.

[10] In dottrina hanno svolto indagini empiriche o commentato singole pronunce nelle quali si poneva un problema di qualità della normazione P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare: contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, ESI, Napoli, 2007; V. PAMIO, *Corte costituzionale e tecniche legislative: il triennio 2002-2004*, in *Dir. e soc.*, 1, 2005; D. PARIS, *I limiti del controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione e le nuove prospettive aperte dalla sentenza n. 70/2013*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, a cura di M. CAVINO, L. CONTE, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, p. 313 ss.; L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, p. 201 ss.

[11] In questo senso si v. quanto molto chiaramente mette in luce F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, a cura di M. CAVINO, L. CONTE, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, p. 85 ss.

[12] Come ricorda R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi (Nota a Corte cost. 12 giugno 2007, n.182)*, in *Foro. it.*, 5, 2008, p. 1425.

[13] L. PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988.

Alla luce di tali considerazioni, in questo breve saggio evidenzieremo tre aspetti di fondo legati al rapporto tra giustizia costituzionale e qualità della normazione. Il primo riguarda le trasformazioni più recenti del giudizio di costituzionalità; si metteranno in luce gli effetti che ha sulla qualità della normazione l'evoluzione del dialogo della Corte costituzionale con il legislatore. Il secondo aspetto concerne il rapporto tra qualità della normazione e produzione legislativa. Il terzo aspetto concerne il più generale problema relativo alla necessità di costituzionalizzare i principi della buona tecnica normativa allo scopo di garantire una legislazione di qualità.

1. La razionalità come specchio della qualità della normazione nella dinamica delle decisioni di "incostituzionalità prospettata"

Il punto di partenza per ogni discorso circa il rapporto tra giustizia costituzionale e potere politico è certamente l'art. 28 della legge n. 87/1953[14]. Qui il legislatore si è preoccupato di inserire nel campo dei poteri della Corte costituzionale un limite preventivo al fine di evitare che quest'ultima invadesse le prerogative e il campo propri della politica[15]. Nel testo si vieta al controllo di legittimità costituzionale delle leggi di compiere valutazioni di "natura politica" e "ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento"[16]. Come noto, tale disposizione ha vissuto una vita complicata fin dall'inizio[17]. Chi l'aveva scritta non aveva forse prestato debita attenzione al dibattito secolare in essere già da anni negli Stati Uniti circa l'operare stesso di un sistema di

[14] In tale senso si v. E. ROSSI, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta: atti del seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, a cura di R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER, Giappichelli, Torino, 2011.

[15] C. PIPERNO, *La Corte Costituzionale ed il limite di* political question, Giuffrè, Milano, 1991.

[16] Nel testo di tale norma risuona l'eco del dibattito su chi dovesse essere il "custode della Costituzione" che evidentemente mette in competizione le ragioni di H. Kelsen circa l'opportunità di istituire un Tribunale costituzionale e le simmetriche ragioni di C. Schmitt. H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der verfassung sein?*, Rothschild, Berlin-Grunewald, trad. it., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1931; C. SCHMITT, *Die Hüter der Verfassung*, Mohr, Tubingen, trad. it., *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1931. La polemica circa il rapporto tra "giuridicizzazione della politica" e "politicizzazione della giustizia" è sintetizzata in maniera chiarissima da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, II ed., il Mulino, Bologna, 1988, p. 28 ss.

[17] Il tema è così vasto da non poter essere certamente in una nota. Per dare solo minime coordinate della importanza dell'argomento nella letteratura nostrana si v.no A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (Atti del convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986)*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 90 ss.; S. GRASSI, *Osservatorio sul «nuovo ruolo» della Corte costituzionale nella forma di governo*, in *La giustizia costituzionale a una svolta: atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 1991, p. 151 ss.; E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale e la dinamica dei poteri*, cit., p. 15 ss.; M. RUOTOLO, *Tra anima politica e giurisdizionale. A proposito di alcune "oscillazioni" della Corte nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 2017, p. 239 ss.

controllo di costituzionalità e il suo posto all'interno della dottrina della separazione dei poteri[18].
Malgrado la notevole difficoltà teorica che si incontra quando si tenti di "individuare la linea di confine tra la doverosa autolimitazione dei giudici (costituzionali), che inibisce a questi ultimi la sostituzione delle proprie preferenze politiche a quelle dei politici responsabili verso il corpo elettorale, e il necessario intervento correttivo o repressivo sulla legislazione[19]", dal punto di vista pratico il dialogo tra Corte e legislatore si è fatto non solo difficile ma oltremodo fitto in numerose e decisive circostanze degli ultimi anni[20].
Negli ultimi anni la Corte costituzionale ha potenziato molto i suoi strumenti operativi di intervento sul terreno del potere legislativo arrivando addirittura, in tante occasioni, a ripensare in generale la sua "anima" politica oltre che giurisdizionale[21]. Sono esemplificativi di questo indirizzo due passaggi della "Relazione" presentata durante la riunione straordinaria del 21 marzo 2019 da parte dell'allora presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi[22]: le "pronunce costituzionali" sono oggi divenute "il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova compimento solo quando il legislatore lo conclude"; laddove la "Costituzione impone di adottare una certa disciplina, con l'effetto che il vuoto normativo è esso stesso costituzionalmente illegittimo, (…) cessa la discrezionalità sull'*an* e, in taluni casi, sul *quando* stesso della scelta legislativa"[23].

[18] V.F. COMELLA, *The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism*, in *Tex. L. Rev.*, 2003, p. 1705 ss.

[19] Cfr. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4, 2020, p. 25.

[20] M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. Soc.*, 1, 2020, p. 53 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II ed., il Mulino, Bologna, 2018, p. 405-408. Le riflessioni della dottrina sul punto risalgono all'inizio degli anni Ottanta. Si v. a tale proposito F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, il Mulino, Bologna, 1982, p. 19 ss. e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, ivi, p. 103 ss..

[21] Sulla politicità del giudizio della Corte costituzionale è doveroso il rimando a C. MEZZANOTTE, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia Veneziana, Roma, 1984. In senso critico sul ruolo complessivo che ha assunto la Corte cost. negli ultimi anni si v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, p. 251 ss. Reagiscono a questo lavoro R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in ivi, 4, 2019, p. 757 ss. e E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in ivi, 4, 2019, p. 777 ss.

[22] G. LATTANZI, *Corte costituzionale. Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in *Sito internet della Corte costituzionale*, www.cortecostituzionale.it

[23] Tale osservazione ci pare potersi inserire all'interno di un cammino più lungo che la Corte costituzionale ha svolto non già per posizionarsi tra gli organi costituzionali ma per "rendere *giustizia*" come si potrebbe dire usando parte delle parole di G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, UTET,

Nella stessa circostanza Lattanzi faceva notare come il dialogo con il legislatore non potesse essere affidato soltanto al meccanismo della "doppia pronuncia[24]" o, all'opposto, agli esigui margini di manovra consentiti dalle "rime obbligate[25]" o dalle sentenze di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"[26], ma dovesse arricchirsi di altri strumenti. Ad esempio, aggiungiamo noi, quelli capaci di superare la mancanza, nel sistema di giustizia costituzionale italiano, di meccanismi (con effetti manipolativi) come le sentenze di "mera incompatibilità" tedesca[27].

Il primo esempio di tale indirizzo è, come noto, l'ordinanza n. 207/2018 e poi la sentenza n. 242/2019 sul c.d. caso Cappato, con le quali si è avviata la tecnica della c.d. "incostituzionalità prospettata"[28]. Secondo tale approccio, la Corte

Torino, 1998, p. 979. Sul tema si v. anche M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., p. 53 ss.

[24] Tale meccanismo prevede una pronuncia di inammissibilità "con monito" seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da una declaratoria di incostituzionalità. Il sistema della doppia pronuncia è rivolto, in ultima analisi, a evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale, come ha rilevato la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 242/2019. Sul punto si v. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2007-2019)*, a cura di 2005, Giappichelli, Torino, 2020, p. 103.

[25] Che pure la Corte ha messo, a partire dalla giurisprudenza del 2016 numerose volte in crisi laddove vi fosse, appunto, un precedente monito rimasto inascoltato. Esemplare in questo senso è la sent. n. 222/2018 in materia di pene accessorie per i delitti di bancarotta (R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2018, p. 2566 ss.). In gen. sul punto si v. 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, p. 648 ss.

[26] Ci si riferisce alla c.d. stagione delle pronunce di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", su cui A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 211-214. Sul punto si v. anche R. PINARDI, *Brevi note sull'"effettività" delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Esi, Napoli, 2006, p. 329 ss.

[27] Per una sintetica ma efficace descrizione di tali pronunce si v. Corte costituzionale-Servizio Studi (Area di diritto comparato), *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, Roma, www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/242_incompatibilita_Germania_Austria.pdf. In dottrina si v.no sul punto A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del Seminario di studi tenutosi al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Giuffrè, Milano, 1989; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore: il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 96 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1997, p. 334 ss.

[28] Ci limitiamo a riferirci ai profili della tecnica decisoria che nasce con l'ordinanza Cappato, su cui si v. *infra multis* A. ANZON DEMMING, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2018, p. 2459 ss. e poi si conclude con la citata sentenza, su cui *infra multis* R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale decide con sentenza il «caso Cappato»*

mette in atto una "*judicial deference* a tempo[29] ", operando un rinvio dell'udienza a data fissa per dar modo al Parlamento di intervenire sulla norma censurata, secondo i princìpi costituzionali enucleati dalla Corte, ma anche secondo le regole da esso ritenute più appropriate.

Non è questa la sede per discutere della "effervescenza"[30] di tale tecnica processuale o dei numerosi problemi che sono stati sollevati dalla dottrina sul punto[31]. Ciò che qui vogliamo sottolineare è che la soluzione della Corte, evitando tanto l'invasione di campo nella funzione legislativa quanto la semplice astensione dall'intervento su un tema spinoso ma che necessita da tempo di una decisione del legislatore, finisce per ricalibrare fortemente il potere dei giudici costituzionali di indicare quale è la legislazione necessaria al fine di tutela diritti fondamentali, arrivando – a tutto vantaggio della norma relativa – fino a indicare come deve essere scritta la disposizione.

Se in passato la Corte costituzionale aveva valorizzato molto la funzione interpretativa dei giudici al fine di risolvere direttamente i dubbi di costituzionalità e poi negli anni più recenti era arrivata addirittura a forzare decisamente la portata letterale del testo suggerendo al giudice interpretazioni conformi che difficilmente avrebbero potuto essere ricavate dal testo delle leggi, con la tecnica della "incostituzionalità prospettata" essa è andata molto oltre il proprio ruolo "positivisticamente" inteso, mostrando una inedita capacità di rispettare la discrezionalità legislativa comunque garantendo il suo compito di "rendere giustizia costituzionale"[32].

Sia l'ordinanza che prospetta l'incostituzionalità sia la sentenza successiva individuano, come esprime l'ordinanza prima citata, "criteri di riempimento costituzionalmente necessari", da distinguere rispetto al "contenuto costituzionalmente vincolato". Come è noto, tale distinzione pesca dalla giurisprudenza sulla ammissibilità dei referendum abrogativi ma si allontana molto da ciò che può legittimamente trarsi da quei precedenti. Nel caso di specie tale criterio viene di fatto rovesciato per offrire una "disciplina applicabile" o, meglio, "immediatamente operativa"[33].

e supera l'ostacolo «insormontabile» approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire (Nota a Corte cost. 22 novembre 2019, n. 242), in *Foro it.*, 3, 2020, 839 ss.; G. REPETTO, *La Corte, l'aiuto al suicidio e i limiti del controllo di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2019, p. 3018 ss.

[29] G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., p. 32.

[30] D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 24-45.

[31] Si v. *infra multis* E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019, p. 531 ss.;

[32] Secondo l'espressione già ricordata di G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, cit., p. 981.

[33] S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020

Al di là dei profili processuali connessi alla scelta, la sentenza n. 242/2019 – intervenuta ad un anno dalla ordinanza – è il primo caso nel quale la Corte, pur riconoscendo un margine di manovra al Parlamento, fornisce direttamente una regolamentazione "costituzionalmente necessaria" della vicenda come se fosse una normativa transitoria in attesa che intervengano le Camere. Si legge nella parte motiva della sentenza che la Corte può e deve non limitarsi a un "annullamento secco" ricavando "dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento" della disciplina "fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento".

Tale giurisprudenza, insieme a quella relativa alla determinazione della pena per i reati di diffamazione a mezzo stampa (ordinanza n. 132/2020 e sentenza n. 150/2021) e poi all'ergastolo ostativo (ordinanza n. 97/2021[34]), dimostra che la tecnica della incostituzionalità "prospettata" si è consolidata, anche se nei casi successivi al primo la Consulta ha dato dimostrazione di essere maggiormente sensibile e aperta al ruolo del Parlamento[35].

Vi è però in questi arresti e nella evoluzione complessiva delle tecniche decisorie della Corte costituzionale un punto a nostro modo di vedere utile per il sindacato sulla tecnica legislativa. Tali arresti, nel dimostrare ancora una volta che il giudizio di costituzionalità delle leggi ha oscillato tra la natura più propriamente giurisdizionale e la natura politica, mettono in luce lo stabilirsi di nuove regole che incidono sulla separazione dei poteri. Se si assume tale ottica è possibile riconoscere alla Corte di spaziare nella interpretazione degli enunciati costituzionali, dei loro presupposti e delle loro conseguenze, assumendo quindi anche la qualità della normazione tra le norme costituzionali di cui occorre garantire tutela. Se si assume lo "stato di diritto" come quella forma di stato che rifiuta la prevaricazione della maggioranza, e che dunque accoglie la dialettica maggioranza-opposizione come orientata a garantire la partecipazione delle minoranze alla determinazione sostanziale della volontà legislativa, possiamo dare alla Corte costituzionale un ruolo di protagonista di tali dinamiche e di giudice non estraneo ed esterno a tale processo[36]. Si è detto magistralmente in dottrina, che oggi "il procedimento di produzione della legge assume un respiro più ampio, che viene a ricomprendere il controllo di costituzionalità, come suo elemento integrante[37]". Tale rilievo oltretutto non vale solo

[34] Nella ordinanza in questione la Consulta ha rinviato alla udienza pubblica del 10 maggio 2022 la trattazione della questione di legittimità costituzionale.

[35] Come sottolineato da M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata»e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 2, 2021, spec. pp. 9-11.

[36] E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale e la dinamica dei poteri*, cit.

[37] M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella' giurisdizionale'. Atti della Tavola rotonda per ricordare*

per la Corte costituzionale. Proprio a riguardo della tecnica legislativa sono importanti anche le posizioni del Presidente della Repubblica, il cui ruolo per tale scopo non solo è indubbio ma si svolge secondo una interpretazione dell'enunciato costituzionale[38], tra l'altro spesso in maniera convergente rispetto a quanto indicato dalla Consulta[39].

Venuta meno la "sovranità della legge" come atto di garanzia della chiusura dell'ordinamento grazie al sovrapporsi della legalità costituzionale è anche alla Corte e al Presidente della Repubblica che occorre ricorrere per trovare "nuovi" elementi di chiusura del sistema, e tra questi non si può non considerare anche la tecnica legislativa e la garanzia della buona scrittura delle fonti primarie.

Le pronunce della Consulta, ma anche gli interventi del Presidente della Repubblica, sono diventati in molte occasioni strumenti necessari per attribuire alla legge quel carattere di "ragionevolezza-universalità-discorsività" che il circuito della decisione politica non riesce a realizzare[40].

È qui che i tre ambiti usati come esempio assumono un valore non solo per il ruolo della Corte ma per il riaffermarsi dell'ideale di "razionalità" della legislazione, non intesa in senso astratto, ma come attributo dell'opera del legislatore stesso e come capacità di recepire le sollecitazioni che derivano dal contesto storico in cui si sviluppa il diritto.

Questa *giurisdizionalizzazione* della legislazione – per usare le parole dell'allora Presidente della Corte costituzionale Paolo Grossi nella relazione del 2016[41] – mette in atto, nel fisiologico prolungamento istituzionale Corte-legislatore, un "ideale di razionalità" che è allo stesso tempo "dialettico, procedurale, giustificativo[42]" e che matura nel tempo e nel dialogo con gli altri organi

Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa 15 dicembre 2016), a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 2018R. ROMBOLI, p. 84.

[38] Sul tema si v. *infra multis*: G.M. SALERNO, *«Preoccupazioni e sollecitazioni» del Presidente della Repubblica a garanzia della corretta tecnica legislativa*, in *Rass. parl.*, 2009, p. 755 ss.; M. MALVICINI, *Alcune considerazioni sul primo rinvio ex art. 74 Cost. del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, *passim*.; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011

[39] D. CHINNI, *Le "convergenze parallele" di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sulla limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge*, in *Giur. it.*, 12, 2012, 2499 ss.

[40] M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella' giurisdizionale'. Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa 15 dicembre 2016)*, cit., p. 84.

[41] P. GROSSI, *Corte costituzionale. Riunione straordinaria dell'11 aprile 2016. Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, in *Sito internet della Corte costituzionale*,
https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Relazione_Grossi.pdf

[42] Così A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione*, in *Legislazione. Profili giuridici e politici*, a cura di M. BASCIU, Giuffrè, Milano, 1992, p. 42.

costituzionali e gli altri attori giurisdizionali[43]. In tal modo si arricchisce anche la scienza della legislazione e si capisce che la partita non si gioca nell'ottica, forse troppo semplicistica, della supplenza ma entro la dinamica propria della ragione pratica, la quale impone, di fronte a questioni complesse in cui sono coinvolti conflitti tra valori, una valutazione giuridica che anche testualmente esprima una "impresa collettiva"[44].

2. La qualità della normazione al tempo delle *leggi precarie*

Tra i maggiori sintomi della mancanza di qualità della legislazione vi è certamente il fenomeno della precarizzazione o instabilità delle procedure e delle decisioni relative alle fonti del diritto[45]. Riferito alla attività di produzione delle leggi e degli atti aventi forza di legge, il concetto di precarietà descrive quei particolari caratteri dei procedimenti di formazione della legislazione in forza dei quali, in primo luogo, le disposizioni normative devono la loro formulazione, e nello specifico il loro nucleo prescrittivo, a un processo generativo nato da una particolare combinazione occasionale e fortemente instabile di molteplici fattori e, in secondo luogo, quelle stesse disposizioni sono inevitabilmente esposte a continui cambiamenti, revisioni, riscritture e ritrattazioni[46].

Al di là del profilo teorico, le leggi precarie hanno effetti deleteri non solo sulla stabilità, conoscibilità e certezza delle norme, ma addirittura possibili conseguenze negative sull'arbitrio stesso dei poteri, sulla libertà dei consociati e sulla rappresentanza democratica[47].

Il carattere precario di molte procedure parlamentari e lo stravolgimento di tante garanzie connesse alla approvazione della legge ordinaria hanno determinato un forte scadimento della qualità sia formale sia sostanziale della legislazione approvata, comportando l'emanazione di leggi e atti aventi forza di legge sia "scritti male" sia spesso inapplicabili quando non addirittura contrastanti con la Costituzione e con le norme UE[48].

[43] Per usare i termini di V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, e al., *Italian Constitutional Justice In Global Context*, Oxford Univ Press, Oxford, 2016, p. 231 ss.

[44] Così F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: un'idea di ragione critica, dialettica e controversiale per il diritto*, in *Frammenti di un dizionario per il Giurista dell'Archivio di diritto e storia costituzionali*, www.dircost.unito/dizionario/pdf

[45] Sia consentito rimandare a E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.

[46] Sul punto si v. L. GENINATTI SATÈ, *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 151 ss.

[47] Interessanti a questo riguardo sono i rilievi svolti da N. LUPO, *«Populismo legislativo?»: continuità e discontinuità nelle tendenze della legislazione italiana*, in *Ragion Pratica*, 2, 2019, p. 258 ss. con riguardo al fatto che uno dei fattori esogeni di maggiore precarizzazione delle procedure è proprio la crisi del meccanismo rappresentativo.

[48] Id., *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2013, p. 423 ss.

Uno degli esempi più vividi di legislazione precaria è riscontrabile nella procedura di approvazione e poi conversione dei decreti-legge. In questo settore, anche grazie ai moniti provenienti dai Presidenti della Repubblica[49], l'intervento della Corte costituzionale è stato decisivo per ristabilire il rispetto delle regole sulla qualità della legislazione.

A partire dal 2007, infatti, la Corte è intervenuta a sindacare la omogeneità del contenuto di questi atti, tanto nella fase della loro adozione da parte del Governo quanto nella fase della loro conversione da parte delle Camere. Come è noto la base normativa esplicita di tale principio è contenuta già nella Costituzione ma nell'art. 15 della legge n. 400/1988, il quale prescrive che il contenuto del decreto-legge deve essere "specifico, omogeneo e corrispondente al titolo". Sul punto la Corte ha svolto un cammino che l'ha portata a rivedere parzialmente la propria giurisprudenza degli anni '90. I giudici costituzionali, dapprima nelle sentt. nn. 171/2007 e 128/2008, hanno affermato che i requisiti di necessità e urgenza impongono che non si possa prevedere in un decreto-legge norme evidentemente "estranee" all'oggetto; in seguito, in una importantissima sentenza del 2012, n. 22, hanno fatto propria la dottrina della c.d. "omogeneità funzionale" del decreto legge allargandola al nesso tra il decreto-legge stesso e la legge di conversione. Da ciò la Corte fa derivare che non si possono inserire nella fase di conversione emendamenti che spezzino "il legame essenziale (*omogeneità*) tra decretazione d'urgenza e potere di conversione". Secondo la linea argomentativa seguita dalla Corte in tale ultima pronuncia, tale esclusione risale alla necessità e urgenza dell'art. 77 Cost. e in via residuale "ad esigenze di buona tecnica normativa"[50]. Malgrado la menzione, la Corte costituzionale non dice esplicitamente se il criterio della omogeneità integra un vincolo costituzionale a presidio della buona scrittura delle leggi, lasciando così sul punto un'aura di indeterminatezza[51].

La situazione non cambia nelle pronunce successive (spec. 32/2014). Pur ribadendo che il rispetto della omogeneità ha una genesi nelle regole sulla "tecnica normativa", come testimoniato anche dal lavoro del Comitato per la legislazione, i giudici costituzionali si mantengono *timorosi* circa la apertura del

[49] Sulla casistica dei rilievi sulla qualità della legislazione svolti dai Presidenti della Repubblica in sede di promulgazione si v. E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, cit., p 155 ss. Sul tema si v. anche le riflessioni svolte da P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per tre: prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *Rivista AIC*, 2, 2011.

[50] Su tale punto si v. Corte. cost., sent. 22/2012, 4.2 del cons. in dir.

[51] Così R. IBRIDO, *Questioni vecchie e nuove in materia di emendabilità del decreto-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, p. 24. Anche E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, cit., p. 166 fa notare che si tratti di menzioni "di sponda" delle regole di tecnica legislativa.

sindacato sulla violazione delle norme sul procedimento legislativo alla qualità della legislazione[52].

L'altro terreno di precarizzazione delle fonti dove la Corte costituzionale ha avuto modo di intervenire indicando profili che riguardano la qualità della normazione attiene al circuito della delega[53]. Già in un precedente del 1997 la Corte aveva espresso critiche circa la modalità di redazione dei principi e criteri direttivi di una legge delega di cui il giudice remittente ipotizzava la violazione da parte del decreto delegato. Di lì i giudici costituzionali avevano auspicato "che il legislatore ove conferisca deleghe ampie di questo tipo, adotti, per quanto riguarda il ricorso alla sanzione penale, al cui proposito è opportuno il massimo di chiarezza e di certezza, criteri configurati in modo più preciso[54]". Come sappiamo parte di questa giurisprudenza è stata usata anche dal Comitato per la legislazione per le valutazioni sugli schemi di decreti legislativi[55].

Sul tema della delega appare molto interessante quanto rilevato in dottrina circa la "sommatoria" di due atteggiamenti di *self restraint* della Corte[56]: da un lato, la ritrosia a sindacare alcuni vizi relativi alla procedura della delega e, dall'altro, la resistenza a sindacare gli effetti deleteri che possono derivare dalla violazione della qualità della legislazione qualora tale violazione non "ridondi" in un vizio di altri parametri costituzionali[57]. Come fa rilevare la dottrina citata, si potrebbe immaginare sul punto un diverso ruolo della Corte costituzionale[58]. Nel caso in cui siano usati proprio per sistemare una legislazione che si è eccessivamente sfilacciata, che quindi abbia perduto anche quelle caratteristiche di garanzia della certezza a cui si riferisce la qualità della legislazione, i decreti legislativi potrebbero essere sindacati dalla Consulta proprio per mancato raggiungimento degli obiettivi di "coerenza sistematica" ai quali lo strumento del riordino mediante la delega si riferisce[59].

[52] A. SIMONCINI, E. LONGO, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, p. 9 ss.

[53] In generale sul punto del rapporto tra qualità della normazione e decreti legislativi si v. F. DAL CANTO, *Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica. Atti normativi del Governo e qualità della normazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016.

[54] Cfr. Corte cost. sent. n. 53/1997. Sulla medesima linea si muoveva la sent. n. 49/1999.

[55] Su cui si v. G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa e l'attività consultiva del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, Focus fonti 3, 2017, p. 24 ss.

[56] Il tema è acutamente affrontato da G. MOBILIO, *I più recenti tentativi di "sistemazione" tramite delega legislativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, p. 44.

[57] Su tale punto si v. R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi (Nota a Corte cost. 12 giugno 2007, n.182)*, cit., 1423-1424.

[58] G. MOBILIO, *I più recenti tentativi di "sistemazione" tramite delega legislativa*, cit., p. 45.

[59] Il ragionamento sfrutta un passaggio della sent. n. 70/2013 nel quale la Corte offre una notevole apertura verso la censura dei casi di esercizio "manifestamente irrazionali della discrezionalità legislativa". Si v. sul punto le considerazioni di M. PICCHI, *Tecniche normative e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione: dalla Corte costituzionale un nuovo impulso per preservare la certezza*

Le regole sulla tecnica normativa sono in controluce in un altro importantissimo caso nel quale la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare la precarizzazione delle procedure relative alla approvazione della legge di bilancio. L'ordinanza n. 17/2019 ha dichiarato la inammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato da alcuni senatori appartenenti al gruppo parlamentare del Partito democratico, i quali lamentavano la violazione dei diritti delle minoranze nella procedura di approvazione della legge di bilancio per il 2019[60].

Nella pronuncia, pur non riferendosi esplicitamente al tema della tecnica legislativa o alla qualità della legislazione, la Corte costituzionale lascia intendere che le violazioni procedurali più sostanziose – quali quelle allora in uso legate alla prassi dei maxi-emendamenti – incidono negativamente sulla qualità del prodotto normativo, specie quando l'istruttoria viene sacrificata a favore di accordi politici o, come è accaduto, per garantire il rispetto della interlocuzione con la Commissione europea sul contenuto della legge di bilancio[61].

Malgrado l'occasione non abbia indotto la Corte a sfruttare a pieno l'occasione, il ricorso di una minoranza appare una delle strade potenzialmente più utili per far valere le norme sulla qualità della regolazione. Un tipo di ricorso come questo – specie se valorizzato appositamente attraverso un'apposita riforma – potrebbe rappresentare, come già sottolineato, un buon deterrente per gli organi legislativi al fine di razionalizzare le scelte legislative in via preventiva[62].

3. Rilievo costituzionale della tecnica legislativa e sindacato sulla qualità delle leggi

Si è visto come l'esigenza di leggi tecnicamente corrette non è facilmente affrontabile con le armi proprie della giustizia costituzionale[63]. Anche a prescindere da tale considerazione, sembra chiaro che, in ragione del nostro modello di sindacato di costituzionalità, la Corte costituzionale potrebbe svolgere solo un controllo di carattere puntuale ed episodico sul rispetto dei canoni di buona normazione[64]. Si è visto tuttavia che anche se strutturati secondo rilievi

del diritto (osservazioni a margine della sentenza n. 70/2013), in *Federalismi.it*, 21, 2013 e di D. PARIS, *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, cit..

[60] Per un approfondimento della vicenda si v. lo speciale al n. 2/2019 di questa *Rivista*.

[61] Si v. sul punto quanto scrive L. DI MAJO, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (a partire da violazioni di «prerogative» e «diritti» dei Parlamentari). Nota ad ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 5, 2019.

[62] F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, cit., p. 94.

[63] Come rileva R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi (Nota a Corte cost. 12 giugno 2007, n.182)*, cit., 1425.

[64] F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, cit., p. 87.

puntuali, i richiami alla tecnica legislative hanno solo un effetto persuasivo "esterno" nei confronti del legislatore e dei giudici[65].
Nonostante siano questi i termini della situazione, non sono mancati in dottrina tentativi di dimostrare il valore parametrico delle tecniche normative. È stato proposto di ritenere illegittime, perché "oscure", disposizioni rispetto alle quali "non è possibile argomentare l'estrazione di una norma vincolante" assumendo che certe disposizioni costituzionali presuppongono la conoscibilità e conoscenza delle norme (artt. 13, 15, 54, 73 Cost.) o che altre stabiliscono una procedura sulla approvazione delle leggi che si riferisce anche al testo delle leggi (art. 72 Cost.)[66]. Da altre parti si è cercato di trarre i principi sulla qualità dal principio di ragionevolezza[67]. Per altre vie si è tentato di considerare la qualità – partendo dalla esperienza del diritto penale ma non limitandosi ad essa – come una "implicazione necessaria del sistema, individuando in essa un obiettivo costituzionalmente rilevante affinché altri principi e regole di diretta ed incontestabile portata parametrica siano tenuti presenti nella produzione legislativa" [68].
Il tema legato al parametro è centrale per la vicenda in questione. Non solo per ciò che concerne i principi costituzionali da utilizzare. La maggior parte delle regole sulla produzione delle norme è contenuta in fonti di rango primario, siano esse atti con forza di legge o regolamenti parlamentari. Al momento non è possibile utilizzare tali norme per integrare il parametro di costituzionalità, ma è chiaro che se si vuole rendere più efficace il sindacato della Corte costituzionale sulla qualità della legislazione occorre ripensare il posto di queste fonti per dotare la tecnica legislativa di un diverso "respiro costituzionale"[69].
Oltre al parametro, occorrerebbe poi capire in cosa consiste il giudizio sui vizi di redazione delle leggi e della loro "oscurità" attraverso l'attività interpretativa

[65] G.L. CONTI, *Il drafting nelle pronunce della Corte costituzionale: Does it sound good?*, in *Osservatorio sulle fonti 2007*, cit., p. 73.

[66] Si v. per tale tesi M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, cit., p. 118 ss.

[67] Le tecniche della ragionevolezza vengono indicate come uno dei validi modi per compensare la mancanza di un preciso parametro da A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale (atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000)*, cit., p. 858 ss. Sul punto v. anche F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, cit., p. 88-89.

[68] P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, cit.

[69] Tale provocazione pesca nel noto dibattito sul contenuto materialmente costituzionale delle di alcune fonti di rango primario, come appunto la legge n. 400/1988. Sul tema è nota la posizione di A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, II ed., Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, p. 123 circa la natura "sovraordinata" di certi corpi normativi.

della Corte costituzionale. Anzitutto, come è stato segnalato[70], bisognerebbe distinguere tra quei casi nei quali il testo delle leggi è "assolutamente incomprensibile" e gli altri nei quali o si può verificare il caso di una mera "oscurità" per mancanza di chiarezza o genericità ovvero il caso di un testo "contraddittorio" pur se comprensibile[71]. Su questo piano la giurisprudenza dovrebbe fare tesoro delle regole di buona redazione delle leggi inserite anche in atti non normativi, come appunto le circolari per la formulazione tecnica dei testi legislativi. Di questa esigenza la Corte costituzionale ha mostrato una certa sensibilità in rarissime occasioni, come nella sentenza n. 13/2012 che richiama le *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi* della Camera e del Senato[72]. Su questo piano è immaginabile che la Corte in futuro possa intervenire di nuovo. Tuttavia manca un solido appiglio soprattutto, sul piano della riflessione sul valore di tali "regole e raccomandazioni" all'interno del giudizio di costituzionalità, che possa aiutare sul versante della costruzione di un parametro per i giudici costituzionali. A questo riguardo ci sentiamo di azzardare una ipotesi che potrebbe pescare nella prassi degli stessi organi costituzionali coinvolti a presidio della qualità della legislazione. Le regole della qualità legislativa, infatti, sono garantite tanto dal Parlamento e dal Governo, quanto – come si è richiamato sopra – dal Presidente della Repubblica in funzione di garanzia. Nell'esprimere il ruolo di tali regole è chiaro che gli organi costituzionali citati si riferiscono – seppure implicitamente – a regole costituzionali non scritte che vengono tratte anche da una interpretazione sistematica di altre previsioni costituzionali. In tale senso la Corte potrebbe intervenire a trovare nuovi parametri da utilizzare per sindacare l'uso delle tecniche legislative combinando fattori diversi: principi costituzionali non scritti, norme costituzionali contenenti fonti sulla produzione e fonti integrative del testo[73]. Tale operazione potrebbe finire per configurare una "consuetudine costituzionale" nata per via interpretativa e potrebbe aiutare anche nella individuazione di una

[70] S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali: il punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina, il 14 dicembre 2006*, cit., p. 224 ss.

[71] Un ulteriore ostacolo rilevante riguarda le strettoie del giudizio in via incidentale e l'oggetto del giudizio incidentale che riguarda norme e non disposizioni. Su tali aspetti si v. A. D'ALOIA, P. MAZZINA, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno ad una questione aperta*, in *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale (atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000)*, cit., p. 855.

[72] Corte cost., sent. n. 12/2013, 5.3 cons. in dir.

[73] Sull'uso delle consuetudini costituzionali nel giudizio di costituzionalità si v. A. SIMONCINI, *Alcune considerazioni su consuetudini e convenzioni costituzionali come parametro del giudizio della Corte*, in *Il parametro nel giudizio di costituzionalità. Atti del Seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*, a cura di G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE, Giappichelli, Torino, 1999, p. 76 ss.

tecnica decisionale ritenuta idonea per eliminare i vizi di costituzionalità rilevati[74].

4. Spunti conclusivi

Questo scritto è partito sottolineando che il controllo sulla qualità della legislazione da parte della Corte costituzionale avrebbe una efficacia determinante per migliorare tanto la scrittura delle leggi quanto la loro effettività.

Gli esempi e i profili teorici selezionati hanno mirato a evidenziare che esistono non solo difficoltà legate alla mancanza di un parametro costituzionale ma anche problemi sostanziali, connessi al ruolo della Corte costituzionale nel contesto costituzionale e politico italiano, che impediscono un controllo degli atti normativi relativamente al profilo delle tecniche legislative. Negli ultimi anni la Corte costituzionale ha allargato molto lo spettro dei suoi poteri verso la soluzione di questioni sollevate anche su vizi formali delle norme primarie, ma molto ancora ci sarebbe da fare per arrivare a individuare l'esercizio di poteri che possano sindacare con efficacia il mancato rispetto dei principi e criteri che garantiscono il rispetto della qualità della legislazione.

Benché sarebbe utile una riforma complessiva che affidi alla Corte poteri più stringenti e che quindi consentano di chiarire quali tipi di pronunce possano essere utilizzate a tal fine, si può immaginare che già con i poteri attuali vi sono margini ulteriori da poter sfruttare. Il contributo alla migliore qualità della legislazione deve necessariamente passare per la via del sempre maggiore dialogo con il legislatore, tanto quando la Corte affronta questioni rilevanti connesse alla formazione delle leggi e alla struttura delle fonti normative quanto nei casi in cui i giudici costituzionali attraverso il linguaggio[75] o la capacità "pedagogica"[76] delle loro stesse pronunce si rivolgono al legislatore per attribuire alle leggi quel carattere di coerenza e razionalità rispetto ai fini che purtroppo nei tempi recenti il Parlamento difficilmente riesce a imprimere nelle leggi[77]. In tali casi i giudici costituzionali offrono un punto di vista che non è solo connesso alla forma ma spesso riguarda la tutela costituzionale effettiva dei diritti fondamentali e dei principi generali dell'ordinamento.

[74] R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi e tecnica legislativa: un giudizio senza parametro?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Tomo III, Jovene, Napoli, 2008, p. 1748.

[75] Come sottolinea G.L. CONTI, *Il drafting nelle pronunce della Corte costituzionale: Does it sound good?*, in *Osservatorio sulle fonti 2007*, cit., p. 76 ss.

[76] Cfr. G.M. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, cit., p. 1069.

[77] In tale senso M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella' giurisdizionale'. Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa 15 dicembre 2016)*, cit., p. 84.

Non va dimenticato, infatti, che la qualità delle regole in senso sostanziale è un elemento basilare della democraticità di un ordinamento[78], un argine ai fenomeni corruttivi o comunque degenerativi sociali e, non ultimo, un mezzo per garantire il funzionamento delle moderne economie di mercato[79].

[78] B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi: molte, oscure, complicate*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 64 ss.

[79] U. MORERA, N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2013, p. 385.

LE RAGIONI DI NUOVE ISTRUZIONI E RACCOMANDAZIONI SULLA QUALITÀ DELLA REGOLAZIONE: UNA RINNOVATA ATTENZIONE PER IL *DRAFTING* SOSTANZIALE

CARLO DEODATO *

Sommario

1. Premessa. 2. La necessità di nuove raccomandazioni per il *drafting* sostanziale. 3. L'"abuso della legge" e la necessità di definire i canoni di una legislazione necessaria, ordinata e coerente. 4. La programmazione dell'attività normativa del Governo e il ciclo della regolazione. 5. Il fenomeno dell'abuso delle deroghe e delle proroghe. 6. La verifica postuma dell'efficacia dell'intervento. 7. Le esigenze di aggiornamento attinenti al *drafting* formale: la necessità di una specifica formazione del personale addetto agli uffici legislativi. 8. La chiarezza delle norme nei rapporti tra disposizioni e la (discussa) tecnica della novella. 9. La necessità di un *corpus* unico di regole in materia di istruttoria e redazione degli atti normativi. 10. Conclusioni: il ruolo della politica.

Abstract

Twenty years after the adoption of the guidelines on legislative drafting, issued in 2001 by circulars of the Presidents of the Chambers and of the President of the Council of Ministers, the update of legislative drafting rules cannot be further postponed. New technical guidelines should be provided not only for the formulation of legislative and regulatory drafts (formal drafting), but also for strengthening tools and procedures aimed at improving the quality and the effectiveness of regulation for citizens (substantive drafting). The essay critically analyses consequences of badly designed laws and highlights areas of legislative production that should receive further attention and guidance. The importance of a wider reform of rules on drafting and regulatory procedures is emphasised by a recent initiative of the Department of Legal and Legislative Affairs (DAGL) of the Presidency of the Council of ministers for updating, that aims to amend and consolidate into one only document all the guidelines on legislative production. Finally, it is stressed that the challenge ahead is to develop a new approach to regulation by policy makers, based on cyclical steps of legislative production (formulation, adoption, implementation and evaluation), in order to contribute to higher quality laws and regulations.

Suggerimento di citazione

C. DEODATO, *Le ragioni di nuove istruzioni e raccomandazioni sulla qualità della regolazione: una rinnovata attenzione per il* drafting *sostanziale,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Presidente di sezione del Consiglio di Stato e Capo del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Contatto: c.deodato@governo.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

La disciplina delle tecniche di scrittura delle leggi (legistica o *drafting*) è rimasta finora affidata (oltreché a studi di carattere scientifico e dottrinale) ad atti di indirizzo, manuali o direttive imputabili ad ogni livello di governo (regionale, nazionale e sovranazionale) legittimato alla produzione normativa[1].

Si tratta, infatti, di un ambito che non si presta a regole giuridiche cogenti, esigibili e sanzionabili (perlomeno per quanto attiene al *drafting* formale) e che tollera più appropriate raccomandazioni e istruzioni redazionali.

Nondimeno, l'istanza di assicurare l'ossequio a canoni di scrittura omogenei (perlomeno nel medesimo testo legislativo) è, da sempre, apparsa indefettibile, al fine di garantire adeguati standard di coerenza, chiarezza e precisione delle norme[2].

Residuano, tuttavia, ambiti (meglio individuati *infra*) nei quali è utile che la responsabilità della selezione della tecnica redazione preferibile resti rimessa al prudente apprezzamento del *drafter* (ancorché guidato, nella scelta, da istruzioni generali), in relazione alla costruzione della disposizione considerata nel singolo caso.

Considerazioni peculiari merita, peraltro, il *drafting* sostanziale.

Se, infatti, è vero che, in quest'ambito, sono state introdotte precise regole giuridiche sull'AIR, la VIR e la programmazione dell'attività normativa del Governo[3], è anche vero che, al di fuori dei suddetti profili, la fase della progettazione dell'intervento deve intendersi riservata a valutazioni non sanzionabili giuridicamente e necessariamente rimesse ad apprezzamenti discrezionali.

Nonostante la fase della progettazione delle leggi non tolleri vincoli giuridici sul merito delle scelte e sulle tecniche di redazione delle norme, il *drafter* resta, in ogni caso, assoggettato ai parametri generali che presidiano la corretta costruzione di disposizioni legislative.

Sia nel momento della ideazione del progetto normativo, sia in quello della sua redazione, il decisore (prima) e il *drafter* (poi) dovranno, infatti, obbedire ai paradigmi dell'efficacia e dell'effettività della legge e, cioè, dovranno

[1] Per una rassegna complessiva della disciplina della legistica, cfr. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi,* Giuffré, Milano, 2004 e E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

[2] Si veda G. PASTORE, Il valore delle regole di tecnica legislativa nel discorso del legislatore, in *Tigor. Rivista di scienze della Comunicazione*, I, 2009.

[3] La disciplina concernente l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), la verifica di impatto della regolamentazione (VIR) e le consultazioni è contenuta nel regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169.

rispettare i canoni di capacità della norma di produrre i risultati attesi e di adeguatezza rispetto agli obiettivi dell'intervento[4].

Per quanto non previsto dal Regolamento AIR[5], anche questo segmento di attività andrà orientato e guidato con raccomandazioni e istruzioni finalizzate a veicolare le scelte più funzionali ad assicurare l'efficienza delle norme.

Le anzidette esigenze sono state (in larga misura) soddisfatte con le Circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2001[6], nelle quali sono state sistematicamente cristallizzate regole e raccomandazioni sulla corretta scrittura delle norme.

L'esigenza di una revisione delle istruzioni di *drafting*, contenute nelle Circolari adottate ormai vent'anni fa, appare, tuttavia, per molti versi, non più eludibile.

E non solo per la necessità di aggiornare le regole del *drafting* formale, al fine di colmare alcune lacune e di migliorare i canoni di scrittura delle norme funzionali ad istanze di intellegibilità e di chiarezza delle disposizioni, ma, (e, forse, soprattutto), anche allo scopo di integrare e affinare le indicazioni attinenti al *drafting* sostanziale.

Il presente studio sarà dedicato a illustrare, per linee generali, le principali esigenze di revisione delle Circolari vigenti (senza trascurare, peraltro, le istanze di aggiornamento della Direttiva del 2009 sull'istruttoria degli atti normativi del Governo[7]), per come emerse nell'esperienza acquisita dal DAGL negli ultimi anni.

Le istanze di adeguamento saranno, inoltre, ricavate dal confronto delle Circolari del 2001[8] con le diverse raccomandazioni OCSE[9], con il Manuale

[4] Sul punto si veda H. XANTHAKI, *Drafting Legislation. Art and Technology of Rules for Regulation,* Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2014, 10 ss.

[5] Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169, "*Regolamento recante disciplina sull'analisi di impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione*".

[6] Si tratta delle Circolari, di identico contenuto, del Presidente del Senato, del Presidente della Camera e del Presidente del Consiglio dei ministri, del 20 aprile 2001, sulle *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*; nonché della Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92, recante la *Guida alla redazione dei testi normativi*, pubblicata in G.U., supp. ord., n. 101, del 3 maggio 2001, elaborata dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi in esecuzione della predetta Circolare 20 aprile 2001, n. 1.1.26/10888/9.92 del Presidente del Consiglio dei ministri, pubblicata in G.U. n. 97 del 27 aprile 2001.

[7] Direttiva 26 febbraio 2009, recante *Istruttoria degli atti normativi del Governo*, pubblicata in G.U., suppl. ord., n. 82 dell'8 aprile 2009.

[8] Si veda la nota 6.

[9] In particolare, la raccomandazione del Consiglio sul miglioramento della qualità della regolamentazione governativa (1995); *APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform* (2005); *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance* (2005); la raccomandazione del Consiglio sulla politica e la *governance* della regolazione (2012); il *Regulatory Policy Outlook* (2015); la raccomandazione del Consiglio per una *governance* normativa agile per guidare l'innovazione (2021).

dell'Osservatorio legislativo interregionale[10], con la Guida pratica comune relativa alla legislazione dell'Unione europea[11], con gli orientamenti del Comitato per la legislazione[12] e con i contributi degli studiosi della legistica (senza trascurare, ovviamente, la giurisprudenza della Corte costituzionale[13]).

Il contributo resterà, quindi, circoscritto all'analisi delle più evidenti ragioni del *deficit* di qualità della legislazione e alla formulazione di alcune opzioni di correzione, da affidare a una nuova direttiva[14].

Rimarrà, di conseguenza, estranea al perimetro delle riflessioni che seguono una disamina profonda ed esauriente delle molteplici questioni tecniche afferenti in senso stretto alla disciplina e alla dottrina della legistica.

2. La necessità di nuove raccomandazioni per il *drafting* sostanziale

Nella dialettica tra *drafting* formale e *drafting* sostanziale[15], e, cioè, tra le istanze connesse a una scrittura corretta della norma e quelle pertinenti alla scrittura di una norma utile, efficace e capace di soddisfare, nel modo migliore, le esigenze regolative che hanno determinato l'intervento, appaiono, da ultimo, prevalenti le seconde.

Se è vero, infatti, che una norma coerente con i canoni formali ormai codificati dovrebbe veicolare un significato chiaro del precetto ed evitare aporie, antinomie e dubbi esegetici, è anche vero che una norma ben scritta, ma inefficace o inutile, finisce solo per aggravare lo stock della legislazione e accrescere l'inflazione normativa.

[10] Si fa riferimento alla terza edizione del Manuale concernente "Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi", approvato dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee delle regioni e delle province autonome nel dicembre 2007.

[11] Commissione europea, Servizio giuridico, *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*, Ufficio delle pubblicazioni, 2016.

[12] In proposito, oltre ai pareri resi dal Comitato per la legislazione nell'esercizio della propria attività consultiva presso la Camera dei deputati, è utile fare rinvio ai "Rapporti sull'attività del Comitato per la legislazione", redatti al termine di ciascun turno di Presidenza del Comitato, i quali generalmente riportano in Appendice i pareri resi dal Comitato nel turno di Presidenza ovvero delle schede analitiche che offrono una lettura circostanziata dei pareri espressi.

[13] Sull'omogeneità dei decreti-legge si ricordano, *ex multis*, le sentenze nn. 115 del 2020, 247 del 2019, 169 del 2017, 251 e 32 del 2014, 22 del 2012 e, in materia di reviviscenza, le pronunce nn. 255 del 2019 e 13 del 2012.

[14] Sul tema ampio della qualità e delle caratteristiche della produzione normative del Governo si veda N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, il Mulino, Bologna, 2003 e B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi: Molte, oscure, complicate*, il Mulino, Bologna, 2011.

[15] Sulla distinzione dei due concetti cfr. E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, cit., 24 nonché F. FOSCHINI, *Brevi cenni di riflessione sul drafting formale e sul drafting sostanziale. Analisi di due facce della stessa medaglia*, in *Tigor. Rivista di Scienze della Comunicazione*, I, 2013, 109.

L'aggiornamento delle circolari del 2001 non potrà, quindi, prescindere da una rinnovata attenzione per il *drafting* sostanziale e, in particolare, per il momento della progettazione dell'intervento normativo.

La legislazione degli ultimi due anni, peraltro, è stata afflitta dalle esigenze, convulse e disordinate, di fronteggiare le crisi sanitaria ed economica (e, negli ultimi giorni, anche energetica), con la conseguenza di un aggravamento del fenomeno della ipertrofia regolatoria (fatta salva, ovviamente, la decretazione d'urgenza assistita dalle condizioni costituzionali).

Appare, quindi, ancora più necessario, adesso, ribadire le regole di un corretto concepimento dell'intervento normativo, al fine di evitare che la prassi della soluzione di inedite emergenze con l'introduzione di nuove norme si stabilizzi o degeneri (mediante un approccio strutturale alla risoluzione in via legislativa di qualsivoglia problema), contribuendo così a peggiorare le cattive abitudini della iper-regolazione.

Il processo di "bonifica" dell'inquinamento normativo, già virtuosamente intrapreso con determinazione con gli interventi di delegificazione e di codificazione, dev'essere, quindi, proseguito e rafforzato[16].

E non solo con l'affinamento delle istruzioni finalizzate a ridurre il numero di nuovi interventi legislativi e ad evitare l'introduzione di disposizioni inutili, confuse, sovrabbondanti, male istruite o sproporzionate, ma anche con la diramazione di nuove indicazioni funzionali a ricondurre l'attività legislativa entro i confini ordinari, favorendo la presentazione di disegni di legge e riconducendo la decretazione d'urgenza nel suo alveo costituzionale.

Sarà, quindi, necessario dedicare un'attenzione particolare al momento della ideazione dell'intervento.

La progettazione di un provvedimento rappresenta, infatti, la fase genetica del processo normativo: quella in cui l'Amministrazione che assume l'iniziativa è chiamata a ideare l'intervento e a selezionare la soluzione più efficace rispetto alle specifiche istanze di regolazione rilevate.

Tale fase costituisce, quindi, un momento cruciale nell'ambito dell'attività di regolazione: una corretta progettazione normativa consente, infatti, all'Amministrazione di pervenire a una scelta qualitativamente ponderata, favorendo in tal modo lo svolgimento di una adeguata istruttoria e l'efficace e tempestivo impiego degli strumenti finalizzati a garantire una buona qualità della regolazione.

In particolare, l'ideazione e la progettazione dell'intervento non devono trascurare l'acquisizione di tutte le informazioni necessarie a fondare un'analisi d'impatto attendibile, che consegni, cioè, per un verso,

[16] Recentemente sul punto si veda L. CARBONE, *Quali rimedi per l'inflazione legislativa. Abrogazioni e codificazioni in Italia,* disponibile all'indirizzo: https://www.giustizia-amministrativa.it/.

all'Amministrazione dati affidabili circa i risultati attesi dall'applicazione dell'intervento proposto e che eviti, per un altro, l'adozione di provvedimenti normativi di difficile attuazione o del tutto inidonei a raggiungere, in concreto, gli obiettivi perseguiti ovvero, peggio ancora, capaci di produrre risultati opposti a quelli voluti (secondo la perversa dinamica dell'eterogenesi dei fini).

È, dunque, necessario intervenire su questa fase con regole e indicazioni che servano a concepire un intervento effettivamente coerente con le esigenze regolatorie registrate, senza escludere, ovviamente, l'opzione di non intervento, e indirizzando le Amministrazioni verso la costruzione di una proposta adeguatamente istruita, efficace, coerente con il segmento ordinamentale nel quale si inserisce, conforme all'articolazione costituzionale ed europea del sistema delle fonti e proporzionata allo scopo che si intende perseguire.

3. L' "abuso della legge" e la necessità di definire i canoni di una legislazione necessaria, ordinata e coerente

L'esigenza di revisione delle circolari sul *drafting* non si esaurisce, tuttavia, con l'indicazione di istruzioni più puntali e mirate alla fase del concepimento dell'intervento normativo, ma comprende anche la necessità di precisare meglio gli ambiti della legislazione di rango primario, di ridurre il fenomeno del rinvio a provvedimenti attuativi secondari, di scoraggiare e limitare interventi asistematici, di favorire l'utilizzo degli strumenti ordinari di esercizio dell'iniziativa normativa del Governo, riconducendo, ove possibile, la decretazione d'urgenza entro i più appropriati confini costituzionali[17].

Si è potuto registrare, in particolare, negli ultimi anni un "abuso della legge" e, cioè, un eccessivo e inappropriato ricorso alla fonte legislativa anche per la formalizzazione di regole, istruzioni o indirizzi che potrebbero, più correttamente, essere adottati con fonti di rango secondario o, spesso, in via amministrativa.

Ancorchè risulti velleitaria e non praticabile la codificazione delle fattispecie che devono essere regolate con legge (oltre, ovviamente, al catalogo delle materie coperte da riserva di legge), appare, nondimeno, utile raccomandare alle Amministrazioni di verificare, prima di proporre un intervento legislativo, se l'esigenza regolatoria non possa essere parimenti soddisfatta (sempre in ossequio al principio di legalità, ovviamente) con atti normativi di livello secondario, con strumenti di regolazione flessibile o con atti amministrativi generali (quali direttive o circolari).

[17] Sulla *precarizzazione* delle fonti primarie, cfr. E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione,* Giappichelli, Torino, 2017.

Allo stesso modo, la legislazione dovrebbe restare circoscritta alle sole norme che producono effetti giuridici, evitando, quindi, l'approvazione di "disposizioni" meramente programmatiche o enunciative di principi, che, pur conservando, un chiaro significato politico, restano del tutto sprovviste di "capacità" di innovazione dell'ordinamento giuridico.

Un'attenta analisi di tali profili contribuirebbe ad alleggerire il carico della normazione primaria e a ricondurla entro il più appropriato perimetro della legislazione necessaria, limitando, in ultima analisi, o eliminando il fenomeno dell'inflazione legislativa.

Là dove la predetta verifica imponesse l'adozione di un atto normativo di rango primario (ad esempio per gli interventi che costituiscono diritti od obbligazioni dei consociati), le Amministrazioni dovrebbero, in ogni caso, impegnarsi a costruire norme di legge autoapplicative, limitando ai casi strettamente necessari il rinvio a provvedimenti attuativi (il cui abuso ha determinato, negli anni, l'aggravamento dello stock di norme rimaste inattuate e che il Governo Draghi sta efficacemente tentando di ridurre con un rinnovato e determinato impulso[18]).

Si dovranno, in particolare, indirizzare alle Amministrazioni istruzioni finalizzate a catalogare (per quanto possibile) le situazioni che ammettono il rinvio ad atti applicativi secondari, rammentando, inoltre, che l'attuazione di disposizioni legislative, quando non esige l'introduzione di una normazione secondaria, può restare affidata ad atti amministrativi generali di indirizzo, senza la necessità di menzionarne in legge termini e tipologia.

Laddove non fosse possibile esaurire la disciplina normativa nella fonte primaria, si dovrà assicurare, al fine di rendere meno incerta l'adozione degli atti di secondo livello, che, nella disposizione legislativa autorizzatoria, restino definiti, con adeguata precisione, ambito, criteri e procedura del provvedimento attuativo.

L'esperienza consegna e fonda, infatti, il convincimento che una delle principali cause delle inadempienze ai doveri di adozione di atti secondari consiste nella indeterminatezza e nella genericità dell'oggetto del provvedimento o dei criteri che ne devono guidare l'adozione (che produce, a sua volta, evidenti difficoltà di esegesi del perimetro della "delega").

[18] Le leggi "non autoapplicative" demandano ad altri provvedimenti normativi di rango secondario la loro completa attuazione e impongono ad altri soggetti istituzionali, generalmente le pubbliche amministrazioni centrali dello Stato, di attivarsi per la loro adozione. Da qui prende avvio l'attività di monitoraggio svolta dall'Ufficio per il programma di Governo della Presidenza del Consiglio dei ministri, che segue il processo di adozione dei provvedimenti previsti dalle singole leggi in raccordo con le amministrazioni interessate. L'attività di monitoraggio è svolta attraverso il sistema informativo "Monitor" e gli esiti di tale attività sono periodicamente pubblicati sul sito istituzionale dell'Ufficio per il programma di Governo.

Non solo, ma, al fine di rendere meno farraginoso e più spedito l'iter degli atti secondari, si dovrà garantire l'applicazione, in sede di acquisizione dei concerti (la cui previsione andrà, in ogni caso, circoscritta alle sole ipotesi di effettivo coinvolgimento di funzioni attribuite ad altre Amministrazioni), del meccanismo del silenzio assenso, esteso ai procedimenti diretti all'emanazione di atti normativi in virtù dell'esplicito riferimento contenuto nell'articolo 17-*bis* della legge n. 241 del 1990[19] (rafforzato peraltro dalla previsione dell'art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990[20], per il quale i pareri e i concerti resi successivamente alla formazione del silenzio assenso restano inefficaci).

La nuova direttiva dovrà, inoltre, raccomandare alle Amministrazioni di preferire la via del riordino e del riassetto della normativa vigente, evitando interventi eccentrici, asistematici e non coordinati con i corpi normativi di settore.

Nella medesima prospettiva, dovrà essere ribadita l'istruzione di risolvere, con le nuove disposizioni proposte, tutte le esigenze di coordinamento con la normativa vigente, evitando sovrapposizioni disordinate di discipline e, in particolare, incertezze e dubbi esegetici sulle abrogazioni delle disposizioni vigenti che regolano la medesima fattispecie.

Vanno, in particolare, evitate, mediante un uso scrupoloso e puntuale del metodo dell'abrogazione espressa, antinomie o incompatibilità che finiscono per recare incertezze interpretative (affidate ad esegesi complesse e dagli esiti imprevedibili) sulla sopravvivenza dell'efficacia delle disposizioni più vecchie.

Da ultimo, la revisione della direttiva sull'attività normativa del Governo non potrà non farsi carico del problema dell'uso, divenuto ormai ordinario, del decreto-legge come strumento principale dell'attività normativa del Governo.

[19] L'articolo 17-*bis* è stato introdotto nella legge n. 241 del 1990 dall'articolo 3, comma 1, della legge 7 agosto 2015, n. 214, con la finalità di estendere ai rapporti orizzontali tra pubbliche amministrazioni il meccanismo del silenzio assenso già operante tra privati e pubbliche amministrazioni. In merito all'applicazione di tale istituto ai procedimenti per l'adozione di atti normativi, si fa rinvio al parere reso dal Consiglio di Stato, Commissione speciale, 13 luglio 2016, n. 1640.

[20] L'articolo 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990, introdotto dall'articolo 12, comma 1, lett. a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, così recita: « Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso, comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-*bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.».

Ancorché, negli ultimi tempi, l'uso della decretazione d'urgenza debba intendersi giustificato dalla straordinaria esigenza di fronteggiare tempestivamente crisi ed emergenze (sanitaria, economica, energetica), resta l'impressione e il timore che possa stabilizzarsi l'uso del decreto-legge quale strumento ordinario di legislazione.

Si tratta di un rischio che va, chiaramente, scongiurato (anche a garanzia delle prerogative costituzionali del Parlamento).

Sarà, quindi, necessario, non solo verificare in maniera scrupolosa e severa la ricorrenza dei presupposti costituzionali della decretazione d'urgenza, ivi compreso quello dell'omogeneità del perimetro della regolazione, ma anche restituire (contestualmente) efficacia alle procedure legislative di approvazione dei disegni di legge.

In questo senso, sarà necessario avviare una interlocuzione istituzionale con le Camere, al fine di condividere, mediante l'utilizzo nella loro massima latitudine degli spazi consentiti dai regolamenti parlamentari, percorsi accelerati e garantiti di esame e approvazione dei disegni di legge che risultino prioritari per l'attuazione del programma di Governo (riservando, ad esempio, ad essi apposite sessioni parlamentari)[21].

L'auspicio è che il Governo torni ad esercitare la sua iniziativa normativa mediante lo strumento ordinario dei disegni di legge e che riservi la decretazione d'urgenza alla regolazione delle situazioni che esigono, effettivamente, interventi necessitati e non differibili.

4. La programmazione dell'attività normativa del Governo e il ciclo della regolazione

Le esigenze di una normazione di qualità implicano la disponibilità di tempi tecnici adeguati a uno svolgimento ordinato delle analisi che devono precedere e supportare la progettazione dell'atto e che, nondimeno, rischiano di essere sacrificati in ragione dell'urgenza del provvedere e del carattere spesso estemporaneo dell'iniziativa (non sempre connessa ad esigenze contingenti e imprevedibili).

Lo strumento vigente più appropriato, per evitare o ridimensionare il fenomeno di una legislazione istintiva e improvvisata, è senz'altro quello della programmazione dell'attività normativa del Governo, introdotta dal regolamento in materia di analisi di impatto della regolamentazione (AIR), di

[21] In proposito, interessanti spunti di riflessione sono offerti da A. MALASCHINI-M. PANDOLFELLI, *Crisi della legislazione: riorganizzazione parziale del procedimento legislativo o codificazione ordinaria ex post?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile in: www.forumcostituzionale.it, 3, 2021, 181.

verifica di impatto della regolamentazione (VIR) e di consultazioni, di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169.

Si tratta di una innovazione funzionale proprio ad imporre alle Amministrazioni la redazione e la pubblicazione di un'agenda degli interventi programmati e, quindi, a consentire la progettazione degli atti, con le presupposte analisi, in tempi compatibili con le ineludibili istanze istruttorie, conoscitive e valutative che devono sorreggere proposte ordinate e informate[22].

La mancanza di una adeguata e strutturata programmazione, al contrario, determina una normazione (spesso) frettolosa ed estemporanea e non sufficientemente istruita, con la conseguente necessità di revisioni successive delle norme, anche a distanza ravvicinata, con aggravio del fenomeno del disordine e del caos normativo.

Al fine di scongiurare una normazione confusa e disorganica e di assicurare interventi normativi coerenti, ordinati e correlati alle priorità e agli obiettivi programmatici, l'articolo 4 del citato d.P.C.M. ha previsto che i Ministeri, entro il 30 giugno e il 31 dicembre di ogni anno, predispongano e trasmettano al DAGL una scheda analitica, denominata "programma normativo semestrale", che contiene l'elenco delle iniziative normative proposte per il semestre successivo, fatti salvi i casi di necessità e urgenza.

Nel programma normativo dovrebbero, inoltre, essere indicati l'ordine di priorità dei provvedimenti segnalati e, almeno in riferimento al primo mese, le tempistiche suggerite per il loro esame in sede di riunione preparatoria del Consiglio dei ministri.

Sulla base delle indicazioni fornite dalle amministrazioni e degli esiti dell'attività di monitoraggio delle deleghe legislative in scadenza, il DAGL elabora il programma normativo semestrale del Governo.

In concreto, tale strumento ha iniziato a trovare applicazione nella più recente esperienza di Governo.

Si tratta, adesso, di assicurarne il più coerente ed effettivo utilizzo, raccomandando, poi, alle Amministrazioni il rispetto dell'Agenda di Governo, al fine di garantire la disponibilità dei necessari tempi tecnici per la redazione di testi normativi, sin dalla fase della loro iniziale progettazione, conformi alle regole e alle raccomandazioni delle Circolari sul *drafting*.

Non solo, ma l'avvio di una periodica attività di programmazione offre l'occasione per superare una visione settoriale della produzione legislativa,

[22] Sulla necessità di una programmazione governativa stringente si veda G. RIVOSECCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, 1-2, 2019, 84.

spesso concentrata sul singolo intervento normativo e sulle presupposte contingenze[23].

Appare, invece, necessario promuovere un approccio sistematico alla normazione, da intendersi secondo l'innovativo paradigma del ciclo della regolazione.

Si tratta di un processo che consente una visione sistematica e organica del fenomeno regolatorio, nella misura in cui esige che il Legislatore dedichi un'attenzione costante nei confronti del provvedimento normativo, tanto sul piano formale quanto su quello sostanziale, in ogni fase del procedimento, dalla sua iniziale ideazione e progettazione fino alle successive fasi di adozione, attuazione, implementazione e verifica dei risultati prodotti.

Un approccio programmatico e ordinato all'attività normativa del Governo, già necessario in tempi ordinari, si dimostra, peraltro, ancora più ineludibile nell'attuale fase di attuazione del PNRR[24], che, per la sua struttura, esige il raggiungimento di obiettivi temporali indefettibili anche per l'approvazione di provvedimenti normativi[25].

5. Il fenomeno dell'abuso delle deroghe e delle proroghe

Un altro fenomeno disordinato che la nuova direttiva non potrà trascurare di considerare (e tentare di risolvere) è quello dell'abuso delle disposizioni

[23] Sulla necessità di valorizzare il DAGL quale "cabina di regia" e quindi centro di coordinamento dell'intero processo valutativo e programmatorio, si veda G. TARLI BARBIERI, *L'attività normativa del Governo*, in *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988, Atti del Convegno di Studi del 20 febbraio 2018, Roma, Università LUISS Guido Carli,* disponibile in: www.governo.it, 2020*,* 96.

[24] Si fa riferimento al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), approvato con decisione del Consiglio dell'Unione europea del 13 luglio 2020. Il Piano costituisce lo strumento per dare attuazione al programma europeo *Next Generation EU,* adottato dall'Unione europea per la ripresa post pandemia da Covid-19 e il rilancio dell'economia degli Stati membri attraverso riforme e investimenti per il periodo 2021-2026.

[25] La stretta correlazione che l'attività di programmazione presenta rispetto all'attuazione delle misure previste nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) assume rilevanza sotto una duplice dimensione. Per un verso, nell'ambito degli interventi di riforma previsti dal PNRR per il miglioramento dell'efficacia e della qualità della regolazione è stato riconosciuto rilievo prioritario alle misure relative "*alla programmazione delle iniziative normative del Governo, al fine di consentire una adeguata istruttoria degli interventi, anche mediante il ricorso alla consultazione*". Per altro verso, una sistematica ed efficace programmazione dell'attività di regolazione è funzionale ad un costante e attento monitoraggio degli atti normativi necessari all'attuazione delle misure previste dal PNRR e favorisce, al tempo stesso, la pianificazione di adeguati tempi istruttori da parte della Amministrazioni responsabili delle misure.

derogatorie[26] e di quelle di proroga[27] di norme che presentano un'efficacia temporale limitata.

Tale fenomeno, già ampiamente diffuso, si è aggravato (negli ultimi due anni) in ragione della gestione emergenziale delle crisi indotte dalla pandemia.

Le esigenze di amministrazione *extra ordinem* di importanti settori dell'ordinamento hanno prodotto, in particolare, la necessità di introdurre regimi derogatori e speciali per fronteggiare situazioni critiche.

Tali interventi, ancorché giustificati nelle fasi più acute dell'emergenza sanitaria, rischiano, adesso, di stabilizzarsi, mediante il consolidamento strutturale e diffuso di regimi speciali (anche per effetto della proroga dei relativi termini di scadenza).

Si tratta di un rischio che va scongiurato, per la sua capacità di alterare, in maniera incontrollata e disorganica, la tenuta dell'ordinamento, che tollera, sì, regimi derogatori, ma solo a condizione che siano effettivamente giustificati da circostanze eccezionali e, soprattutto, che restino limitati nel tempo.

L'introduzione, o il mantenimento, di discipline speciali postula, in altri termini, che il regime *extra ordinem* obbedisca ad esigenze straordinarie e contingenti.

Ove, invece, dovesse emergere che l'istanza di regolazione, ancorché geneticamente connessa all'esigenza di fronteggiare una situazione critica, non si limiti a rispondere ad una necessità contingente ma obbedisca a una necessità (stabile) di semplificazione o di miglioramento dell'azione amministrativa, le Amministrazioni proponenti dovranno valutare l'opportunità di sottoporre a revisione la legislazione vigente ordinaria, anziché introdurre disposizioni speciali[28].

In altri termini, dev'essere evitato il pericolo della stabilizzazione temporale di regimi speciali, con la permanenza (del tutto irragionevole), per un lasso di tempo indeterminato, di una disciplina ordinaria e di una disciplina

[26] La Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 2 maggio 2001, par. 3.2, specifica che «*la deroga interviene quando si prevede, con una nuova disposizione, una eccezione alla disposizione già in vigore sulla stessa materia. Qualora la deroga sia successivamente eliminata, la originaria disposizione riespande la sua efficacia*».

[27] La Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 2 maggio 2001, par. 3.4, specifica che «*la proroga di una norma interviene sui limiti temporali di applicazione di una disposizione ovvero quando i termini di vigenza della disposizione stessa non sono ancora scaduti; interviene, invece, il differimento quando i termini di vigenza della disposizione sono già scaduti*».

[28] Già nella Circolare del Presidente del Consiglio dei ministri Spadolini, del 22 gennaio 1982, in materia di coordinamento delle attività preparatorie alla iniziativa legislativa del Governo, si raccomandava: «(…) Nelle ipotesi comunque di periodiche reiterazioni di tali differimenti, è necessario riconsiderare realisticamente la normativa cui essi ineriscono, affidando a disegni di legge modificativi la revisione di assetti strutturali, amministrativi ed operativi rilevatisi inadeguati alla luce dell'esperienza o della vocazione delle amministrazioni responsabili».

speciale, senza che quest'ultima resti giustificata da situazioni contingenti e transitorie.

Rimane, ovviamente, ferma la regola generale, di *drafting* formale, secondo cui ogni disposizione derogatoria dev'essere costruita in modo da indicare in maniera univoca la disposizione legislativa derogata, l'oggetto della deroga e la scadenza temporale del regime speciale.

Un altro fenomeno da correggere è quello dell'abuso delle disposizioni di proroga di termini legislativi (che ha generato la prassi dei c.d. decreti legge milleproroghe).

Anche in questo caso, occorre raccomandare alle Amministrazioni, innanzitutto, di limitare le proposte di norme che presentano un orizzonte temporale di efficacia limitato alle sole disposizioni che obbediscono a esigenze regolative transitorie e, soprattutto, una volta introdotte, di contenere le proroghe alle sole situazioni eccezionali nelle quali le esigenze di intervento si protraggano in concreto oltre le previsioni e le valutazioni che hanno generato e giustificato l'intervento originario.

Si tratta di evitare il rischio (purtroppo non solo astratto) della permanenza nell'ordinamento di norme concepite con un'efficacia temporale limitata di un anno e che resistono per molti anni (anche più di dieci, in alcuni casi), tradendo, così, la loro struttura ontologica di disposizioni temporanee.

Si dovrà, quindi, prima di assentire ulteriori proroghe, compiere una necessaria verifica sulla effettiva persistenza delle esigenze contingenti che hanno determinato l'intervento.

All'esito di tale analisi, si dovranno valutare le seguenti tre opzioni: a) non prorogare la norma e lasciare, quindi, che esaurisca definitivamente i suoi effetti, ovviamente nell'ipotesi in cui risultino cessate le presupposte esigenze regolatorie; b) eliminare la scadenza temporale e stabilizzare la disposizione, quando dall'analisi emerga il carattere stabile e strutturale (e non più contingente) della necessità normativa; c) prorogare ulteriormente la norma, nei casi in cui persista la temporaneità dell'esigenza (ma a condizione che la presupposta analisi sia stata condotta con scrupolo e riveli il carattere effettivamente transitorio dell'esigenza di una normazione a tempo).

Seguendo tale metodo, dovrebbero evitarsi reiterazioni indefinite di norme originariamente concepite e giustificate come temporanee.

6. La verifica postuma dell'efficacia dell'intervento

Non meno importante di una attendibile analisi *ex ante* dell'impatto dell'intervento normativo, che dovrebbe garantire alla legge la capacità di conseguire, in maniera adeguata e proporzionata, gli obiettivi per i quali è stata concepita, è la verifica *ex post* degli effetti concretamente prodotti, che

dovrebbe consentire di misurare il grado di effettività e di efficienza delle norme (anche al fine di una loro coerente revisione).

Tale insopprimibile esigenza è stata realizzata con la regolazione della VIR, che, se correttamente osservata, dovrebbe consegnare al decisore tutte le informazioni relative ai risultati ottenuti dall'attuazione della legge e, di conseguenza, tutti gli elementi per una sua (eventuale) modifica, implementazione o abrogazione.

Nondimeno, si deve registrare una prassi di "legificazione" della VIR, per mezzo dell'inserimento nel testo legislativo di una disposizione dedicata al monitoraggio dell'attuazione e/o alla valutazione della sua efficacia.

Ontologicamente e logicamente, clausole di tale fatta sono più coerenti con disposizioni legislative dichiaratamente introdotte "in via sperimentale" (quali, ad esempio, quelle afferenti allo schema delle *regulatory sandbox*[29]).

Il carattere temporaneo e le finalità "di prova" delle discipline sperimentali postulano, infatti, se non impongono, la verifica degli esiti della sperimentazione, proprio al fine della decisione inerente alla sua stabilizzazione, correzione o eliminazione.

Anche con riferimento all'introduzione, in via strutturale (e non temporanea), di nuovi regimi giuridici può, nondimeno, registrarsi la previsione di clausole valutative o di monitoraggio, usualmente confezionate mediante la prescrizione di relazioni al Parlamento sull'attuazione della legge da parte dell'autorità politica di Governo titolare dell'intervento.

Nonostante la disciplina della VIR appaia, di per sé, idonea a soddisfare le istanze conoscitive implicate dalla verifica postuma di efficacia delle leggi, in occasione dell'adozione della nuova direttiva sarebbe utile indirizzare alcune raccomandazioni sulla più corretta formulazione di clausole di monitoraggio e valutazione.

Le istruzioni dovranno, in particolare, appuntarsi sull'oggetto della verifica, sulla metodologia di rilevazione dei dati e, soprattutto, sulla strumentalità del monitoraggio al successivo adeguamento della legge agli esiti della valutazione degli effetti prodotti.

Come si vede, si tratta di un'attività indispensabile a garantire la qualità della normazione, nella misura in cui coniuga e sintetizza elementi di *drafting* formale e sostanziale, concorrendo a una costante verifica dell'efficacia delle leggi.

[29] Nel nostro ordinamento sono state introdotte alcune fattispecie di *regulatory sandbox.* Si tratta della "Sperimentazione Fintech" (articolo 36, commi 2-bis e seguenti, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, e decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, 30 aprile 2021, n.100 in attuazione) e della "Sperimentazione Italia" (articolo 36 del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120 dell'11 settembre 2020, concernente "Misure di semplificazione amministrativa per l'innovazione").

7. Le esigenze di aggiornamento attinenti al *drafting* formale: la necessità di una specifica formazione del personale addetto agli uffici legislativi

Nonostante l'esigenza di dedicare una rinnovata attenzione al *drafting* sostanziale, permane (ovviamente) la necessità di aggiornare anche le istruzioni attinenti al *drafting* formale e, cioè, alle regole relative alla qualità redazionale dei testi.

Come è stato rilevato che una norma ben scritta, ma inefficace, è inutile (se non dannosa), allo stesso modo si deve riconoscere, per converso, che una disposizione idonea, in via sostanziale, a perseguire, in modo coerente, la finalità per cui è stata concepita, ma redatta in maniera formalmente scorretta, determina, di per sé, difficoltà esegetiche ed applicative, vanificando, così, la stessa esigenza sottesa all'intervento normativo.

In altri termini, il rispetto dei canoni formali di redazione delle norme è altrettanto importante dell'ossequio ai parametri attinenti alla qualità sostanziale.

Tanto premesso, l'esperienza registrata al DAGL negli ultimi anni ci consegna la necessità di rafforzare il lavoro di *drafting* svolto dagli Uffici legislativi dei Ministeri in fase di prima scrittura delle norme[30].

Spesso, infatti, i tempi dettati dall'urgenza del provvedere inducono a demandare tale attività al DAGL nella successiva fase istruttoria, nella quale, tuttavia, gli interventi correttivi e migliorativi di un testo normativo già sottoposto all'esame delle Amministrazioni a vario titolo competenti sono di necessità limitati agli aspetti macroscopici, a discapito di una omogenea ed efficace applicazione delle regole di *drafting*.

Quanto più si anticipa il rispetto delle tecniche di redazione degli atti normativi alla fase di progettazione delle norme da parte dei Ministeri proponenti, tanto più sarà possibile prestare la dovuta attenzione alla qualità redazionale dei testi, anche in sede di successiva verifica da parte del DAGL.

L'anticipazione della cura redazionale dei testi alla fase della progettazione e della proposta delle norme contribuisce, peraltro, a garantire il principio di uniformità dei modelli di tecnica legislativa che, specialmente con riguardo ai decreti-legge che contengono disposizioni provenienti da vari Ministeri, risulta particolarmente difficile assicurare, posto che la riconduzione ad unità di stili e tecniche eterogenee risulta di fatto incompatibile con la ristrettezza dei tempi istruttori riservati alla fase del coordinamento (affidata al DAGL).

Per assicurare l'applicazione delle regole e delle raccomandazioni in materia di *drafting* da parte dei Ministeri in fase di redazione delle norme, si rivela, in particolare, necessario intervenire su due aspetti: la formazione del

[30] Si tratta di un problema annoso, già diffusamente descritto in B. LEONI, *Tecnica di formazione delle leggi e uffici legislativi,* in *Responsabilità e dialogo,* 1969, 64.

personale preposto agli Uffici legislativi, che dovrebbe garantire un'effettiva divulgazione tra i "legisti" delle tecniche redazionali più corrette, e la programmazione delle iniziative normative (di cui si è detto diffusamente *supra*), che dovrebbe garantire la disponibilità di adeguati tempi di scrittura delle norme (oltrechè di istruttoria).

In merito alla formazione, si dovrebbero accrescere e diffondere le iniziative didattiche preordinate a garantire la presenza di funzionari dotati di specifici e adeguati profili di esperienza e competenza in materia di *drafting* presso gli Uffici legislativi.

"Legisti" adeguatamente formati assolveranno, così, il compito di supportare, con una competenza tecnica specifica, l'attività di scrittura compiuta dai funzionari e dai dirigenti che possiedono una specifica conoscenza dei settori di intervento[31].

L'attività formativa dovrà, inoltre, dedicare adeguato spazio alla divulgazione delle istruzioni attinenti ai criteri delle scelte redazionali rimesse alla valutazione dei *drafter*s.

L'auspicata revisione della Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 2 maggio 2001 sul *drafting* potrà (*rectius*: dovrà) costituire l'occasione per avviare specifiche iniziative formative in materia.

Senza un'adeguata e mirata formazione, l'aggiornamento delle regole e delle istruzioni sul *drafting* rischia di restare un'iniziativa velleitaria e di non produrre gli attesi effetti di un miglioramento della qualità redazionale delle norme.

8. La chiarezza delle norme nei rapporti tra disposizioni e la (discussa) tecnica della novella

La chiarezza e l'intellegibilità delle norme sono state da sempre considerate un presidio democratico.

Si è rilevato, per un verso, che solo leggi ben scritte e comprensibili determinano l'esigibilità del loro rispetto da parte dei cittadini; così come, per altro verso, appare ormai acquisito, fin dal rapporto Giannini del 1979[32], il convincimento che solo disposizioni legislative chiare e scevre da ambiguità o incertezze interpretative sono capaci di produrre gli effetti voluti.

[31] Come infatti affermava uno dei primi legisti dell'Italia repubblicana: «(….)la tecnica legislativa è qualcosa di più e di diverso dalla tecnica giuridica pura. In questo senso può anche dirsi che il redattore di leggi non deve essere soltanto un uomo di legge, perché la formulazione legislativa richiede, oltre al possesso di nozioni giuridiche, particolari doti di intuizione e di sensibilità; è un'arte che si affina con l'esperienza ed il continuo esercizio», B. Leoni, *Tecnica di formazione delle leggi e uffici legislativi,* cit., 64.

[32] *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, trasmesso al Senato della Repubblica e alla Camera dei deputati dal Ministro per la funzione pubblica Massimo Severo Giannini il 16 novembre 1979.

In ogni caso, solo leggi ossequiose dei canoni redazionali formali soddisfano le esigenze di sicurezza giuridica, che costituiscono un pilastro dello Stato di diritto, nel senso che il principio di legalità (immanente nel nostro ordinamento costituzionale) può intendersi rispettato solo a fronte di precetti legislativi univoci, nella loro portata semantica e, quindi, giuridica[33].

I noti fenomeni della stratificazione di interventi sulla medesima fattispecie, della legislazione convulsa e (a volte) estemporanea e della ristrettezza dei tempi di intervento (a volte rimessi alla decisione politica; altre volte dettati da situazioni di emergenza) hanno, tuttavia, sovente determinato la redazione di disposizioni di non agevole lettura.

Si tratta, soprattutto, dei casi di relazione tra diverse disposizioni (rinvii, modifiche, sostituzioni, abrogazioni parziali), in cui la lettura di una norma postula la conoscenza di un'altra.

Vanno, al riguardo, distinte due fattispecie: i rinvii e le modifiche.

La prima categoria di disposizioni, che si configura quando uno degli elementi della fattispecie regolata è già definito e disciplinato da un'altra norma, implica una scelta tra tre diverse tecniche redazionali: a) la riproduzione per intero della norma richiamata; b) il richiamo secco degli estremi della disposizione verso cui è operato il rinvio (rinvio "muto"); c) il richiamo della disposizione verso cui è operato il rinvio, ma con l'indicazione esplicita e sintetica dell'oggetto della norma richiamata (rinvio "parlante").

Premesso che evidenti ragioni di chiarezza e intellegibilità delle norme impongono di preferire le tecniche sub a) e sub c), non resta che rilevare che la scelta tra le due, entrambe idonee a significare il senso del rinvio (seppur con differenti effetti di completezza), dipenderà anche dalla consistenza quantitativa della norma richiamata e deve intendersi comunque rimessa alla scelta del *drafter*.

Nella recente esperienza è stata spesso utilizzata la tecnica del rinvio "parlante" (in luogo di quella del rinvio "muto"), in quanto giudicata quella più capace di significare con immediatezza l'oggetto del rinvio.

Tra le altre fattispecie in cui si è fatta applicazione del metodo del rinvio "parlante", merita una menzione speciale quella delle proroghe dei termini legislativi, in cui si è preferito esplicitare l'oggetto della disposizione prorogata: nel recente decreto legge n.228 del 30 dicembre 2021, per esempio, invece di scrivere "le disposizioni di cui all'articolo 2-quinquies del decreto

[33] Sulla stretta connessione fra i problemi di tecnica legislativa e quelli propri del diritto costituzionale si veda P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione*, relazione presentata il 1° febbraio 2008 al Corso di perfezionamento sulla qualità della normazione e, in particolare, la formazione e la valutazione delle leggi dell'Università degli Studi di Firenze, disponibile in http://www.consiglio.regione.toscana.it.

legge 17 marzo 2020, n.18…sono prorogate al 31 dicembre 2022", si è preferito scrivere "le disposizioni di cui all'articolo 2-quinquies del decreto legge 17 marzo 2020, n.18…, relative alla possibilità per i laureati in medicina e chirurgia abilitati di assumere incarichi provvisori o di sostituzione di medici di medicina generale, nonché alla possibilità per i medici iscritti al corso di specializzazione in pediatria, durante il percorso formativo, di assumere incarichi provvisori o di sostituzione di pediatri di libera scelta convenzionati con il servizio sanitario nazionale, sono prorogate al 31 dicembre 2022".

Come si vede, si tratta di una innovazione redazionale che serve a comunicare immediatamente e chiaramente al lettore l'oggetto della proroga (pur nella sintesi lessicale del contenuto sostanziale).

È vero che, per acquisire una completa cognizione della portata precettiva della disposizione prorogata, occorre leggerla, ma è anche vero che la tecnica del rinvio "parlante" vale a significare in via immediata l'ambito di intervento della proroga.

Quanto, invece, alla tecnica redazionale da preferire per le ipotesi di modificazioni di disposizioni vigenti, occorre distinguere due questioni: a) la scelta tra modifica implicita e novella; b) la scelta tra novella chirurgica e sostituzione del testo vigente[34].

Entrambi i problemi vanno affrontati alla stregua della comparazione delle istanze pertinenti a interessi tra loro potenzialmente confliggenti: a) l'intellegibilità della norma, dal punto di vista del lettore; b) la precisione del disposto normativo, in relazione all'innovazione dell'ordinamento.

Si tratta di esigenze entrambe meritevoli di considerazione: le leggi devono essere chiare e comprensibili al lettore, ma devono anche essere "esatte", nel senso che la consistenza della portata innovativa dev'essere ricostruibile in maniera univoca, senza alcuna incertezza semantica, lessicale ed ermeneutica.

Merita, ancora, di rilevare che le esigenze attinenti alla leggibilità della modifica e, quindi, alla comprensibilità, nella prospettiva del lettore, della norma novellata devono ritenersi dequotate in ragione del supporto conoscitivo offerto dalle banche dati giuridiche (come *Normattiva*) che, ormai, pubblicano in tempi celeri i testi coordinati risultanti dalle modifiche introdotte.

Così tracciate le coordinate valutative delle questioni sopra indicate, deve rilevarsi che, in ordine al primo problema, la scelta compiuta con le Circolari del 2001 è stata quella di raccomandare il ricorso in via preferenziale alle novelle rispetto alle modifiche implicite della disciplina vigente.

Nel confronto tra i due interessi da assumere a parametro di scrutinio del problema, infatti, quello alla comprensibilità del testo è stato correttamente

[34] Sul tema si rimanda a R. PAGANO, *Introduzione alla legistica, L'arte di preparare le leggi,* cit., 161 ss.

giudicato recessivo, rispetto a quello (preminente) della precisione della portata innovativa della modifica.

Se è vero, infatti, che la novella induce problemi non trascurabili di immediata comprensione del provvedimento normativo che contiene la novella (ancorchè, si ripete, molto ridimensionati dal supporto conoscitivo delle banche dati giuridiche), è anche vero che evita la stratificazione normativa, scongiura dubbi esegetici sul rapporto diacronico tra le norme, assicura la certezza del nuovo precetto e facilita l'individuazione delle disposizioni di riferimento da parte dei destinatari.

Si tratta di una tecnica redazionale la cui validità ed appropriatezza merita di essere confermata, soprattutto per la dirimente considerazione che la tecnica della modifica implicita vanifica l'esigenza primaria implicata dal *drafting*: la certezza del diritto e, cioè, la precisione dell'effetto di innovazione prodotto da una legge che si inserisce nel regolare (diversamente) una fattispecie già disciplinata.

La modifica implicita, invero, comporta l'esigenza di una complessa analisi esegetica che si risolve nel confronto tra due disposizioni legislative e che deve condurre all'apprezzamento, dagli esiti incerti e non prevedibili, dell'abrogazione tacita per incompatibilità (e della sua consistenza) della norma più vecchia.

Al contrario, la novella produce in maniera esatta e senza ambiguità il suo effetto di innovazione.

Possono, nondimeno, configurarsi alcune fattispecie nelle quali è preferibile la modifica implicita.

Si tratta delle ipotesi particolari di una diversa disciplina delle disposizioni transitorie o della sostituzione di una o più parole in tutto l'ordinamento (mediante la formula "ovunque ricorrano"), ma si tratta, appunto, di eccezioni alla regola generale della novella.

Una volta acquisita la tecnica della novella come quella che garantisce l'esattezza della portata dell'intervento di modifica, residua l'alternativa tra la tecnica della novella chirurgica (che si limita a sostituire o ad eliminare solo una o più parole della disposizione novellata) e quella della novella sostitutiva dell'unità minima.

Premesso che entrambe le tecniche postulano, per l'esatta comprensione dell'innovazione, il confronto tra il testo novellato e la novella, la scelta tra le due opzioni, entrambe idonee ad assicurare con precisione la portata dell'intervento, dovrà obbedire più a parametri quantitativi che qualitativi (nel senso che sarà preferibile la novella chirurgica quando la portata dell'innovazione si rivela esigua, rispetto alla disposizione innovata).

Si tratta, in altri termini, di uno di quei casi in cui la scelta può essere rimessa alla valutazione del *drafter*, che "caso per caso" valuterà se sia

preferibile la sostituzione dell'unità minima o la integrazione chirurgica del testo novellato.

Nella scelta tra le due tecniche non si dovrà peraltro trascurare, tra i parametri valutativi, la considerazione che la sostituzione dell'unità minima, ancorchè più leggibile, reca l'inconveniente di ampliare le possibilità emendative in sede id esame parlamentare.

Gli (inevitabili) inconvenienti delle novelle, attinenti alla immediata intellegibilità della modifica da parte del lettore, potrebbero, peraltro, essere eliminati o attenuati per mezzo della pubblicazione, insieme al provvedimento legislativo, di un testo coordinato (che renderebbe percepibile da subito la portata dell'innovazione), anche se (si ripete un'altra volta) il problema deve intendersi di molto sminuito per effetto dell'efficienza delle banche dati giuridiche (che pubblicano quasi in tempo reale il testo consolidato con le modifiche).

In ogni caso, anche nell'ipotesi delle modificazioni, si dovrà incoraggiare l'uso di novelle "parlanti", mediante l'enunciazione sintetica ma esplicita dell'oggetto principale delle disposizioni su cui interviene la novella.

Quest'ultima tecnica redazione consente, quantomeno, di avere immediata conoscenza dell'ambito oggetto della nuova disposizione.

Non può trascurarsi, inoltre, il fenomeno della stratificazione e della frammentazione di diverse disposizioni che, anche a distanza di tempo ravvicinato, intervengono sul medesimo oggetto o, comunque, sullo stesso segmento di materia.

Anche qui, la certezza e la conoscibilità del quadro regolatorio vigente sono minacciate dalla persistente vigenza di disposizioni spesso allocate in diversi testi legislativi e, comunque, di arduo coordinamento.

Al fine di evitare i suddetti difetti, si dovrà provvedere al consolidamento in un unico testo della disciplina risultante dal coordinamento diacronico tra le diverse norme con contestuale abrogazione di tutti i testi "riassunti" in quello consolidato.

Nelle ipotesi, poi, in cui la frammentazione conosca dimensioni afferenti a interi settori organici dell'ordinamento, le esigenze di semplificazione potranno essere soddisfatte solo mediante nuove codificazioni oppure per mezzo del consolidamento nei codici esistenti di norme rimaste *extra vagantes*[35].

Al fine di accrescere l'intellegibilità delle norme, andrà, inoltre, raccomandato l'uso della tecnica delle definizioni, soprattutto nelle ipotesi in cui l'enunciazione di un elemento della norma postula il rinvio a un'altra legge

[35] Sul tema, particolarmente ampio, si rinvia a M. A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole. Atti del Convegno (Roma, 17-18 marzo 2005)*, Giuffrè, Milano, 2004.

(come, ad esempio, è stato recentemente disposto con riferimento al cd. green pass, là dove, in luogo della originaria dizione "certificazioni verdi COVID-19 di cui all'articolo 9, comma 2, lettere a), b) e c-*bis*)", si è usata la definizione sintetica e immediatamente percepibile "green pass rafforzato")[36].

Con un sapiente uso delle definizioni, la lettura di un testo risulta semplificata e alleggerita, con evidente beneficio delle istanze di chiarezza e immediata comprensibilità del significato delle norme.

9. La necessità di un *corpus* unico di regole in materia di istruttoria e redazione degli atti normativi

Le esigenze di raccolta in un unico testo non si esauriscono, tuttavia, nelle codificazioni legislative, ma concernono anche atti di indirizzo o circolari, proprio come quelle relative al *drafting*.

In quest'ottica, sarebbe utile la sintesi, in un solo documento di indirizzo, di tutte le direttive e le circolari dedicate all'istruttoria e al *drafting* degli atti normativi del Governo (tra le quali vanno sicuramente comprese la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 26 febbraio 2009 in materia di "Istruttoria degli atti normativi del Governo" e la "Guida alla redazione dei testi normativi", di cui alla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 2 maggio 2001).

Con un nuovo "testo unico", rivisto e aggiornato, comprensivo della direttiva sull'istruttoria e della circolare sul *drafting*, le Amministrazioni coinvolte, a vario titolo, nell'attività normativa del Governo disporranno di un *corpus* unitario e coerente di regole e di indirizzi ai quali conformare la progettazione e la redazione degli atti normativi.

Al tempo stesso, le istruzioni e le raccomandazioni di *drafting* assumeranno, anche nell'ottica di favorirne la più ampia conoscenza e diffusione, una maggiore visibilità nel contesto delle fonti di riferimento sulla produzione normativa.

La pubblicazione di un testo unico rivisto e aggiornato degli atti di indirizzo sulla produzione normativa del Governo dovrebbe determinare, in sintesi, un rinnovato stimolo al miglioramento della qualità delle leggi e dei regolamenti, sia sul piano sostanziale dell'efficacia e dell'impatto che su quello formale della correttezza redazionale e della chiarezza.

[36] Si veda, nello specifico, quanto disposto dall'articolo 9 del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, "*Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*", convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, come risultante dalle modifiche successivamente introdotte dal decreto-legge 24 dicembre 2021, n. 221, recante "*Proroga dello stato di emergenza nazionale e ulteriori misure per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*", convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2022, n. 11.

Sotto quest'ultimo profilo, risulta, in particolare, necessario aggiornare la guida normativa, che contiene le regole di *drafting* formale in senso stretto, con la duplice finalità di rimuovere le criticità registrate nell'esperienza del DAGL e di arricchire il testo con innesti specifici relativi alla redazione dei regolamenti ministeriali e interministeriali, delle premesse degli atti normativi (corredando la guida con un repertorio aggiornato di esempi per ciascun tipo di provvedimento), alla "nuova" legge di delegazione europea (che ha sostituito nel 2012 la legge comunitaria) e ad alcune specifiche questioni attinenti al recepimento e all'attuazione degli atti normativi europei.

A quest'ultimo riguardo, si dovrà, inoltre, rammentare agli uffici legislativi uno scrupoloso rispetto della disciplina relativa al *gold plating*, raccomandando, in particolare, una rigorosa verifica delle condizioni eccezionali che autorizzano l'introduzione nell'ordinamento nazionale di livelli di regolazione superiori a quelli imposti dagli atti legislativi europei.

Si tratta, anche in questo caso, di correggere prassi non virtuose (e dannose) di traduzione nell'ordinamento domestico di direttive (o di attuazione di regolamenti) mediante la contestuale previsione di oneri non previsti dai provvedimenti europei (o più gravosi di quelli ivi contemplati)[37].

L'aggiornamento della guida normativa dovrà essere, inoltre, assistito da esempi e modelli redazionali, funzionali ad assicurare l'omogeneità delle formulazioni e a limitare casi di eccentrica creatività.

L'aggiornamento delle istruzioni non dovrà esaurirsi, quindi, nella diramazione di nuovi indirizzi, ma dovrà comprendere anche la diffusione di moduli di scrittura tipici e uniformi, con funzioni di supporto ai *drafters,* da cui dovrebbe derivare l'introduzione e il rispetto di standard redazionali omogenei.

Appare, da ultimo, necessario precisare che resterà estranea al perimetro della nuova direttiva la Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 20 aprile 2001, che, in quanto emanata in collaborazione con le Presidenze della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, esige, ai fini di un suo, pur auspicabile, adeguamento, il rispetto delle medesime forme.

10. Conclusioni: il ruolo della politica

Può apparire anacronistico e velleitario rivedere il sistema delle regole di una normazione di qualità in una fase storica in cui le diverse emergenze che hanno afflitto (e continuano ad affliggere) il Paese, e, con esso, l'ordinamento, sembrano imporre parametri di necessità e urgenza difficilmente compatibili con le istanze di una legislazione ordinata, programmata e meditata.

[37] Da questo punto di vista interessanti spunti di riflessione giungono dall'ordinamento francese e in particolare dal *Projet de loi portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français (n. 1389)*, attualmente in discussione presso l'Assemblée nationale, dopo l'approvazione da parte del Senato.

Nondimeno, le già segnalate e studiate interrelazioni tra la qualità della normazione e il rispetto, per un verso, dei canoni costituzionali e democratici del principio di legalità e dello Stato di diritto e, per un altro, delle istanze relative ai bisogni afferenti alla crescita (o, comunque, alla tenuta) economica e sociale del Paese, esigono che la bontà delle leggi resti presidiata da un sistema di regole capace di assicurarla (se osservato, ovviamente), anche in tempi di emergenza.

L'esercizio di un aggiornamento degli atti di indirizzo può, peraltro, prestarsi a un altro ordine di critiche.

Potrebbe, cioè, obiettarsi che le direttive sulla qualità della regolazione sono destinate inevitabilmente a fallire in ragione della invincibile forza di cattive e croniche prassi, come dimostra la constatazione che le leggi continuano a presentare i medesimi difetti da oltre vent'anni.

L'obiezione ha una sua consistenza ed impone una replica che coinvolga anche la politica.

Senza sminuire od omettere di considerare le responsabilità degli uffici legislativi sul *deficit* di bontà delle leggi, in relazione al quale si è accennato a un'esigenza di adeguata e robusta formazione, non può, nondimeno, tacersi che (a volte) la qualità delle norme soffre la ristrettezza dei tempi di intervento, non di rado incompatibili sia con un'adeguata e coerente analisi d'impatto, sia con il rispetto di adeguati standard qualitativi formali.

Occorre, dunque, un'intesa virtuosa tra i decisori politici e la "burocrazia" dei tecnici addetti agli Uffici legislativi, nel nome di un rinnovato ordine legislativo.

L'auspicio è che si determini un inedito e sinergico impulso alla formazione di una classe di "legisti" (dotati di competenze e conoscenza delle tecniche redazionali) e alla cura della scrittura dei testi legislativi, che riconosca e rispetti il valore primario della chiarezza e della precisione delle regole.

Allo stesso modo, dovranno essere rispettati i tempi della programmazione e si dovrà consentire che ogni nuovo atto normativo (fatti salvi quelli di estrema urgenza) sia preceduto da un'istruttoria compiuta e da una seria analisi d'impatto, nonché da tempi di redazione compatibili con una verifica delle esigenze di coordinamento con la normativa vigente e con l'ossequio ai canoni formali di scrittura.

Non solo, ma si deve assumere responsabilmente il nuovo paradigma secondo cui la legge non è l'unico modo di amministrare lo Stato e (spesso) non è neanche il più efficace.

Senza ignorare la complessità, anche tecnica, degli ordinamenti settoriali e dei fenomeni sociali ed economici che gli Stati contemporanei sono chiamati a governare e regolare, si deve, nondimeno, ammettere che rischia di strutturarsi la cattiva abitudine di affidare alle leggi compiti inappropriati.

Occorre, in altri termini, riconoscere che non pochi interventi esulano dal perimetro della legislazione necessaria.

Politica e tecnica, in definitiva, devono acquisire (insieme) la consapevolezza che le leggi indispensabili sono poche, che quelle sovrabbondanti generano caos e inefficienza e che una larga parte dell'opera di governo può essere (più efficacemente) riservata ad azioni amministrative.

D'altra parte, già ne "Lo spirito delle leggi" Montesquieu ammoniva che "le leggi inutili indeboliscono le leggi necessarie"[38].

E solo poche leggi necessarie contribuiscono al bene comune.

[38] MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, libro XXIX, cap. XVI.

LE TECNICHE LEGISLATIVE STATALI, REGIONALI E DELL'UNIONE EUROPEA A CONFRONTO. PER UN AUSPICABILE RAVVICINAMENTO

LAURA TAFANI[*], **FEDERICO PONTE**[**]

Sommario

1. Introduzione. – *1.1. Nota metodologica.* – 2. La tecnica legislativa tra forma e sostanza. – 3. Natura, struttura, stile e contenuti dei testi di tecnica legislativa. – *3.1. Natura.* – *3.2. Struttura.* – *3.3. Stile.* – *3.4. Contenuti.* – 4. La comparazione dei testi, alla ricerca di spunti per il loro ravvicinamento. – *4.1. Princìpi.* – *4.2. Struttura dell'atto normativo e sistematica delle disposizioni.* – *4.3. Linguaggio normativo e scrittura del testo.* – *4.4. Le relazioni tra le disposizioni.* – 5. La revisione delle circolari statali. – 6. Conclusioni. – *Appendice:* Tavola sinottica.

Abstract

The essay starts from the observation of the central importance of formal drafting tools in helping to ensure a better quality of legislation. Twenty years after the adoption of the Rules and recommendations for the technical drafting of legislative texts (issued in Italy in 2001 by the President of the Camera dei deputati, the President of the Senato della Repubblica and the President of the Council of ministers), the need to update and harmonise them with the regional Rules and recommendations for the drafting of legislative texts (3rd edition, 2007) and the European Union Guidelines (Joint Practical Guide, 2nd edition, 2013) is questioned. Starting from a table comparing these three texts, the main aspects and nodes of the drafting techniques are addressed and differences and analogies are highlighted. In spite of the peculiarities of the different contexts to which these rules refer, it is believed that a harmonization is possible and indeed desirable and that further formal and substantive updates are appropriate to adapt these tools to the challenges of today's legislative production, involving in this activity different professionals and skills. A synoptic table comparing the provisions of the different guidelines is attached to the article.

Suggerimento di citazione

L. TAFANI, F. PONTE, *Le tecniche legislative statali, regionali e dell'unione europea a confronto. per un auspicabile ravvicinamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Consigliere parlamentare del Senato della Repubblica i.q.
Contatto: laura.tafani64@gmail.com
[**] Funzionario del Consiglio regionale Assemblea legislativa della Liguria.
Contatto: feder.ponte@gmail.com

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

A vent'anni dalla pubblicazione, nel 2001, delle circolari recanti *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi* abbiamo sentito l'esigenza di sottoporle a una riflessione critica che prenda le mosse da un raffronto con i corrispondenti manuali e linee guida, regionali e dell'Unione europea, e consenta di porre in luce identità, similitudini e differenze al fine di offrire un contributo a un auspicabile "ravvicinamento" delle istruzioni di redazione degli atti normativi tra i vari livelli di governo.

Per quanto riguarda lo Stato e le regioni, l'opportunità di una ricomposizione delle differenze tra le indicazioni redazionali adottate nei rispettivi ambiti emerge già negli anni immediatamente successivi all'adozione delle circolari statali ed è giustificata dal nuovo assetto istituzionale conseguente alla riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione. Nell'Accordo raggiunto in sede di Conferenza unificata nel 2007[1] è già presente, all'articolo 14, l'impegno «ad unificare i manuali statali e regionali in materia di *drafting* dei testi normativi», impegno ad oggi «purtroppo colpevolmente inattuato»[2].

In un sistema multilivello, peraltro, il raffronto non sembra potersi limitare all'Italia: il lungo processo che, a partire dal Trattato di Maastricht, ha condotto all'attuale assetto istituzionale e delle fonti di produzione normativa dell'Unione europea rende opportuno, se non addirittura necessario, aprirsi anche alle suggestioni che provengono dall'ordinamento sovranazionale cui l'Italia partecipa e che contribuisce in maniera ormai molto significativa a disciplinare larghi ambiti e settori della legislazione.

Parlare di suggestioni derivanti dall'Unione europea può anzi risultare riduttivo, in quanto i tre sistemi di produzione normativa (statale, regionale e unionale) appaiono sempre più interconnessi e le rispettive istituzioni si influenzano reciprocamente nelle modalità, procedure e tecniche di redazione degli atti normativi di rispettiva competenza.

[1] Accordo fra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, le province, i comuni e le comunità montane in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione, raggiunto in sede di Conferenza unificata il 29 marzo 2007. Si veda in particolare l'art. 14, rubricato «*Drafting* normativo». Si noti che della Conferenza unificata fanno parte lo Stato, le regioni, le province, i comuni e le comunità montane, ossia non i soli detentori della potestà legislativa (che si trovano insieme nella Conferenza Stato regioni e province autonome), ma tutti gli enti territoriali: ciò a riprova di come la questione sia percepita come cruciale in ogni ambito di governo. Si sviluppa in questo periodo la breve vicenda di un comitato paritetico tra le assemblee legislative (statali, regionali, delle province autonome e europee), con lo scopo, tra l'altro, di lavorare sulla convergenza delle regole di *drafting*. Sul tema M. CARLI, *Le buone regole: il consenso c'è, ma i fatti seguiranno?* in *Federalismi.it*, 25 luglio 2007 e V. DI PORTO, *La circolare nella giurisprudenza del Comitato per la legislazione: una storia intensa, senza pretese*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 1/2022, par. 5.

[2] Così G. TARLI BARBIERI, *Una nuova stagione per la qualità della normazione nell'esperienza della Regione Toscana?* In *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2016, 30.

Si parla a tale proposito di ravvicinamento, e non di unificazione (come fa il citato Accordo del 2007), in quanto vi sono, nei tre sistemi di produzione legislativa, talune insopprimibili differenze che non consentono – se non per una parte, pur non esigua – la piena unificazione delle regole di *drafting*. L'esistenza di queste differenze non impedisce però l'osmosi, ma anzi permette non solo di armonizzare, ma anche di arricchire e meglio dettagliare le indicazioni presenti nelle Regole e raccomandazioni statali.

Un'opera di armonizzazione potrebbe consentire una maggiore uniformità a livello formale (lessicale, sintattico…) delle disposizioni legislative e contribuire anche a una maggiore chiarezza e comprensibilità delle norme introdotte, favorendo sia la conformazione spontanea da parte dei destinatari che l'attività di attuazione e di interpretazione affidata agli operatori del diritto.

Questo lavoro, per quanto ci risulta, non conosce precedenti. Tutti i testi a fronte sinora redatti sembrano essersi concentrati, infatti, su una comparazione a due, tra Stato e regioni.

Un primo tentativo di testo a fronte, peraltro non dettagliato e analitico, è stato compiuto dal Servizio legislativo del Consiglio della provincia autonoma di Trento, mettendo tuttavia a confronto le circolari statali con la seconda edizione, e non con la terza (attualmente in vigore), del manuale regionale.

Un secondo tentativo, più organico, è stato realizzato dal Dipartimento affari giuridici e legislativi (DAGL) della Presidenza del Consiglio dei ministri nell'ambito del Programma operativo di assistenza tecnica alle Regioni dell'obiettivo convergenza per il rafforzamento delle capacità di normazione (POAT 2007 - 2013), attuativo dell'Accordo del 29 marzo 2007[3]. Oltre al più limitato orizzonte comparativo rispetto a quello proposto nel presente contributo, il lavoro del DAGL sembra mosso da un intento eminentemente pratico, perché cerca di fornire soluzioni univoche – nell'ottica, per l'appunto, di un unico manuale di *drafting* – senza affrontare, con un approccio critico, i risvolti problematici insiti in talune questioni. Oltre a questi precedenti "istituzionali", si registra lo studio condotto in ambito accademico da Giuseppe Ugo Rescigno[4]. Tutti questi lavori hanno rappresentato un'interessante e utile base di partenza, dalla quale il presente contributo ha preso le mosse per ampliare l'orizzonte del raffronto.

[3] Il documento è consultabile alla seguente pagina: http://qualitanormazione.gov.it/uploads/download/file/265/PCM_DAGL_Drafting_v.final.pdf (consultata il 20 gennaio 2022).

[4] G.U. RESCIGNO, *Confronto tra manuale Regioni (terza edizione, dicembre 2007) e manuale Stato (2001),* lezione al corso di perfezionamento su «la buona qualità della normazione», Firenze, 20 febbraio 2009, di cui è disponibile il testo, pur espressamente dichiarato come provvisorio, alla pagina: http://www.consiglio.regione.toscana.it:8085/leggi-e-banche-dati/Oli/Corso-qualita-normaz-UNIFI/CORSO%202008-2009/Rescigno-manuali%20a%20confronto.pdf (consultata il 20 gennaio 2022).

L'elaborato si compone di quattro paragrafi: nel primo si intende mettere in luce il senso e l'importanza del c.d. *drafting* formale – nonostante i relativi studi abbiano in questi ultimi anni subìto una battuta d'arresto a favore del c.d. *drafting* sostanziale[5] e degli strumenti di *better regulation* – affrontando anche i suoi risvolti problematici; nel secondo si evidenziano le principali caratteristiche dei tre testi di tecnica legislativa; nel terzo, avvalendosi del testo a fronte riportato nell'*Appendice*, si illustrano gli esiti della comparazione e si formulano alcune ipotesi e proposte per un aggiornamento/ravvicinamento delle regole statali con quelle regionali e dell'Unione europea.

1.1 *Nota metodologica*

Base di partenza e parte essenziale del presente lavoro è l'*Appendice* che contiene il testo a fronte nel quale sono stati comparati i tre diversi documenti.

Nella colonna di sinistra è riportato il testo della terza edizione del manuale recante *Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi* (d'ora in avanti citato anche come "manuale regionale"), la cui redazione è stata promossa nel luglio 2006 dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle regioni e delle province autonome in accordo con l'Osservatorio legislativo interregionale (OLI)[6] e si è conclusa nel dicembre 2007. Questa versione segue quelle del 1989-1991 e del 1999-2001 e si caratterizza, rispetto alle precedenti, per la presenza di un gruppo di lavoro incaricato della redazione e composto non esclusivamente da funzionari regionali, ma anche da esperti di informatica giuridica e, soprattutto, da linguisti che hanno dato nuova linfa al progetto[7].

Nella colonna centrale è riprodotto il testo delle tre distinte circolari, di identico contenuto, recanti *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi* (d'ora in poi anche "circolari statali"), adottate dai Presidenti delle Camere e dal Presidente del Consiglio dei ministri[8] il 20 aprile 2001.

[5] Per la rassegna bibliografica sul *drafting* (formale e sostanziale) più aggiornata e completa si veda E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. In Italia non si registrano opere di ampia portata e con una tanto vasta trattazione del *drafting* formale successivamente a quella curata R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi,* Giuffré, Milano, III ed., 2004.

[6] L'OLI nasce nel 1979 come strumento di collegamento e formazione tra gli uffici legislativi dei Consigli e delle Giunte regionali e provinciali. È composto da funzionari dei consigli e delle giunte regionali, per permettere uno scambio continuo di informazioni e l'ideazione e organizzazione di seminari, studi e ricerche su temi di interesse regionale.

[7] C. PARADISO, *Il manuale regionale unificato. Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi,* in R. LIBERTINI (a cura di), *Il linguaggio e la qualità delle leggi,* CLEUP, Padova, 2011, 22.

[8] In particolare, la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, n. 1.1.26/10888/9.92 è stata pubblicata nella G.U. n. 97 del 27 aprile 2001. Successivamente, a cura del Dipartimento affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio (DAGL), è stata predisposta una guida ad uso interno più analitica e comprensiva delle regole per la redazione anche degli atti regolamentari del

Nella terza colonna è riportato il testo della *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea* (d'ora in poi anche "guida unionale"), nella seconda edizione dell'11 luglio 2013, aggiornata con l'apporto del GRITL[9], che segue di tredici anni la prima edizione con la quale si dava seguito all'Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1988 tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria[10].

Si è ritenuto opportuno prendere le mosse dal manuale regionale in quanto più esteso e più completo rispetto alle circolari statali. Accanto a ciascuna regola (o suggerimento) regionale è stata affiancata, ove esistente, la corrispondente regola (o raccomandazione) statale e il corrispondente orientamento unionale. In coda al testo a fronte sono state inserite quelle indicazioni, statali e dell'Unione europea, che non hanno trovato corrispondenza nelle regole e suggerimenti regionali: talvolta perché l'argomento non è trattato, talaltra perché si tratta di aspetti peculiari dell'ordinamento a cui si riferiscono.

Come è ovvio, si è prestata attenzione solo all'identità o somiglianza dell'oggetto trattato, non rilevando – ai fini dell'affiancamento – le analogie e le differenze di merito, che sono evidenziate nella colonna finale recante «osservazioni».

2. La tecnica legislativa tra forma e sostanza

Prima di passare all'illustrazione del confronto e dei relativi esiti, ci sembra opportuno chiarire brevemente quale sia l'ambito in cui si inseriscono questi

Governo. Tale «Guida alla redazione dei testi normativi», è stata pubblicata con circolare del Presidente del Consiglio 2 maggio 2001 nella G.U. n. 101 del 3 maggio 2001.

[9] Commissione europea, Servizio giuridico, *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*, Ufficio delle pubblicazioni, ult. data di pubbl. 2016. Il GRITL è un gruppo di riflessione in materia di tecnica legislativa, istituito nel 2010 e composto da rappresentanti (tra cui giuristi-linguisti) del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'UE e della Banca centrale europea.

[10] Accordo pubblicato nella G.U. C73 del 17 marzo 1999. Per il percorso attraverso cui si è arrivati alla Guida pratica si veda A. VEDASCHI, *La qualità del diritto, le tecniche legislative e le istituzioni dell'Unione Europea,* in P. COSTANZO (a cura di), *Codice di drafting*, Libro 4, 2008; per uno spoglio dei contenuti della prima edizione della Guida A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milano, 2001, 148 e ss. Il lettore più accorto noterà l'asimmetria nella scelta dei testi, statale e unionale, messi a confronto, in quanto nel primo caso si esaminano le Regole e raccomandazioni contenute nelle circolari dei Presidenti del Consiglio e delle Camere e non la Guida alla redazione dei testi normativi adottata successivamente dal Governo e rivolta agli Uffici ministeriali per integrare le suddette regole; nel secondo caso si prende in considerazione la guida unionale che segue l'adozione dell'Accordo interistituzionale tra le tre istituzioni europee del 1998. Tale scelta è motivata dal fatto che la Guida alla redazione dei testi normativi ha, quali destinatari, i soli uffici legislativi ministeriali: l'analisi di questa, in luogo delle Regole e raccomandazioni, avrebbe reso non omogeneo il raffronto.

testi, partendo dalle principali definizioni di "tecnica legislativa" (e di *drafting*) elaborate dalla dottrina[11], di cui si ritrovano echi all'interno degli atti in esame, a partire già dal titolo delle circolari statali, che fa esplicito riferimento alla "formulazione tecnica" dei testi legislativi.

Secondo una prima definizione (G.U. Rescigno), la «tecnica legislativa» consiste nella «traduzione delle intenzioni in un testo scritto ufficiale», e dunque nell'attività di redazione di tale testo», e il *drafting* deve essere inteso come «il complesso delle regole e tecniche normative finalizzate a promuovere la buona redazione del testo, la migliore possibile nelle condizioni date»[12].

Secondo una altrettanto autorevole definizione (G. Amato), «[l]a tecnica legislativa è l'insieme delle regole che servono a scrivere una legge chiara, semplice, capace di inserirsi nell'ordinamento e di sfruttarne allo stesso tempo potenzialità e sinergie, applicabile infine in conformità agli scopi di chi l'ha voluta»[13].

Entrambe le definizioni sembrano considerare la tecnica legislativa come una sorta di scienza della progettazione legislativa[14], inclusiva sicuramente degli aspetti meramente formali, di natura redazionale (quali quelli riguardanti la struttura dell'atto, la sua partizione interna, la numerazione di articoli e commi, le novelle, i rinvii normativi interni ed esterni, le indicazioni stilistiche, linguistiche e grafiche: cd. *drafting formale*), ma che tiene presenti anche alcuni aspetti sostanziali (quali la verifica della coerenza ordinamentale, dell'adeguatezza delle disposizioni in rapporto alla normativa vigente e dell'omogeneità della disciplina; il divieto di modifica parziale di atti di fonte secondaria operata con atti aventi forza di legge: cd. *drafting sostanziale*) con l'intento di promuovere la formulazione di regole certe, chiare ed efficaci[15].

[11] Su cui si sofferma P. ZUDDAS, *Amministrazioni parlamentari e procedimento legislativo. Il contributo degli apparati serventi delle Camere al miglioramento della qualità della legislazione,* Giuffrè, Milano, 2004, 41.

[12] G.U. RESCIGNO, *Dal Rapporto Giannini alla proposta di manuale unificato per la redazione dei testi normativi adottata dalla Conferenza dei Presidenti dei Consigli regionali,* in *Inf. dir.,* n. 1/1993, 27.

[13] G. AMATO, *Princìpi di tecnica della Legislazione*, in M. D'ANTONIO (a cura di) *Corso di studi superiori legislativi, 1988-1989*, CEDAM, Padova, 1990, 48.

[14] R. PAGANO, *Introduzione alla legistica*, cit., 30.

[15] Diversa sembra essere l'impostazione seguita dai redattori del manuale regionale, che, nella presentazione all'ultima edizione, nella nota n. 1, mantengono la distinzione tra le nozioni di "tecnica legislativa" (propriamente riferita alla corretta redazione del testo normativo) e di "tecniche legislative" (comprensiva dell'analisi delle procedure; dell'adeguatezza dell'atto e della verifica della sua efficacia). Per una differenza tra *drafting* formale e *drafting* sostanziale si veda E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 24. Per una concezione del *drafting* sostanziale che include anche elementi extragiuridici si veda C. D'ORTA, V. DI PORTO, *L'attività di* drafting *nel procedimento legislativo: strutture, regole, strumenti,* in *Rass. parl.,* n. 3/1995, 79 e ss., nonché R. DICKMANN, *Il* drafting *come metodo della legislazione*, in *Rass. parl.*, n. 1/1997, 220 e ss.

Sicuramente questa dimensione non esaurisce le esigenze racchiuse nel concetto di *better regulation*[16], che negli ultimi decenni si è diffuso prima a livello sovranazionale e poi in ambito nazionale come programma di miglioramento della qualità della regolamentazione in tutte le fasi del suo "ciclo" vitale, e che prevede l'impiego, oltre che del *drafting*, di strumenti quali l'analisi *ex ante* e la verifica *ex post* della legislazione e la valutazione delle politiche pubbliche[17].

Come si vedrà nei paragrafi seguenti, tutte e tre i testi di tecnica legislativa esaminati, oltre a disciplinare gli aspetti e i nodi del *drafting* formale, non disdegnano di affrontare anche alcune tematiche più propriamente sostanziali e sembrano porsi tutti un duplice obiettivo: da un lato, quello di rendere il testo legislativo il più possibile accessibile e comprensibile da parte di tutti i suoi destinatari; dall'altro quello di favorire l'applicazione e l'attuazione delle relative disposizioni e prevenire le controversie causate della scarsa qualità redazionale dei testi.

Qui emerge in tutta la sua evidenza lo stretto rapporto tra redazione e interpretazione della legge[18].

In particolare, i criteri di interpretazione di cui all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale sembrano essere legati a doppio filo alla tecnica legislativa. L'interpretazione letterale, che guarda alla semantica («significato proprio delle parole») e alla sintassi («secondo la connessione di esse»), appare fortemente condizionata da tutte quelle regole che attengono, *stricto sensu,* alla scrittura della disposizione: in particolare, i princìpi di chiarezza, precisione, uniformità, semplicità e sinteticità, nonché le indicazioni concernenti la terminologia, le forme verbali, le congiunzioni utilizzate nel testo[19].

Parimenti influenzato dalla tecnica legislativa risulta essere il criterio dell'"intenzione del legislatore", la quale è desumibile dal titolo della legge e dalla rubrica dell'articolo, nonché da tutte quelle disposizioni che esprimono le finalità dell'atto e da quelle prive di diretto significato normativo (auspici, raccomandazioni, dichiarazioni d'intenti, previsioni...). Riferendosi più in

[16] Sul punto si veda E. GRIGLIO, *Il drafting quale strumento di* better regulation, in G. MAZZANTINI, L. TAFANI (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario Osservatorio AIR 2019*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 259 e ss., e bibliografia *ivi* citata. Più diffusamente M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, il Mulino, Bologna, 2011.

[17] Rispondendo così a quella impostazione del ciclo regolatorio come un *continuum* in cui la fase di progettazione e di ideazione delle norme giuridiche si salda con quella di redazione del testo legislativo, con le successive fasi di attuazione e implementazione delle disposizioni normative e con quella della verifica del loro impatto, dalla quale potrebbe scaturire la necessità di intervenire nuovamente in materia.

[18] Per un approfondimento, si veda C. TUCCIARELLI, *Il Consiglio di Stato e le regole tecniche sulla redazione degli atti normativi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022.

[19] Un esempio di come i profili grammaticali incidono sull'interpretazione letterale è rinvenibile in G. TARELLO, *L'interpretazione della legge,* Giuffrè, Milano, 1980, 117 e ss.

generale a quella forma di interpretazione chiamata "sistematica", secondo la quale il significato di una disposizione è compreso alla luce del contesto in cui si inserisce[20], entrano in gioco anche tutte quelle regole redazionali che consentono di mettere il testo in connessione con il contesto nel quale si va a inserire: dalle regole che disciplinano le citazioni, rinvii interni e ad altri testi e le modifiche testuali, alle regole sulla struttura dell'atto e sulle sue finalità, a quelle sull'uniformità terminologica[21].

Anche l'analogia *legis* (produttrice di norme a partire da disposizioni relative a casi simili), contemplata dal secondo periodo dell'articolo 12 delle preleggi, sarà facilitata da quei criteri di tecnica legislativa che invitano a prestare attenzione all'uniformità terminologica, alle definizioni e al principio di chiarezza, al fine di cogliere le identità e somiglianze tra gli elementi parte dell'analogia e tra i rispettivi rapporti. Laddove si parlasse di analogia *iuris* (produttrice di norme a partire dai principi inespressi), invece, varrebbe verosimilmente quanto detto per l'interpretazione sistematica, poiché titolo, rubrica e finalità sarebbero tutti elementi da cui ricavare i principi inespressi necessari per l'operazione ermeneutica.

È evidente che il rispetto di tali regole è solo uno degli elementi in grado di influire sugli esiti del processo interpretativo, ma è indubbio che dall'applicazione di tali regole discendono anche conseguenze in termini di certezza del diritto[22], in quanto leggi più chiare e al tempo stesso precise evitano di dilatare oltre misura gli spazi dell'interpretazione che rischiano a volte di far «dire alle leggi cose che in queste non si trovano»[23].

Riprova del rilievo delle regole di tecnica legislativa si ha anche, *a posteriori*, dall'analisi dei richiami contenuti nel formante giurisprudenziale.

[21] Nella stessa Guida alla redazione dei testi normativi, di cui alla circolare del Presidente del Consiglio 2 maggio 2001, pubblicata nella G.U. n. 101 del 03 maggio 2001, al par. 4.1 si legge che «la *ratio* della disposizione, se l'articolato è chiaro, emerge dalla formulazione stessa delle disposizioni e dal loro rapporto sistematico» e che «può, in determinati casi e tenendo conto delle implicazioni sopra richiamate, essere utile indicare l'oggetto e le finalità generali del testo normativo, per inquadrarne, meglio di quanto possa fare il solo titolo, l'obiettivo e facilitarne la lettura e la conoscibilità».

[22] Ma anche «sull'equilibrio dei poteri costituzionali, sull'efficienza della giustizia e sull'osservanza della legge: tutti valori fondanti di una società liberaldemocratica, che possono essere minati dalla diffusione e circolazione di leggi oscure». In questi termini V. DI CIOLO, A. ARISTA, L. CIAURRO, T.E. FROSINI, A. SANDOMENICO, *Relazione della Commissione di studio sulle tecniche di redazione dei testi normativi nominata con decreto del Ministro per i rapporti col Parlamento in data 7 aprile 2000,* in *Iter legis,* n. 1/2001, 21. V., anche, se si vuole, L. TAFANI, *La qualità della legislazione*, in G. MELIS, G. TOSATTI, (a cura di), *Le parole del potere. Il lessico delle istituzioni in Italia*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 157-205.

[23] N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio,* in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, 307.

È possibile innanzitutto rintracciare un numero, seppur limitato, di decisioni in cui le Regole e raccomandazioni statali entrano in gioco nella giurisprudenza amministrativa[24] e costituzionale[25].

Inoltre, molteplici decisioni e pareri fanno riferimento alla Guida del Governo alla redazione dei testi normativi[26], i cui contenuti sono tuttavia formulati sulla base del contenuto delle predette Regole e raccomandazioni e per ampia parte le ricalcano, dettagliano o comunque traggono da esse disposizioni necessitate[27]: è il caso dell'interpretazione autentica[28], dei testi unici misti[29], dell'uniformazione dei criteri di citazione delle fonti normative[30], dei forestierismi[31] o più in generale «[del]l'eliminazione dei refusi»[32].

Solo una citazione dinnanzi alla Corte costituzionale riguarda il manuale regionale[33], mentre l'analisi del versante dell'Unione europea si attesta, oltre

[24] Si veda, in particolare, la sentenza del TAR Lazio, sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104: la decisione, per la parte di rilievo, verte sull'interpretazione dell'art. 69 l. n. 69/2009 e sulla possibilità di considerare tale disposizione norma di interpretazione autentica (che, dotata di portata retroattiva, avrebbe aperto al giudizio di ottemperanza per un ricorso straordinario al Capo dello Stato già posto in essere). Per negare questa eventualità il giudice amministrativo fa riferimento all'assenza di un'espressa indicazione nell'epigrafe o nel contenuto dell'articolo, richiamando espressamente quanto previsto dalle Regole e raccomandazioni per la formulazione dei testi legislativi e i casi in cui queste sono state rispettate. Interessante è il capoverso del par. 3.3.1 della decisione in commento in cui si ritiene che la tecnica di redazione degli atti normativi, se non già i criteri statali, in presenza di intento interpretativo «abbia[no] *imposto* – ed *imponga*[no] – l'esplicitazione della portata […]» (corsivi nostri). È pertanto aperto l'interrogativo in merito al livello di consapevolezza nella scelta di verbi tanto cogenti. Ancora di recente l'orientamento è ribadito da Cons. St., sez. II, 7 gennaio 2021, n. 227. Per una più approfondita rassegna sui richiami, espressi o impliciti, alle circolari e ai criteri in esse contenuti nell'attività (non solo giurisdizionale) del Consiglio di Stato, si veda C. TUCCIARELLI, cit., in part. par. 3.2.3.2.

[25] Si veda, C. cost., 24 gennaio 2012, n. 13. La Corte nega la reviviscenza della normativa previgente rispetto a quella oggetto di (parziale) abrogazione popolare: accanto a plurime altre argomentazioni, la Corte richiama le regole statali per sancire come la reviviscenza sia fatto eccezionale da prevedere in modo espresso (regola 15, lett. *d*). Interessante che il richiamo venga fatto accostandolo tali regole ai veri e propri formanti del diritto, quali la giurisprudenza (della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato) e la scienza giuridica, nonché all'argomento comparato.

[26] Cfr. nota 8.

[27] Ma non sempre: ad esempio quando, elencando le funzioni del titolo dell'atto, ne omettono, e dunque escludono, l'efficacia normativa, in ossequio al brocardo *rubrica legis non est lex.* Il problema è affrontato da TAR Puglia, sez. I, 05 giugno 2008, n. 1654.

[28] Su cui, di identico tenore, Cass. civ., sez. unite, 2 maggio 2014, nn. 9560, 9561, 9562, 9563, 9564, 9565 e 9566 nonché Cass. civ., sez. trib., 21 novembre 2014, n. 24814.

[29] Su cui Cass. pen., sez. III, 28 gennaio 2003, n. 10274.

[30] Parere reso alla Presidenza del Consiglio dei ministri e al Dipartimento per la semplificazione e la pubblica Amministrazione con Cons. St., comm. spec., 18 aprile 2017, n. 891.

[31] Parere reso all'ANAC con Cons. St., comm. spec., 31 maggio 2018, n. 1435.

[32] Di nuovo parere reso alla Presidenza del Consiglio dei ministri e al Dipartimento per la semplificazione e la pubblica Amministrazione con Cons. St., comm. spec., 18 aprile 2017, n. 891, Cons. St., atti norm., 18 settembre 2018, n. 2213 e 19 settembre 2018, n. 2221.

[33] C. Cost., 23 giugno 2014, n. 181. La Presidenza del Consiglio dei ministri, ricorrente, si doleva che il testo di legge della regione Friuli Venezia Giulia oggetto del ricorso violasse il principio di leale collaborazione, atteso che la tecnica redazionale adottata rendeva «estremamente difficoltoso anche

che su una recente pronuncia della nostra Corte di cassazione[34] e su una sentenza di scarso rilievo della Corte di giustizia[35], sulle conclusioni rese dagli avvocati generali dinnanzi a quest'ultima[36]. In particolare sono circa venti i casi in cui si fa riferimento alla guida unionale, talora insieme all'atto presupposto, ossia all'Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998.

3. Natura, struttura, stile e contenuti dei testi di tecnica legislativa

3.1 *Natura*

Molto si è discusso sulla natura, giuridica o meno, delle regole di tecnica legislativa. Per quanto riguarda le circolari statali, la dottrina prevalente reputa che esse non abbiano rilievo vincolante in termini giuridici e che il loro ambito di

comprendere l'effettiva portata di molte fra le eterogenee disposizioni contenute nella legge ai fini della impugnazione nei ristretti termini previsti». La Corte ha ritenuto la censura manifestamente inammissibile, in quanto – al di là della genericità del rilievo – la fonte è inidonea a fungere da parametro costituzionale. D'altra parte, anche laddove il rispetto delle regole di *drafting* fosse richiesto dallo statuto – sarebbe difficile immaginare che un atto dell'ufficio di presidenza del Consiglio regionale possa assurgere al rango di parametro interposto per arrivare a una dichiarazione di incostituzionalità di una legge regionale.

[34] Cass. pen., sez. IV, 15/09/2021, n. 37739, in cui il richiamo alla guida unionale serve a legittimare la ricerca degli obiettivi di una direttiva, sulla cui base sarà poi interpretata, nei *considerando* della medesima.

[35] CGUE, V sez., 16 gennaio 2013, C-439/01. Il richiamo in questo caso è solo da parte del Consiglio, che afferma come una norma sia conforme all'Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria, in termini di precisione e dunque di certezza del diritto. La Corte, pur dando ragione alla posizione espressa dal Consiglio, non ha modo di tornare su questo specifico argomento.

[36] Nella propria attività, gli avvocati generali evocano la guida unionale per richiamare la Commissione al rispetto del principio di chiarezza e di certezza del diritto (Avv. gen. Sharpston, 18 settembre 2008, C-391/07), nonché per dimostrare: che il legame tra un atto originario e un atto modificativo deriva, tra l'altro, dal fatto che il secondo dev'essere inserito nell'atto da modificare (Avv. gen. Sharpston, 11 aprile 2019, C-482/17); che un termine dovrebbe avere lo stesso significato in tutti i contesti (Avv. gen. Wahl, 5 febbraio 2015, C-80/14); che i considerando non hanno natura precettiva (Avv. gen. Sharpston, 16 aprile 2015, C-71/14) e che pertanto non possono contenere definizioni (Avv. gen. Sharpston, 19 settembre 2013, C-355/12), ma essere di ausilio per l'interpretazione (Avv. gen. Trstenjak, 13 settembre 2012, C-92/11); che la portata della distinzione tra entrata in vigore e applicazione è circoscritta (Avv. gen. Mengozzi, 6 settembre 2011, C-412/10). Significativo, per una definizione del ruolo della guida unionale, è l'intervento dell'avvocato generale Geelhoed, per il quale «[g]li obblighi reciprochi assunti dalle istituzioni per quanto riguarda la qualità redazionale della legislazione comunitaria non sono stati fissati con l'obiettivo primario di ottenere la purezza linguistica cara ai redattori dei testi normativi. Nell'ambito di una Comunità di diritto, quale l'Unione europea, che si fonda sui princìpi dello Stato di diritto, in un atto legislativo, inteso come espressione della volontà del legislatore, coesistono due aspetti. Da un lato, l'atto legislativo rappresenta uno strumento per perseguire e, se possibile, raggiungere obiettivi giustificati di pubblico interesse. D'altro lato, esso costituisce una garanzia per i diritti dei cittadini nei rapporti con la pubblica autorità. Una legislazione qualitativamente adeguata è contraddistinta dall'equilibrio tra questi due aspetti. La formulazione e la struttura di un atto legislativo devono realizzare un equilibrio accettabile tra i poteri conferiti agli organismi esecutivi e le garanzie concesse ai cittadini» (Avv. gen. Geelhoed, 5 aprile 2005, C-154/04).

applicazione sia circoscritto alle strutture deputate al *drafting* formale presso le rispettive istituzioni[37].

Dal canto suo il manuale regionale, redatto, come si è detto, da un gruppo di lavoro nell'ambito dell'Osservatorio legislativo interregionale, è di per sé privo di qualsiasi efficacia negli ordinamenti regionali e spetta alle singole regioni provvedere, se lo ritengono, al suo recepimento con proprio atto deliberativo. La stragrande maggioranza delle regioni ha provveduto ad adottarne almeno una versione[38], e quelle che non l'hanno fatto lo osservano per ampia parte in via di fatto, con una certa varietà di soluzioni. Se l'atto di adozione è quasi sempre costituito da una deliberazione[39], il soggetto che lo adotta è nella maggior parte dei casi il Consiglio regionale (nella sua composizione plenaria o nel solo Ufficio di presidenza)[40] o la Giunta regionale, sebbene non manchino casi di adozione da parte di entrambi.

La guida unionale è stata redatta – come si legge nella prefazione alla prima edizione[41] – "a norma" dell'Accordo interistituzionale con il quale il Parlamento, la Commissione e il Consiglio hanno approvato «orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della normativa comunitaria e si propone di approfondirne il contenuto e precisarne le implicazioni, commentandoli e illustrandoli con esempi». La Guida è «concepita come uno strumento destinato a chiunque partecipi alla redazione degli atti normativi più comuni» e «dovrebbe ispirare la redazione di qualsiasi tipo di atto […] affinché il cittadino europeo disponga di testi che indichino con chiarezza gli obiettivi dell'Unione europea e i mezzi impiegati per raggiungerli». Nella prefazione alla seconda

[37] Sulla natura delle Regole e raccomandazioni si veda, per tutti, R. DICKMANN, *Le nuove regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.,* n. 3/2001,729 e 730. Questo particolare profilo sfiora solo incidentalmente, e certo non esaurisce, quello assai più ampio e articolato della giustiziabilità delle regole di tecnica legislativa. A tal proposito si vedano le riflessioni di P. COSTANZO, *La lingua delle Aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua della legge,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2015, par. 8, e ID., *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione*, relazione presentata il 1° febbraio 2008, al Corso di perfezionamento sulla qualità della normazione e, in particolare, la formazione e la valutazione delle leggi dell'Università degli Studi di Firenze, disponibile in http://www.consiglio.regione.toscana.it, par. 8, e le proposte di M. CARLI, *Come garantire il rispetto delle regole sulla «buona» qualità delle leggi dello Stato,* in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, 1 e ss.

[38] Una rassegna delle adozioni, ancora *in fieri*, può essere consultata alla pagina: http://www.tecnichenormative.it/oli.htm (consultata il 20 gennaio 2022).

[39] Si discosta parzialmente da questo modello la regione Abruzzo, che prevede l'uso del manuale regionale in una sua legge (si veda art. 4, L.R. Abruzzo n. 26/2010).

[40] Esula da questo schema la regione Lazio, che ha provveduto al recepimento dei criteri regionali con determina del proprio Segretario generale.

[41] La prima edizione della Guida è stata adottata nel 2000 dai Servizi giuridici delle tre istituzioni europee e successivamente da questi aggiornata sulla base della riflessione compiuta in seno a un gruppo di riflessione in materia di tecnica legislativa, istituito nel 2010.

edizione, si chiarisce che i princìpi che vi si enunciano «costituiscono per le tre istituzioni, il riferimento per eccellenza in materia di tecnica legislativa».

A differenza della guida unionale, che qualifica tutte le indicazioni come "orientamenti" (il che rappresenta un'ulteriore riprova della loro natura non prescrittiva: ma vedi *infra* par. 3.2), le circolari statali e il manuale regionale introducono una distinzione tra "regole" e "raccomandazioni" ("suggerimenti" nel caso del manuale regionale).

Come si specifica nella nota (1) delle circolari statali, le regole non dovrebbero dare luogo ad alcuna scelta applicativa, mentre le raccomandazioni implicherebbero una qualche discrezionalità nell'applicazione da parte del redattore[42] e, in alcuni casi, l'interlocuzione con il decisore politico.

In realtà, tale distinzione non è sempre chiara e netta, tanto che se ne è auspicato il superamento[43]. Molte regole (come quelle dei par. 5 e 6, concernenti numerazione e rubricazione rispettivamente degli articoli e degli articoli aggiuntivi) difficilmente si prestano a subire deroghe, pena addirittura l'incomunicabilità del messaggio legislativo tra i due rami del Parlamento. Altre regole, al pari delle raccomandazioni, cedono non di rado di fronte alle istanze della politica e all'urgenza[44] (per fare qualche esempio, si possono citare la regola *sub* par. 2, lett. *a)*, relativa all'omogeneità dell'atto legislativo e delle sue partizioni, o la regola *sub* par. 3, lett. *e),* concernente il divieto di modifiche frammentarie ad atti non aventi forza di legge), o di fronte a usi consolidati (è il caso dell'espressione «e/o»[45], dell'uso di «ultimo» e «penultimo» con riguardo ai commi non numerati, e dell'utilizzo dell'espressione di «articoli ... e seguenti»)[46].

Ciò nonostante, la distinzione, seppure dagli effetti pratici abbastanza limitati, ha probabilmente facilitato l'elaborazione di un testo condiviso tra i tre organi costituzionali e reso più agevole l'osservanza dei precetti in esso contenuti.

Va, infine, rilevato che, a volte, non sono solo le istanze politiche a impedire l'applicazione di alcune indicazioni (siano esse regole o raccomandazioni), ma la valutazione dello stesso redattore che è chiamato ad applicarle nel caso concreto, secondo prudente esperienza. Ciò a conferma che il *drafting* – come autorevolmente sostenuto – non è tanto qualificabile come sapere scientifico

[42] R. PAGANO, *Introduzione alla legistica*, cit., 131.

[43] In quanto «inutile, attesa la non vincolatività giuridica dei compendi di regole di *drafting* in esame»: R. DICKMANN*, Le nuove «regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi»*, cit., 733.

[44] B. G. MATTARELLA, *La debolezza della tecnica legislativa,* in *G. dir. amm.,* n. 8/2006, 928.

[45] Par. 4, lett. *f)*.

[46] Par. 12, lett. *h*) e *i*).

(*episteme*), o come mera tecnica (*techne*), ma come sapere utile alla scelta (*phronesis*)[47] .

Nel caso del manuale regionale, la distinzione tra regole e suggerimenti, pur presente nel titolo, non è rinvenibile in modo esplicito all'interno del testo: tuttavia l'ultimo allegato (Allegato C) è dedicato alle indicazioni che «prescrivono soluzioni tecnicamente obbligate e sono prive di risvolti politici», e che pertanto dovrebbero essere sottratte alla dialettica amministrazione-politica, in quanto «esprimono piuttosto dei minimi *standard* comunicativi, di per sé neutrali». Non sembra tuttavia plausibile attribuire solo alle prescrizioni contenute nell'Allegato C la natura di regole e considerare le indicazioni contenute nel resto del manuale come suggerimenti né immaginare che solo le prime possano essere applicate d'ufficio, richiedendo le seconde sempre una interlocuzione con il titolare dell'iniziativa legislativa.

3.2 Struttura

Le Regole e raccomandazioni statali si articolano in quindici paragrafi rubricati suddivisi in lettere non rubricate, in alcuni casi suddivise in numeri (per un totale di settantacinque indicazioni). Come si evince dalla tabella sottostante[48], presentano un numero di periodi inferiore alla metà e un numero di parole di poco superiore alla metà rispetto agli altri testi.

Alla struttura più semplice non corrisponde sempre una trattazione secondo un ordine logico-razionale degli argomenti: a titolo di esempio sarebbe stato preferibile accorpare il par. 3 (rapporti tra atti normativi) ai par. 9, 10, 11 e 12 (novelle e riferimenti interni ed esterni).

Inoltre, la distinzione tra regole e raccomandazioni impedisce in alcuni casi una trattazione unitaria della stessa fattispecie e disperde le informazioni utili per il redattore: ad esempio l'utilizzo di termini stranieri è trattato nel par. 4, lett. *m)* e *n)*; nelle successive lettere si affrontano altre questioni terminologiche, salvo ritornare sul tema dei forestierismi nelle raccomandazioni, al terzo paragrafo; peraltro, la differenza tra le due regole e la raccomandazione sui forestierismi è abbastanza sfumata e riconducibile all'uso del verbo «è evitato» per le prime ed «è opportuno» per le seconde.

[47] Sul tema H. XANTHAKI, *Drafting Legislation. Art and Technology of Rules for Regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2014, 13 e ss.

[48] I cui risultati sono volutamente arrotondati alle decine (periodi) o alle centinaia (parole).

Testo di tecnica legislativa	N. periodi	N. parole
Statale	250	7300
Regionale	900	12600
Unionale	570	13000

Il manuale regionale si apre con un preambolo (recante i princìpi generali) e si articola in cinque parti (linguaggio normativo, scrittura dei testi normativi, struttura dell'atto normativo, riferimenti o rinvii e modifiche) per un totale di novantatre paragrafi, tre allegati e due appendici. I paragrafi sono rubricati e quasi tutti suddivisi in «commi» (per un totale di duecentocinquantasette indicazioni). Gli allegati forniscono un utile formulario che esemplifica le regole: l'allegato A reca le forme di citazione (degli atti normativi, di parti di atti normativi e delle pubblicazioni ufficiali), l'allegato B le formule per le modifiche testuali e l'allegato C le regole applicabili d'ufficio. L'appendice «Esempi e spiegazioni per l'applicazione delle regole» aggiunge ulteriori elementi informativi ed esemplificativi, che consentono di massimizzare la concretezza e, auspicabilmente, l'efficacia delle indicazioni. La ragione è ancora una volta da rinvenirsi nella pluralità dei destinatari (le regioni), portatori di prassi differenti: una chiara esemplificazione può essere d'aiuto per una corretta applicazione delle indicazioni proposte. Infine, l'appendice sull'«impiego di strumenti informatici per il controllo della qualità linguistica del testo normativo» mette in luce quali sono gli errori più facilmente identificabili con l'ausilio delle nuove tecnologie.

La guida unionale è suddivisa in cinque parti rubricate (princìpi generali, parti dell'atto, riferimenti interni ed esterni, atti modificativi, disposizioni finali, clausole di abrogazione e allegati), precedute da un preambolo e suddivise in orientamenti ((a loro volta suddivisi in paragrafi (centocinquantasette) e sottoparagrafi (per un totale di duecentoventicinque indicazioni)). Gli orientamenti non presentano rubriche, ma un sommario che sintetizza in modo chiaro ed efficace il contenuto del testo.

Nonostante la maggiore vicinanza in termini di struttura e di dimensioni, la differenza di approccio tra i due testi (regionale e unionale) emerge con chiarezza confrontando le rubriche delle rispettive partizioni interne. Entrambi i testi si aprono con rubriche dal tono eminentemente giuridico[49], ma poi la guida unionale mantiene tale impostazione, disegnando una sorta di «atto tipo» che significativamente si chiude con la disciplina degli allegati. Il manuale regionale, invece, dopo il preambolo, detta una disciplina più trasversale, con

[49] A titolo esemplificativo il *préambule* apre la *Constitution* francese del 1958 e il *preamble* la *Constitution* degli Stati Uniti d'America del 1787. I princìpi «fondamentali», com'è noto, aprono la nostra Costituzione.

molte indicazioni anche sul linguaggio normativo e sulle modalità di scrittura dei testi normativi.

Regole regionali
Preambolo
Linguaggio normativo
Scrittura dei testi normativi
Struttura dell'atto normativo
Riferimenti (o rinvii)
Modifiche

Regole unionali
Princìpi generali
Le parti dell'atto
Riferimenti interni ed esterni
Atti modificativi
Disposizioni finali, clausole di abrogazione e allegati

3.3 *Stile*

Anche lo stile dei tre testi diverge. Le circolari statali si connotano per uno stile sobrio, asciutto, "tacitiano"[50], ma al tempo stesso "alto" (con ampio uso di forme ipotattiche, termini ricercati, avverbi poco usati nel linguaggio comune), che sembra rivolgersi ai soli "addetti ai lavori", e cioè alle burocrazie parlamentari e ministeriali.

Il manuale regionale, pur essendo esplicitamente rivolto agli operatori del diritto, si avvantaggia dell'apporto multidisciplinare di giuristi e linguisti ed è improntato a uno stile più discorsivo e comunicativo[51] – almeno nell'ultima edizione – recependo i princìpi di semplicità e chiarezza mutuati dal movimento del *plain language* e le più avanzate elaborazioni in tema di democraticità del linguaggio anche del diritto[52]. A differenza delle circolari statali, che si avvalgono di espressioni impersonali quali "è evitato" "è opportuno" per dettare le regole e le raccomandazioni, il manuale regionale fa ricorso all'infinito, tranne che nel preambolo dedicato ai princìpi dove utilizza l'indicativo.

Lo stile redazionale della guida unionale potrebbe essere definito "pedagogico": mentre gli altri due testi si limitano a indicare *come* una determinata disposizione deve essere redatta, la Guida si preoccupa anche di esplicitare *perché* essa deve essere redatta in un certo modo[53], oppure si diffonde,

[50] Così V. DI PORTO, *Le regole per la redazione dei testi normativi statali,* in R. LIBERTINI (a cura di), cit., 22.

[51] C. PARADISO, *Il manuale regionale unificato. Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi,* in R. LIBERTINI (a cura di), cit., 38.

[52] Su questo aspetto si vedano le fondamentali osservazioni di T. DE MAURO, *Obscura lex, sed lex?, Riflettendo sul linguaggio giuridico*, in G.L. BECCARIA, C. MARELLI (a cura di), *La parola al testo. Scritti per Bice Mortara Garavelli,* dell'Orso, Alessandria, 2002, 147-160. Cfr., anche, *ex multis,* F. SABATINI, *Il linguaggio normativo come uso prototipico della lingua,* in *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia*, Senato della Repubblica, Roma, 2017, 113 e ss.

[53] Si vedano a titolo esemplificativo i par. 14.3 e 14.4:

sfiorando la prolissità, su un determinato aspetto o concetto[54]. Nel testo, scritto all'indicativo presente, si fa largo uso di verbi servili quali "dovere" e potere" (che invece non compaiono mai negli altri due testi), per esprimere la diversa forza delle indicazioni fornite, recuperando in tal modo l'assenza di distinzione tra regole e raccomandazioni (o suggerimenti).

3.4 *Contenuti*

Le circolari statali presentano un contenuto più circoscritto rispetto agli altri due testi e ciò potrebbe dipendere dal fatto che hanno rappresentato il primo tentativo[55] di individuare un *corpus* comune a più istituzioni di criteri, da fissare per iscritto, riconducendo a unità e omogeneità la molteplicità delle prassi e degli usi in materia di tecnica legislativa, tradizionalmente seguiti dal Governo e dalle Camere nell'attività di redazione e di revisione e di controllo formale dei progetti di legge, criteri che erano stati sino ad allora oggetto di *traditio verbis*[56].

Le buone pratiche consolidatesi nei quindici anni di applicazione hanno consentito, nel 2001, di aggiornare[57] l'originaria versione del 1986 con «un

«14.3. Tutti gli elementi normativi devono trovarsi nelle disposizioni normative. Nell'esempio di cui al punto 14.2.1, l'estensore avrebbe dovuto inserire la frase al posto giusto in uno degli altri articoli («Lo Stato membro, qualora riceva un esposto che a suo parere non sia manifestamente infondato …») aggiungendo, come secondo comma, la frase «L'identità della persona …».

14.4. La necessità di evitare l'inserimento di elementi normativi autonomi nelle definizioni non risponde solo a considerazioni di rigore sistematico. Tale inserimento determina infatti il rischio che il lettore, non trovando riuniti in una stessa parte del testo tutti gli elementi normativi, ne trascuri taluni in sede d'interpretazione».

[54] Si veda a titolo esemplificativo l'orient. 6.2: «La coerenza terminologica implica che i medesimi concetti siano espressi con i medesimi termini e che termini identici non siano usati per esprimere concetti diversi. Essa mira a eliminare ambiguità, contraddizioni o dubbi riguardo al significato dei termini impiegati. Ogni termine deve quindi essere usato in modo uniforme se indica uno stesso concetto mentre deve essere scelto un termine diverso quando si intende esprimere un concetto differente». Sostanzialmente i periodi successivi ripetono il medesimo concetto espresso nel primo periodo.

[55] Se si escludono talune iniziative circoscritte ad una sola regione: il primo passo significativo è stato compiuto dalla Regione Toscana nel 1984 con il documento *Suggerimenti per la redazione dei testi normativi*, a cui hanno fatto seguito, con limitate differenze, *Indicazioni per la redazione dei testi normativi* (Lazio, 1984), *Suggerimenti per la redazione dei testi normativi* (Valle d'Aosta, 1985), *Tecnica di redazione dei testi normativi* (Emilia Romagna, 1985), *Regole e criteri per la redazione di testi normativi* (Lombardia, 1986), *Regole e raccomandazioni di tecnica legislativa* (Umbria, 1986). I testi sono raccolti in R. PAGANO (a cura di), *Normative europee sulla tecnica legislativa. Volume 1: introduzioni, normativa italiana statale e regionale,* Camera dei Deputati, Roma, 1988, 255 e ss.

[56] Sul contributo parlamentare alla qualità della legislazione si rinvia ai saggi raccolti in G. RECCHIA e R. DICKMANN (a cura di), *Istruttoria parlamentare e qualità della normazione*, CEDAM, Padova, 2002; U. ZAMPETTI, *Tecniche legislative e procedure parlamentari*, in *Rass. parl.*, 1988, 163; P. ZUDDAS, *Amministrazioni parlamentari e procedimento legislativo*, cit.

[57] Di "aggiornamento" e "revisione" parla anche V. DI CIOLO, A. ARISTA, L. CIAURRO, T.E. FROSINI, A. SANDOMENICO (a cura di), *Relazione della Commissione di studio sulle tecniche di redazione dei testi normativi nominata con decreto del Ministro per i rapporti col Parlamento in data 7 aprile 2000,*

salto di qualità»[58] – consistente nella trasformazione di alcune originarie raccomandazioni in regole[59], nell'inserimento di alcuni criteri che vanno oltre gli aspetti meramente redazionali per investire problemi di natura sostanziale[60], nell'introduzione di una regola *ad hoc* per le disposizioni recanti deleghe legislative, in virtù del sempre più frequente ricorso a tale fonte di produzione normativa – ma senza mettere in discussione l'impianto originale.

Il manuale regionale, pur sovrapponendosi per molti aspetti alle circolari statali, ha un contenuto più ricco e una struttura più articolata e detta una disciplina minuziosa, configurandosi, in alcuni casi, quasi come un «codice di grammatica» (è il caso del par. 27, che prescrive analiticamente le funzioni della punteggiatura, oppure del par. 9.1, che ricorda che «la congiunzione "e" è riservata alle relazioni congiuntive, cioè quelle in cui la fattispecie si realizza quando tutti gli elementi correlati si avverano»).

Inoltre, il manuale copre un ambito più esteso[61], ricomprendendo tutti i testi normativi e non solo gli atti legislativi, il che è giustificato dal fatto che la prima edizione è antecedente alla riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione e pertanto sconta una competenza legislativa regionale limitata.

Ma è ovviamente la guida unionale a discostarsi maggiormente dagli altri due testi, che traggono ispirazione da un contesto giuridico e culturale comune. Le differenze ordinamentali e nei destinatari imprimono infatti alle regole di *drafting* dell'Unione europea una direzione propria, che tiene conto del peculiare ambito sovranazionale. Di qui, ad esempio, una minore attenzione alla scrittura del testo sotto il profilo grammaticale e sintattico, la scelta di non affrontare profili suscettibili di tecniche redazionali peculiari e divergenti negli Stati membri, preferendo piuttosto enunciare princìpi generali cui il redattore deve ispirarsi declinandoli però nello specifico contesto nazionale. Inoltre, nonostante la Guida abbia a oggetto la «redazione dei testi legislativi dell'Unione europea», come indicato espressamente nel titolo, alcuni orientamenti si

in *Iter legis,* cit., 21. Ciò pone il problema, per vero solo teorico, dell'effettivo superamento o meno della circolare del 1986. La questione è sollevata da M. CECCATO, *Tecnica legislativa: le nuove regole statali e le regole interregionali,* in *Iter legis,* n. 1/2001, 9.

[58] F. COCCO, C. DECARO, *Regole per l'istruttoria legislativa e la redazione tecnica dei testi in Parlamento,* in *Iter legis,* n. 1/1998, 339. Tra le ragioni che inducono a una nuova edizione della circolare quelle del mutato contesto istituzionale, con lo spostamento del baricentro della normazione dal Parlamento ad altri soggetti (al Governo, con grandi leggi di delega e con un massiccio ricorso ai decreti legge, e alle regioni con un aumento della loro potestà legislativa).

[59] È quanto avvenuto in tema di formulazione dei titoli, di coerenza tra titolo e contenuto dell'atto, di abrogazioni e di novelle, di uniformità nella citazione di concetti ed istituti identici.

[60] È il caso del divieto di disposizioni intruse, del problema della modifica parziale di atti di fonte secondaria operata con atti aventi forza di legge, dell'omogeneità degli articoli e dei commi.

[61] Va tuttavia notato che anche le circolari statali prevedono la possibilità di una loro applicazione, con gli opportuni adattamenti, a tutti gli atti normativi di competenza statale comunque denominati (vedi nota (1), secondo periodo, delle circolari stesse).

riferiscono esplicitamente ai soli "atti non vincolanti": la discrasia potrebbe essere giustificata, ancora una volta, dalle peculiari caratteristiche del sistema delle fonti europee e dall'importanza assunta, in ambito unionale, dagli atti di cosiddetta *soft law*.

4. La comparazione dei testi, alla ricerca di spunti per il loro ravvicinamento

4.1 *Princìpi*

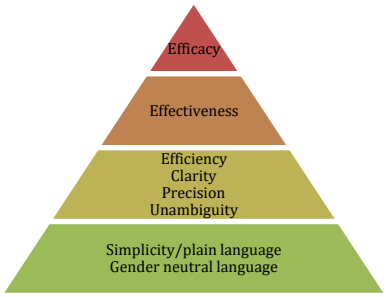
Le circolari statali non dedicano un preambolo o un paragrafo specifico ai principi cui il redattore dovrebbe ispirarsi nella redazione e revisione dei testi legislativi; purtuttavia alcuni principi si rinvengono nel par. 2, lett. *a)* e *b)*, dove si richiamano, rispettivamente, l'omogeneità dell'atto legislativo e delle sue partizioni interne, nonché i princìpi di semplicità e di precisione, e si invita a evitare qualsiasi ambiguità semantica e sintattica.

Il manuale regionale (nella terza edizione) e la guida unionale dedicano invece una specifica attenzione a quel profilo, enunciando alcuni princìpi in apertura del testo sotto una specifica partizione: il manuale regionale individua i princìpi di chiarezza, precisione, uniformità, semplicità ed economia (par. 1); la guida unionale quelli di chiarezza, semplicità e precisione (orient. 1.1). In realtà altri princìpi ispiratori si rinvengono anche nelle successive parti dei due testi: ad esempio, la non ambiguità (par. 1.3 del manuale regionale; orient. 3 e 5.2 della guida unionale); l'omogeneità dell'atto normativo e delle sue partizioni (par. 54 del manuale regionale, orient. 4.2 della guida unionale), rispetto agli altri atti (orient. 4.3 della guida unionale) e con riguardo ai singoli termini (par. 18 del manuale regionale, orient. 6 della guida unionale); il linguaggio non discriminatorio e di genere (par. 14 del manuale regionale).

Entrambi i testi riconoscono che alcuni di questi princìpi sono suscettibili di entrare in conflitto tra loro e richiedono una ponderazione o un bilanciamento nel caso concreto, privilegiando quello che appare più adeguato a regolare il caso specifico (così il manuale regionale, al par. 1.7, relativamente a tutti i princìpi, mentre la guida unionale appunta la sua attenzione sui princìpi di semplicità e comprensibilità e sul loro bilanciamento a seconda del destinatario della norma: orient. 1.4). Il risultato di questo bilanciamento sembra precostituito, almeno in un caso, dalla Guida stessa, là dove afferma (orient. 5.3) che l'impiego di termini giuridici legali, troppo intimamente legati a una determinata lingua o ordinamento, può comportare difficoltà di traduzione o di redazione nelle altre lingue dell'ordinamento, con conseguenti ricadute sul piano attuativo in fase discendente (in caso di direttive) e di interpretazione. L'invito a individuare termini non ancorati a uno specifico ordinamento rischia tuttavia di privilegiare formulazioni prive di collegamento con le tradizioni giuridiche

dei singoli Stati[62]. Da questo punto di vista, sembra che si voglia avere maggior riguardo ai destinatari ultimi della legislazione che agli operatori del diritto[63].

In una prospettiva di revisione/aggiornamento delle regole, può essere interessante verificare la possibilità di tenere conto della «piramide delle virtù» ideata dalla studiosa Helen Xanthaki[64], in cui vengono individuati, in gerarchia, quattro ordini di "*principles*" o "*goals*" che dovrebbero ispirare la redazione delle leggi.



[62] Per le quali pure non manca un richiamo all'art. 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Sul tema G. ROSSOLILLO, *Linguaggio giuridico e natura dell'Unione europea,* in *Jus civile,* n.2/2018, 106 e ss., la quale mette anche in luce la centralità dell'interpretazione teleologica, proprio per ovviare alle problematiche legate al multilinguismo e alle difficoltà che deriverebbero da una preferenza per l'interpretazione letterale, come invece fa l'art. 12 delle preleggi al codice civile. Tuttavia, ricorda ancora l'A., le considerazioni svolte investono direttamente gli ordinamenti interni, alla luce del fatto che i criteri interpretativi unionali si estendono anche agli atti nazionali che vi danno attuazione, e i giudici sono chiamati a cooperare tra loro.

[63] Dello stesso avviso G. SALBERINI, *La Guida pratica per la qualità redazionale dei testi normativi U.E.,* in *Iter legis,* n. 1/2001, 69, per cui il contesto multiculturale e multilinguistico è la ragione della scelta di un'espressione il più possibile mirata ai destinatari del messaggio legislativo.

[64] Diverse le sue opere sul tema. Su tutte si veda C. STEFANOU, H. XANTHAKI (eds.), *Drafting legislation. A modern approach,* Routledge, Londra-New York, 2008 e H. XANTHAKI, *Drafting legislation. Art and technology of rules for regulation,* Hart Publishing, Oregon, 2014. Nella letteratura italiana G. A. PENNISI, H. XANTHAKI, "Legislative drafting" *e linguaggio: ipotesi di semplificazione del testo normativo,* in *Stud. parl. pol. cost.,* n.185-186/2014, 41 e ss. Si veda anche E. ALBANESI, [Recensione al volume] Helen Xanthaki, *Drafting legislation. Art and technology of rules for regulation,* in *Rass. parl.,* 2/2015, 56 e ss.

I primi tre – efficacia (*efficacy*), "effettività" (*effectiveness*)[65] ed efficienza (*efficiency*)[66] – non trovano riscontro nei testi presi in esame, ma sembrano attenere piuttosto a profili di *drafting* sostanziale e a strumenti quali l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), intesa come mezzo per garantire un maggior livello di qualità delle regole in vista di un più efficace ed efficiente conseguimento degli obiettivi posti dal legislatore: ciò a ulteriore conferma del fatto che il *drafting* formale, il *drafting* sostanziale (e più in generale gli strumenti di *better regulation*) non sono che «due facce della stessa medaglia»[67].

Gli altri (*clarity*, *precision*, *unambiguity*, *simplicity*, *plain language*, *gender neutral language*) si sovrappongono in larga parte ai princìpi presenti nei testi al nostro esame e si situano al confine tra aspetti linguistici e profili giuridici.

La gerarchia disegnata da Xanthaki è sicuramente utile come indirizzo tendenziale, sia per affrontare e cercare di risolvere possibili antinomie tra i differenti princìpi individuati nei testi di tecnica legislativa in esame, scegliendo la soluzione più conforme a quello sovraordinato, sia per comprendere fino a che punto i princìpi sovraordinati siano declinabili, ad opera del redattore delle leggi, in quelli sotto ordinati.

Va tuttavia evidenziato come, nell'ambito della redazione dei testi legislativi, l'efficacia, l'effettività e l'efficienza più che princìpi possono rappresentare, nella migliore delle ipotesi, finalità verso cui indirizzare la legislazione e che, per quanto riguarda i princìpi di tecnica legislativa veri e propri, le difficoltà maggiori – come già evidenziato in precedenza - si hanno nel tenere insieme chiarezza e precisione. I due princìpi sembrano infatti destinati a confliggere, poiché a una maggior precisione e a un maggiore rigore (terminologico e tecnico) corrisponde non di rado una perdita di chiarezza e, a sua volta, una

[65] Per raggiungere questo obiettivo, l'atto dev'essere in grado di (1) prevedere i principali risultati attesi e utilizzarli nel processo di elaborazione e formulazione, (2) dichiarare chiaramente obiettivi e scopi, (3) prevedere mezzi e misure di esecuzione necessari e appropriati e (4) essere il frutto di una valutazione coerente e tempestiva dell'impatto atteso. La differenza tra *efficacy* e *effectiveness* consisterebbe nel fatto che quest'ultima avrebbe ad oggetto la legge e non la politica pubblica che con la legge si intenderebbe perseguire: H. XANTHAKI, *On transferability of legislative solutions: the functionality test,* in C. STEFANOU, H. XANTHAKI (eds.), cit. L'A. mette altresì in luce come l'*effectiveness*, più che l'*efficacy*, sia nel dominio del *drafter*. Sulla base di ciò si può notare come la traduzione di *effectiveness* in "effettività" si discosti dalla definizione che di questo principio si dà nel nostro ordinamento, nel quale ci si riferisce esclusivamente al fatto che il testo legislativo non resti lettera morta e produca concretamente effetti (aspetto più intimamente dipendente da fattori sociali). Secondo l'intenzione dell'A. l'accento è posto sulla capacità dell'atto di essere dotato di strumenti idonei a prevedere e valutare il suo impatto.

[66] R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione,* in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana,* Firenze University Press, Firenze, 2017, 445 e ss.

[67] F. FOSCHINI, *Brevi cenni di riflessione sul* drafting *formale e sul* drafting *sostanziale. Analisi di due facce della stessa medaglia,* in *Tigor: riv. sc. com. arg. giur.,* n. 1/2013. Più diffusamente C. MEOLI, *A che punto è la semplificazione?* in *Forum di Quad. cost.*, 2007.

maggiore chiarezza rende a volte il testo meno preciso[68]. Sono molte le considerazioni che possono essere svolte al riguardo, ma la soluzione sembra poter essere affrontata solo caso per caso.

Ad ogni modo non pare superfluo sottolineare come, al fine di assicurare una maggiore chiarezza dal testo della legge, si possano approntare, anche grazie alle nuove tecnologie, strumenti divulgativi ed esplicativi idonei ad accompagnare il destinatario, mentre laddove una legge mancasse di precisione sconterebbe un «peccato originale» risolvibile solamente in via pretoria e dunque soltanto all'esito di una attività di interpretazione affidata agli operatori del diritto[69].

4.2 *Struttura dell'atto normativo e sistematica delle disposizioni*

Nessuno dei tre testi si preoccupa di declinare la «nozione costituzionale di articolo»[70], limitandosi ad auspicare «un numero limitato di commi» (raccomandazione *sub* par. 2 delle circolari statali)[71], o a richiedere di «formulare articoli brevi» (par. 47 del manuale regionale) oppure a prevedere che «gli

[68] Il difficile connubio tra precisione e chiarezza nei testi legislativi è stato rilevato sia dai giuristi che dai linguisti. Per i primi si veda M. AINIS, *Linguisti e giuristi per il miglioramento del linguaggio normativo,* in *Parlamenti regionali*, n. 12/2005, 68 e ss.; mentre per i secondi F. SABATINI, *Analisi del linguaggio giuridico,* in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi. 1988-1989,* CEDAM, Padova, 694 e ss. e B. MORTARA GARAVELLI, *Rigore specialistico e chiarezza del linguaggio*, in in *Parlamenti regionali*, n. 12/2005, 149 e ss. Riconosce la cedevolezza della chiarezza di fronte alle necessità della precisione G. PASTORE, *Il valore delle regole di tecnica legislativa nel discorso del legislatore,* in *Tigor: riv. sc. com. arg. giur.,* n. 1/2009, 15 e ss.

[69] Alcuni Autori distinguono tra *simplification strategies* ed *easification strategies*. Le prime si propongono di affiancare alla versione ufficiale una versione semplificata con finalità meramente informativa e divulgativa; le seconde, invece, mirano ad applicare gli strumenti di analisi, messi a disposizione dalla linguistica applicata, dei processi mentali che ciascun soggetto mette in moto per dare un significato alle informazioni che riceve (*cognitive structures*) per individuare potenziali difficoltà interpretative delle disposizioni normative e risolverle, in modo da renderle chiare, semplici nella loro costruzione linguistica, e allo stesso tempo precise e univoche: «le proposizioni rimarrebbero comunque imperative e altamente specifiche, atte a svolgere la medesima funzione legislativa»: Così V. K. BHATIA, *Drafting Legislative Provisions: Challenges and Opportunities*, in *The Loophole – Journal of the Commonwealth Association of Legislative Counsel*, n. 3/2010, 5 e ss; G. A. PENNISI, H. XANTHAKI, "Legislative drafting" *e linguaggio: ipotesi di semplificazione del testo normativo,* in *Studi parlamentari e di politica costituzionale,* n. 185-186/2014, 41 e ss. Scetticismo per il ricorso a spiegazioni divulgative da affiancare ai testi legislativi (*simplification strategies*), che spostano l'onere dell'accessibilità del testo dalla redazione della legge (ambito legislativo) a quello della sua comunicazione (ambito amministrativo) è manifestato da M. A. CORTELAZZO, *Il linguaggio amministrativo. Principi e pratiche di modernizzazione*, Carocci Editore, Roma, 2021, 87 e ss.

[70] Su cui, diffusamente, N. LUPO, *Tecnica e politica della legislazione nelle circolari sulla redazione degli atti normativi,* in *Quad. reg.,* n. 1/2004, 113 e N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, CEDAM, Padova, 2010.

[71] Solo la già citata «Guida alla redazione dei testi normativi» predisposta dal DAGL della Presidenza del Consiglio sembra porsi concretamente il problema della lunghezza degli articoli, affermando (par. 2.3) che «[o]rientativamente, è eccessivo un numero di commi eccedente 10».

articoli, soprattutto nella fase iniziale di elaborazione degli atti, non dovrebbero avere una struttura troppo complessa» (orient. 4.5.2 della guida unionale).

Ciò merita di essere segnalato, almeno per quanto riguarda l'ambito nazionale in quanto, tra le disposizioni costituzionali rilevanti per la tecnica legislativa vi è quella dell'articolo 72, primo comma, in base alla quale l'approvazione di ogni disegno di legge avviene «articolo per articolo»: di questa previsione potrebbero giovarsi le circolari statali per censurare, in base a una interpretazione "costituzionalmente orientata", la pratica, ormai diffusissima, di trasformare, nel corso dell'esame parlamentare, i distinti articoli di un atto legislativo in altrettanti commi di un unico articolo, sulla cui approvazione è posta la questione di fiducia, con finalità antiostruzionistiche[72].

Un profilo altrettanto importante, e del pari frequentemente eluso, è quello dell'omogeneità: sia le circolari statali (par. 2, lett. *a)*) che il manuale regionale (par. 54) si preoccupano di stabilire che l'atto deve disciplinare materia omogenea (vietando così le c.d. norme intruse) e che la ripartizione della materia all'interno dell'atto deve essere operata assicurando il carattere omogeneo di ciascuna partizione (articoli e, nel caso delle circolari statali, anche commi). Tuttavia, il manuale regionale apre all'ipotesi di disposizioni estravaganti, richiedendo in tal caso che siano contenute in un apposito articolo e di esse si faccia menzione nel titolo dell'atto.

Complessa si presenta anche la questione della sistematica delle disposizioni, ossia l'ordine con cui esse devono comparire all'interno dell'atto legislativo. La complessità deriva innanzitutto dalla varietà degli atti legislativi, che possono presentare dimensioni e oggetto estremamente circoscritti o una struttura e contenuti molto articolati e complessi.

Nel primo caso, i profili problematici sono limitati e possono valere, come criteri tendenziali, quelli offerti da Pagano: «ciò che è generale precede il particolare, l'importante precede il meno importante, la disposizione sostanziale precede quella procedurale, la regola generale precede la deroga o eccezione e l'obbligo precede la sanzione»[73].

Quando ci si trova di fronte a leggi del secondo tipo, il problema di una corretta organizzazione del testo si fa più avvertito. Sia le circolari statali (raccomandazione *sub* par. 2) che il manuale regionale (par. 55) dettano una disciplina piuttosto analitica rispetto alle leggi contenenti una disciplina organica, prefigurando la stessa sequenza: parte introduttiva (disposizioni generali, finalità dell'atto e princìpi generali, ambito di operatività, definizioni); parte principale (disposizioni sostanziali e procedurali, sanzionatorie e finanziarie); parte

[72] Addirittura di «indecorosa e spudorata frode alla Costituzione, avallata dalla compiacenza dei presidenti delle due camere» parla G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998, 139 e ss.

[73] R. PAGANO, *Introduzione alla legistica*, cit., 78.

finale (disposizioni relative all'attuazione, di coordinamento normativo, abrogative e transitorie). Anche la guida unionale delinea una struttura simile (orient. 15), dedicando, comprensibilmente, una particolare attenzione alle modalità di redazione delle disposizioni relative all'ambito di applicazione e alle definizioni (orient. 13 e 14).

Vale la pena sottolineare l'importanza che le indicazioni relative alla organizzazione del testo siano rispettate dal redattore sin dall'inizio, in sede di stesura della proposta di legge, perché diventa estremamente difficile correggere un'impostazione non consequenziale e logica del testo *a posteriori,* nel corso dell'esame parlamentare[74], che anzi, spesso, comporta l'introduzione di ulteriori elementi di complessità.

Una differenza, anche se non sostanziale, tra i tre testi si registra in merito alle disposizioni recanti le finalità dell'atto e i suoi princìpi generali. Le circolari statali e il manuale regionale ne ammettono l'inserimento (a condizione che non abbiano carattere meramente programmatico o siano semplici dichiarazioni di intenti[75]) nella parte introduttiva dell'articolato, ritenendo che esse possano facilitare l'interpretazione. La guida unionale tace sul punto specifico, prevedendo soltanto che l'articolato di un atto vincolante non contenga disposizioni prive di carattere normativo, come auspici o dichiarazioni politiche (orient. 12).

Tornando alla strutturazione del documento normativo, tutti e tre gli atti prevedono una separazione tra la parte testuale e altri elementi, genericamente definiti allegati.

Se per alcuni di questi elementi (tabelle, elenchi, grafici) la collocazione in calce al testo sembra ovvia o comunque semplice, per altri – idonei ad assumere la stessa forma dell'articolato – essa può apparire meno intuitiva. È rispetto a quest'ultima evenienza che vengono in soccorso le indicazioni del manuale regionale e della guida unionale prevedendo che siano collocate in allegato «prescrizioni tecniche lunghe e dettagliate che altrimenti appesantirebbero il testo degli articoli» (par. 50.1 del manuale regionale); ovvero che l'elemento sia «distacca[to] dall'articolato, a causa [del suo] carattere tecnico, della [sua] lunghezza» (orient. 22.1 della guida unionale) o per «motivi di ordine pratico» (orient. 22.2).

Le circolari statali non individuano un criterio e non operano una distinzione (anche solo di *nomen*) per distinguere tra i diversi tipi di documenti

[74] A tal proposito si suole distinguere tra l'efficacia che le regole hanno nella fase preparlamentare e nella fase parlamentare: R. PAGANO (a cura di), *Le direttive di tecnica legislativa in Europa,* cit., LI.

[75] Poiché «[l]'ingresso di parole augurali ottative programmatiche, soffuse di stati d'animo e desideri, all'interno di leggi ordinarie, ne corrompe la precisione tecnica, e ne promuove letture emozionali e arbitrarie», posto che «la serietà della legge si consegna al nudo tenore del linguaggio». Così N. IRTI, *I cancelli delle parole,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 37 e 38.

mentre una previsione sul punto sarebbe opportuna in considerazione delle diverse caratteristiche di fondo: da un lato vi sono allegati che hanno carattere autonomo e spesso presupposto rispetto all'atto che li contempla e non sono suscettibili di modifiche in sede di esame parlamentare (accordi internazionali; intese con le confessioni religiose); dall'altro vi sono allegati che sono addirittura frutto dell'esame parlamentare (come quello contenente le modifiche approvate dalle Camere in sede di conversione di un decreto-legge, o le tabelle e gli elenchi introdotti con emendamenti) o suscettibili di modifica all'esito dell'esame parlamentare (come l'elenco delle direttive in calce alla legge di delegazione europea).

4.3. *Linguaggio normativo e scrittura del testo*

Il manuale regionale sembra avvantaggiarsi dell'apporto fornito dai linguisti per disciplinare in modo estremamente analitico (a volte quasi pedante) lo stile, il lessico e la sintassi da utilizzare nella scrittura dei testi normativi.

Molte indicazioni non si rinvengono negli altri testi: per fare solo qualche esempio, il ricorso a periodi brevi e chiari, da costruire utilizzando un contenuto numero di proposizioni subordinate ed evitando gli incisi (par. 2); l'uso di uno stile essenziale, scevro da elementi non indispensabili (par. 3); l'utilizzo delle congiunzioni condizionali (par. 10) e dei segni di interpunzione (par. 28); la funzione della punteggiatura (par. 27); le modalità di scrittura dei numeri e delle unità di misura (par. 29 e 31).

Un ulteriore elemento di distinzione rispetto agli altri due documenti concerne i tempi e i modi verbali da utilizzare nei testi legislativi: pur essendo scontata la preferenza per l'indicativo presente[76], il manuale regionale (par. 4.1) ammette espressamente l'uso di altri tempi e modi verbali, seppure circoscritti ai casi in cui «è grammaticalmente impossibile usare l'indicativo presente». Le circolari statali e la guida unionale escludono in maniera espressa il congiuntivo[77] (regole statali) e il futuro (regole statali e unionali).

A ciò si aggiunge l'indicazione, esplicita nel manuale regionale e implicita nelle regole statali (par. 4, lett. *c)*), secondo cui l'indicativo presente ha valore imperativo (orient. 5.1)[78].

[76] Che ha il pregio di porre in evidenza l'attualità della norma ed essere vigente nel trascorrere del tempo. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica*, cit., 82. Più in generale, sulla semantica dell'indicativo presente, si veda R. GUASTINI, *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Reg.,* n. 2-3/1985, 231 e ss.

[77] Ma ovviamente tale esclusione non può andare contro le regole della grammatica e dalla *consecutio temporum.*

[78] L'indicazione è ripresa anche da C. cost., 21 marzo 2007, n. 95. Al par. 5.1 del *Considerato in diritto* si legge che «il precetto contenuto nel comma 214 è formulato all'indicativo presente, cioè nel modo e nel tempo verbale idonei ad esprimere il comando secondo il consueto uso linguistico del legislatore. Il presente indicativo ("adottano") è, dunque, sicuro indice della prescrizione di un obbligo ("devono adottare"), piuttosto che dell'attribuzione di una facoltà ("possono adottare")».

La guida unionale tace sul punto: il divieto espresso di "forme imperative" per gli atti non vincolanti (orient. 2.3.3) induce a ritenere che esse siano ammesse (probabilmente in modalità deontica) nel caso di atti vincolanti[79].

Le circolari statali (par. 4, lett. *c)*) e il manuale regionale (par. 5.1), invece, esprimono un netto sfavore per l'uso dei verbi modali (o servili).

Nella pratica questa indicazione non viene sempre rispettata, almeno a livello statale, e anzi è spesso violata nella redazione della clausola di invarianza finanziaria[80]: la l. n. 80/2006, di conversione in legge del d. l. n. 4/2006, si premura addirittura di modificare il testo del decreto sostituendo: «derivano» con: «devono derivare». Tale tecnica redazionale della clausola non è risalente, ed è comunque successiva alle Regole e raccomandazioni del 1986[81], fermo restando che una vera espansione si ha solo con la legge di contabilità e finanza pubblica[82] e con la riforma dell'articolo 81 della Costituzione[83]. Non pare tuttavia possibile rintracciare una diversa efficacia della norma in relazione alle differenti formulazioni, ragione per cui può ritenersi che la scelta, del tutto politica, sia il frutto della legislazione anticrisi e dell'intenzione di dare un tono – nell'apparenza, non nella sostanza – più cogente alle sue previsioni.

Allo sfavore per i verbi servili concorrono ragioni non solo linguistiche, ma anche di ordine psicologico, in quanto l'indicativo presente, non rendendo immediatamente percepibile la modalità deontica non esibisce "i muscoli del potere" e rende il comando più accettabile in quanto, all'apparenza, connaturato all'ordine delle cose[84]. Peraltro la volontà di "rafforzare" l'indicativo presente non necessariamente passa per i verbi modali, potendosi optare per una

[79] In effetti gli atti normativi dell'Unione europea, specie nella versione in lingua inglese, registrano un largo uso dei verbi servili. Cfr. M. RIZZI, Legal english *e traduzione giuridica: il caso dell'Unione europea,* tesi di dottorato, Università degli Studi di Palermo, a.a. 2010/2011, tutor prof.ssa Chiara Sciarrino, 341.

[80] Tipica formulazione è quella per cui «dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo/alla presente legge non *devono derivare* nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

[81] Una prima occorrenza si registra all'art. 15 del d. lgs. n. 351/1999.

[82] L. n. 196/2009. Un incremento della ricorrenza della clausola si ha già dal 2005 (in cui compare in 48 testi di legge originari) per arrivare al «picco» del 2016 e 2017 (in cui compare rispettivamente in 97 e 94 testi di legge originari).

[83] Ad opera della l. cost. n. 1/2021.

[84] R. PAGANO, *Introduzione alla legistica*, cit., 85.

specificazione all'interno del testo legislativo[85], anche a costo di un maggior numero di parole[86].

Sulla presenza o meno della modalità deontica si fondano interpretazioni giurisprudenziali, in particolare del giudice amministrativo, riguardanti la perentorietà (o meno) di termini e la sanabilità (o meno) di determinate situazioni[87].

Un aspetto su cui insistono tanto la guida unionale che il manuale regionale, mentre le circolari statali tacciono sul punto, riguarda le disposizioni prive di portata normativa che devono essere limitate (par. 12.1 del manuale regionale) o addirittura non devono figurare, dovendo essere più opportunamente collocate in una comunicazione o raccomandazione distinta dall'atto di cui trattasi o, come di sovente accade, nei *considerando* dell'atto stesso (orient. 12.1 della guida unionale)

[85] *Contra* J.L. EGGER,*"(Pre)scrivere la prescrizione": ridondanze e ambiguità della legge*, in *LeGes – Legislazione & Valutazione, Bollettino della Società Svizzera di legislazione (SSL) e della Società svizzera di valutazione (SEVAL),* n. 2/2003, 163. Con riferimento al codice civile svizzero, art. 260*b*, ritiene che la disposizione «L'attore *deve* dimostrare che l'autore del riconoscimento non è il padre» non possa essere riformulata con l'indicativo presente in quanto «l'azione deve essere effettuata dal soggetto e non può essere presupposta già compiuta nel mondo ideale descritto dalla disposizione […] In questo caso la disposizione non può limitarsi a «descrivere» lo stato di cose che ne soddisfano l'adempimento, in quanto l'adempimento qui consiste proprio nell'azione che l'attore è tenuto ad effettuare e il cui svolgimento concreto resta aperto a tutte le variazioni e possibilità del caso particolare». Ma nulla vieta che la disposizione possa essere riformulata nei seguenti termini: «Chiunque vuole dimostrare che l'autore del riconoscimento non è il padre ne fornisce prova». D'altra parte lo stesso A. riconosce che l'attuale legislazione abusi dei verbi modali, «lardellandone» gli enunciati.

[86] P. MERCATALI, *Linguistica, informatica, scienza e tecniche della comunicazione nella formazione del giurista,* in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi,* Camera dei Deputati, Roma, 2012, 146; D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettiva di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica,* in G. GARZONE, F. SANTULLI (a cura di), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari,* Giuffrè, Milano, 2008, 43, il quale osserva che «il valore normativo dei testi non dipende dall'uso dei modali deontici, bensì dalla dimensione pragmatica della comunicazione». Sull'ambiguità dei verbi modali: A.G. CONTE, *Fenomeni normativi: un'indagine non filosofica,* in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2006*, Giuffrè, Milano, 2006, 75 e ss. Diffusamente sul tema H. KRONNING, *Modalité, cognition et polysémie: sémantique du verbe modal devoir,* Acta Universitatis Upsaliensis, Uppsala, 1996.

[87] È il caso dell'indicazione degli oneri per la sicurezza di cui all'art. 95, c. 10, del d. lgs. n. 50/2016. Vi è un intero orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato (*ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2017, n. 815; *id.*, 28 febbraio 2018 n. 1228; *id.*, 12 marzo 2018, n. 1228; *id.*, 25 settembre 2018, n. 653) che prevede l'esclusione dell'operatore economico che omette di indicare i propri oneri per la sicurezza nell'offerta economica fondandosi tra l'altro sul tenore letterale della disposizione, la quale prevede che «deve indicare» i medesimi. L'adunanza plenaria (Cons. Stato, ad. plen., ord. 24 gennaio 2019, n. 3) ha rinviato la questione alla Corte di giustizia, la quale (CGUE, Sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18) ha affermato, pur senza ovviamente entrare nel merito dei canoni ermeneutici del giudice nazionale, che il diritto eurounitario non osta a una normativa nazionale che sanzioni con l'esclusione la mancata indicazione dei costi per la sicurezza.

La questione delle «disposizioni senza norme»[88] non è banale. In una chiave prettamente pratica un netto divieto rischierebbe di essere scarsamente rispettato, considerato che difficilmente il legislatore rinuncerebbe alla tentazione di inserire disposizioni "manifesto", di mera propaganda politica. Inoltre anche la Corte costituzionale ha, in qualche misura, aperto a queste disposizioni, ammettendo che in fonti del diritto (quali gli statuti regionali) possano essere contenute disposizioni prive di efficacia giuridica quali, ad esempio, «proclamazioni di obiettivi e di impegni» che esplicano «una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa»[89]. Per altro verso, se deve escludersi che disposizioni di questo tenore abbiano una portata normativa autonoma, ciò non toglie che possano avere una qualche rilevanza nel combinato disposto con altre disposizioni, e pertanto contenere solo «parti di una norma», o essere utili a fini interpretativi[90].

Questo tema ne evoca un altro, di più ampia portata, che attiene alla motivazione delle leggi. Nell'ordinamento statale, gli atti aventi contenuto normativo non devono essere motivati[91], in linea con una concezione 'assolutistica' del legislatore per la quale questi non è tenuto a dare giustificazione dei propri atti. Tuttavia, la questione non è del tutto estranea al dibattito dottrinario[92], emergendo per lo meno come linea di tendenza anche sotto l'influsso della

[88] Sul tema fondamentale l'insegnamento di V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 238 e ss, part. § 13; ID., *Disposizione (e norma)*, in *op. ult.* cit., XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 196-197; ID., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *op. ult.* cit., XVII, Milano, 1968, 928 e ss. Più di recente si veda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici,* Giuffrè, Milano, 2010, 39.

[89] C. Cost., 2 dicembre 2004, n. 372 e 6 dicembre 2004, nn. 378 e 379. Per un commento si veda A. RUGGERI, *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primate del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *Le Reg.,* n. 1-2/2005; R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull'inefficacia giuridica delle disposizioni "programmatiche" degli statuti ordinari,* in *Federalismi.it*, n. 3/2005.

[90] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale,* vol. II, CEDAM, Padova, 1984, 43-44, riconosce che le disposizioni non normative possano avere valenza ai fini interpretativi, eventualmente per rinvenire nel sistema princìpi. Ad esempio da «Una dedica alla divinità inserita in un testo costituzionale può assumersi, ad esempio, il carattere "confessionale" dello Stato, con conseguenze pratiche non trascurabili».

[91] L'art. 3, c. 2, della l. n. 242 del 1990, esplicita tale concezione prevedendo che la motivazione non sia richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. In alcuni casi, e per svariate ragioni, la motivazione si insinua all'interno degli atti legislativi, che si dotano di «ampi preamboli finalistici». V. DI PORTO, *La lingua delle leggi in età Repubblicana,* in G. MELIS, G. TOSATTI (a cura di), *Le parole del potere. Il lessico delle istituzioni in Italia,* il Mulino, Bologna, 2021, 81 e ss.

[92] N. LUPO, *Spunti sulla motivazione della legge, dal punto di vista di un legislatore sempre più "costretto",* in F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi,* Giappichelli, Torino, 2018. Si registrano inoltre voci a favore di un obbligo motivazionale per le leggi-provvedimento, almeno quando ledono la sfera soggettiva dei destinatari. Si veda già C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968, *passim*.; più di recente G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giuridisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento,* in *Federalismi.it*, 22 novembre 2017. La Corte costituzionale è ferma nel non riconoscere l'obbligo di motivazione di questi atti. Si veda, da ultimo, C. Cost., 27 luglio 2020, n. 168 (in part. par. 15.1).

legislazione europea. L'ordinamento dell'Unione europea, infatti, prescrive (art. 296, par. 2, del TFUE) che i regolamenti e le direttive debbano essere adeguatamente motivati nel preambolo (i c.d. *considerando*) e la loro mancanza o discordanza con il dispositivo è causa di impugnazione dell'atto dinanzi alla Corte di giustizia. Di conseguenza, la guida unionale comune si dilunga sul tema fornendo numerose indicazioni: tra queste l'invito a dimostrare la necessità o l'opportunità di adottare l'atto (e pertanto discostarsi dalla c.d. opzione zero) (orient. 10.3); l'indicazione di motivare l'atto nel suo complesso e non la singola disposizione, fatte salve disposizioni abrogatrici, derogatorie, contrastanti con la disciplina generale o che costituiscono eccezioni ai principi dell'ordinamento (es. disposizioni retroattive), lesive degli interessi di determinati soggetti o, ancora, con *vacatio legis* ridotta (orient. 10.6 e 10.14); la necessità di motivare in merito all'osservanza dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (orient. 10.15).

Echi di queste suggestioni[93] si ritrovano negli Statuti di alcune regioni, adottati a seguito della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, mentre il manuale regionale, cronologicamente precedente, tace sul punto.

Passando a questioni più prettamente terminologiche, legate alle peculiarità del linguaggio giuridico, si segnala la "gerarchia" disegnata dal manuale regionale, il quale prevede (par. 15.2) che si debba in primo luogo tener conto del significato delle parole desumibile dai codici e dalle altre leggi, in subordine di quello dato dalla giurisprudenza consolidata e infine dalla dottrina prevalente.

Diversi sono poi i criteri dettati dai tre testi in merito all'inserimento di definizioni: per le regole statali si deve ricorrere a una definizione quando i termini utilizzati alternativamente: 1) non siano di uso corrente; 2) non abbiano significato giuridico definito in precedenti atti; 3) siano utilizzati con significato diverso sia da quello corrente sia da quello giuridico. Per il manuale regionale la definizione è necessaria quando un termine 1) non ha un significato chiaro o univoco o 2) quand'è usato in un'accezione diversa da quella del linguaggio comune o tecnico. Per la guida unionale si ricorre a definizioni quando il

[93] L'esempio più lampante è dato dalla regione Toscana che, all'art. 39, c. 2, del proprio Statuto prevede espressamente che «Le leggi e i regolamenti sono motivati, nei modi previsti dalla legge». Sul punto S. BOCCALATTE, *Brevi osservazioni sulla nuova legge Toscana in materia di qualità della normazione, con particolare riguardo all'obbligo di motivazione delle leggi,* in *Rass. parl.,* n. 1/2009, 185 e ss.; G.P. LEWIS, *Prove tecniche di normazione. Brevi note sulla legge regionale Toscana sulla qualità della normazione,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 1/2009; con un approccio più ampio M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, in part. 284 e ss. Embrioni di motivazione sono previsti dalla regione Lombardia, che all'art. 36, c. 3, del proprio Statuto prevede che il mancato accoglimento delle osservazioni e delle proposte pervenute dagli enti locali e dalle forze sociali ed economiche nel corso del procedimento legislativo deve essere motivato; nonché dalla regione Emilia-Romagna che all'art. 17 dello Statuto prevede che, in caso di istruttoria pubblica (anche per la formazione di un atto normativo), il provvedimento finale sia motivato con riferimento alle risultanze istruttorie.

termine 1) abbia più significati ma vada inteso in uno solo di essi o 2) quando si intenda circoscrivere o ampliare il significato di un termine ai fini dell'atto. Previsioni analoghe non si ritrovano nella guida unionale, stante la natura multilingue del diritto dell'Unione europea, che demanda a una specifica professionalità, quella dei "giuristi linguisti", il compito di assicurare la corretta terminologia giuridica all'interno dei testi normativi redatti (o tradotti) nelle lingue dell'Unione[94].

Di fronte a un lessico legislativo che sembra essere sempre più contaminato dal linguaggio "giornalistico" e dei *social media* e da quello tecnico-scientifico, risulta di particolare utilità il richiamo alla sobrietà rispetto ai neologismi (par. 20 del manuale regionale) e alle parole straniere (par. 4, lett. *m)* e *n)*, delle circolari statali e par. 21.2 del manuale regionale).

Il manuale regionale si dilunga molto sulle modalità di scrittura di numeri e date e sull'uso di segni di interpunzione e di altri segni. Al di là di qualche eccessivo dettaglio, alcune indicazioni risultano preziose; per il resto, oltre all'applicazione delle tradizionali regole di grammatica, dovrebbe valere il principio dell'omogeneità e cioè l'individuazione di uno *standard* o criterio unico all'interno del testo.

Anche il titolo della legge, nonostante la sua ritenuta natura extralegislativa[95], è oggetto di specifica disciplina da parte dei tre testi di *drafting*, nella quale trovano eco le riflessioni svolte in sede dottrinale sul tema.

Vi è concordia sul divieto di titoli muti e sulla necessità di prevedere un contenuto minimo del titolo che esemplifichi almeno l'oggetto principale della disciplina normativa (par. 1, lett. *a),* delle circolari statali) o gli argomenti principali trattati dall'atto (par. 42 del manuale regionale), ovvero informazioni sul contenuto essenziale dell'atto (orient. 8.1 della guida unionale) e che dia conto degli atti oggetto di modifica (così tutti e tre i testi).

Le circolari statali richiedono anche che nel titolo siano specificati alcuni elementi, qualora costituiscano il contenuto esclusivo o prevalente dell'atto: la presenza di deleghe legislative; la normativa comunitaria recepita; il carattere derogatorio rispetto alla disciplina vigente; l'oggetto delle disposizioni tributarie (par. 1, lett. *a)*). Infine, molto opportunamente, prevedono che il titolo dei

[94] M. GUGGEIS, *I giuristi linguisti e le sfide per garantire concordanza, qualità redazionale e corretta terminologia giuridica nei testi normativi dell'Unione Europea*, in *Il linguaggio giuridico nell'Europa delle pluralità. Lingua italiana e percorsi di produzione e circolazione del diritto dell'Unione europea,* Senato della Repubblica, Roma, 2017, 49 e ss.

[95] Di recente, anche per la ricca bibliografia citata, si veda P. CARNEVALE, *Sul titolo delle leggi di revisione costituzionale. Prime riflessioni a margine del disegno di legge di riforma della seconda parte della Costituzione attualmente* in itinere, in *Riv. AIC,* n. 1/2015, 3. È peraltro vero che al titolo è riconosciuta una qualche forza ermeneutica, specie laddove in grado di esprimere lo scopo-funzione della norma. Sul punto S. BOCCALATTE, *La motivazione delle leggi,* CEDAM, Padova, 2008, 352 e ss.

progetti di legge sia adeguatamente riformulato se, nel corso dell'*iter* di approvazione, siano introdotte rilevanti modifiche.

Il manuale regionale invita a usare nel titolo termini identici a quelli impiegati nel testo degli articoli quando questi termini si riferiscano al medesimo oggetto (par. 43).

La guida unionale sembra porre una particolare attenzione ai destinatari dell'atto (orient. 8.1), invitando l'estensore a chiedersi quali elementi debbano essere inseriti nel titolo affinché i lettori direttamente interessati siano indotti a leggere l'atto.

La presenza di un titolo breve, di matrice di *common law*[96], è disciplinata sia dal manuale regionale (par. 42.2) che dalla guida unionale (orient. 8.4 e 8.5, ma con la riserva di non introdurlo al momento dell'adozione dell'atto per non appesantirlo) mentre le circolari statali tacciono sul punto. Tuttavia, ciò non porta a escludere il suo utilizzo, peraltro già affermatosi in via di prassi in alcuni atti legislativi[97], ma induce piuttosto a riflettere sull'opportunità di una "riappropriazione" del nome degli atti da parte del legislatore sottraendolo alla sintesi giornalistica o al gergo degli addetti ai lavori[98].

Certo, considerate le attuali caratteristiche della nostra legislazione, che sovente include in un unico atto disposizioni oltremodo eterogenee, la formulazione di un titolo breve potrebbe, per un verso, risultare difficile e, per un altro verso, pericolosa, in quanto potrebbe, a seconda dei casi, essere fuorviante, ammiccante o propagandistica.

Sempre con riferimento al titolo, dev'essere registrata la "cattiva" prassi di utilizzare la formula «Norme in materia di…» o «Norme per…» che non tiene conto della consolidata distinzione tra «disposizione» e «norma»[99].

[96] R. PAGANO, *Introduzione alla legistica*, cit., 67.

[97] Come sottolineato da G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo,* Zanichelli, Bologna, 1988, 138 «in Italia è la pratica che si incarica di risolvere il problema del titolo breve». È innanzitutto il caso degli atti adottati sulla base della l. n. 234/2012, che come suggerisce il Capo VI della legge citata vengono denominati «legge di delegazione europea» e «legge europea», seguite dall'anno di riferimento, mentre il nome esteso è rispettivamente «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea» e «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea». Era anche il caso, sino al 2016, della legge contenente «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato», emanata con cadenza annuale e che, fino alla l. n. 191/2009, era accompagnata dal titolo breve «legge finanziaria» seguito dall'anno di riferimento, trasformato in «legge di stabilità» a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7, c. 2, lett. *c)*, della l. n. 196/2009.

[98] Si pensi ai vari «sblocca-cantieri», «milleproroghe», «buona scuola», «crescita», «del fare», «salva Italia», per non parlare dei casi in cui si innestano forestierismi come il «*jobs act*» Cfr. N. LUPO, *Tecnica e politica,* cit., 112, il quale ritiene opportuno che gli atti normativi siano corredati di un titolo lungo e di un titolo breve, il primo «in cui si individua con (relative) precisione il contenuto dell'atto» ed il secondo «utilizzabile ogni volta che lo si citi».

[99] Sul punto è ancora attuale V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit.

4.4. *Le relazioni tra le disposizioni*

In tema di riferimenti e di rinvii, i tre documenti in esame contengono numerose indicazioni a livello sia di politica, intesa come valutazione della loro opportunità, che di tecnica, intesa come modalità della loro attuazione, legislativa[100].

Riguardo al primo livello, un uso esteso e ripetuto, soprattutto dei rinvii esterni, finisce per risultare contrario al principio di chiarezza e a una facile reperibilità dei testi, anche se le possibilità offerta dalle moderne tecnologie di creare documenti ipertestuali ha notevolmente ridotto almeno quest'ultimo inconveniente. Riguardo al secondo livello, la citazione dovrebbe indicare esattamente e senza equivoci le disposizioni oggetto del riferimento o del rinvio.

La guida unionale manifesta un netto sfavore per i rinvii, soprattutto per quelli esterni, e, per disincentivarne l'uso, impone il rispetto di varie condizioni e princìpi: 1) ne deve risultare una semplificazione rispetto alla riproduzione del contenuto della norma cui si fa riferimento; 2) non deve essere pregiudicata la comprensibilità della norma; 3) l'atto a cui si fa riferimento deve essere stato pubblicato o deve essere sufficientemente accessibile al pubblico; laddove si dovesse necessariamente ricorrere al rinvio, questo dovrebbe essere realizzato in modo che l'elemento centrale oggetto del rinvio, gli elementi fattuali e gli effetti giuridici della norma richiamata siano comprensibili anche senza dover leggere la medesima (orient. 16.4). In sintesi, il redattore è tenuto a indicare non solo "di cosa parla" una disposizione, ma anche come essa si colloca nel contesto della disposizione richiamante[101], con la finalità di favorire il più

[100] Per "riferimenti" si intende qualsiasi citazione espressa che una disposizione fa di un'altra al fine di richiamarla, sostituirla, abrogarla, derogarla, sospenderla o interpretarla, mentre «si ha rinvio quando un atto normativo intende appropriarsi di un contenuto prescrittivo che è stato formulato in un atto diverso»: G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 176. Sul tema anche R. PAGANO, *Introduzione alla legistica*, cit., 153 e ss.; A. PAPA, *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio nella produzione normativa,* in *Rassegna parlamentare,* n. 2-3/1991, 281 e ss.; A. BERNARDINI, *La produzione normativa mediante rinvio*, Giuffrè, Milano, 1968 C. DEODATO, *Le ragioni di una nuova Direttiva per l'istruttoria e la redazione degli atti normativi del Governo: una rinnovata attenzione per il drafting sostanziale,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Si distingue tra "rinvii interni", cioè agli articoli e alle altre partizioni del medesimo atto legislativo che opera il riferimento (par. 11 delle circolari statali, par. 57 del manuale regionale, orient. 16 della guida unionale) e "rinvii esterni", cioè ad atti diversi dall'atto legislativo che opera il riferimento (par. 12 delle circolari statali; par. 60 del manuale regionale; orient. 16 della guida unionale). Il manuale regionale contiene anche una puntuale disciplina dei "rinvii fissi", che fanno riferimento ad una disposizione nel testo vigente a una determinata data, e di quelli "mobili", in cui il richiamo è operato alla disposizione nel testo vigente al momento dell'applicazione dell'atto rinviante (par. 59.3), mostrando un netto sfavore per i primi (par. 60.4). L'importanza dei riferimenti normativi è confermata dall'art. 14, c. 2, lett. *b),* del già citato Accordo in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione, il quale individua la «correttezza dei riferimenti normativi contenuti nel progetto» tra gli elementi da considerare in vista dell'unificazione dei manuali di *drafting*.

[101] L'orient. 16.7 propone ad esempio di sostituire «L'articolo 15 si applica alle esportazioni nei paesi…» con «La procedura di controllo di cui all'articolo 15 si applica alle esportazioni nei paesi…».

possibile l'effettiva conoscenza, da parte del destinatario, delle norme che lo riguardano e di ridurre il ricorso ai rinvii narrativi[102].

Anche il manuale regionale (par. 60.5) consiglia di utilizzare i rinvii ad altri atti solo quando, per motivi di competenza, è impossibile riprodurre la disposizione richiamata, o quando ricorrono congiuntamente queste condizioni: *a)* il rinvio produce una semplificazione rispetto alla riproduzione della disposizione richiamata; *b)* non si pregiudica la comprensibilità del testo; *c)* l'atto cui si rinvia pubblicato o facilmente accessibile al pubblico.

Le circolari statali non si pongono invece il problema dell'opportunità dei rinvii, ma si concentrano sui profili di tecnica redazionale, dettando una disciplina molto dettagliata.

Anche rispetto a tale disciplina, si registrano differenze tra le circolari statali e gli altri due testi.

Le prime ammettono i riferimenti esterni "muti" (ossia costituiti dalla semplice indicazione di data e numero dell'atto), tranne nel caso di disposizioni in materia tributaria, richiedendosi in tal caso l'indicazione anche del contenuto sintetico della disposizione, in attuazione dell'art. 2, c. 3, della l. n. 212 del 2000 (par. 12, lett. *c)*).

Gli altri due testi, invece, si preoccupano maggiormente di corrispondere alle esigenze di trasparenza e comprensibilità. Il manuale regionale prevede che sia indicato, alla prima citazione, accanto alla data e al numero dell'atto, anche il titolo (par. 35.6 e 56.4): se il titolo non permette di individuare l'argomento del rinvio (ad esempio se si rinvia a disposizioni intruse, o a disposizioni contenute in leggi finanziarie) andrà anche riportato l'oggetto delle disposizioni cui si rinvia. La guida unionale (orient. 16.10) richiede la citazione del titolo, in forma completa o abbreviata, e comunque al netto di elementi che lo appesantirebbero inutilmente (es. i riferimenti alle abrogazioni e alle modificazioni) e invita, come si è già anticipato, a formulare il rinvio in modo che l'elemento centrale della norma richiamata possa essere compreso anche senza consultarla e a precisare gli elementi fattuali o gli effetti giuridici della norma richiamata ai quali s'intende far riferimento.

Nell'ambito dei rinvii esterni, assume rilevanza l'uso della formula «e successive modificazioni» per richiamare la versione dell'atto vigente al momento del rinvio, comprensiva di tutte le modifiche disposte sino a quel momento da parte di altri atti.

[102] Tali rinvii, altrimenti detti dichiarativi o impropri, sono caratterizzati dal fatto che la previsione richiamata è già applicabile a quella richiamante e hanno pertanto il solo scopo di «facilitare presso gli operatori giuridici l'individuazione delle norme […] da applicare al caso concreto». Così Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 304. Per una tassonomia dei rinvii può vedersi G. SARTOR, *Riferimenti normativi e dinamica dei testi normativi,* in P. CARRETTI (a cura di), *Il procedimento legislativo regionale,* vol. I, CEDAM, Padova, 1996, 176 e ss.

Il par. 12, lett. *b)*, delle circolari statali si limita a prescrivere di utilizzare tale formula per dare conto delle modificazioni intervenute; il par. 61 del manuale regionale, invece, prevede come eventuale la possibilità di dar conto delle successive modificazioni, precisando che, se si ritiene di farlo, è necessario specificare nella prima citazione l'atto (e se del caso l'articolo) modificativo.

Rispetto ai rinvii, la disciplina delle modifiche, testuali e non, appare più omogenea tra i tre testi: la differenza più rilevante è che il manuale regionale (par. 77.1) richiede di prevedere un articolo *ad hoc* per ogni articolo modificato, mentre le circolari statali (raccomandazione *sub* par. 9) e la guida unionale (orient. 18.13.3) suggeriscono di redigere un articolo a sé stante per ogni atto modificato. Inoltre, in caso di modifica di atti i cui commi non sono numerati, le circolari statali (par. 10, lett. *c)*) prevedono che nemmeno i nuovi commi siano numerati, mentre per il manuale regionale (par. 74.6) prescrive che i nuovi commi siano numerati. Infine, solo il manuale regionale (par. 72.4) suggerisce, nel caso in cui si intendano modificare più commi di uno stesso articolo, di riscrivere l'intero articolo.

Le circolari statali mostrano, in modo condivisibile, una netta preferenza per la modifica testuale (novella), a meno che non si tratti di norma transitoria (par. 3, lett. *a)* e *b)*), e altrettanto fa la guida unionale (orient. 18.1); il manuale regionale, dopo aver disciplinato in modo molto puntuale e dettagliato sia le modifiche testuali che quelle non testuali (v. parte V), mostra un netto favore per la modifica testuale «perché più sicura e anche meglio conoscibile» (par. 85)[103].

La tecnica della novella, come noto, è particolarmente complessa e delicata. In merito al dilemma tra riscrittura e modifica "a frammenti"[104] vi è sostanziale concordanza tra i tre testi[105] nel propendere per la riscrittura (per lo meno) del singolo comma oggetto di modifica. La scelta non è tuttavia scevra di implicazioni (tanto che non sempre è puntualmente rispettata[106]): la riscrittura impedisce di cogliere immediatamente la portata della modifica e amplia le possibilità emendative (e quindi le pratiche ostruzionistiche) al di là di quello che è il vero e proprio oggetto dell'intervento.

[103] Il favore per la tecnica della novella è altresì manifestato dall'art. 14, c. 2, lett. *c),* dell'Accordo in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione, il quale la indica tra gli elementi da considerare in vista dell'unificazione dei manuali di *drafting*.

[104] N. LUPO, *Tecnica e politica della legislazione nelle circolari sulla redazione degli atti normativi,* cit., 112.

[105] Raccomandazione *sub* par. 9 delle regole statali, par. 72.2 del manuale regionale, orient. 18.13 e 18.13.1 della guida unionale.

[106] A questo proposito deve evidenziarsi che la *Gazzetta ufficiale* pubblica, unitamente all'atto normativo, delle note in cui vengono riportate le disposizioni novellate, con la novella in corsivo per distinguerla dal resto del testo.

Rispetto al "contenitore" delle novelle, emerge poi la questione se queste debbano essere inserite in una partizione autonoma dell'atto o possano essere contenute in una partizione che, accanto a novelle, contenga anche disposizioni autonome di natura sostanziale.

La guida unionale (orient. 18.3) prevede che l'atto modificativo non contenga disposizioni sostanziali autonome rispetto all'atto da modificare, in quanto l'unico scopo del nuovo atto deve consistere nella modifica dell'atto pregresso[107]; il manuale regionale richiede di inserire le modifiche esplicite testuali in un articolo specifico, evitando di collocare modifiche testuali e disposizioni di altro genere in commi o, peggio, in partizioni minori del comma nell'ambito dello stesso articolo, mentre le circolari tacciono sul punto.

Per quanto riguarda la tecnica da utilizzare in caso di modifiche ad atti già novellati, l'orientamento 18.5 della guida unionale prescrive che le eventuali modifiche (o abrogazioni) debbano riferirsi all'atto originario e non alle disposizioni modificanti, in quanto queste non hanno un loro contenuto proprio e autonomo; indicazione presente anche nelle circolari statali (par. 3, lett. c*)*) mentre il manuale regionale è meno esplicito.

Per una questione di chiarezza e "pulizia", il par. 83.2 del manuale regionale si preoccupa, tuttavia, di prevedere che, in caso di abrogazione di un atto, debbano essere contestualmente abrogati anche gli atti che lo hanno nel tempo modificato (escludendo pertanto il ricorso alla formula «e successive modificazioni»), mentre il criterio della puntuale indicazione, in caso di abrogazione di un atto, anche degli atti modificativi non è contemplato a livello statale: la complessità e la stratificazione nel tempo di leggi e atti aventi forza di legge impedisce l'individuazione puntuale di tutti gli atti modificativi di un determinato atto e rende quasi imprescindibile il ricorso alla formula «e successive modificazioni».

L'abrogazione dovrebbe essere, preferibilmente, espressa (raccomandazione *sub* par. 3 delle circolari statali, par. 79 del manuale regionale, orient. 21.1 della guida unionale)[108]. Questo principio è tuttavia diversamente declinato nei tre documenti: nella guida unionale l'unica forma di abrogazione prevista è quella espressa (orient. 21.2), mentre il manuale regionale invita a non usare formule di abrogazione innominata o parzialmente innominata in virtù

[107] Pur facendo salva l'ipotesi di atti contenenti disposizioni sostanziali che comportano la modifica altri atti in conseguenza del loro effetto innovatore (orient. 19).

[108] La preferenza per norme abrogative espresse è altresì manifestata dall'art. 14, c. 2, lett. *d),* del già citato Accordo in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione, il quale la indica tra gli elementi da considerare in vista dell'unificazione dei manuali di *drafting*. Per le criticità concernenti le altre forme di abrogazione, come quella innominata, si veda P. CARNEVALE, *la qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di nodi teorici e ricerca di un* factotum, in M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudice*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 30 e ss.

della loro incapacità di condizionare l'interprete (par. 78.1). Le circolari statali e il manuale regionale ammettono, inoltre, nel caso in cui vi sia incertezza sulla completezza dell'elenco delle disposizioni abrogate, l'uso di una formula abrogativa che si colloca tra l'abrogazione espressa e quella innominata («sono abrogate, in particolare, le seguenti disposizioni»), lasciando all'interprete l'eventuale compito di integrare l'elenco (par. 3, lett. *h)* delle circolari statali, par. 84.3 del manuale regionale).

A fianco dell'abrogazione si colloca la soppressione, che è riservata a unità normative elementari. Non sembra che la linea di demarcazione sia comune: le circolari statali (par. 4, lett. *i)*) prevedono la soppressione per "periodi" (oltreché per singole parole), ossia per frasi sintatticamente complete che terminano con il punto. Il manuale regionale (par. 65.1, lett. *d)*) condivide il ricorso al termine "soppressione" per singole parole, mentre ricorre alla parola "abrogazione" in presenza di disposizioni. Ne consegue che enunciati autonomi nel significato, ma privi della dignità di comma, lettera o numero, dovranno, per le circolari statali, essere soppressi, mentre, per il manuale regionale, essere abrogati. Non è del tutto chiara la posizione della guida unionale, che si propone di abrogare disposizioni (orient. 21) e di sopprimere paragrafi (esempio contenuto nell'orient. 18.13.5)[109].

Una forma peculiare di modifica può essere rinvenuta nell'operazione di "consolidamento", prevista dal manuale regionale (par. 71) per ovviare all'eccessiva stratificazione di modificazioni, e che si sostanzia nell'indicazione di non continuare ad aggiungere nuove modifiche a un atto, ma di «riformulare l'intero testo, inglobando ed eliminando tutte le precedenti variazioni».

La guida unionale tace sul punto, ma alcuni accordi interistituzionali individuano strumenti analoghi, volti a perseguire l'obiettivo di conoscibilità, semplificazione e manutenzione del diritto[110]. Lo strumento probabilmente più affine è la "rifusione"[111] con la quale si procede all'approvazione di un nuovo atto che integra in un unico testo le disposizioni dell'atto iniziale, le modificazioni successive subite dal medesimo e nuove modificazioni sostanziali. Tale integrazione in un unico atto presuppone l'abrogazione dell'atto o degli atti precedenti. In secondo luogo, vi è la "codificazione" [112], che è volta a riunire in

[109] I paragrafi equivalgono ai commi degli ordinamenti statali e regionali.

[110] Sul percorso che ha portato a una presa di consapevolezza della necessità di manutenzione del diritto unionale si veda A. VEDASCHI, *Gli strumenti di regolazione della tecnica legislativa nell'Unione Europea: dai paradossi sulla loro giustiziabilità alla ricerca di una "terza via"*, in L. PEGORARO, A. J. PORRAS NADALES (a cura di), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali*, Bonomo, Bologna, 2003, in part. nota 3.

[111] Accordo interistituzionale del 28 novembre 2001, *Ricorso più strutturato alla tecnica della rifusione degli atti normativi*, in GUUE C 77/2002.

[112] Accordo interistituzionale del 20 dicembre 1994, *Metodo di lavoro accelerato ai fini della codificazione ufficiale dei testi legislativi*, in GUUE C 102/1996.

un nuovo atto normativo, tutte le disposizioni di un atto (o di più atti) e tutte le modifiche successive dello stesso, abrogando nel contempo le disposizioni obsolete e parzialmente coincidenti, armonizzando termini e definizioni e correggendo errori, ma senza operare cambiamenti sostanziali. Infine, vi è il "consolidamento" che costituisce un processo meccanico affidato all'Ufficio interistituzionale delle pubblicazioni dell'Unione europea (e fruibile su Eur-Lex) mediante il quale le disposizioni dell'atto e tutte le modifiche successive sono riunite a scopo meramente informativo e senza che il testo venga alterato in alcun modo[113].

Le circolari statali non trattano la questione, ma si limitano a fornire indicazioni sulle modalità di modifica dei testi unici misti di cui all'art. 7 della l. n. 50/1999 (par. 3, lett. *m)*), di citazione dei testi unici (par. 12 lett. *m)* e *n)*) e a chiedere che non si ricorra alla novella per le norme transitorie, con particolare riguardo ai testi unici (par. 3, lett. *b)*).Tramontata la stagione delle grandi codificazioni e quelle brevi e discutibili dei testi unici misti e del "taglia-leggi" lo strumento con il quale il legislatore statale affronta il problema del consolidamento e coordinamento delle norme esistenti in una determinata materia, e anche del riassetto sostanziale della stessa, è rappresentato essenzialmente dai codici di settore che trovano espresso fondamento nelle novelle introdotte all'art. 20 della legge n. 59/1997 dalle leggi n. 229/2003 e n. 246/2005. Accanto a questo strumento l'articolo 17-*bis* della legge n. 400/1988 prevede l'adozione da parte del Governo di testi unici meramente compilativi che raccolgano le disposizioni aventi forza di legge regolanti materie e settori omogenei[114].

5. La revisione delle circolari statali

L'auspicio espresso nell'introduzione era quello di maturare una riflessione critica tale da supportare un processo di revisione delle circolari statali, dopo

[113] Su questi strumenti e sulle prassi adottate in via fattuale dall'Unione europea si veda P. MORI, *La codificazione del diritto dell'Unione europea e i suoi strumenti*, in *Dir. un. eur.*, n. 1/2019.

[114] Sul tema della codificazione, tra i contributi più recenti si veda N. LUPO, B.G. MATTARELLA, *La codificazione e il "taglia-leggi" a livello statale*, in A. NATALINI, G. TIBERI, *La tela di Penelope: primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica,* Il Mulino, Bologna, 2010, 391 e ss.; A. MORRONE, *Codificazione e riordino della legislazione,* in *Quad. cost.*, n. 2/2014; L. CARBONE, *Quali rimedi per l'inflazione legislativa. Abrogazioni e codificazioni in Italia,* disponibile all'indirizzo: https://www.giustizia-amministrativa.it/, 1° febbraio 2022, già in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2018; A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *Crisi della legislazione: riorganizzazione parziale del procedimento legislativo o codificazione ordinaria ex post?*, in *Forum quad. cost.*, n. 3/2021, 181. Una forma di consolidamento assimilabile a quella dell'Unione europea è contenuta in una proposta di legge (AC 2731 della XVIII leg.), che prevede la pubblicazione di una nota illustrativa da parte di un comitato di esperti, nell'ambito delle iniziative all'interno del portale Normattiva, per agevolare la comprensione del contenuto delle leggi. Vi fa riferimento V. DI PORTO, *La circolare nella giurisprudenza,* cit., par. 12.4.

vent'anni di vigenza, adeguandole ai mutamenti intervenuti nel quadro ordinamentale, alle indicazioni giurisprudenziali, alla prassi formatasi in materia, nonché alle suggestioni derivanti dagli altri testi di tecnica legislativa.

Questa revisione dovrebbe, a nostro avviso, tenere presenti i seguenti aspetti:

- aggiornamento, sotto il profilo sia formale che sostanziale (stile e linguaggio utilizzato; superamento della distinzione tra regole e raccomandazioni; specificazione dei contenuti dei rinvii; disciplina più puntuale della reviviscenza e dei forestierismi; eliminazione del richiamo alle successive modificazioni);
- innovazioni, per tenere conto di quelle che sono, anche secondo la più aggiornata letteratura, le prospettive di evoluzione del *drafting* (inserimento di finalità e principi; previsioni in materia di linguaggio di genere e non discriminatorio; disciplina del decreto-legge; modalità di citazione degli allegati e degli annessi; inserimento in calce alle circolari di allegati contenenti esemplificazioni);
- prospettiva multilivello: adeguamento della citazione delle istituzioni e degli atti dell'Unione europea alle modifiche intervenute in quel contesto ordinamentale.

Sotto il profilo linguistico, si potrebbero aggiornare lo stile e il lessico, "alto", e al tempo stesso molto conciso e implicito, utilizzato in sede di prima redazione[115], a vantaggio di un linguaggio più chiaro e comprensibile, ma ugualmente preciso e rigoroso[116], e di una struttura più semplice che riduca al minimo il numero di subordinate, le formule impersonali (come "è opportuno", "è evitato"), la forma passiva dei verbi.

La limitatezza e la specializzazione dei destinatari potrebbero indurre a considerare superflua questa revisione "formale", ma l'assunto può essere smentito per almeno tre ragioni. La prima è la rilevanza esterna che le circolari hanno assunto, essendo sempre più spesso richiamate e prese in considerazione dalla giurisprudenza e dalla dottrina. La seconda è l'ampliamento dei soggetti che di fatto sono incaricati di redigere gli atti legislativi (o i relativi emendamenti) e che, a volte, non sono dotati di specifiche competenze in materia di tecnica legislativa. La terza è il fatto che, successivamente alla redazione delle Regole e raccomandazioni, si è progressivamente affermata una maggiore consapevolezza circa l'importanza di un linguaggio piano, semplice nella formulazione dei testi del diritto (dalla legge, alla sentenza, agli atti di parte): sarebbe un paradosso che a tale impostazione sfuggissero proprio quei documenti che

[115] Posto che, nella revisione, svolta nel 2001, delle Regole e raccomandazioni del 1986 non si è intervenuto su questi aspetti.

[116] Anzi valutando l'opportunità di taluni limitati correttivi. È il caso della rubrica del par. 9 *Norme recanti «novelle»* in cui, forse più precisamente, potrebbe parlarsi di "disposizioni".

si propongono di dettare le regole di scrittura degli atti giuridici per eccellenza, cioè delle leggi dello Stato.

Le considerazioni svolte dovrebbero indurre anche a introdurre, in calce alle circolari, alcuni allegati (sulla falsariga del manuale regionale) contenenti le formule *standard* per le citazioni e le modifiche testuali nonché alcune esemplificazioni e spiegazioni per l'applicazione delle regole al fine di massimizzare la concretezza e, auspicabilmente, l'efficacia delle indicazioni.

La complessità sintattica e linguistica delle attuali regole statali rispetto ad altri testi di tecnica legislativa emerge sottoponendole agli strumenti linguistico-computazionali di valutazione della leggibilità, quali quelli messi a disposizione dal progetto READ – IT[117].

Regole statali:

indice di leggibilità	livello di difficoltà
READ-IT Base	86,1%
READ-IT Lessicale	33,3%
READ-IT Sintattico	99,7%
READ-IT Globale	100,0%
indice di leggibilità	**livello di semplicità**
GULPEASE	46,9

Regole regionali:

indice di leggibilità	livello di difficoltà
READ-IT Base	7,9%
READ-IT Lessicale	72,2%
READ-IT Sintattico	83,5%
READ-IT Globale	100,0%
indice di leggibilità	**livello di semplicità**
GULPEASE	50,4

[117] READ-IT è un progetto dell'*Italian Natural Language Processing Lab* del CNR, F. DELL'ORLETTA, S. MONTEMAGNI, G. VENTURI, *"READ-IT: assessing readability of Italian text with a view to text simplification*, in *SLPAT '11 – SLPAT '11 Proceedings of the Second Workshop on Speech and Language Processing for Assistive Technologies (Edimburgo, UK, 30 luglio 20011),* Procedings, Association for Computational Linguistics Stroudsburg, PA, USA, 2011, 73 e ss. Di recente READ-IT è stato utilizzato anche dall'Osservatorio sulla legislazione, nel *dossier* della Camera dei deputati - XVIII legislatura *Appunti del Comitato per la legislazione. Le parole delle leggi,* n. 4, 4 marzo 2020.

Regole unionali:

indice di leggibilità	livello di difficoltà
READ-IT Base	70,5%
READ-IT Lessicale	83,4%
READ-IT Sintattico	97,9%
READ-IT Globale	100,0%
indice di leggibilità	**livello di semplicità**
GULPEASE	49,0

Dalla lettura delle tabelle, risulta chiaramente che il testo delle circolari statali è quello connotato da una maggiore complessità, sia in termini di indice GULPEASE [118] che di READ-IT base[119].

Ad analoga conclusione si giunge applicando uno degli indici più evoluti, il READ-IT sintattico[120]: sebbene siano poche le congiunzioni subordinanti[121], il testo è caratterizzato da un alto numero di proposizioni per periodo, di parole per proposizione e da un'elevata profondità dell'albero sintattico[122].

Non deve al contrario stupire il punteggio ottenuto nel READ-IT lessicale[123] – dall'applicazione del quale risulta che il numero medio di periodi e di parole del manuale regionale e della guida unionale è pari a oltre il doppio rispetto alle circolari statali – in quanto appare ragionevole sostenere che una maggiore quantità ed estensione di argomenti trattati si traduca in una maggiore complessità lessicale.

Sul piano sostanziale, un opportuno aggiornamento potrebbe portare alla soppressione della distinzione tra regole e raccomandazioni, che non ha ormai nella prassi alcuna significativa rilevanza e che potrebbe essere agevolmente

[118] L'indice GULPEASE, prodotto dal Gruppo Universitario Linguistico Pedagogico (GULP) dell'Università degli studi di Roma "La Sapienza" nel 1988, è un indice di leggibilità di un testo di lingua italiana, che ha quali variabili linguistiche la lunghezza della parola e la lunghezza della frase rispetto al numero delle lettere. Si tratta di uno strumento di prima generazione che fa affidamento unicamente su caratteristiche generali e formali del testo. I sistemi più evoluti, quale READ-IT tengono sì conto di questo parametro, ma si affidano anche a quelli che emergono dall'analisi sintattica del testo.

[119] Questo indice di READ-IT si fonda sulla lunghezza della frase, calcolata come numero medio di parole per frase, e la lunghezza delle parole, calcolata come numero medio di caratteri per parole.

[120] L'indice di READ-IT che guarda alle informazioni di tipo grammaticale, costituite dalla combinazione di tratti morfo-sintattici e sintattici.

[121] Per i criteri statali solo il 25,8% delle congiunzioni sono subordinanti, per quelli regionali il 32,5% e per quelli unionali il 30,3%. Sostanzialmente analogo è il rapporto tra proposizioni principali e subordinante.

[122] Che, in presenza di più di una proposizione subordinata all'interno dello stesso periodo, guarda il rapporto tra esse.

[123] Indice di READ-IT basato sulle caratteristiche lessicali del testo, ovvero dalla composizione del vocabolario e dalla densità lessicale.

superata in nome di una maggiore omogeneità e coerenza del testo e di una più agevole applicazione delle indicazioni in esso contenute.

Del resto, i criteri di *drafting* dovrebbero, da un lato, poter sfuggire alla discrezionalità politica, per essere percepiti quali strumenti eminentemente tecnici, dall'altro poter essere applicati dal redattore a seguito di una valutazione effettuata secondo prudente esperienza, in relazione al caso concreto, prescindendo dalla loro catalogazione in regole o raccomandazioni. Se, per le ragioni dette in precedenza, sembra difficile attribuire alle circolari valore normativo, è possibile però «fare cose con le parole»[124]: conferire a tutte le indicazioni in esse contenute la dignità di regole, sia pure in alcuni casi tendenziali e rimesse al prudente apprezzamento del redattore, dovrebbe per lo meno sgombrare il campo da ogni possibile inattuazione basata sul loro diverso *nomen*.

Un'innovazione significativa, che costituirebbe allo stesso tempo anche un tentativo di ravvicinamento al manuale regionale e alla guida unionale, potrebbe essere rappresentata dall'introduzione di una prima parte dedicata esplicitamente ai princìpi cui la redazione degli atti legislativi dovrebbe ispirarsi. Alcuni di questi, peraltro, sono già desumibili dalle circolari statali che li evocano in riferimento agli aspetti generali dell'atto legislativo: è il caso dei principi di omogeneità[125], precisione e semplicità[126]; altri princìpi, quali la chiarezza e la brevità (o semplicità), potrebbero essere mutuati dal manuale regionale.

Alla previsione di princìpi si potrebbe affiancare, innovando rispetto agli altri due testi di tecnica legislativa, l'indicazione di specifiche finalità che il redattore dovrebbe tenere presenti nella redazione per far sì che l'atto possa dispiegare i propri effetti nella maniera più piena. La distinzione tra finalità e princìpi consentirebbe di porre l'accento sull'orientamento al risultato, connaturato alle prime, oltre che sui profili più spiccatamente redazionali.

Nell'individuazione delle finalità, potrebbero essere utilmente recepite le elaborazioni dottrinarie più avanzate in tema di tecnica legislativa[127] e le indicazioni già presenti nelle circolari dei Presidenti di Camera e Senato del 10 gennaio 1997 sull'istruttoria legislativa nelle Commissioni[128] anche al fine di

[124] La citazione riprende il titolo della celebre raccolta di lezioni di J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole,* trad. it. C. VILLATA, Marietti Editore, Bologna, 2019 (ed. orig. *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962).

[125] Par. 2, lettera *a)*.

[126] Par. 2, lettera *b)*.

[127] Su cui si veda *supra* il paragrafo 4.1 del presente contributo.

[128] Le circolari sono state adottate dai Presidenti di Camera e Senato il 10 gennaio 1997 e dalla sola Camera dei deputati trasfuse nel proprio Regolamento interno (art. 79) con le riforme regolamentari del 24 settembre 1997. Sul tema si veda P. ZUDDAS, *Il Parlamento,* in P. COSTANZO (a cura di), *Codice di drafting*, Libro 2, 2008 e R. DICKMANN, *L'istruttoria legislativa nelle Commissioni. Profili*

rivitalizzarne e favorirne un maggiore rispetto[129]. Tali circolari presentano infatti numerosi punti di contatto con le Regole e raccomandazioni e le completano. In particolare, il paragrafo 3 prevede che l'istruttoria in Commissione si svolga secondo metodi che consentano alle Commissioni di elaborare testi legislativi chiari ed efficaci e comprendano, tra gli altri profili, la definizione degli obiettivi dell'intervento legislativo e la valutazione di congruità dei mezzi per conseguirli con gli eventuali problemi applicativi (efficacia) nonché l'analisi dei costi e dei benefici, con particolare verifica dei costi per i cittadini, la pubblica amministrazione e le imprese (efficienza)[130]. Il richiamo alle finalità dell'"efficacia" e dell'"efficienza"[131] anche all'interno delle Regole e raccomandazioni contribuirebbe a inserire le circolari di *drafting* nella più ampia strategia per la qualità della legislazione, che prevede il ricorso congiunto, all'interno del ciclo regolatorio, sia alle tecniche redazionali che agli strumenti di *better regulation*, per una corretta individuazione degli obiettivi perseguiti, dei benefici attesi e dei costi previsti.

Un aggiornamento "dovuto" riguarda la regola di cui al par. 12, lett. *r)*, che disciplina le modalità di citazione degli atti dell'Unione europea, per tenere conto sia della diversa denominazione assunta nel corso del tempo dalle istituzioni europee – dalla Comunità economica europea (CEE) alla Comunità europea (CE) e all'Unione europea (UE) – sia delle modifiche apportate da tali istituzioni ai criteri di citazione dei propri atti (la citazione dell'anno prima con due e poi con quattro cifre, la collocazione dell'anno prima o dopo il numero, etc.).

Un'altra regola che dovrebbe formare oggetto di una più puntuale previsione è quella relativa alla reviviscenza[132] per avvicinarla alla disciplina contenuta nel manuale regionale e tenere conto delle pronunce della Corte costituzionale intervenute sul tema, legando così i criteri di *drafting* al diritto vivente in cui questi operano. Il riferimento è in particolare alla sentenza 24 gennaio 2012, n. 13, che, al par. 5.3 del *Considerato in diritto*, dopo aver premesso che la reviviscenza «non opera in via generale e automatica e può essere ammessa soltanto in ipotesi tipiche e molto limitate», ne individua due: l'annullamento

formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo, in *Rassegna parlamentare,* n. 1/2000, 207 e ss.

[129] Sulla valorizzazione dell'istruttoria legislativa come obiettivo che si ripropone con una certa frequenza in Parlamento, ma che è associato ad un bilancio in larga misura fallimentare, si veda N. LUPO, *Intervento*, in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento*, IV, Pisa University Press, Pisa, 2010, 63.

[130] La Camera dei deputati ha recepito i contenuti della circolare in oggetto nel proprio Regolamento a seguito delle riforme regolamentari intervenute il 1° gennaio 1998 (v. artt. 16-*bis,* 79 e 96-*bis*).

[131] E, volendo, dell'*effctiveness*, nell'accezione che se ne è data *supra*, nota 65.

[132] Le circolari statali attualmente prevedono che se «si intende far rivivere una disposizione abrogata o modificata occorre specificare espressamente tale intento» (par. 15, lett. *d)*).

di norma espressamente abrogatrice da parte dello stesso giudice costituzionale[133] e l'abrogazione di una disposizione meramente abrogatrice.

Un'integrazione dei criteri di *drafting* potrebbe, inoltre, essere operata recependo alcune indicazioni contenute nella l. n. 400/1988[134]: tale legge è attualmente richiamata dalle vigenti circolari statali solo per prescrivere che le disposizioni attributive di un potere regolamentare al Governo sono tenute a specificare di che tipo di regolamento si tratti (par. 2, lett. *e*).

L'integrazione proposta riguarderebbe, innanzitutto, la disposizione che rende obbligatorio prevedere, nelle leggi di delega di durata superiore ai due anni, il parere delle Camere sugli schemi di decreti legislativi[135].

L'intervento più consistente dovrebbe però essere riservato alla decretazione d'urgenza, cui sarebbe opportuno dedicare un apposito paragrafo, inserendo le indicazioni dell'art. 15 della l. n. 400/1988, in materia di corrispondenza tra il contenuto e il titolo del decreto (c. 3), di obbligatorietà della clausola di presentazione al Parlamento per la conversione in legge (c. 4), di divieto di inserire nel testo deleghe legislative di cui all'articolo 76 della Costituzione e di provvedere nelle materie di cui all'articolo 72, quarto comma, della Costituzione (c. 2, lett. *a*) e *b*)). In particolare, il requisito dell'omogeneità, previsto dall'art. 15, c. 3, della l. n. 400/1988, potrebbe essere recepito anche nelle circolari statali, tenendo presente la giurisprudenza costituzionale che, a partire soprattutto dal 2012[136] e con particolare riguardo ai decreti c.d. «milleproroghe», lo ha dettagliato, precisando che tale requisito ricorre sia dal punto di vista oggettivo e materiale, sia dal punto funzionale e finalistico.

Sempre con riferimento all'attuazione della l. n. 400/1988, sarebbe opportuno tenere conto di quanto previsto dall'articolo 13-*bis* in tema di chiarezza dei testi normativi, in particolare nella parte in cui si prevede che in un testo legislativo «ogni rinvio ad altre norme […] indichi, in forma integrale o in forma sintetica e di chiara comprensione, il testo ovvero la materia alla quale le disposizioni fanno riferimento». Tale previsione, introdotta nel 2009, è

[133] A cui, per analogia, può essere affiancato l'annullamento da parte della Corte costituzionale della modifica testuale.

[134] Va ricordato che il Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi, nel suo rinvio alle Camere della legge di conversione di un decreto-legge in tema di zootecnica, deplorò: «uno stravolgimento dell'istituto del decreto-legge non conforme al principio consacrato nel ricordato articolo 77 della Costituzione e alle norme dettate in proposito dalla legge n. 400 del 1988 che, pur essendo una legge ordinaria, ha valore ordinamentale in quanto è preposta all'ordinato impiego della decretazione d'urgenza e deve quindi essere, del pari, rigorosamente osservata». E fece presente anche che «[u]n testo aggravato da tante norme disomogenee dà vita, come rilevato nel parere del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati formulato il 19 marzo 2002, ad un provvedimento di "difficile conoscibilità del complesso della normativa applicabile"»

[135] Art. 14, c. 4, della l. n. 400/1988.

[136] C. cost., 16 febbraio 2012, n. 22. Sul punto qui trattato S.M. CICCONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?* in *Consulta Online,* 2012.

rimasta in larga parte inattuata, probabilmente perché una sua applicazione letterale comporterebbe un eccessivo appesantimento dei testi legislativi già particolarmente complessi. Per assicurare un'applicazione almeno parziale della norma, sarebbe probabilmente sufficiente riformulare la lettera *a)* del par. 14 delle circolari statali, che attualmente ammette i rinvii muti, uniformando la regola statale alle previsioni del manuale regionale e della guida unionale che richiedono la citazione del titolo (anche in forma breve) dell'atto cui si fa rinvio e solo eventualmente del suo oggetto (o dell'oggetto della partizione cui ci si riferisce) se il titolo non permette d'individuare l'argomento del rinvio.

Un'ulteriore modifica/ravvicinamento, sempre attinente alla materia dei rinvii, potrebbe riguardare la regola di cui al par. 12, lettera *b),* delle circolari statali, che richiede l'inserimento dell'espressione "e successive modificazioni" per richiamare il testo vigente nel caso in cui l'atto abbia subìto modifiche nel corso del tempo. Tale indicazione, già ampiamente disattesa nella recente prassi[137], ha suscitato perplessità anche in ambito dottrinario[138] relativamente alla sua possibile ambiguità: non è infatti chiaro se con il richiamo alle successive modificazioni si intende disporre un rinvio fisso, riferito esclusivamente all'atto nella versione vigente alla data di entrata in vigore della legge che effettua il rinvio[139], oppure un rinvio mobile, inclusivo di tutte le modifiche che l'atto a cui si fa rinvio subirà in futuro. L'attuale formulazione potrebbe essere facilmente superata, prevedendo al par. 12, lett. *b),* che il rinvio a un atto che abbia subìto successive modificazioni si intende fatto al testo vigente, a meno che non si intenda far riferimento alla versione dello stesso a una data determinata, nel qual caso tale intento deve risultare in maniera chiara e inequivoca per evitare dubbi di legittimità costituzionale. Resterebbe fermo che il riferimento si intende sempre fatto al testo vigente nel caso della Costituzione e dei codici. In questo senso sembra andare anche l'interpretazione data alla formula dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 292 del 19 dicembre 1984[140]. Il

[137] A titolo esemplificativo può essere rilevato che, sulla base della ricerca testuale, le parole "successive modificazioni" non ricorre nelle leggi di iniziativa parlamentare di recente approvazione. Per le leggi di iniziativa governativa, l'espressione ricorre solo laddove le leggi in questione modificano atti in cui tale espressione è già utilizzata.

[138] N. LUPO, *Tecnica e politica della legislazione nelle circolari sulla redazione degli atti normativi,* cit., 111. Echi di tali perplessità si ritrovano nel manuale regionale: si vedano gli *Esempi e spiegazioni per l'applicazione delle regole. Paragrafo 61 – Riferimenti ad atti modificati*.

[139] Questa impostazione è smentita dalla regola per cui l'intento di operare dei rinvii fissi «deve risultare in maniera chiara ed inequivoca» (par. 12, lett. *b*) delle circolari statali); in termini analoghi, il par. 60.4 del manuale regionale e l'orient. 16.16 della guida unionale.

[140] In questa decisione, infatti, la Corte costituzionale ha modo di chiarire che «[i]l ricorso a cosiffatto rinvio è senza dubbio tanto consolidato e frequente, da sembrare che costituisca ormai un metodo di legiferazione, ma non per questo è incensurabile, quando ne derivi ambiguità. In caso contrario, si legittimerebbe persino la degenerazione della genericità dell'abituale formula

riferimento alle successive modificazioni dovrebbe invece essere mantenuto nel caso di abrogazione esplicita di un atto che ha subìto modifiche, come anticipato al par. 4.4. Prescinderne imporrebbe a chi opera l'abrogazione di ricercare in tutto l'ordinamento gli atti modificativi, con il concreto rischio di non riuscire a individuarli tutti e con la conseguente incertezza sulla sorte di quelle disposizioni "sospese" all'interno dell'ordinamento.

In merito alla terminologia, una riflessione approfondita dovrebbe essere svolta sulla possibilità di introdurre nelle circolari statali un'espressa previsione in merito al divieto di linguaggio discriminatorio di genere. Nonostante il legislatore sia ripetutamente intervenuto per garantire la parità di trattamento tra uomo e donna da un punto di vista sostanziale[141], raramente ha tenuto conto del linguaggio di genere nella formulazione dei suoi atti[142], sebbene il codice delle pari opportunità[143], all'art. 1, c. 4, prescriva che «[l]'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, attivi amministrativi, politiche e attività».

Come è noto, all'impostazione formalistica – secondo cui nella lingua italiana «il genere maschile comprende il femminile»[144] – si è andata progressivamente sostituendo una diversa impostazione che considera tali questioni non di mera forma, posto che la scelta di un termine piuttosto che di un altro «comporta una modificazione nel pensiero e nell'atteggiamento di chi lo pronuncia e quindi di chi lo ascolta»[145], con la conseguenza che la storica sottorappresentanza delle donne[146] passa anche dalla formulazione formale della legge.

in evasività, come potrebbe dirsi accadere proprio nella legge n. 703 del 1952 (art. 7), ove il rinvio risulta fatto addirittura "ad analoghe eventuali successive modificazioni"».

[141] A titolo meramente esemplificativo si possono richiamare, oltre alla risalente l. n. 653/1934, per la tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli, la l. n. 7/1963, in tema di divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio e tutela delle lavoratrici madri, la l. n. 903/1977, concernente la parità di trattamento in ambito lavorativo, la l. n. 125/1991, concernente azioni positive per la parità di trattamento in ambito lavorativo, il d. lgs. n. 151/2001, in materia di tutela della maternità e paternità, il d. lgs. n. 198/2006, altresì noto come «codice delle pari opportunità», la l. n. 120/2011, in tema di parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati, la l. n. 215/2012, in tema di riequilibrio della rappresentanza di genere nei consigli degli enti locali e regionali.

[142] Per citare solo alcuni degli atti normativi appena richiamati *supra*, nel d. lgs. n. 151/2001, si fa riferimento esclusivamente ai «datori di lavoro», nel d. lgs. n. 198/2006, ricorre molto spesso il termine «lavoratori» e «datori di lavoro», nella l. n. 120/2011 si parla solo di «amministratori». Si veda sul punto: B. MALAISI, *Il linguaggio di genere in ambito giuspubblicistico,* in *Federalismi.it*, 4 maggio 2011, 7.

[143] D. lgs. n. 198/2006.

[144] R. PAGANO, *Introduzione alla legistica,* cit., 114.

[145] A. SABATINI, *Raccomandazioni per un uso non sessista della lingua italiana,* in ID. (a cura di), *Il sessismo nella lingua italiana,* Istituto Poligrafico Zecca dello Stato, Roma, 1987, 97.

[146] In questi termini C. cost., 14 gennaio 2010, n. 14, par. 3.1 *Considerato in diritto.*

Le circolari statali tacciono sul punto e altrettanto fa la guida unionale, nonostante la particolare attenzione che quest'ultima pone ai soggetti destinatari dell'atto. Il manuale regionale, invece, affronta esplicitamente la questione, peraltro estendendone la portata, in quanto invita a «evitare le espressioni discriminatorie» e a «preferire le espressioni che consentono di evitare l'uso del maschile come neutro universale» (par. 14)[147].

Considerate le caratteristiche del linguaggio legislativo, che dovrebbe ispirarsi a principi di generalità e astrattezza, ci si è chiesti come questa sensibilità possa declinarsi tenendo conto della peculiare natura dell'atto[148]. Le strade percorribili, secondo i linguisti, sono il ricorso alla forma sdoppiata estesa («il candidato o la candidata»), che tuttavia potrebbe appesantire eccessivamente il testo e l'utilizzo di formule neutre (i «diritti della persona» anziché i «diritti dell'uomo», «la direzione» anziché «il direttore» o «la direttrice»). Un'altra soluzione è esemplificata nell'articolo 82 dello Statuto della regione Toscana, che si chiude con la seguente indicazione: «[l]'uso, nel presente Statuto, del genere maschile per indicare i soggetti titolari di diritti, incarichi pubblici e stati giuridici è da intendersi riferito ad entrambi i generi e risponde pertanto solo ad esigenze di semplicità del testo». Questa soluzione, pur formalmente rispettosa del linguaggio di genere, non ha, tuttavia, la capacità di porre in essere quella "modificazione del pensiero" richiesta ai fini di una piena parificazione tra donne e uomini, in quanto le disposizioni dello Statuto saranno estese al genere femminile solo per tramite dell'interpretazione.

Non essendo ipotizzabile fornire in astratto un'unica indicazione, sembrerebbe opportuno richiamare nelle circolari statali le varie opzioni lasciando al redattore la scelta della soluzione che meglio si adatta al caso concreto.

Un ulteriore aspetto suscettibile di aggiornamento è quello dei forestierismi[149], e in particolar modo degli anglismi[150], che sono sempre più presenti nel

[147] Rispetto a questa formulazione si segnala una imprecisione, poiché il maschile può essere eventualmente inclusivo, ma non neutro, posto che l'italiano non prevede il genere neutro: G. BERRUTO, *Prima lezione di sociolinguistica,* Laterza, Roma-Bari, 2004, 115 e 125; S. CAVAGNOLI, *Approcci giuridici e linguistici alla lingua di genere,* in M. A. CORTELAZZO (a cura di), *Politicamente e linguisticamente corretto,* Quaderni della Rete per l'eccellenza dell'italiano istituzionale, vol. 2, Cleup, Padova, 2013.

[148] Importanti suggestioni si rinvengono nelle *Direttive per il rispetto del genere nei testi dell'Amministrazione provinciale* della provincia autonoma di Bolzano, pubblicate nel Bollettino ufficiale della Regione Trentino-Alto Adige 24 gennaio 2012, n. 4, suppl. n. 1. Queste direttive individuano dei veri e propri princìpi per il rispetto del genere negli atti giuridici (p. 11), quali precisione, leggibilità, comprensibilità e sinteticità. Sotto un profilo linguistico è importante il contributo di S. CAVAGNOLI, *Linguaggio giuridico e lingua di genere: una simbiosi possibile,* Edizioni dell'Orso, Alessandrina, 2013.

[149] Un'accurata rassegna è svolta in S. MARCI (a cura di), *L'uso dei termini stranieri nei testi legislativi,* Senato della Repubblica, Servizio per la qualità degli atti normativi, giugno 2018.

[150] T. DE MAURO, *È irresistibile l'ascesa degli anglismi?* in *Dizionario di Internazionale,* 14 luglio 2016. Del tema si è occupata J. VISCONTI, *Interferenze sull'italiano giuridico nei processi di traduzione e di trasposizione dalla lingua inglese*, in *Il linguaggio giuridico nell'Europa delle pluralità. Lingua*

linguaggio legislativo[151] soprattutto in conseguenza della pervasività della legislazione dell'Unione europea in ampi settori del nostro ordinamento.

È avvertito da tempo che «per le locuzioni giuridiche «importate» da altre lingue e per quelle «ispirate alle nuove esigenze della vita sociale» sorge «l'esigenza di fornire una traduzione e, soprattutto, una definizione italiana in un enunciato normativo che sia esauriente e non dia adito a dubbie interpretazioni»[152].

Il tema è complesso[153] e anche in questo caso la soluzione dev'essere ricercata a partire dal caso concreto. In linea generale può risultare opportuno un bilanciamento tra un eccessivo protezionismo e un'indiscriminata apertura nei confronti delle lingue straniere, tenendo in debita considerazione la giurisprudenza formatasi in materia[154] e l'operato del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati, che ha più volte censurato l'uso non giustificato di termini stranieri[155].

La regola dettata dalle circolari statali (par. 4, lett. *m)*) sembra in linea di massima condivisibile e ancora attuale, poiché consente l'uso dei termini stranieri quando questi siano già entrati nell'uso della lingua italiana – superando una sorta di vaglio della prassi – e non abbiano sinonimi di uso corrente, anche se potrebbe essere oggetto di una migliore formulazione[156] che consenta anche un ravvicinamento al manuale regionale. Non sembra invece del tutto condivisibile il tenore della raccomandazione *sub* par. 4, secondo la quale è opportuno che i termini stranieri, anche se entrati nell'uso della lingua italiana, siano

italiana e percorsi di produzione e circolazione del diritto dell'Unione europea, Senato della Repubblica, Roma, 2017, 71 e ss., la quale individua all'origine degli anglismi nel nostro ordinamento l'introduzione di termini relativi a istituti di *common law* in ragione del prestigio e dell'ispirazione che recano, l'internazionalizzazione della prassi contrattuale e il formante giuridico legislativo eurounitario.

[151] A. GAMBARO, *La prospettiva del privatista,* in B. POZZO, F. BAMBI (a cura di), *L'italiano giuridico che cambia: atti del Convegno,* Accademia della Crusca, Firenze, 2012, 40.

[152] P. BILANCIA, *Sulla tecnica per migliorare gli enunciati legislativi,* in *Rass. parl.,* n. 1/1990, 64.

[153] Sul tema, se si vuole, L. TAFANI, *Tra slogan e norme: gli anglicismi nella lingua italiana del diritto e della comunicazione istituzionale, Terminologie e comunicazione istituzionale, tra multilinguismo e traduzione*, in *Publifarum*, n. 31, 22 marzo 2020, reperibile all'indirizzo web: http://www.publifarum.farum.it/ezine_articles.php?id=482 (consultato il 30 gennaio 2022).

[154] «[I]l primato della lingua italiana non solo è costituzionalmente indefettibile, bensì – lungi dall'essere una formale difesa di un retaggio del passato, inidonea a cogliere i mutamenti della modernità – diventa ancor più decisivo per la perdurante trasmissione del patrimonio storico e dell'identità della Repubblica, oltre che garanzia di salvaguardia e di valorizzazione dell'italiano come bene culturale in sé» ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza 24 febbraio 2017, n. 42. Sul tema R. CARTA, *La lingua come elemento identitario e vettore di trasmissione di cultura tra esigenze di internazionalizzazione e autonomia universitaria: nota a margine della sentenza 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *Forum quad. cost.,* 23 maggio 2018.

[155] S. MARCI, cit.

[156] Ritiene tuttavia che la regola «sia essa stessa suscettibile di una migliore formulazione» M. PIETRANGELO, *Alcune note sugli usi linguistici del legislatore statale nella produzione normativa recente,* in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo,* 23 marzo 2020, 9.

corredati da una definizione. Tale previsione appare infatti contraddittoria perché se il termine richiedesse di essere definito per essere compreso non avrebbe probabilmente raggiunto quel grado di ingresso nell'uso della lingua italiana richiesto come requisito dalla citata lett. *m)* del par. 4 e dalla stessa raccomandazione. Sembrerebbe perciò più opportuno limitare il ricorso alle definizioni solo ai casi in cui il significato del termine non sia chiaro e univoco (termine passabile di molteplici traduzioni o termine usato in una ristretta cerchia di soggetti…). Problemi sorgono per quei termini stranieri che trovano omologhi, all'incirca parimenti affermati, nella lingua italiana[157], e per i quali, non sembrando applicabile il principio del *first come first served*, il problema si risolve piuttosto nella scelta tra un forestierismo e un neologismo. In questi casi la preferenza per l'uno o l'altro termine dovrebbe tener conto dei seguenti fattori: la precisione del termine, la sua diffusione tra i destinatari dell'atto e soprattutto la sua presenza in atti che disciplinano la stessa materia, in applicazione del criterio dell'uniformità[158].

Del resto, il tema dei forestierismi va spesso di pari passo con quello dei neologismi, poiché un atteggiamento particolarmente protezionistico nei confronti del proprio lessico giuridico, che escluda *a priori* l'uso di parole provenienti da altre lingue, potrebbe indurre a creare una nuova parola (attraverso un calco della parola straniera o un vero e proprio neologismo) oppure a ricorrere a una circonlocuzione per descrivere il fenomeno che si intende regolare[159].

L'introduzione di una regola che manifestasse la preferenza per un neologismo piuttosto che per un forestierismo verrebbe forse incontro alle istanze di una più incisiva politica linguistica nel paese[160], ma rischierebbe di cristallizzare una volta per tutte una determinata posizione, mentre sembra preferibile lasciare al redattore la scelta del termine più appropriato e opportuno nel caso

[157] Ed è allora chiaro l'imbarazzo del legislatore all'atto di dare un titolo alla l. n. 16/2008, che prescrive l'introduzione nello svolgimento della prova scritta per l'accesso alla professione di giornalista dell'uso dell'elaboratore elettronico, subito specificando tra parentesi, onde forse evitare possibili fraintendimenti, che si tratta del *personal computer*.

[158] Par. 4, lett. *a),* delle circolari statali; par. 18 del manuale regionale; orient. 6.2. della guida unionale.

[159] Per arrivare a quei fenomeni, per fortuna limitati, che mischiano parole e simboli, tipicamente la "a commerciale" o "chiocciola". È il caso della l. r. Campania n. 22/2016, il cui titolo è «Legge annuale di semplificazione 2016 – Manifattur@ (*sic!*) Campania: Industria 4.0».

[160] Oltre la già richiamata sentenza della C. cost., 24 febbraio 2017, n. 42, è possibile citare la complessa vicenda da cui essa è originata (TAR Lombardia, sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348, impugnata davanti al Consiglio di Stato che ha sollevato questione di legittimità costituzionale) e con cui è proseguita ad esito del giudizio davanti alla Consulta (restituiti gli atti al Consiglio di Stato, questo ha pronunciato la sentenza 29 gennaio 2018, n. 617) e, infine, in sede di giudizio di ottemperanza (Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2019, n. 7694), sostanzialmente attenuando quanto affermato dalla Corte costituzionale e dal Consiglio di Stato. D'altra parte, sono noti i dibattiti sull'introduzione della lingua italiana in Costituzione: sul tema M. FRANCHINI, *"Costituzionalizzare" l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale,* in *Rivista AIC,* n. 3/2012.

concreto, in relazione sia all'ambito di applicazione della disciplina che ai suoi destinatari.

Un ulteriore aggiornamento potrebbe riguardare la denominazione degli allegati distinguendo tra allegati in senso stretto, che pur distinti dall'articolato non sono da essi autonomi, e annessi, che hanno carattere autonomo rispetto all'atto che li contempla, così da evitare espressioni che ingenerano confusione come «annesso allegato» e «allegato annesso»[161]. Nelle regole manca anche una disciplina relativa alla numerazione degli allegati, che sono alternativamente numerati con lettere, numeri ordinali e numeri cardinali[162]. Anche a questo proposito sarebbe opportuno fornire indicazioni univoche, sulla falsariga di quelle fornite dal manuale regionale, che è l'unico a disciplinare la casistica (par. 51, che stabilisce che gli allegati sono contraddistinti con una lettera maiuscola).

Accanto a questi interventi potrebbe valutarsi l'opportunità di introdurre anche alcune nuove indicazioni riguardanti la formulazione di specifiche tipologie di disposizioni, quali quelle sanzionatorie[163], tributarie[164] e recanti la copertura finanziaria[165]. Risulterebbe del pari utile richiamare l'attenzione sulla opportunità di inserire, nelle disposizioni che rimandano ad atti non legislativi di attuazione, l'indicazione di termini certi per l'adozione di questi ultimi[166].

[161] Seguendo così la proposta di R. PAGANO, *Introduzione alla legistica,* cit., 78. Nella legislazione italiana si registra molta confusione: si prenda la l. n. 154/2016, che, all'art. 39, c. 1, lett. *c),* parla dell'«allegato I annesso alla presente legge», che effettivamente è intitolato «Allegato I», ma che nel l'articolo che vi rinvia è qualificato come «annesso». Più di rado, si parla di «annesso allegato», come nella l. n. 466/1981.

[162] A titolo esemplificativo: sono individuati con numeri romani gli allegati al d. lgs. n. 50/2016, con cifre arabe gli allegati alla l. n. 195/2016, e con lettere gli allegati alla l. n. 170/2016.

[163] Sulle questioni legate alla redazione delle sanzioni già G. LATTANZI, *La circolare della presidenza del consiglio sulla scelta delle sanzioni*, in *Foro it.,* 1985, V; più in generale F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica),* Giuffrè, Milano, 2012.

[164] Ad esempio, valutando l'opportunità di completare i richiami alla l. n. 212/2000 contenuti nelle circolari statali. È il caso dell'art. 2, c. 1 («Le leggi e gli atti aventi forza di legge che non hanno un oggetto tributario non possono contenere disposizioni di carattere tributario, fatte salve quelle strettamente inerenti all'oggetto della legge medesima») e c. 4 («Le disposizioni modificative di leggi tributarie debbono essere introdotte riportando il testo conseguentemente modificato»).

[165] Su cui i criteri statali tacciono, se si eccettua la raccomandazione *sub* par. 2 per cui le disposizioni concernenti la copertura finanziaria sono preferibilmente accorpate in un unico articolo.

[166] Il rischio insito nell'adozione di atti non auto applicativi è la mancata adozione degli atti derivati. Il tema è noto nel nostro ordinamento dove, anche sulla base dei rilievi contenuti nel Documento conclusivo della Commissione parlamentare per la semplificazione (31 marzo 2014), è stato adottato il d.lgs. n. 10/2016, finalizzato a individuare le previsioni che rimandano a disposizioni non legislative di attuazione e, alternativamente, modificarle in modo da favorirne l'adozione o abrogarle, ove non sussistono più le condizioni per la loro adozione. Sul tema E. ALBANESI, *La semplificazione normativa nella XVII legislatura,* in P. COSTANZO (a cura di), *Codice di drafting*, Libro 2, 2008 e C. DEODATO, cit., par. 3.

L'occasione potrebbe essere, infine, proficua per dare conto dei più aggiornati strumenti in materia di *better regulation* che – concretizzandosi in disposizioni normative – rilevano per il *drafting* formale. Il riferimento è alle clausole (e alle missioni) valutative[167], espressamente previste dall'art. 7 dell'Accordo in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione[168], il quale richiede, sotto il profilo redazionale, che siano definite formule *standard* per garantire il monitoraggio dello stato d'attuazione degli atti normativi, indicando altresì gli obiettivi conoscitivi da perseguire (c. 2)[169]. Le circolari potrebbero essere la sede idonea per offrire indicazioni in tale direzione.

6. Conclusioni

All'esito del lavoro di comparazione, ci sembra di poter confermare l'importanza e la vitalità del *drafting* formale[170], che deve essere considerato non come uno strumento statico, con regole cristallizzate una volta per tutte, ma come uno strumento dinamico da sottoporre a periodiche rivisitazioni[171] – come espressamente previsto a livello regionale e dell'Unione europea – da parte di gruppi di lavoro composti, oltre che da giuristi, *drafter* di professione[172] e

[167] E, se si vuole, alle *sunset clause.* Su queste ultime si veda A. DE CRESCENZO, *Le* "sunset rules" *come strumenti di* better regulation. *Un possibile equilibrio tra centralità parlamentare in periodi emergenziali e obiettivo di semplificazione normativa*, in *Dir. pub. eur.*, n. 2/2020. Ad oggi, l'unica esperienza in Italia si registra nell'art. 26 della l.r. Toscana n. 67/2007.

[168] Il quale, al c. 1, definisce le clausole valutative come «uno strumento di valutazione *ex post* delle leggi consistente in uno specifico articolo dell'atto normativo, che conferisce un mandato esplicito al Governo ed alle Giunte regionali ad elaborare ed a comunicare all'organo legislativo le informazioni necessarie sia a conoscere i tempi, le modalità attuative e le eventuali difficoltà emerse in fase di implementazione, sia a valutare le conseguenze dell'atto sui destinatari diretti e la collettività».

[169] Sul tema, più diffusamente, E. ALBANESI, *A mo' di appunti in vista di un auspicabile aggiornamento, vent'anni dopo, delle Circolari di* drafting *del 2001: alcune regole ad oggi "mancanti"* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 1/2022.

[170] Riprova di ciò, sono, oltre all'importanza che la redazione degli atti legislativi ha all'interno del circolo ermeneutico e dunque la sua capacità di influire sull'interpretazione, il crescente interesse mostrato su questi aspetti dalla giurisprudenza di legittimità (anche costituzionale) e dall'Avvocatura generale dell'Unione europea.

[171] Anche sotto la spinta di sopravvenienze esogene: a titolo esemplificativo può farsi riferimento alle questioni emerse in ragione della situazione pandemica. Si veda A. VENANZONI, *La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2*, in *Federalismi.it*, 13 marzo 2020; L. DI MAJO, *La tecnica normativa nel contesto della crisi epidemiologica da Covid-19*, in *Dir. reg.,* n. 2/2020; E. GRIGLIO, *I limiti del drafting normativo nel primo anno dell'emergenza pandemica,* in G. MAZZANTINI, L. TAFANI (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario Osservatorio AIR 2020*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 142 ss.

[172] Lo studio sull'attività e sulle professionalità dei *drafter* si è concentrata sulle burocrazie parlamentari. Sulla loro formazione, si registrano posizioni sostanzialmente concordanti: N. LUPO, *Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei mutamenti dell'assetto istituzionale, nazionale e sovranazionale,* in *Rass. parl.,* n. 1/2012, 51 e ss., ritiene che l'elevata mobilità dei consiglieri parlamentari e dei

accademici, anche da altre professionalità e competenze, in primo luogo linguistiche e di informatica giuridica. Sotto tale aspetto il *drafting* si presenta come un sapere al crocevia tra una pluralità di discipline.

L'analisi condotta nei paragrafi precedenti ha mostrato che non esiste un solo modello di *drafting.* Le soluzioni proposte dai tre testi esaminati non sono, infatti, immediatamente riconducibili a unità: al di là delle scelte stilistiche, la comparazione ha messo in luce alcune differenze derivanti sia dalle caratteristiche peculiari del contesto ordinamentale in cui le regole operano, sia dalle scelte di fondo compiute dai loro estensori. Si va da un modello che adotta un canone prescrittivo a uno che invece intende accompagnare il redattore, descrivendo più che prescrivendo le scelte che esso è chiamato a compiere.

Tuttavia questa constatazione non deve impedire di provare davvero a rispondere a quell'esigenza di ravvicinamento auspicata in questi anni in varie sedi[173], a partire dal più volte menzionato Accordo in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione del 2007.

Ciò consentirebbe, da un lato, di rendere più facilmente comprensibile il messaggio legislativo sia dai diversi livelli di governo che da parte degli operatori chiamati ad attuarlo; dall'altro, permetterebbe di cogliere i migliori frutti di ciascuna esperienza. Peraltro, più le indicazioni di *drafting* saranno condivise e comuni tra i vari titolari della funzione legislativa, più esse potranno rappresentare un modello di riferimento per gli altri soggetti cui il nostro ordinamento attribuisce funzioni di regolazione, più o meno vincolanti[174], e fungere da ispirazione per la redazione degli atti amministrativi e per la comunicazione istituzionale.

segretari di commissione sia atta a evitare che apporti eccessivamente tecnocratici incidano sul processo di decisione democratica. Non dissimilmente, un auspicio in termini di specializzazione, ma anche di «flessibilità operativa» e di «duttilità generalista» (caratteristica ritenuta dall'A. già propria della burocrazia parlamentare) è formulato da L. CIAURRO, *Caratteristiche delle linee di sviluppo del Senato della Repubblica,* in *Il ruolo degli apparati serventi delle assemblee legislative tra tradizione e linee di sviluppo,* Atti del Convegno, Palermo, 20 gennaio 2012. Ancora, P. UNGARI, *Intervento*, in *La burocrazia parlamentare: funzioni, garanzie e limiti*, Camera dei deputati, Roma, 1983, 56 e ss., ritiene che «una burocrazia parlamentare è fatta (non dico tutta, ma nella grande maggioranza, se è fatta bene) di mediani volanti, di gente spostabile da un compito all'altro con rapidità, di gente passata mentalmente attraverso varie esperienze».

[173] Si veda l'auspicio formulato dalla Rete per l'eccellenza dell'italiano istituzionale (REI) - il cui Comitato di coordinamento è presieduto da Michele Cortelazzo - nel manifesto *Parole chiare per tutti. Manifesto per un italiano istituzionale di qualità,* alla sua quinta tesi, intitolata «Testi istituzionali leggibili». Il manifesto è consultabile alla pagina web https://ec.europa.eu/translation/italian/rei/about/documents/manifesto_italiano_istituzionale_qualita_it.pdf (consultato il 31 gennaio 2022). Così anche M. PIETRANGELO, cit., 10.

[174] Quali ad esempio le Autorità indipendenti, le quale hanno molto presto e bene implementato gli strumenti di *drafting sostanziale* trascurando, al contempo, il *drafting* formale. Sul tema si veda E. GRIGLIO, cit., 271 e ss.

È evidente che tale opera di ravvicinamento impone di superare alcune resistenze da parte delle burocrazie, che si mostrano a volte restie a mettere in discussione indicazioni e prassi ormai consolidate, appartenenti al loro bagaglio professionale, e richiede di assumere un atteggiamento di apertura al confronto e all'innovazione. Tanto più se si vuole che a questo ravvicinamento si accompagni un più generale aggiornamento, che tenga conto dei rilevanti mutamenti registrati dalla produzione legislativa rispetto al modello costituzionale e che abbia anche la capacità di intravedere ulteriori linee di tendenza[175]. Cruciale, a tal riguardo, è anche un maggiore investimento nella formazione specifica dei *drafter* attraverso percorsi di apprendimento e affinamento delle competenze.

Se è vero che la buona scrittura delle leggi, oltre che trovare fondamento in esso, costituisce veicolo di attuazione del principio di certezza del diritto e della certezza dei diritti dei cittadini[176], tale principio dovrebbe costituire la stella polare da seguire nell'opera da intraprendere, pur nella consapevolezza che il suo significato è ormai distante da quella immagine positivistica che sembra sempre più sbiadire ai nostri occhi[177].

La ricorrenza, che questo numero speciale dell'Osservatorio delle fonti ha voluto onorare, può rappresentare davvero un'occasione da non lasciarsi sfuggire.

[175] E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione,* Giappichelli, Torino, 2017, in part. 302 e ss. mette in luce le caratteristiche, fisiologiche e patologiche, della legislazione contemporanea, individuandole nella sua «precarizzazione», ossia nel «sacrifica[re] l'ideale di una normazione di buona qualità sull'altare della velocità». Di ciò, sarà inevitabile tenere conto in qualsiasi ipotesi di riscrittura dei criteri.

[176] R. ZACCARIA, *La buona scrittura e la qualità delle leggi,* in R. ZACCARIA (a cura di), cit., 15.

[177] Di ciò mette in guardia E. LONGO, cit., 298 e ss.

A MO' DI APPUNTI IN VISTA DI UN AUSPICABILE AGGIORNAMENTO, VENT'ANNI DOPO, DELLE CIRCOLARI DI *DRAFTING* DEL 2001: ALCUNE REGOLE AD OGGI "MANCANTI"

ENRICO ALBANESI *

Sommario

1. Obiettivi di ricerca (l'individuazione di alcune regole "mancanti" nelle Circolari di *drafting* del 2001 alla luce delle esigenze e problematiche emerse nel nostro ordinamento negli ultimi vent'anni, *non* in prospettiva di diritto comparato ma comunque con uno sguardo all'esperienza britannica) ed alcune premesse teoriche sulla natura del *drafting*. – 2. Alcune regole di tecnica legislativa ad oggi "mancanti" nelle Circolari di *drafting* del 2001: *a*) come scegliere tra la tecnica della novella e quella della modifica implicita (nonché, ove sia scelta la novella, tra la novella "chirurgica" e la sostituzione integrale del testo vigente); – 3. (*segue*): *b*) un'eccezione alla regola sulla reviviscenza; – 4. (*segue*): *c*) distinti *nomina* per consolidamento/riassetto e tecniche di consolidamento; – 5. (*segue*): *d*) l'attuazione del diritto dell'Unione europea e la trasposizione interna dei termini usati dal legislatore europeo; – 6. (*segue*): *e*) le modalità di redazione di clausole valutative. – 7. Considerazioni conclusive.

Abstract

The essay critically analyses the guidelines on legislative drafting (issued in Italy in 2001 by the President of the Camera dei deputati*, the President of the* Senato della Repubblica *and the President of the Council of ministers), in light of their practical application and problems arisen in the last twenty years. The essay suggests that the current guidelines should be updated and completed with some rules, most of them gleaned from the British experience, concerning: the choice between textual amendment (and repeal)/non-textual amendment (and repeal) & between short textual amendment/wholesale repeal and re-enactment; an exception concerning the needs of express words for the revival of repealed enactments; the techniques to carry out consolidation and codification; the implementation of EU law and the use of the same wording as the directive or different wording from it; the drafting of evaluation clauses. From a theoretical perspective, the essay assumes legislative drafting as phronesis (a discipline where theoretical principles guide the drafter to conscious decisions made in a series of subjective empirical and concrete choices).*

Suggerimento di citazione

E. ALBANESI, *A mo' di appunti in vista di un auspicabile aggiornamento, vent'anni dopo, delle Circolari di* drafting *del 2001: alcune regole ad oggi "mancanti",* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Genova. Associate Research Fellow presso l'Institute of Advanced Legal Studies dell'Università di Londra.

Contatto: enrico.albanesi@unige.it

© 2007- 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Obiettivi di ricerca (l'individuazione di alcune regole "mancanti" nelle Circolari di *drafting* del 2001 alla luce delle esigenze e problematiche emerse nel nostro ordinamento negli ultimi vent'anni, *non* in prospettiva di diritto comparato ma comunque con uno sguardo all'esperienza britannica) ed alcune premesse teoriche sulla natura del *drafting*

Scopo del presente saggio, a mo' di appunti in vista di un auspicabile aggiornamento delle Circolari di *drafting* del 2001[1], è quello di individuare alcune regole di tecnica legislativa che sembrano "mancare" nelle Circolari stesse.

Si tratta di una ricerca che non pretende di avere alcuna esaustività quanto ad individuazione delle "mancanze"; né aspira a leggere gli auspicabili interventi qui proposti come tra loro organicamente interdipendenti. Piuttosto, si intende qui dar conto di interventi (tra loro eterogenei) che paiono opportuni a fronte delle varie problematiche ed esigenze che, di volta in volta, sono emerse agli occhi di chi scrive negli anni di ricerca dedicata a questo settore, anche sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale.

Ciò non significa tuttavia che la presente ricerca non si muova secondo ben precise direttrici di metodo e non poggi su precise fondamenta teoriche.

In primo luogo: il metodo.

L'individuazione delle regole che paiono "mancanti", verrà qui condotta alla luce di alcune esigenze e problematiche che *nel nostro ordinamento* sembrano essere emerse negli ultimi vent'anni di applicazione delle Circolari, anche alla luce, come si è detto, dei contributi provenienti dalla dottrina costituzionalistica e dalla giurisprudenza costituzionale italiane.

L'approccio della ricerca è dunque puramente di diritto costituzionale italiano, nel senso che le regole appaiono come "mancanti" non rispetto a quanto previsto in sistemi giuridici comparabili al nostro (secondo direttrici che si presterebbero piuttosto ad un'analisi di diritto pubblico comparato); ma appunto, come si è detto, rispetto alle esigenze ed alle problematiche che negli ultimi venti anni *nel nostro ordinamento* sembrano essere emerse nell'applicazione delle Circolari. Ciò non toglie che, nella prospettazione di alcune "soluzioni" alle attuali "lacune", uno sguardo verrà comunque rivolto all'esperienza dell'ordinamento britannico, dove le ormai plurisecolari

[1] Ci si riferisce alle Circolari del 20 aprile 2001, di identico contenuto, del Presidente del Senato, del Presidente della Camera e del Presidente del Consiglio sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi; nonché alla Circolare del 2 maggio 2001 della Presidenza del Consiglio dei ministri, n. 1/1.1.26/10888/9.92, *Guida alla redazione dei testi normativi*, pubblicata in G.U., supp. ord., n. 101, 3 maggio 2001.

riflessioni[2] sulle regole di *drafting* (in Italia, aggiungeremmo l'aggettivo "formale") sono risultate a dir poco feconde.

In secondo luogo, stanno poi alcune premesse teoriche.

La prospettazione di alcune regole di tecnica legislativa da includere in un'auspicabile versione aggiornata delle Circolari del 2001 impone di svolgere preliminarmente alcune riflessioni generali sulla natura del *drafting*, così da poter meglio ragionare sul grado di maggiore o minore "vincolatività" delle singole regole che verranno poi qui proposte.

La natura delle regole di *drafting* è stata efficacemente descritta ad opera della Prof.ssa Helen Xanthaki, già *Academic Director* del *Sir William Dale Centre for Legislative Studies,* prestigioso centro di ricerca specializzato nel campo del *drafting* e della *law reform*, facente parte dell'*Institute of Advanced Legal Studies (IALS)* presso l'Università di Londra.

Il *drafting*, in quanto branca del diritto («*sub-discipline of law*»), scrive la Xanthaki ricorrendo a categorie di pensiero risalenti ad Aristotele, non è qualificabile né come *episteme* (scienza) né *techne* (arte) ma come *phronesis* (prudente esperienza). Ciò significa che essa costituisce una disciplina in cui il *drafter* è guidato da principi teorici (come accade nell'*episteme*) che egli è tuttavia chiamato ad applicare in relazione alle circostanze concrete (come accade per la *techne*), secondo prudente esperienza[3].

Come si è già avuto modo di sottolineare, tale natura del *drafting* comporta precise conseguenze pratiche, quanto al profilo professionale di chi è chiamato a redigere gli atti normativi: ad esempio, la necessaria formazione *ad hoc* per il giurista-*drafter* e l'opportunità che i testi normativi siano redatti non da "meri" giuristi (in quanto cioè esperti della materia oggetto di normazione) ma da *drafters*, appunto (cioè da giuristi esperti di *drafting*), ovviamente in costante cooperazione con i giuristi esperti della specifica materia oggetto di intervento normativo[4].

C'è però un'ulteriore conseguenza, che riguarda questa volta l'applicazione delle regole di *drafting.*

[2] Nel 1869 nel Regno Unito Lord Thring scrisse le prime *Instructions for Draftsmen* (poi pubblicate nel 1877 come *Practical Legislation*: cfr. Lord THRING, *Practical Legislation. The Composition and Language of Acts of Parliament and Business Documents,* Stationery Office, London, 1877) e fu istituito l'*Office of Parliamentary Counsel* (OPC) all'interno delle strutture governative allo scopo di attribuire conformità alle modalità di redazione dei testi legislativi. Tuttavia, il dibattito sulla formulazione dei testi legislativi risale almeno al pensiero di Jeremy Bentham (cfr. J. BENTHAM, *Nomography; or The Art of Inditing Laws,* in *The Works of Jeremy Bentham. Published under the superintendence of his executor, John Bowring. Vol. III*, Simpkin, Marshall & Co., London, 1843).

[3] Cfr. H. XANTHAKI, *Drafting Legislation. Art and Technology of Rules for Regulation,* Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2014, 10 ss.

[4] Cfr. E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale. Prefazione di Paolo Carnevale,* II ed. interamente rivista e aggiornata, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 46.

Proprio in virtù della natura del *drafting,* l'applicazione delle regole di redazione di un atto normativo può infatti in alcuni casi necessitare di una certa dose di flessibilità, proprio come d'altronde accade per le regole di redazione di qualunque testo scritto. Ciò che tuttavia appare sempre opportuno perseguire, come peraltro non mancano spesso di segnalare le Circolari del 2001 dopo aver enunciato una specifica regola, è comunque il rispetto del principio di omogeneità[5]: una volta cioè compiuta una data scelta all'interno di un atto normativo (ad esempio, circa l'uso di un determinato termine, circa le modalità della sua grafia o in ordine alla rubricazione o meno di un articolo) ed a prescindere da ciò che la regola di redazione di tecnica legislativa disponga come *optimum*, tale scelta deve essere mantenuta con riferimento all'intero testo, al fine di non generare incertezze che potrebbero discendere da una redazione disomogenea dello stesso.

È significativo in tal senso come nella lettera che accompagna la Circolare del 2 maggio 2001 si legga che tali regole costituiscono un ausilio alla «corretta *o comunque omogenea*» (corsivo aggiunto) redazione dei testi degli atti normativi[6]. Ebbene, è proprio la natura del *drafting* quale *phronesis* a costituire la chiave di lettura per comprendere l'inciso della Circolare del 2 maggio 2001 appena citato: inciso che in definitiva altro non fa che "legittimare" il redattore di un testo normativo a discostarsi dalla meccanica applicazione delle regole di *drafting*, nel caso in cui (ecco la *phronesis*…) lo richiedano esigenze connesse alla concreta realtà da disciplinare e principi di prudente esperienza. Purché, ovviamente, ciò venga fatto in modo da garantire all'interno dello stesso atto normativo l'omogeneità delle formulazioni accolte[7].

La stessa natura del *drafting* quale *phronesis* sembrerebbe spiegare la distinzione contenuta nelle tre Circolari del 20 aprile 2001 tra *regole* e *raccomandazioni*. Anche se, come è stato correttamente notato, si tratta di una distinzione inutile *proprio per* la «non vincolatività giuridica dei compendi di regole di *drafting*», nel senso appena detto[8].

In definitiva, non c'è nulla di dogmatico nel campo del *drafting.* Come scrive Daniel Greenberg, già funzionario dell'*Office of Parliamentary Counsel* (OPC) nel Regno Unito, «the only drafting matter on which it is wise to be dogmatic is that it is unwise to be dogmatic on any drafting matter»[9].

[5] Ad esempio, nella Circolare del 2 maggio 2001, cit., si veda par. 1.4 (Maiuscole).

[6] Cfr. Circolare del 2 maggio 2001, cit., V.

[7] *Amplius*, sul valore giuridico delle Circolari e più in generale sulle fonti in materia recanti regole di *drafting* e norme sulla normazione, sia consentito il rinvio alle riflessioni ed alla bibliografia citata in E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale,* cit., specie 89-95.

[8] Così R. DICKMANN, *Le nuove «regole e raccomandazione per la formulazione dei testi legislativi»*, in *Riv. trim. dir. pubb.,* 2001, 733.

[9] Cfr. D. GREENBERG (ed.), *Craies on Legislation: A Practitioners' Guide to the Nature, Process, Effect and Interpretation of Legislation,* London, Sweet & Maxwell, 2012, p. 387.

Certo, su queste premesse, non è certamente facile per il *drafter* destreggiarsi tra le regole di redazione di un testo normativo secondo principi di prudente esperienza, magari perché quel bagaglio di esperienze, tale da consentirgli di compiere scelte operative nel modo più adeguato, non l'ha ancora raggiunto. Ebbene, secondo la Xanthaki, a ciò dovrebbe soccorre una gerarchia "a piramide" degli obiettivi del *drafting*, che dovrebbe costituire una guida preziosa proprio per l'attività del *drafter* nella quotidiana attività di applicazione delle regole di redazione dei testi normativi.

Alla cima della "piramide", scrive l'Autrice, sta l'obiettivo dell'*efficacy*, intesa come capacità di un atto normativo di raggiungere gli obiettivi di regolazione che si propone. Segue l'*effectiveness*, la quale implica che l'atto normativo preveda adeguatamente gli effetti che andranno a prodursi, ne esprima chiaramente gli obiettivi, provveda ai necessari ed appropriati mezzi per assicurarne l'osservanza nonché agli strumenti per valutarne l'impatto nel tempo. Vengono poi l'efficienza dell'atto normativo (*efficiency*) e la chiarezza, la precisione e la non ambiguità del suo linguaggio (*clarity*, *precision*, *unambiguity*). Alla base della "piramide" sta infine l'uso di un linguaggio intellegibile al comune cittadino (*simplicity/plain language*) e non discriminatorio (*gender neutral language*)[10].

Quella della Xanthaki è un'elaborazione dottrinale, formulata peraltro in un contesto quale quello britannico. Se ne si è parlato in questa sede è perché si ritiene che tale gerarchia di obiettivi possa essere comunque d'ausilio all'opera del redattore delle leggi a qualunque latitudine. Sembrerebbe poi che tale gerarchia di obiettivi possa essere anche utile al *drafter* per destreggiarsi in particolare proprio nell'applicazione delle regole che si intende prospettare in questa sede.

2. Alcune regole di tecnica legislativa ad oggi "mancanti" nelle Circolari di *drafting* del 2001: *a*) come scegliere tra la tecnica della novella e quella della modifica implicita (nonché, ove sia scelta la novella, tra la novella "chirurgica" e la sostituzione integrale del testo vigente);

Le Circolari del 2001 dispongono che «è privilegiata la modifica testuale ("novella")». Il ricorso alla novella è espressamente escluso in un caso: le Circolari dispongono infatti che «non si ricorre alla tecnica della novellazione nel caso di norma transitoria»[11].

Una volta data preferenza alla tecnica della novella, è poi in pratica rimessa alla prudente esperienza del *drafter* la scelta tra la tecnica della novella "chirurgica" (una novella che vada cioè a sostituire/integrare il testo della

[10] Cfr. H. XANTHAKI, *Drafting Legislation*, cit., 4 ss.
[11] Cfr. Circolari del 20 aprile 2001, cit., paragrafo 3, lett. *a*) e *b*).

disposizione vigente *esclusivamente* per la parte di testo formalmente nuovo, quale ad esempio singole parole) e la sostituzione integrale del testo previgente (cioè la riscrittura, ad esempio, dell'*intero* periodo o dell'*intero* comma, anche per le parole che risulterebbero formalmente immutate). Le Circolari del 2001 si limitano a disporre che «L'unità minima del testo da sostituire con una "novella" è preferibilmente il comma (o comunque un periodo, o una lettera di un comma, o un numero contenuto in una lettera), anche quando si tratti di modificare una singola parola o un insieme di parole»[12].

Nulla quaestio sul fatto che tali scelte risultino rimesse alla prudente esperienza del *drafter*, come è naturale che sia alla luce della sopra ricordata natura del *drafting*. Tuttavia, le Circolari del 2001 non sembrano prospettare neppure indicazioni per orientare il *drafter* in tali scelte, alla luce dei più generali obiettivi che quest'ultimo deve perseguire nel redigere un atto normativo; né sembrano comunque soffermarsi sull'esposizione dei vantaggi e degli svantaggi che ciascuna delle tecniche menzionate comporta (esposizione che sarebbe in ogni caso utile per il *drafter* per orientarsi nel modo suddetto).

Può essere utile qui farlo[13], partendosi dalle tecniche della novella e della modifica implicita; per poi passarsi a quelle della novella "chirurgica" e della sostituzione integrale del testo vigente.

(*i*) La modifica implicita garantisce una maggiore comprensibilità del testo per il legislatore, chiamato ad approvare il progetto, e per il lettore, una volta che il testo sia approvato: questi si troverebbero infatti di fronte non un testo frammentato (in quanto scritto con lo scopo di modificarne un altro) e quindi non agevolmente comprensibile; ma un testo "completo" (in quanto autonomamente leggibile) e quindi facilmente comprensibile[14]. Se si guarda però alla questione nella prospettiva del solo lettore del testo, una volta che quest'ultimo sia approvato, è pur vero che questo argomento oggi ha perso forza, poiché le banche dati elettroniche soccorrono il lettore, il quale può oggi fruire di un testo "completo" anche ove si ricorra a modifiche testuali.

Sempre nella prospettiva del lettore del testo, una volta che quest'ultimo sia approvato, la modifica implicita ha comunque il «grave inconveniente di far coesistere nell'ordinamento due enunciati normativi, l'anteriore e il posteriore, essendo rimessa al giudice la valutazione (con efficacia limitata al singolo caso in giudizio) della sussistenza dell'effetto abrogativo o modificativo

[12] Cfr. Circolari del 20 aprile 2001, cit., paragrafo 9, *sub Raccomandazioni*.

[13] Volendo, cfr. anche E. ALBANESI, *Amendment and Repeal: Achieving Clarity of Drafting and other Needs at Issue*, in *Zeitschrift für Europäische Rechtslinguistik* [Journal of European Legal Linguistic], disponibile all'indirizzo: https://zerl.uni-koeln.de/, 30 September 2021.

[14] Cfr. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica, L'arte di preparare le leggi,* III ed. riveduta e aggiornata, 2004, Milano, Giuffrè, 161 s.

della disposizione posteriore su quella anteriore»[15]. Ed è sostanzialmente questo il motivo per cui le Circolari di *drafting* esprimono preferenza per la tecnica della novella, peraltro sulla scia delle riflessioni maturate ormai più di quarant'anni fa nel Regno Unito dove nel Renton Report si legge che: «Many statutes are already difficult enough to understand in themselves without making their sense even more abstruse by amending them in a manner which further perplexes the user. There is no doubt that the non-textual amendment of existing legislation often adds to the burdens of the user»[16].

Quanto alla scelta tra le due tecniche, nel Regno Unito il tema è stato recentemente affrontato non più nella prospettiva del fruitore del testo (sia esso il legislatore chiamato ad approvare il progetto o il lettore del testo normativo approvato) ma nell'ottica degli obiettivi del *drafter*. Da questa angolazione, si è sottolineato come la novella persegua indubbiamente l'obiettivo della chiarezza, in quanto essa va a sostituire espressamente un testo vigente. La modifica implicita presuppone invece «a drafting error», nel senso che il *drafter* avrebbe in quel caso fallito nell'identificare una modifica alla normativa vigente, conseguente alla nuova, e nell'esprimerla in modo testuale[17].

Tuttavia, in alcuni casi è l'obiettivo della precisione a voler essere *intenzionalmente* perseguito dal *drafter*. Ed è proprio in tali circostanze che potrebbe trovar più opportuna applicazione il ricorso alla tecnica della modifica implicita. Esempi in tal senso sono quelle disposizioni che non si prestano per loro natura ad essere incluse nel testo vigente come modifiche testuali, come nel caso delle disposizioni transitorie. In questo caso non vi è alcun valore aggiunto derivante dall'includere stabilmente tali disposizioni nel testo vigente: in quanto il testo vigente è destinato a vigere *pro futuro*, ben oltre il periodo transitorio, trascorso il quale sono invece destinare ad esaurire il proprio effetto le disposizioni transitorie. Ulteriore esempio è quello di quei casi in cui attraverso una modifica implicita si opererebbe in modo più sintetico rispetto al ricorso ad una modifica testuale, come quando si debba modificare la stessa identica parola contenuta in un elevato numero di atti normativi oppure in un numero elevato di articoli contenuti in un unico testo[18]. Oppure è il caso in cui il legislatore intenzionalmente voglia rimettere al giudice la determinazione dei rispettivi campi di applicazione, non perfettamente sovrapponibili,

[15] Cfr. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica,* cit., 161.

[16] Cfr. RENTON REPORT, *Report on the Preparation of Legislation*, 1975, Cmnd. 6053, 81. Nel Regno Unito il problema di offrire un testo comprensibile al legislatore nella fase dell'approvazione di un progetto redatto secondo la tecnica della novella, è peraltro risolto attraverso il ricorso alla *Keeling Schedule* (su cui si tornerà più avanti).

[17] Cfr. H. XANTHAKI, *Drafting Legislation*, cit., 225.

[18] Cfr. RENTON REPORT, *Report on the Preparation of Legislation*, cit., 81 s.

di due norme: la vaghezza della formulazione sarebbe in questo caso da tollerarsi[19].

Certo, nella piramide degli obiettivi del *drafter*, la chiarezza e la precisione sono pari ordinate e quindi si ripresenterebbe la questione per il *drafter* di quale dei due obiettivi far prevalere. Tuttavia, a voler seguire la piramide degli obiettivi del *drafter* accolta in questa sede, resta sempre il criterio dell'*effectiveness* (sovraordinata sia alla chiarezza sia alla precisione) a far da guida a fronte di tali scelte. D'altronde, come è stato notato proprio con riferimento al meccanismo delle modifiche testuali, «the effectiveness of [this] mechanism relies to an important extent on how carefully and strategically legal systems use them, how much emphasis is placed in ensuring the health and sanity of the legal order and how much effort is invested in their quality»[20].

Nel nostro ordinamento, si rinvengono alcuni casi analoghi. Ad esempio, quando nel 1998 si dovette adattare la terminologia delle sanzioni pecuniarie penali o amministrative, espresse in lire, all'introduzione della nuova moneta unica europea (l'Euro), si scelse di non procedere attraverso la tecnica della novella, verosimilmente in nome dell'obiettivo della precisione: il ricorso ad una modifica testuale avrebbe significato una modifica della stessa identica parola («lire») e dei relativi importi contenuti in un elevatissimo numero di atti normativi vigente, con il rischio peraltro di inevitabili dimenticanze. Si decise quindi di procedere all'adozione *una tantum* della seguente disposizione recante una modifica non testuale:

> Articolo 51
> Conversione delle sanzioni pecuniarie penali o amministrative
>
> 1. A decorrere dal 1° gennaio 1999 ogni sanzione pecuniaria penale o amministrativa espressa in lire nelle vigenti disposizioni normative si intende espressa anche in Euro secondo il tasso di conversione irrevocabilmente fissato ai sensi del Trattato.
> 2. A decorrere dal 1° gennaio 2002 ogni sanzione penale o amministrativa espressa in lire nelle vigenti disposizioni normative è tradotta in Euro secondo il tasso di conversione irrevocabilmente fissato ai sensi del Trattato.

[19] Cfr. H. XANTHAKI, *Drafting Legislation*, cit., 225 s.

[20] Cfr. M. MOUSMOUTI, *Designing Effective Legislation*. Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, 143.

> 3. Se l'operazione di conversione prevista dal comma 2 produce un risultato espresso anche con decimali, la cifra è arrotondata eliminando i decimali[21].

Oggi, nella prassi, si tende in questi casi a far riferimento alle parole sostituite, con la formula «ovunque ricorrano». Operandosi poi la "sostituzione" puntuale nelle banche dati elettroniche.

(*ii*) Resta ora da chiedersi, ove si opti per la scelta della tecnica della novella, sulla base di quali criteri operare la scelta tra la tecnica della novella "chirurgica" e la sostituzione integrale del testo previgente. Come si è già detto, le Circolari del 2001 si limitano a disporre che «L'unità minima del testo da sostituire con una "novella" è preferibilmente il comma (o comunque un periodo, o una lettera di un comma, o un numero contenuto in una lettera), anche quando si tratti di modificare una singola parola o un insieme di parole»[22].

La questione del «degree of use»[23] della tecnica della novella è stata affrontata compiutamente nel contesto britannico.

Dal punto di vista dell'"utilizzatore" del testo, la novella "chirurgica" ha sicuramente il vantaggio di poter essere agevolmente gestita nel processo di approvazione parlamentare[24]. Tuttavia, trattandosi di una modifica che dal punto di vista testuale risulta estremamente frammentata (risolvendosi in pratica in una serie di istruzioni in rapporto ad un testo vigente), risulta di difficile comprensione sia per il legislatore che per il lettore del testo legislativo approvato[25].

La prospettiva degli obiettivi del *drafter* sembra anche in questo caso condurre a risultati più univoci. La tecnica della novella "chirurgica" ha infatti il pregio di perseguire l'obiettivo della precisione, in quanto assicura un agevole inserimento di una modifica testuale ben circoscritta all'interno di un testo vigente. Non solo: essa consente di porre in rilievo esattamente la novità normativa (profilo, quest'ultimo, che andrebbe invece a smarrirsi ove l'esatta novità normativa venisse inclusa all'interno della modifica di una porzione più ampia di testo). Essa consente inoltre di tenere traccia della progressiva evoluzione storica delle modifiche di un testo di legge[26].

[21] Decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213, *Disposizioni per l'introduzione dell'EURO nell'ordinamento nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 1997, n. 433*.

[22] Tuttavia, sulla applicazione pratica di questa regola, cfr. V. DI PORTO, *La circolare nella giurisprudenza del Comitato per la legislazione: una storia intensa, senza pretese*, in questa *Rivista*, n. 1/2022.

[23] Cfr. D. GREENBERG (ed.), *Craies on Legislation,* cit., 691.

[24] Cfr. D. GREENBERG (ed.), *Craies on Legislation,* cit., 692.

[25] Cfr. RENTON REPORT, *Report on the Preparation of Legislation*, cit., 77-81.

[26] Cfr. M. MOUSMOUTI, *Designing Effective Legislation*, cit., 80.

Tuttavia, essa presenta svantaggi se la si guarda dal punto di vista dell'obiettivo della chiarezza, in quanto, come si è detto, consiste in una serie di frammentate istruzioni in rapporto ad un testo vigente che il lettore non ha di fronte a sé[27]. Da questo punto di vista, è dunque la tecnica della sostituzione integrale a presentare vantaggi.

La scelta tra le due tecniche sembrerebbe a prima vista di difficile soluzione, in quanto, come già notato, nella piramide degli obiettivi del *drafter*, la chiarezza e la precisione sono pari ordinate. Nel Regno Unito si opera quindi la scelta caso per caso[28] ma la tendenza tradizionale è quella di accompagnare la tecnica della novella "chirurgica" (che, come detto, consente di perseguire la precisione) con tecniche parallele che consentano di "spiegare" le politiche sottese alla novella o di "aggiornare" il testo di legge "chirurgicamente" novellato (realizzandosi così l'obiettivo della chiarezza).

Esempi di tecniche del primo tipo, sono nel Regno Unito le *explanatory notes* del progetto di legge (cioè un'illustrazione discorsiva del contenuto di quest'ultimo)[29] e la *Keeling Schedule* (una versione del progetto di legge che mostra come il testo di legge vigente risulterebbe novellato dal progetto di legge in esame)[30].

Esempio di tecniche del secondo tipo, è quello del consolidamento[31] (su cui si tornerà *infra*). Quest'ultima tecnica è divenuta tuttavia meno "attraente" alla luce delle potenzialità, che le banche dati elettroniche oggi offrono, di poter agevolmente visionare i testi di legge come modificati attraverso novelle "chirurgiche" [32]. Ecco dunque spiegata la recente tendenza del sistema inglese a ricorrere, piuttosto che al consolidamento come strumento periodico di intervento sulla legislazione vigente ad opera della *Law Commission*, alla c.d. *consolidation 'as we go'* da parte dell'OPC: cioè alla presentazione di progetti di legge che, anziché introdurre novelle "chirurgiche", provvedono a introdurre estese modifiche testuali ai testi di legge vigenti[33].

[27] Cfr. H. XANTHAKI, *Drafting Legislation*, cit., 227 s.

[28] Cfr. J.-P. DUPRANT, H. XANTHAKI, *Legislative Drafting Techniques/Formal Legistics*, in U. KARPEN, H. XANTHAKI (eds.), *Legislation in Europe. A Comprehensive Guide For Scholars and Practitioners,* Oxford/Portland (Oregon), Hart Publishing, 2017, 122.

[29] Cfr. H. XANTHAKI, *Drafting Legislation*, cit., 228 s.

[30] Cfr. D. GREENBERG (ed.), *Craies on Legislation,* cit., 277 s. Cfr. anche A. MAKOWER, L. LAURENCE SMYTH, *Law Reform Bills in the Parliament of the United Kingdom*, in *European Journal of Law Reform,* 2019, 166-167.

[31] Cfr. H. XANTHAKI, *Drafting Legislation*, cit., 230. Cfr. J. TEASDALE, *Statute Law Revision: Repeal, Consolidation or something More?,* in *European Journal of Law Reform,* 2009, 197.

[32] Cfr. T. ETHERTON, *Law reform in England and Wales: a shattered dream or triumph of political vision?*, in *Amicus Curiae*, 2008, 10 e D. LLOYD JONES, *The Law Commission and the implementation of law reform*, in *Amicus Curiae,* 2013, 4.

[33] House of Lords. Select Committee on the Constitution, *The Legislative Process: Preparing Legislation for Parliament – Evidence. Fourth Report of Session 2017–2019*, HL 27, 2017, Q96.

Nell'ordinamento italiano, uno strumento che consente di perseguire l'obiettivo della chiarezza affiancandolo a quello della precisione, è sicuramente costituito dal testo coordinato dei decreti-legge che abbiano subito modificazioni "chirurgiche" in sede di conversione[34].

Al di là di ciò, come si è già ricordato, le Circolari del 2001 sembrano privilegiare l'obiettivo della chiarezza, esprimendosi la preferenza per la tecnica della sostituzione integrale, come d'altronde avviene negli altri Paesi di *civil law*[35]. E in definitiva anche nel nostro ordinamento la questione delle novelle "chirurgiche" è d'altronde di minore attualità, grazie alle potenzialità delle banche dati elettroniche che consentono di rendere visibile una versione del testo chirurgicamente "novellato".

Non guasterebbe tuttavia se in una versione aggiornata delle Circolari del 2001 fossero esplicitate, quali criteri-guida per le scelte del *drafter*, le circostanze (cioè, in questo caso, gli obiettivi), da valutare in termini di prudente esperienza, che potrebbero condurre alla scelta tra le due tecniche nel caso concreto[36].

Anzi, più in generale, non guasterebbe se nelle Circolari fossero delineati i principi cui la redazione dei testi normativi debba ispirarsi[37] e magari una loro gerarchizzazione, sulla scorta (ove se ne condivida il contenuto) della "piramide" sopra menzionata, per "guidare" il *drafter* nell'assunzione di scelte nell'ambito della propria prudente esperienza.

3. (*segue*): *b*) un'eccezione alla regola sulla reviviscenza;

Le Circolari del 2001 dispongono che «Se si intende fare rivivere una disposizione abrogata o modificata occorre specificare espressamente tale intento»[38]. Una regola simile è peraltro disposta anche nel Regno Unito ai sensi dell'art. 15 dell'*Interpretation Act 1978* dove si legge che «Where an Act repeals a repealing enactment, the repeal does not revive any enactment previously repealed unless words are added reviving it»[39].

[34] Cfr. art. 11, D.p.r. 28 dicembre 1985, n. 1092, *Approvazione del testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana*.

[35] Cfr. J.-P. DUPRANT, H. XANTHAKI, *Legislative Drafting Techniques/Formal Legistics*, cit., 122.

[36] Per tali riflessioni cfr., volendo, E. ALBANESI, *Amendment and Repeal,* cit.

[37] Cfr. L. TAFANI, F. PONTE, *Le tecniche legislative statali, regionali e dell'Unione europea a confronto. Per un auspicabile ravvicinamento*, in questa *Rivista*, n. 1/2022.

[38] Cfr. Circolari del 20 aprile 2001, cit., paragrafo 15, lett. *d*).

[39] Come è stato notato, la questione degli effetti del *revival* (reviviscenza) dovrebbe risolversi sulla base del *common sense* ma una regola del genere evita comunque equivoci. Così D. GREENBERG (ed.), *Craies on Legislation,* cit., 705.

L'intervento, che si ritiene opportuno con riguardo alle Circolari del 2001 sul punto, è quello di un aggiornamento della regola alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana in tema di reviviscenza.

Come è noto, nella sentenza n. 13 del 2012, la Corte costituzionale italiana individuò due eccezioni alla suddetta regola.

Scrisse infatti la Corte che il fenomeno della reviviscenza di norme abrogate non opera in via generale e automatica (da qui la regola di cui sopra sulla necessità, se si intende fare rivivere una disposizione abrogata o modificata, di specificare espressamente tale intento) e può essere ammesso solo in ipotesi tipiche e molto limitate. Questo è il caso, ad esempio, continua la Corte, dell'annullamento di norma espressamente abrogatrice da parte del giudice costituzionale (che però non è un caso che riguarda la scrittura di un testo di legge da parte del *drafter*); nonché quello di «norme dirette a espungere disposizioni meramente abrogatrici, perché l'unica finalità di tali norme consisterebbe nel rimuovere il precedente effetto abrogativo»[40].

Ebbene, come si è detto, appare opportuno che, in quanto di diretto interesse per il *drafter*, tale eccezione individuata dalla Corte costituzionale sia recepita nell'aggiornamento delle Circolari del 2001.

4. (*segue*): *c*) distinti *nomina* per consolidamento/riassetto e tecniche di consolidamento;

Nelle Circolari del 2001 non si rinviene alcuna disciplina delle tecniche di codificazione (*lato sensu* intese), se si esclude qualche scarno riferimento (in materia di rapporti tra atti normativi, numerazione dei commi e riferimenti normativi) ai codici[41] e ai testi unici[42].

Si è già dato conto in altra sede di come nel nostro Paese l'obiettivo di politica legislativa di pianificare annualmente interventi di codificazione attraverso disegni di legge di semplificazione sia andato gradualmente ad eclissarsi (anche per i limiti di una fonte, quale la legge di semplificazione, priva di "copertura" costituzionale)[43].

Ci si è anche soffermati altrove a riflettere di come si sia andata del tutto perdendo nella prassi normativa italiana la distinzione teorica tra consolidamento (o codificazione formale) e riassetto (o codificazione sostanziale): il primo quale «il risultato dell'operazione di sostituzione di una pluralità di

[40] Cfr. C. cost., 24 gennaio 2012, n. 13, in *Giur. Cost.*, 2012, 111 ss.

[41] Cfr. Circolari del 20 aprile 2001, cit., paragrafo 15, lett. *d*).

[42] Cfr. Circolari del 20 aprile 2001, cit., paragrafo 9, lett. *h*), paragrafo 10, lett. *c*) nonché paragrafo 12, lett. *b*).

[43] Sia consentito il rinvio a E. ALBANESI, *Delega legislativa e codificazione nella XVI e XVII legislatura a fronte dell'eclissarsi dello strumento annuale di semplificazione,* in *Federalismi.it – Focus Fonti,* disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 3, 2015, 3 ss.

leggi o atti aventi forza di legge, stratificatesi nel tempo nella stessa materia, con un unico testo che senza apportare modifiche di sostanza alla normativa vigente in quella materia restituisca chiarezza e coerenza[, tendendo] a conservare la legislazione esistente liberandola, con una operazione di pulizia […], da quelle sovrapposizioni e incrostazioni accumulatesi nel tempo che rendono incerta la individuazione delle norme vigenti»[44]; il secondo quale «revisione sostanziale ed organica di settori di legislazione»[45].

La perdita di tale distinzione, si è anche notato, si è andata peraltro a collocare sulla scia di una giurisprudenza costituzionale assai sfumata a livello terminologico, che in pratica oggi ha smarrito una rigorosa distinzione dei *nomina*; e che riconduce la distinzione tra le varie operazioni di riordino semplicemente ai maggiori o minori margini di discrezionalità del legislatore delegato nell'adozione del decreto legislativo, sulla base della maggiore o minore ampiezza degli specifici principi e criteri direttivi posti dalla legge delega[46].

Eppure, le due operazioni di riassetto e consolidamento dovrebbero avere (oltre che *nomina*…) funzioni ben distinte l'una dall'altra, la seconda peraltro particolarmente preziosa proprio nell'ottica della qualità della legislazione. E ciò sembra valere non solo nel peculiare contesto del Regno Unito, dove il consolidamento si appunta esclusivamente sul diritto di origine legislativa (*statute law*) e non su quello di matrice giurisprudenziale (*case law*)[47]; ma anche nel contesto continentale. Poiché infatti l'opera di consolidamento *non* dovrebbe implicare modifiche di sostanza alla normativa vigente (e dunque opzioni di *policies*), essa dovrebbe costituire la sede all'interno della quale portare avanti esclusivamente obiettivi di miglioramento della qualità della legislazione.

Non solo. La distinzione tra le due operazioni costituisce proprio una questione di differenti tecniche di *drafting*. Senza qui affrontare ulteriori questioni che esulerebbero dall'ambito di queste riflessioni (quali l'opportunità di una qualche "copertura" costituzionale alle operazioni di codificazione[48]), ciò che si auspica è dunque che nell'aggiornamento delle Circolari di *drafting* trovi spazio una chiara disciplina dei *nomina* delle due operazioni di riordino e delle tecniche di *drafting* che dovrebbero caratterizzare il consolidamento.

Non è questa la sede per proporre nel dettaglio un'enucleazione di tali tecniche ma sicuramente le indicazioni ricostruttive, contenute nel Volume di

[44] Cfr. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica,* cit., 74.

[45] Cfr. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica,* cit., 239.

[46] Cfr., ancora, E. ALBANESI, *Delega legislativa e codificazione,* cit., p. 13 ss., nonché ID., *Teoria e tecnica legislativa,* cit., 262 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

[47] Per un parallelo tra le due tecniche nel sistema britannico e nel sistema continentale, cfr. E. ALBANESI, *Codification in a Civil Law Jurisdiction. An Italian Perspective*, in *European Journal of Law Reform,* 2017, specie 266 ss.

[48] Cfr., volendo, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa,* cit., 273 s.

Pagano, circa i confini delle operazioni di consolidamento, possono costituire un'ottima base di partenza[49].

Pagano riconduceva all'ambito del consolidamento, ad esempio, operazioni attinenti al linguaggio del testo (consistenti ad esempio nell'introduzione di nuove partizioni del testo di livello superiore all'articolo; nel conferimento di una nuova collocazione e numerazione agli articoli e ai commi; nella riformulazione dei rinvii in relazione alla nuova sistematica; nell'esclusione di norme intruse; nella fusione di disposizioni ripetitive); operazioni attinenti alla sistematica del testo (quali ad esempio la correzione di errori materiali; la normalizzazione della grafia; l'esplicitazione di sigle; la normalizzazione delle forme di citazione; l'aggiornamento della denominazione di organi; l'eliminazione di ambiguità derivanti dall'uso non appropriato delle congiunzioni e della punteggiatura); operazioni concernenti infine le relazioni normative (come ad esempio l'aggiornamento del testo delle disposizioni in conformità ad abrogazioni espresse o modifiche testuali sopraggiunte; l'eliminazione di disposizioni incompatibili o divenute prive di oggetto alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale; l'eliminazione del testo di parti dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale; la riformulazione di enunciati normativi per adeguarli ai dispositivi delle c.d. sentenze interpretative della Corte costituzionale; la riformulazione degli enunciati per esigenze di raccordo o per esplicitare modifiche avvenute in forma non testuale).

5. (*segue*): *d*) l'attuazione del diritto dell'Unione europea e la trasposizione interna dei termini usati dal legislatore europeo;

Alcuni aggiornamenti, se pur meramente formali, appaiono indispensabili per quanto riguarda il tema dell'attuazione del diritto dell'Unione europea. Ad esempio, nelle Circolari si parla ancora di direttive e regolamenti *comunitari* e di Gazzetta Ufficiale delle *Comunità europee*[50], così come di disegno di legge *comunitaria*[51] (oggi sostituito dai disegni di legge europea e di delegazione europea ad opera della disciplina introdotta con la legge n. 234 del 2012).

Al di là di ciò, quello che però occorre chiedersi è se sia necessaria l'introduzione di ulteriori specifiche regole sulla redazione degli atti normativi di attuazione del diritto dell'Unione europea, che vadano cioè oltre gli attuali scarni riferimenti, ad esempio, al titolo dell'atto normativo (nel quale «sono in particolare specificati la normativa comunitaria recepita o la modifica di

[49] Cfr. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica,* cit., 77 ss.
[50] Cfr. Circolari del 20 aprile 2001, cit., paragrafo 12, lett. *r*).
[51] Cfr. Circolare del 2 maggio 2001, cit., par. 5.3.

atti di recepimento, indicando sempre la normativa comunitaria di riferimento»)[52].

A ben riflettere, le principali questioni riguardanti l'attuazione del diritto dell'Unione europea (di fatto, si tratta principalmente anche se non esclusivamente dell'attuazione delle direttive) sembrano riguardare, più che il *drafting* formale in senso stretto, il momento riguardante l'analisi tecnico-normativa dell'atto interno di attuazione.

Quando si tratta di dare attuazione al diritto dell'Unione europea, le scelte cruciali riguardano infatti più che altro la forma dell'atto interno da utilizzare (es: una fonte primaria? un regolamento?), il livello di intervento (es: statale? regionale?) ed in qualche modo, per così dire, l'"ampiezza" dell'intervento di recepimento nelle pieghe del margine di azione lasciato agli Stati a fronte dell'obiettivo da realizzare (tema, quest'ultimo che si intreccia però con il profilo del c.d. *gold plating*, di cui si dirà a breve)[53]. Profili, questi, ovviamente connessi a quelli più strettamente procedurali riguardanti, ad esempio, al livello statale, l'inclusione dell'atto di attuazione nel disegno di legge europea o nel disegno di legge di delegazione europea (e, in quest'ultimo caso, il necessario rispetto dei principi e criteri direttivi generali di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione europea)[54], in un decreto-legge[55] oppure in un autonomo disegno di legge[56].

Certo, si tratta in questi casi di profili che in qualche modo hanno inevitabilmente una ricaduta anche sulla scrittura dell'atto di recepimento e quindi per praticità non guasterebbe, in un aggiornamento delle Circolari del 2001, un sintetico richiamo agli articoli rilevanti della legge n. 234 del 2012. In

[52] Cfr. Circolari del 20 aprile 2001, cit., paragrafo 1, lett. *a*).

[53] Cfr. H. XANTHAKI, *Drafting Legislation*, cit., 154 ss.

[54] In particolare, l'art. 30 della legge n. 234 del 2012 disciplina i contenuti dei due disegni di legge e l'art. 32 dispone i suddetti principi e criteri direttivi generali. Su tali questioni si veda E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI, *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012,* Bari, Cacucci, 2018.

[55] L'art. 37 della legge n. 234 del 2012 prevede oggi la possibilità che il Governo ricorra a provvedimenti, anche urgenti, necessari a fronte di sentenze dell'Unione europea o dell'avvio di procedure d'infrazione, qualora il termine per provvedervi risulti anteriore alla data di presunta entrata in vigore della legge di delegazione europea o della legge europea relativa all'anno di riferimento. Per alcune riflessioni su tale articolo, cfr., volendo, E. ALBANESI, *Le procedure di recepimento del diritto dell'UE assunte come elemento fattuale o vagliate in relazione ad un elemento fattuale nella giurisprudenza costituzionale,* in *Federalismi.it,* disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 7, 2020, specie 226 ss.

[56] L'art. 38 della legge n. 234 del 2012 dispone che in casi di particolare importanza politica, economica e sociale, tenuto conto anche di eventuali atti parlamentari di indirizzo, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei, di concerto con il Ministro degli affari esteri e con gli altri Ministri interessati, presenta alle Camere un apposito disegno di legge recante le disposizioni occorrenti per dare attuazione o assicurare l'applicazione di un atto normativo emanato dagli organi dell'Unione europea riguardante le materie di competenza legislativa statale.

questo caso, dato il maggior livello di dettaglio, tali profili potrebbero trovare ospitalità in una Circolare di ulteriore attuazione delle tre Circolari "principali", come ad oggi è quella della Presidenza del Consiglio del 2 maggio 2001.

C'è poi un ulteriore profilo riguardante l'attuazione del diritto dell'Unione europea, che questa volta sembra attenere al *drafting* sostanziale (e quindi al momento della valutazione dell'atto normativo) ma che presenta inevitabilmente riflessi anche sul *drafting* formale.

Come è noto, ai sensi dell'art. 14, comma 24-*bis*, della legge n. 246 del 2005, gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse[57]. Si tratta del divieto del c.d. *gold plating* che ha peraltro assunto ruolo di criterio direttivo (e dunque natura di norma interposta in un eventuale sindacato di legittimità costituzionale) nei confronti dei decreti legislativi di recepimento delle direttive europee, in quanto è ora richiamato dall'art. 32, comma 1, lett. *c*), della legge n. 234 del 2012.

Ai sensi dell'art. 14, comma 24-*ter,* costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive dell'Unione europea, l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comportino maggiori oneri amministrativi per i destinatari; l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive. Si ricorda peraltro che la «riduzione del *gold plating*», costituisce una delle misure prioritarie individuate dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) al fine di migliorare l'efficacia e la qualità della regolazione[58].

Anche in questo caso, sarebbe di aiuto pratico per il *drafter*, in un aggiornamento delle Circolari del 2001, un sintetico richiamo agli articoli rilevanti della legge n. 246 del 2005 e della legge n. 234 del 2012 in materia: il divieto di c.d. *gold plating*, infatti, se pur comporta determinati adempimenti in sede di valutazione dell'atto, ha anche riflessi su ciò che il *drafter* è poi chiamato o meno a scrivere all'interno dell'atto stesso. Magari anche qui, data la natura di dettaglio di tali profili, si presterebbe bene come sede per tale disciplina

[57] Salvo quanto previsto al comma 24-*quater*. È questo il motivo per cui si è qui parlato di attinenza dell'istituto alla dimensione del *drafting* sostanziale: l'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi di impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria.

[58] Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, disponibile all'indirizzo: https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf, 64.

una Circolare di ulteriore attuazione delle tre Circolari "principali", come ad oggi è quella della Presidenza del Consiglio del 2 maggio 2001.

Per tutto il resto, sembra che possano trovare applicazione le ordinarie regole di *drafting*: dopo tutto, come è stato notato, «transposition is ultimately a legislative drafting exercise» e possono trovare applicazione quelle regole di *drafting* che riguardano lo specifico ambito del diritto nel quale ricade la specifica direttiva da attuare[59].

Unica eccezione è forse il tema dell'utilizzo da parte del legislatore dell'Unione europea di termini che siano privi di un significato (o comunque dotati di un significato non sufficientemente preciso) nel contesto nazionale.

Sul punto, nel Regno Unito si è sviluppato un dibattito secondo due differenti approcci: quello che predilige il recepimento immutato nell'atto interno del termine usato dal legislatore dell'Unione europea (c.d. *copy-out approach*) e quello che al contrario ricorre all'utilizzo di un termine differente che risulti però preciso nel contesto interno (c.d. *interpretative approach*). I sostenitori di quest'ultimo approccio fanno notare come in questo modo si assicurerebbe al lettore un linguaggio preciso, senza imporgli l'onere di dover andare alla ricerca dell'intenzione del legislatore europeo sottesa a quel termine. Ribattono tuttavia i sostenitori del primo approccio che, poiché è comunque l'intenzione del legislatore europeo quella che deve seguirsi poi in sede interpretativa, l'utilizzo di un termine diverso sarebbe comunque fuorviante per il lettore[60].

Nel contesto italiano è stato sottolineato come «solo quando sia la corrispondenza semantica che quella concettuale sono sicure la direttiva può essere recepita copiando la versione italiana; negli altri casi si dovrà procedere a una rielaborazione, che tenga conto del contesto normativo in cui la nuova disciplina si inserisce»[61]. D'altronde il Consiglio di Stato nel 2002 ha sottolineato come il legislatore interno debba procedere al recepimento delle direttive non limitandosi a copiare le parole della versione italiana, analizzando il contenuto delle stesse e avvalendosi di definizioni che non costituiscano la

[59] Così H. XANTHAKI, *Drafting Legislation*, cit., 163. Analogamente cfr. D. GREENBERG (ed.), *Craies on Legislation,* cit., 211.

[60] Su tale dibattito, si vedano le pagine illuminanti di D. GREENBERG (ed.), *Craies on Legislation,* cit., 211 ss. L'approccio del Governo britannico è quello di seguire il c.d. *copy-out approach*, salvo motivare il caso contrario. Cfr. *Ivi,* 1036.

[61] Cfr. L. TAFANI, *Il fattore linguistico nel recepimento delle direttive europee,* in SENATO DELLA REPUBBLICA, *Il linguaggio giuridico nell'Europa delle pluralità. Lingua italiana e percorsi di produzione e circolazione del diritto dell'Unione europea,* Roma, Senato della Repubblica, 2017, 206.

traduzione letterale e pedissequa del testo in lingua originale[62]. Ancora una volta, prudente esperienza, dunque[63].

Sarebbe dunque opportuno che nell'aggiornamento delle Circolari del 2001 trovassero ingresso alcuni criteri che, nel senso emerso dalle riflessioni e dalle indicazioni del Consiglio di Stato di cui si è appena dato conto, guidassero il *drafter* ad operare una scelta, secondo la propria prudente esperienza, ove chiamato a trasporre un termine, usato dal legislatore europeo, in un atto interno di attuazione.

6. (*segue*): *e*) le modalità di redazione di clausole valutative

Un ultimo profilo che si ritiene dovrebbe trovare una qualche disciplina all'interno delle Circolari di *drafting* è quello della scrittura di clausole valutative.

Come è noto, la clausola valutativa è uno strumento di valutazione *ex post* delle leggi, consistente in uno specifico articolo dell'atto normativo che conferisce un mandato esplicito all'Esecutivo ad elaborare ed a comunicare all'organo legislativo le informazioni necessarie a conoscere i tempi, le modalità attuative e le eventuali difficoltà emerse in fase di implementazione, sia a valutare le conseguenze dell'atto sui destinatari diretti e la collettività[64].

Le clausole valutative hanno trovato largo impiego nelle Regioni italiane, sull'onda del Progetto CAPIRe[65]. Anche se in molti casi l'impressione che se ne trae è quella di clausole di stile introdotte nelle leggi regionali riguardante l'*attuazione* della legge (si tornerà tra poco su quest'ultimo punto), cui fa seguito un'attività meramente formale da parte delle Giunte regionali, senza peraltro che i Consigli se ne dolgano[66].

Ciò che pare auspicabile è che tali clausole trovino un maggiore utilizzo anche nelle leggi statali, magari nell'ambito di una più generale valorizzazione degli strumenti di analisi e verifica di impatto della regolazione[67] (ulteriore

[62] Cfr. Consiglio di Stato, sezione atti normativi, 26 agosto 2002, n. 2636.

[63] Si tenga tuttavia conto anche di quanto scrive Daniel Greenberg. In tale operazione, occorre guardare anche all'intenzione del legislatore europeo: ove questa sia chiara (ad esempio perché chiaramente espressa nel preambolo della direttiva), ci sono maggiori margini per aggiustare il termine nell'atto di recepimento, così da renderlo più preciso per la terminologia interna; ma dove l'intenzione del legislatore non lo sia, sarebbe fuorviante tentare di risolvere il dubbio utilizzando un termine diverso da quello utilizzato dal legislatore europeo, dovendosi comunque risalire poi all'intenzione di quest'ultimo in sede interpretativa. Cfr. D. GREENBERG (ed.), *Craies on Legislation,* cit., 212.

[64] Così l'art. 7, comma 1, dell'Accordo tra Governo, Regioni e Autonomie locali in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione. Accordo ai sensi dell'articolo 9 comma 2, lettera *c*) del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

[65] Cfr. il sito http://www.capire.org.

[66] Cfr. il documento del Progetto CAPIRe del settembre 2010, 4, disponibile all'indirizzo: http://www.capire.org/il_progetto/missione/

[67] Sul punto, sia consentito il rinvio a E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale,* cit., specie 236 ss.

misura, quest'ultima, individuata peraltro come prioritaria dal PNRR al fine di migliorare l'efficacia e la qualità della regolazione[68]). Anche a livello statale, nei non frequenti casi in cui una qualche clausola del genere è introdotta nelle leggi, la formula è sempre una specie di clausola di stile, nel senso di richiedersi al Governo di riferire alle Camere sulla generica *attuazione* della legge (si tornerà tra poco su quest'ultimo punto).

A ben riflettere, la clausola valutativa dovrebbe costituire una sorta di "ponte" tra il momento del *drafting* formale e quello di una seria attività di *drafting* sostanziale, peraltro con riferimento a *qualsiasi* legge per cui sorga l'esigenza di farlo[69]. Essa costituisce infatti una proiezione della legge nel momento *ex post* della sua valutazione, nella dimensione dunque del *drafting* sostanziale (anzi: la valutazione specifica di quella legge è disposta proprio ad opera della clausola stessa). Proiezione che però è in primo luogo una disposizione di quella legge stessa, trovando dunque essa collocazione nella dimensione del *drafting* formale e dovendo essere dunque essa redatta secondo ben precise regole di tecnica legislativa.

Da questo punto di vista si prospettano le seguenti regole di scrittura di una clausola valutativa, da inserire nell'aggiornamento delle Circolari del 2001.

In primo luogo, una clausola valutativa dovrebbe indicare in modo chiaro: (1) le informazioni necessarie a comprendere i processi di attuazione delle leggi e i risultati delle politiche regionali da queste promosse; (2) i soggetti preposti alla produzione delle informazioni richieste; (3) le modalità e i tempi previsti per l'elaborazione e la comunicazione delle informazioni richieste; (4) la previsione di adeguate risorse finanziarie per lo svolgimento delle attività di controllo e valutazione; (5) il successivo utilizzo a fini decisionali degli esiti delle analisi. Sono questi i contenuti delle clausole valutative individuati dal Progetto CAPIRe[70], che qui si condividono in toto.

In secondo luogo, potrebbero essere esplicitate indicazioni di maggior dettaglio quanto alla scrittura delle singole voci appena menzionate. Da questo punto di vista, una *best practice*, da adattare ovviamente nei contenuti al contesto nazionale, sembra essere il *Vademecum per la redazione delle clausole*

[68] Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, cit., 64.

[69] Non si condivide qui la visione di Pagano per cui è solo la legge sperimentale quella ad essere caratterizzata, tra l'altro, da una espressa clausola di valutazione. In ogni modo, lo stesso Pagano sembra attenuare la portata di tale definizione sottolineando come «In generale tutte le leggi possono essere considerate sperimentali poiché nel tempo sono soggetti ad adattamenti o cambiamenti in funzione delle circostanze e degli scopi». Cfr. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica,* cit., 66.

[70] Cfr. il documento del Progetto CAPIRe del settembre 2010, cit., 4.

valutative predisposto dal Consiglio Regionale dell'Abruzzo[71]. Dato il maggior livello di dettaglio di tali indicazioni, queste potrebbero trovare spazio, forse preferibilmente, in una Circolare autonoma di attuazione delle Circolari "principali".

In terzo luogo, sarebbe auspicabile che nelle regole disciplinanti le modalità di redazione di clausole valutative (e poi, soprattutto, in sede di attuazione delle stesse) si valorizzasse la distinzione concettuale tra l'operazione di *monitoraggio* dell'attuazione della legge e operazione di *valutazione* della stessa. Nella definizione di clausola valutativa sopra richiamata si distingue d'altronde correttamente tra informazioni necessarie a «conoscere i tempi, le modalità attuative e le eventuali difficoltà emerse in fase di implementazione», da un lato, ed informazioni necessarie a «valutare le conseguenze dell'atto sui destinatari diretti e la collettività».

Seguendo ancora una volta l'elaborazione concettuale britannica, la prima attività consiste nel monitoraggio dell'attuazione della legge (*monitoring*); mentre la seconda nella valutazione vera e propria di quest'ultima in relazione agli obiettivi ad essa sottesi (*evaluation*)[72]. Sebbene non sia agevole tracciare una linea di confine, è chiaro come il monitoraggio consista in un'attività pressoché giuridico-formale; mentre la valutazione in un'analisi assai più comprensiva che abbraccia componenti anche extra-giuridiche.

Da questo punto di vista, una clausola valutativa dovrebbe essere costruita dedicandosi quindi commi distinti alle attività volte al monitoraggio ed alle attività di valutazione perché distinti potrebbero essere le tipologie di informazione, i soggetti, le modalità e i tempi, le risorse ed il successivo utilizzo necessari all'una o all'atra attività. *Best practices* in tal senso appaiono, ad esempio, clausole valutative contenute in alcune leggi della Regione Toscana[73].

Come si è avuto modo di sottolineare più volte, la tendenza nel nostro Paese è però quella di svolgere attività di valutazione in modo esclusivamente giuridico-formale, riconducibile al più ad un'attività di monitoraggio. Quello di cui c'è davvero bisogno è che si sviluppi una cultura della valutazione e, a monte, della programmazione politica e della progettazione normativa e delle politiche pubbliche e che si doti la Pubblica Amministrazione anche di

[71] Cfr. Consiglio Regionale dell'Abruzzo, *Vademecum per la redazione delle clausole valutative*, disponibile all'indirizzo: http://www.consiglio.regione.abruzzo.it/sites/default/files/pagine/152655/vademecum-web.pdf

[72] Cfr. M. MOUSMOUTI, *Designing Effective Legislation*, cit., 87 ss.

[73] Cfr. art. 22, l. reg. Toscana n. 16/2020 ed 24, l. reg. Toscana n. 44/2019.

personale avente una formazione extra-giuridica e delle risorse adeguate a svolgere siffatti compiti[74].

Tuttavia, per quanto riguarda i profili di *drafting* formale circa le modalità di redazione di clausole valutative, sarebbe giù un passo avanti se queste venissero scritte distinguendosi concettualmente (addirittura in commi distinti) le attività di "semplice" monitoraggio da quelle di vera e propria valutazione. D'altronde, la stessa *effectiveness* della normazione è stata tradizionalmente concepita come una questione di attuazione della legge mentre, come è stato recentemente ben argomentato, essa dovrebbe costituire un principio-guida del *lawmaking*[75].

7. Considerazioni conclusive

Scopo del presente saggio era quello di individuare, senza alcuna pretesa di completezza né di organicità, alcune regole di tecnica legislativa che sembrano "mancare" nelle Circolari di *drafting* del 2001, a fronte delle varie problematiche ed esigenze che sono emerse, di volta in volta, agli occhi di chi scrive, negli anni di ricerca dedicata a questo settore, anche sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale.

L'analisi è stata condotta assumendo il *drafting* come *phronesis* e nel trarre alcune considerazioni conclusive può forse apparire ora più chiaro il perché si è avuto a cuore partire da tali presupposti teorici[76]. Gli aggiornamenti che si sono qui proposti riguardano infatti regole vere e proprie ma anche criteri-guida per orientare la prudente esperienza del *drafter* chiamato a compiere determinate scelte. In quest'ottica, più in generale, sarebbero auspicabili una enucleazione (e gerarchizzazione) dei principi cui la redazione dei testi normativi debba ispirarsi; nonché un superamento della distinzione tra regole e raccomandazioni[77], perché, come sopra notato, inutile[78].

In particolare, si è proposto qui: l'enucleazione di criteri-guida per la scelta tra la novella "chirurgica" e la sostituzione integrale del testo vigente[79]; la menzione dell'eccezione alla regola della reviviscenza, derivante direttamente

[74] Sul punto, sia consentito il rinvio a E. ALBANESI, *L'Ufficio per il programma di Governo nella legislatura delle tre maggioranze*. En attendant *una declinazione del programma in termini di progettazione normativa e delle politiche pubbliche,* in F. DAL CANTO, A. SPERTI (a cura di), *Gli strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche,* Torino, Giappichelli, 2022 nonché E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale,* cit., specie 236 ss.

[75] Cfr. M. MOUSMOUTI, *Designing Effective Legislation*, cit., x ss.

[76] Cfr. *supra* paragrafo 1.

[77] Cfr. in tal senso L. TAFANI, F. PONTE, *Le tecniche legislative statali, regionali e dell'Unione europea,* cit.

[78] Cfr. *supra* paragrafo 1.

[79] Cfr. *supra* paragrafo 2.

dalla giurisprudenza della Corte costituzionale[80]; la disciplina di distinti *nomina* delle operazioni di riassetto e le tecniche di consolidamento[81]; l'aggiornamento dei contenuti del disegno di legge europeo e di delegazione europea nonché la menzione del divieto del c.d. *gold plating* (profili che però, essendo in pratica già disciplinati dalla legge n. 234 del 2012 e dal d.lgs. n. 246 del 2005 ed in virtù del loro maggior grado di dettaglio, potrebbero benissimo trovare sede in una Circolare di ulteriore attuazione delle tre Circolari "principali", come ad oggi è quella della Presidenza del Consiglio del 2 maggio 2001)[82]; la disciplina dell'utilizzo di determinati termini nell'attuazione del diritto dell'Unione europea[83]; le modalità attraverso cui redigere una clausola valutativa[84].

L'auspicio è quindi che si colga il ventennale dell'introduzione delle Circolari del 2001 per mettere mano ad un loro aggiornamento. Tuttavia, ciò che sta maggiormente a cuore a chi scrive, è che si utilizzi in particolare la disciplina delle modalità di redazione delle clausole valutative, come "ponte" dal *drafting* formale verso quello che è il settore in cui il nostro Paese è ancora assai culturalmente indietro: quello del *drafting* sostanziale.

Sperando che a ciò possa fare da volano il fatto che il PNRR indichi come prioritarie le misure di analisi e valutazione della regolazione…

[80] Cfr. *supra* paragrafo 3.
[81] Cfr. *supra* paragrafo 4.
[82] Cfr. *supra* paragrafo 5.
[83] Cfr. *supra* paragrafo 5.
[84] Cfr. *supra* paragrafo 6.

IL COMITATO TECNICO-SCIENTIFICO NELLA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA: UN BILANCIO DELL'ESPERIENZA UTILE PER FAR EMERGERE PROSPETTIVE DI RIFORMA *

ANTONIO IANNUZZI**

Sommario

1. Il rapporto fra politica e tecnica nell'ordinamento italiano fra problemi vecchi e nuovi. – 2. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico. – 3. L'esperienza del Comitato tecnico-scientifico: bilancio e prospettive di riforme.

Suggerimento di citazione

A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'introduzione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: antonio.iannuzzi@uniroma3.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il rapporto fra politica e tecnica nell'ordinamento italiano fra problemi vecchi e nuovi

Negli ordinamenti giuridici, come nella vita quotidiana, le questioni importanti vanno affrontate con determinazione nei tempi ordinari perché, invece, se vengono trascurate o eluse possono finire per inciampare in un innesco esplosivo e scoppiare fra le mani. È quanto rischia di verificarsi oggi per il problema della regolazione dei rapporti fra politica e tecnica, che è già un banco di prova per il costituzionalismo contemporaneo, ma che ha trovato un'improvvisa miccia incendiaria nell'attuale fase di emergenza sanitaria da Covid-19. Questa situazione è andata determinandosi nonostante sia da tempo avvertita la consapevolezza che la distinzione tra tecnica e politica costituisca, al contempo, un «problema classico» e un «problema della modernità» per il costituzionalismo[1]. Anche per queste ragioni, occorrerà quanto prima individuare nei rapporti fra diritto e tecnica il punto di equilibrio ottimale, per «sottoporre tanto la tecnica quanto il governo alla Costituzione»[2].

Sono ormai moltissime le decisioni politiche che ordinariamente richiedono di essere assunte sulla scorta della previa acquisizione di cognizioni tecnico-scientifiche[3]. Questo fenomeno si accentua per una serie di ragioni.

In primo luogo, poiché è evidente il fortissimo condizionamento della tecnica e della tecnologia sulla vita delle persone.

In secondo luogo, perché il diritto per soddisfare la sua aspirazione a regolare la realtà ha necessità di conoscerla preliminarmente, così negli ordinamenti giuridici contemporanei, le valutazioni fornite da organismi tecnico-scientifici offrono al legislatore la possibilità di osservare e di comprendere una situazione di fatto. La conoscenza scientifica costituisce un insostituibile supporto per il legislatore perché in grado di procurare un *sapere positivo*, che sia attendibile

[1] P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 82 ss.

[2] Così G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, cit., 115 ss. (spec. 120). G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019, spec. 322, sottolinea, infatti, il «carattere ambivalente del fattore tecnologico», che, «al medesimo tempo può rappresentare motivo di accrescimento ma anche di aggressione alle istanze di libertà e di autodeterminazione dell'individuo».

[3] Nel panorama giuspubblicistico, fra le monografie che nel nuovo millennio si sono soffermate sul rapporto fra diritto e tecnica, da diverse prospettive, si segnalano: F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019; G. RAGONE, Eine Empirische Wende? *La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020.

poiché logicamente «tutte le nostre conoscenze devono essere fondate sull'osservazione»[4].

Nell'eccezionalità del contesto emergenziale, l'adozione di atti di rango primario come i decreti-legge e di dubbia collocazione nel sistema delle fonti come i d.p.c.m., con lo scopo di mitigare l'effetto dei contagi, ha necessitato, come è sotto gli occhi di tutti, di una costante interlocuzione tra politici ed esperti[5].

Più volte in questo periodo le autorità politiche hanno riconosciuto il ruolo fondamentale della scienza per il contributo offerto in termini di arricchimento della base conoscitiva per l'elaborazione delle leggi *science-based*. Tutta un'altra serie di provvedimenti, inoltre, sono stati adottati poi sulla base della disponibilità di dati, si pensi sono alle disposizioni che hanno diviso le Regioni in zone di rischio (bianca, gialla, arancione e rossa in ordine crescente di rischio), secondo una classificazione dipendente da una serie di indicatori quantitativi[6], tra cui principalmente il valore di RT, l'indicatore statistico assunto, non senza polemiche, come misura del rischio di contagio e dell'andamento della pandemia, calcolato in base ad un algoritmo. Il funzionamento di queste misure è stato presentato come quasi automatica applicazione scaturente dall'elaborazione semplice di un set dati (numeri di contagiati, percentuale di occupazione dei reparti di terapie intensive, percentuali di ricoveri ospedalieri…).

Ancora da ultimo, il Presidente del Consiglio dei ministri, Mario Draghi, ha sottolineato più volte che una serie di importanti decisioni limitative di diverse libertà costituzionali sono state assunte sulla base dei dati, con ciò richiamando - ed anzi esaltando - la dimensione costituzionale della legge *data driven*. Ma già nella prima fase della pandemia il Presidente del Consiglio dei ministri *pro*

[4] A. COMTE, *Corso di filosofia positiva*, tr. it., Torino, 1957, 31. Cfr. M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 303 s., che chiarisce come anche per via giurisprudenziale si imponga l'«esigenza, sempre più stringente, di ripensamento dei processi decisionali da effettuarsi e calibrarsi sui peculiari "fatti" di cui il legislatore deve tener conto per non vedere incrinati gli stessi presupposti logici del proprio ragionamento, come inevitabilmente accadrebbe qualora egli non conoscesse la realtà da regolare».

[5] Cfr. I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020; A. IANNUZZI, *Leggi* science driven *e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, 119 ss.; ID., *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, 2020; M. MALVICINI, *Politica, legislazione e amministrazione dell'emergenza tra legittimazione tecno-scientifica e diritto costituzionale: appunti a partire dall'emergenza sanitaria*, in ID. (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia Covid-19*, Napoli, 2020; G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *Biolaw Journal*, 89 ss.; R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, in AA.VV., *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Napoli, 159 ss.

[6] Sul rapporto fra indicatori quantitativi e gestione della pandemia v. M. MORVILLO, *Contare il contagio. Strategie nazionali di effettuazione dei testi e l'emergere di un approccio europeo*, in M. MALVICINI (a cura di), *Il Governo dell'emergenza*, cit., 77 ss.

tempore, Giuseppe Conte, aveva affermato che in alcuni momenti la politica deve «*doverosamente* cedere il passo alla comunità scientifica», facendo presagire addirittura un superamento del concetto della legge *science-based* in favore di un'apertura verso la legge *science-driven*, in cui la tecnica assurgerebbe a formante contenutistico della decisione politica, in grado di inibire quasi del tutto la dimensione della discrezionalità politica. Questo fenomeno di alterazione del rapporto tra diritto e tecnica rende ancora più urgente il compito di elaborare, intanto, una concettualizzazione e una tassonomia delle categorie emergenti di legge a contenuto tecnico-scientifico (*science-based*), di legge guidata dalla scienza (*science-driven*) e, infine, di legge basata sui dati (*data-driven*). Si tratta di una sfida teorica di estrema difficoltà poiché costringe a muoversi in un terreno nuovo che non offre ancoraggi saldi né alle categorie tradizionali, né alla giurisprudenza costituzionale, da cui si possono ricavare interpretativamente principi utilizzabili, ma offerti ancora solo *incidenter tantum* e tangenzialmente. Neppure il ricorso alla comparazione giuridica, sia pure in un quadro che offre diversi spunti interessanti, appare risolutivo.

In Italia i numerosi decreti-legge e gli ancor più copiosi d.p.c.m. che si sono succeduti, sono stati adottati sulla scorta di pareri di organismi tecnico scientifici.

In primo luogo, tali pareri sono stati forniti dal Comitato tecnico scientifico istituito presso il Dipartimento della protezione civile. Questo modo di legiferare è chiaramente servito al Governo per fondare le decisioni su conoscenze tecnico-scientifiche, anche al fine di non farle apparire discrezionali o, peggio ancora, irragionevoli e arbitrarie. Così, nell'attuale contesto emergenziale diventa persino scontato constatare che la tutela del diritto alla salute, assunto come bene primario dei cittadini da preservare nella pandemia da Covid-19, sia dipendente dall'evoluzione delle conoscenze medico-scientifiche: come si fa ad assicurare, per esempio, la possibilità di frequenza scolastica da parte di una comunità di giovani studenti compresenti in uno spazio fisico chiuso se a monte non si dispone delle informazioni scientifiche relative al modo in cui avviene il contagio del virus Sars-Cov-2?

Si impongono allora una serie di domande di ricerca a cui i contributi che si presentano nel presente fascicolo dell'Osservatorio sulle fonti cercheranno di dare risposta: *i)* attraverso quali canali il Governo e il Parlamento possono acquisire ufficialmente le cognizioni tecniche? *ii)* come avviene l'interlocuzione: il CTS risponde a quesiti posti dal Governo? altri organi istituzionali possono interloquire direttamente con il CTS? Non è una questione di poco conto perché sappiamo tutti quanto sia importante il modo un cui si gestisce l'interlocuzione con gli esperti, alla luce della constatazione che porre una domanda anziché un'altra, come anche il modo in cui si formula la domanda può condizionare ed orientare le risposte; *iii)* come possono trasparire le

acquisizioni tecniche istruttorie nell'iter di formazione delle decisioni politiche? *iv)* sono state affidate al CTS deleghe di bilanciamento fra diritti fondamentali? *v)* il CTS ha operato in modo aperto, così da favorire il confronto con altri esperti esterni all'organismo o con la comunità scientifica di riferimento? *vi)* i pareri del CTS hanno effettivamente condizionato le decisioni del Governo?

Si pone, in altri termini, il problema della competenza a decidere degli organi di governo e parlamentari nelle democrazie contemporanee, che è stato aggravato dalla crisi delle ideologie e dei partiti politici e dal progressivo scadimento qualitativo della classe politica. Non sempre la politica è in possesso delle competenze preliminari necessarie per assumere decisioni in una società sempre più complessa. Questo problema è acuito dal fatto che oggi, ancor meno che in passato, «l'elettore è chiamato a decidere intorno a un programma che rappresenta una concezione della realtà, una filosofia, e che racchiude la soluzione dei più ardui problemi della vita»[7]. La crisi delle ideologie e dei partiti politici ha fatto vacillare fino ad incrinare quella «*sapienza* che si dà per presupposta» nell'attività politica di ognuno, «che ha per contenuto *l'universale*, al di là di ogni interesse particolare e di ogni gusto immediato»[8].

Questi fattori sono andati a favorire quel processo crescente che tende ad utilizzare la decisione tecnica in luogo di quella politica anche per colmare quel preoccupante deficit democratico delle istituzioni politiche che si sostanzia principalmente nella sfiducia verso gli organi rappresentativi e nella crisi di legittimazione politica popolare. D'altra parte, proprio in ragione del lamentato deficit rappresentativo, l'Unione europea ha percorso questa strada in modo vigoroso già a partire dalla seconda metà degli anni '80. Per effetto del concorrente operare di tutti questi elementi si sta amplificando anche nell'ordinamento giuridico italiano la tendenza, già in atto da tempo nell'ordinamento dell'Unione europea, ad estendere il metodo di produzione delle regole tecniche ad un'area più vasta di ambiti sostanziali e ad una più ampia serie di atti normativi primari, con ciò determinando l'emersione di una nuova categoria di leggi "a contenuto tecnico-scientifico" che assumono un contenuto marcatamente settoriale, acquisito sulla scorta di un'istruttoria di natura tecnica previamente e adeguatamente svolta.

L'accrescersi della considerazione delle istanze tecnico-scientifico impone un nuovo problema per il diritto: la verifica della coerenza fra la legge e il fatto

[7] Così U. SPIRITO, *Critica della democrazia* (1963), Soveria Mannelli, 2008, 29. Per una riflessione su questi aspetto del pensiero di Spirito v. F. MODUGNO, *"Critica della democrazia". Qualche riflessione sulla critica di Ugo Spirito della democrazia e della costituzione*, in A. RUSSO, P. GREGORETTI (a cura di), *Ugo Spirito. Filosofo, giurista, economista e la recezione dell'attualismo a Trieste*, Atti Convegno (Trieste, 27-29 novembre 1995), Trieste, 2000, 209 ss.

[8] Ancora U. SPIRITO, *op. cit.*, 29.

tecnico sotteso, imponendo di riconsiderare la questione dei limiti alla discrezionalità legislativa.

Ci dobbiamo chiedere, ancora, se siamo alla vigilia di una fase nuova nella storia dei rapporti fra diritto e scienza, che andrebbe a caratterizzarsi per una evoluzione da una concezione della decisione politica *basata* sulla scienza ad un'altra, invece, *guidata* dalla scienza, in cui appunto quest'ultima viene assunta come un formante a cui il legislatore *non può che* adattarsi. Ma l'impostazione della corretta dialettica fra politica e tecnica non può che ribadire l'insostituibile necessità di entrambe le funzioni, laddove «la tecnica determina (…) in qual modo un risultato può essere raggiunto, chiarisce se e in qualche misura la realizzazione di un obiettivo provoca il sacrificio di un altro», mentre «spetta ai politici adottare le decisioni ultime e procurare ad esse nel maggior grado possibile l'adesione della collettività; tra tecnici e comunità essi operano come cerniera»[9].

Ciò che rende estremamente ardua l'operazione di impostare in modo virtuoso i rapporti fra diritto e tecnica è il fatto che nel nostro ordinamento il rapporto tra diritto e tecnica è storicamente irrisolto. Se correttamente impostato, tale rapporto deve essere considerato come biunivoco, nel senso che l'uno non può prevalere sull'altro, mutuando quanto di recente sostenuto da Guido Calabresi a proposito del rapporto fra diritto ed economia[10].

2. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico

I rapporti non ordinati e lacunosi tra politica e tecnica, già evidenti prima della presente fase pandemica, sono stati ulteriormente messi in crisi per via del fatto che il rapido aggravarsi del quadro epidemiologico in Italia ha reso necessaria una interlocuzione continua fra Governo e organismi tecnici che operano a supporto. Dopo la Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario da Covid-19, avvenuta secondo quanto previsto dal Codice di procedura civile, è stato istituito il Comitato tecnico-scientifico, con Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020, con competenza di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il

[9] Secondo la fondamentale distinzione tracciata da G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 10 e 15.

[10] Cfr. da ultimo G. CALABRESI, *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto. Trento, 24 ottobre 2019 - Lezione magistrale per la chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell'Università degli Studi di Trento*, in G. BELLANTUONO, U. IZZO (a cura di), *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019*, Napoli, 2022, 9 ss. Più ampiamente sul punto v. G. CALABRESI, *The Future of Law & Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven-London, 2016 (ID., *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Milano, 2018).

superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus[11]. Il Comitato è composto da esperti e qualificati rappresentati degli Enti e Amministrazioni dello Stato, con la funzione di «attuare tempestivamente le misure necessarie a fronteggiare la situazione emergenziale in atto al fine di salvaguardare l'incolumità della popolazione». L'iniziale funzione di tale raggruppamento di esperti ha visto una successiva specificazione nel decreto-legge n. 19/2020 dove, all'art. 2 c. 1, in cui è stato previsto che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630».

Il 17 marzo 2021 con l'Ordinanza n.751 è stata poi ridefinita la composizione del Comitato ed è stato ridotto il numero dei componenti. È stata prevista, inoltre, la presenza di esperti nel settore statistico-matematico-previsionale o di altri ambiti utili a definire il quadro della situazione epidemiologica e a effettuare l'analisi dei dati raccolti per il contrasto della pandemia e per fornire il necessario supporto ai soggetti preposti a fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Anche relativamente al profilo della composizione dell'organo non sono mancate le critiche da parte della comunità scientifica, come principalmente quelle espresse dalla rivista Nature Italy che lamentava il difetto «di competenze in aree quali i test diagnostici, la biotecnologia e la biologia molecolare»[12].

L'esperienza consultiva di questo Comitato, espressa dai numerosi pareri resi formalmente al Capo della Protezione Civile e per il suo tramite al Governo, è stata determinante per supportare il Governo nel processo di adozione di decreti-legge e DPCM a contenuto tecnico-scientifico.

Essendo terminato lo stato di emergenza è arrivato il momento di provare a tracciare un bilancio dell'esperienza di questo Comitato.

Il ricorso al sistema emergenziale delineato dal Codice di procedura civile è stato dapprima avvertito come una necessità, stante l'assenza in Costituzione di una clausola per gestire le situazioni di emergenza[13], ed è stato poi sostanzialmente avallato dalla recente sentenza n. 198/2021 della Corte costituzionale.

[11] È stato poi istituito con Decreto del Capo Dipartimento n. 371 del 5 febbraio 2020. La sua composizione è variabile poiché «può essere integrato in relazione a specifiche esigenze».

[12] S. PISTOI, *Uno sguardo al ruolo del Comitato Tecnico Scientifico*, in *Nature Italy*, 17 febbraio 2021.

[13] Ha riflettuto sull'opportunità di inserire una clausola emergenziale in Costituzione G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020 e A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, 2020, 41 ss. In generale sul tema v. almeno P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988

I lavori che qui si presentano vogliono offrire un'occasione di riflessione sui rapporti tra Governo e CTS, con l'obiettivo di far emergere gli aspetti positivi, da salvare, e quelli negativi, da accantonare dell'esperienza del CTS. È arrivato il momento di pensare di istituire uno o più organi permanenti per favorire l'interlocuzione fra politica, Governo e Parlamento, e tecnica, come già avviene in diversi altri ordinamenti? E come dovrebbe essere concepito quest'organo? Può essere d'aiuto l'esperienza comparata per strutturare un modello stabile di consultazione scientifica?[14]

Il ruolo del comitato tecnico-scientifico è stato determinante nel processo di attuazione delle norme generali disposte con decreto-legge. Per rendere evidente il peso dei pareri resi dall'organo in parola, basti fare riferimento all'art. 2 del d.l. n. 19/2020, nella parte in cui dispone che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità», i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri che danno attuazione alle regole generali previsti dalla fonte primaria, «sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630». Ancora da ultimo, per es., il d.l. n. 44/2021 e il d.l. n. 52/2021 hanno fatto menzione espressa alle riunioni del CTS e ai pareri adottati.

Proprio relativamente alla legittimità costituzionale di questo decreto-legge, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire, nella citata sent. n. 198/2021 che la tipizzazione delle misure di contenimento operata dal decreto-legge in parola è stata corredata dall'indicazione di un criterio che orienta l'esercizio della discrezionalità attraverso i «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (art. 1, comma 2)». Il giudizio sull'adeguatezza e sulla proporzionalità delle misure emergenziali va svolto, sempre ad avviso del Giudice delle leggi, tenendo conto di quanto stabilito dall'ultimo periodo dell'art. 2, comma 1, dello stesso d.l. n. 19 del 2020, vale a dire che «[p]er i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020, poiché questa previsione «supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria» e rende «più concreta ed effettiva la verifica giudiziale». Pertanto, il decreto-legge «non soltanto ha tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo

[14] In tema v. S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica. Spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, II, *Etica, comunicazione e diritti*, Bologna, 2021, 59 ss.

precludendo all'autorità di Governo l'assunzione di provvedimenti *extra ordinem*, ma ha anche imposto un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale».

Il ruolo del CTS, a seguito di questa ricostruzione operata dalla Corte, diviene elemento fondamentale per illuminare la natura giuridica dei d.p.c.m. adottati, anche per valutare l'adeguatezza e la proporzionalità della complessiva impalcatura normativa posta in essere dal Governo.

Allora, a maggior ragione, diventa ancor più rilevante analizzare l'esperienza di questo organismo di consulenza tecnico-scientifico.

3. L'esperienza del Comitato tecnico-scientifico: bilancio e prospettive di riforme

L'operato del CTS può essere valutato positivamente alla luce della gestione complessiva dell'emergenza, tenendo in considerazione il fatto che non poche misure partorite in Italia sono state poi mutuate in altri ordinamenti europei.

Ancora in positivo, il funzionamento di questo organo testimonia ancora una volta la necessità, nell'era della complessità, di lavorare in ambienti multidisciplinari, tenuto conto della composizione estremamente variegata del CTS[15].

Questa interlocuzione è stata, però, inizialmente avvolta in una coltre nebulosa e ammantata di segretezza, perché i verbali del CTS non venivano pubblicati e perché venivano anche rigettate le istanze di diritto di accesso civico generalizzato con l'argomento che i d.p.c.m. che menzionavano nelle premesse i verbali erano da considerare alla stregua di atti normativi, ritenendoli perciò, preclusi alla richiesta di accesso ai sensi di quanto previsto dall'art. 24, comma 1, lett. *c),* della l. n. 241/1990. Nonostante le sollecitazioni della dottrina[16] e soprattutto di alcuni esponenti della società civile, sono stati necessari proprio una serie di pronunciamenti dei giudici amministrativi per aprire finalmente alla pubblicazione dei verbali, sia pure con un ritardo di 45 giorni dallo svolgimento della riunione, e dapprima in un formato non accessibile, come poi è stato denunciato dall'IWA Italy – International Web Association Italia a seguito dell'adesione alla campagna #DatiBeneComune, lanciata nel novembre

[15] Offre una distinzione fra approccio "interdisciplinare", "transdisciplinare" e "multidisciplinare" G. PASCUZZI, *Quale formazione per la ricerca interdisciplinare?*, in *Biolaw Journal*, 2021, 337 ss.

[16] V. A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3287 ss. e poi F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del CTS nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 2021, 127 ss.

2020 proprio per chiedere al Governo italiano di pubblicare in maniera aperta i dati sulla gestione della pandemia di COVID-19[17].

La pubblicità di questi verbali è stata ritenuta da taluni conveniente per gli stessi politici[18] ed anche, secondo altri, utile in una prospettiva surrogatoria della motivazione[19]. È da aggiungere, infine, che una politica basata sulla scienza e sui dati può essere un argine contro le derive populistiche perché può corroborare la legittimazione democratica delle istituzioni rappresentative. Anche in questa direzione appare condivisibile la proposta di introdurre nuove istituzioni o di attribuire nuove competenze ad alcune di quelle esistenti «aventi la funzione di diffondere la conoscenza di dati scientificamente corretti e di contrastare in permanenza informazioni manifestamente false»[20].

L'ordinamento italiano sconta fatalmente in questo momento l'endemico ritardo relativamente all'adozione di procedure per l'individuazione di organi e di esperti a cui demandare il compito di supportare dal punto di vista tecnico-scientifico le decisioni politiche. Tali procedure sono del tutto assenti nel nostro ordinamento, mentre sarebbe urgente istituirle con legge in modo che assicurino apertura e trasparenza, per evitare la tentazione di nomine ritagliate su misura in favore di tecnici ritenuti vicini al governo di turno.

Occorre, a mio avviso valorizzare le sedi collettive della ricerca, oggi affatto considerate dalla politica[21], tenendo in considerazione che la scienza è frutto di una fatica collettiva e che già dalla seconda metà del XIX secolo è stata accantonata l'idea che faceva corrispondere l'autorità della scienza con quella dell'«uomo di scienza»[22]. Questo mutamento di pensiero è una delle ragioni «per cui vennero create le associazioni di eccellenza scientifica» e negli Stati Uniti fornì l'occasione durante la Guerra civile proprio per «la fondazione della National Academy of Science, che aveva il compito di assistere il Presidente Lincoln»[23].

[17] Il testo di questa campagna è disponibile al seguente link: https://www.datibenecomune.it/2021/03/19/i-verbali-del-comitato-tecnico-scientifico-coronavirus-in-formato-accessibile/

[18] Da E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, cit., 127 ss.

[19] Ha riflettuto su questa ipotesi R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, cit., 183 ss.

[20] La proposta è stata avanzata da G. GEMMA, *L'incompetenza scientifica al potere: nuovo fronte del costituzionalismo liberaldemocratico*, in *Rivista AIC*, 2021, 356.

[21] In senso critico, sia pure limitatamente alla selezione degli esperti auditi dalla Corte costituzionale, si esprime, invece, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2020, 415 ss. (spec. nt. 79).

[22] S. SHAPIN, *A Social History of Truth. Civility and Science in Seventeenth-Century England*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

[23] «Una volta trovati i «grandi uomini» di scienza, il presidente avrebbe avuto a disposizione i fidati consigli di cui aveva bisogno», così N. ORESKES, *Perché fidarsi della scienza?*, Torino, 2021, 13.

È stato ancora autorevolmente denunciato che solo «Meno della metà dei suoi membri attuali sono nominati sulla base del curriculum; gli altri sono direttori di istituzioni sanitarie, nominati nel CTS *ex officio*. Soltanto due membri hanno una comprovata esperienza in biotecnologia, ma in campi non legati alle malattie infettive»[24].

Nell'esperienza italiana, e non solo, emerge, al contrario, una lettura fiduciaria dei rapporti fra politica ed esperti che, invece, deve essere stigmatizzata.

Nell'esperienza della gestione dell'emergenza sanitaria, non incoraggiante è la vicenda della sostituzione dei componenti del CTS da parte del Governo presieduto da Mario Draghi, appena insediato, a seguito delle dimissioni del Presidente dell'organismo di consulenza tecnica[25], perché sembra confermare una visione dei rapporti fra politica e tecnica impostata sulla fiducia, piuttosto che sui corretti binari che salvaguardino l'indipendenza di giudizio dell'organo, la trasparenza dell'interlocuzione e degli apporti, il pluralismo interno, l'autorevolezza degli esperti, con garanzia di integrità e assenza di conflitti di interesse, nonché l'autorevolezza dell'organo, come indice della capacità di influenzare il decisore politico.

[24] «Viceversa, in Gran Bretagna, il Scientific Advisory Group for Emergencies (SAGE) e le sue sottocommissioni hanno un ampio spettro di competenze e includono specialisti in diagnostica molecolare, high-throughput screening, sequenziamento, creazione di modelli, logistica, scienza del comportamento e istruzione. Il gruppo di consulenza del governo francese include uno specialista in tecnologie digitali e antropologi e sociologi, assieme alle competenze di base in virologia, epidemiologia e biologia molecolare. E l'Academia Leopoldina, uno dei consulenti principali del Governo tedesco, ha diversi gruppi di lavoro che possono attingere a una lista di 1600 membri internazionali di qualsiasi disciplina», così S. PISTOI, *Uno sguardo al ruolo del Comitato Tecnico Scientifico*, cit.

[25] Ocdpc n. 751 del 17 marzo 2021, recante «Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 66 del 17 marzo 2021. La modifica della composizione è calata all'interno di una più generale operazione volta a «razionalizzare le attività del Comitato tecnico-scientifico, al fine di ottimizzarne il funzionamento, attraverso la modifica della sua composizione, anche mediante la riduzione del numero dei componenti e prevedendo, nel contempo, la presenza di esperti appartenenti non solo al campo medico ma anche ad altri settori quali quello statistico-matematico-previsionale, o altri utili a definire il quadro della situazione epidemiologica e ad effettuare l'analisi dei dati raccolti, necessaria per l'approntamento delle misure di contrasto alla pandemia». Per effetto di questa nuova ordinanza il CTS è ora composto dal: Presidente del Consiglio Superiore di sanità del Ministero della salute con funzioni di coordinatore del Comitato, Presidente dell'Istituto Superiore di sanità, Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei ministri, un rappresentante indicato dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome, Presidente del Comitato Etico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", un dirigente medico della Polizia di Stato, esperto di medicina delle catastrofi in rappresentanza del Dipartimento della protezione civile, Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", Presidente dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute. Sono altresì componenti 3 esperti nominati dal governo: un informatico analisi previsionali, epidemiologo, il Direttore del Covid Crisis Lab Università Bocconi».

Altre criticità sono certamente riconducibili alla non chiara definizione della natura e dei compiti del CTS. La sua collocazione presso la Protezione civile può apparire eccentrica e solo giustificata da ragioni contingenti. Incerta è risultata anche la richiesta di apporto poiché non sempre è stato chiaro se dovesse avere una funzione "consulenziale" esprimere pareri o se dovesse svolgere un ruolo di informazione scientifica o ancora se dovesse esprimere solo delle raccomandazioni ovvero se, per la disciplina di talune fattispecie più specialistiche, fosse chiamato persino a surrogare il decisore politico. Al di là dei proclami politici, la scienza è parsa assumere un ruolo di sostegno più che di guida rispetto alla politica. Vi è stato accordo ma non supplenza[26] e l'attività del CTS è parsa configurarsi come funzione strumentale a quella del decisore politico.

Lo stesso organo di consulenza scientifica ha evidenziato perplessità al Governo circa la qualificazione del suo apporto, e nella specie relativamente alla formula «sentito il Comitato tecnico scientifico sui dati monitorati» richiamati in alcuni decreti-legge e in numerosi d.p.c.m., ottenendo una nota esplicativa di risposta del Ministro della Salute che, a me pare, poco chiarificatrice poiché si sostiene che «dato il rilievo istituzionale e le competenze tecnico scientifiche presenti all'interno del predetto organismo, ogni ulteriore valutazione resa dallo stesso potrà costituire un utile contributo alle determinazioni dell'organo politico in sede di adozione dei provvedimenti contemplati dalla normativa richiamata»[27].

Queste evidenze mostrano che sono gli stessi attori istituzionali coinvolti ad avvertire, per primi, la necessità di impostare i rapporti dell'interlocuzione fra politica e tecnica in modo chiaro e ordinato.

Del tutto incerte sono apparse le modalità di interlocuzione con il Governo. Non è chiaro se il CTS abbia lavorato su impulso del Governo e se abbia

[26] Rileva A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, 2020, 5 segnala che non è possibile non svelare «il paradosso tra il continuo richiamo alle indicazioni della scienza da parte dei rappresentanti del governo e l'assenza del (necessario) riferimento proprio alla valutazione scientifica del rischio nelle misure precauzionali adottate dallo stesso governo». Sul punto v. anche C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politiche amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2020, 275 s. sottolinea ancora il rischio della «deresponsabilizzazione del decisore». Ancora secondo P. PASSAGLIA, *Emergenza sanitaria e diritti: una prospettiva comparata. Introduzione*, in *DPCE online*, 2021, 4285, «la collaborazione non di rado ha assunto la forma della ratifica da parte dell'autorità politica delle indicazioni provenienti dai tecnici». Più in generale sulle zone d'ombra della collaborazione fra politica e tecnica v. A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di), Il Governo tra tecnica e politica, cit., 18 s.,

[27] Verbale n. 129 del 20 novembre 2020 del Comitato tecnico-scientifico, 222, disponibile nella versione scaricabile al seguente link: https://raw.githubusercontent.com/pcm-dpc/COVID-19-Verbali-CTS/master/2020-11/covid-19-cts-verbale-129-20201120.pdf

ragionato su quesiti specifici o se, piuttosto, l'interlocuzione non sia avvenuta in larga parte in modo informale. Non del tutto trasparente è anche il modo in cui si è svolto il dialogo tra CTS e Regioni ed in particolare con la Conferenza Stato-Regioni. I canali di interlocuzione, invece, devono essere disciplinati e resi noti: non è solo il verbale che deve essere pubblicato, ma anche i quesiti e le sollecitazioni che l'organo tecnico ha ricevuto.

Ancor più nebulosa, infine, è risultata la collocazione del CTS nella costellazione delle (numerose) *task force* che il Governo e le Regioni hanno appositamente istituito, atteso che il dialogo fra questi organismi in taluni casi può apparire non solo opportuno ma persino necessario. La singolarità dell'esperienza del CTS deriva dal fatto che in modo inedito la straordinarietà dell'emergenza pandemica ci ha mostrato la necessità della politica di procedere di pari passo con la tecnica in una fase in cui *si stava facendo scienza*, vale a dire in un momento in cui le stesse conoscenze scientifiche venivano sperimentate. Questo fattore, insieme alla urgenza del decidere, può giustificare alcuni *revirements* normativi che però hanno inciso negativamente sulla fiducia dell'opinione pubblica verso le misure adottate. Ma questa responsabilità va ascritta, a mio avviso, alla politica e non alla tecnica in considerazione del fatto che è compito della prima favorire la massima adesione possibile della collettività nei confronti della decisione *science-based*.

Quello del dialogo fra governo e organismi tecnici e del raccordo interno fra strutture tecniche è un aspetto estremamente rilevante, che evidenzia carenze importanti su cui intervenire. Fuori dalla fase emergenziale, deve essere messo in luce che operano nei ministeri numerosi organi tecnico-scientifici che svolgono, in diverso modo, attività strumentale di supporto al Governo. In considerazione della pluralità di sedi e della molteplicità della loro natura e della relativa organizzazione, sarebbe necessario muoversi almeno in tre direzioni: 1) censire quanti sono questi organi; 2) verificare che natura giuridica hanno e che rapporti intrattengono singolarmente con i diversi ministeri; 3) provare ad uniformare statuti e organizzazione. Come anche sarebbe necessario codificare il principio di trasparenza del loro apporto in modo che sia tracciabile e conoscibile il loro apporto.

L'auspicio, in definitiva, è che lo studio dell'esperienza del CTS possa fungere da punto di partenza per arrivare finalmente a definire in modo ordinato i rapporti fra la politica e la tecnica.

LA FIDUCIA NELLA SCIENZA ALLA PROVA DELL'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19*

LAVINIA DEL CORONA**

Sommario

1. La fiducia nella scienza. – 2. Fiducia nella scienza e pandemia. – 3. Politica e scienza durante la pandemia. – 3.1. L'istituzione del Comitato Tecnico Scientifico. – 3.1.1. L'istituzione di un organismo di consulenza scientifica *ad hoc*. – 3.1.2. La mancanza di trasparenza e pubblicità. – 3.1.3. La mancata definizione dei criteri di selezione dei membri del CTS. – 3.2. L'incertezza scientifica. – 3.3. Problemi irrisolti tra politica e scienza. – 4. Il comportamento degli esperti. – 4.1. Il contrasto alla disinformazione scientifica. – 5. Considerazioni conclusive.

Abstract

The paper analyzes a series of factors that during the pandemic affected society's trust in science.
Through the analysis of the political reactions to the Covid-19 emergency, the Author points out that even though the wide use of scientific advice was indicative of an increase trust in science, a certain degree of distrust among politicians persists and characterizes the relationship between politics and science.
Secondly, the Author highlights to what extent and in what way the behavior of the members of the scientific community itself has affected trust in science, facilitating manipulations of scientific knowledge.

Suggerimento di citazione

L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Ricercatrice di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano.
Contatto: lavinia.delcorona@unimi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. La fiducia nella scienza

Di "fiducia nella scienza" si è sentito molto parlare nel corso della pandemia da Covid-19. In particolare, molti sono stati gli appelli, anche da parte di importanti cariche istituzionali, ad "avere fiducia nella scienza"[1].

Pare quindi importante chiarire cosa si intenda per "fiducia nella scienza", ossia se con tale espressione si faccia riferimento a una forma di affidamento assoluto e incondizionato nelle indicazioni provenienti dalla comunità scientifica o, invece, a qualcosa di diverso.

La questione non è di poco conto perché, ad esempio, se la "fiducia" fosse intesa in un senso assimilabile a quello di "fede" – nozione cui effettivamente spesso il termine "fiducia" viene associato[2] – sarebbe del tutto corretto affermare, come è stato rilevato in dottrina[3], che essa non potrebbe in alcun modo avere ad oggetto la scienza. La fede, infatti, per definizione ha per oggetto qualcosa di diametralmente diverso dalla scienza[4]: è oggetto di fede ciò che si assume essere vero in assoluto, senza bisogno di essere provato, e che, anzi, non può essere verificato, né falsificato. All'opposto, è ormai ampiamente acquisito che il sapere scientifico non è costituito da verità assolute e può avere ad oggetto solo ciò che è suscettibile, a seconda dei vari punti di vista epistemologici, di verificazione[5] o falsificazione[6].

[1] Si può pensare a come in più occasioni il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella abbia invitato gli italiani ad avere fiducia nella scienza. Sul punto si v. G. DE FILIPPI, *L'invito di Mattarella ad avere fiducia nella scienza*, disponibile all'indirizzo: www.ilfoglio.it, 22 novembre 2021; S. MATTARELLA, *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione degli auguri di fine anno con i Rappresentanti delle Istituzioni, Forze Politiche e Società Civile*, disponibile all'indirizzo: www.quirinale.it, 20 dicembre 2021; ID., *Messaggio di Fine Anno del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella*, disponibile all'indirizzo: www.quirinale.it, 31 dicembre 2021.

[2] M. DE BENEDETTO, *Fiducia e istituzioni: un punto di vista giuspubblicistico*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, II, 2020, 15, osserva come la nozione di fiducia venga «apparentata anche a quella di "fede" (*faith* in inglese, *foi* in francese e *fe* in spagnolo), che nel medesimo contesto etimologico, esprime la fiducia religiosa».

[3] A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, III, 2021, 433. Sul tema si v. anche G. CONSOLMAGNO, *Covid, fede e fallibilità della scienza*, in *La Civiltà Cattolica,* gennaio/febbraio 2022, 105 ss.

[4] Eppure, è successo che l'esaltazione del progresso scientifico abbia portato alla nascita di forme di venerazione quasi religiosa della scienza, cui si fa riferimento con il termine "scientismo". Sul tema dello scientismo si v. G. FORNERO, voce *Scientismo*, in N. ABBAGNANO, G. FORNERO (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino, 1998, 961; M. STENMARK, *Scientis. Science, ethics and religion*, Routledge, Ashgate, 2001; G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

[5] Il riferimento è al pensiero neopositivista, che individuava nella verificazione l'elemento caratterizzante il sapere scientifico. Si v. R. CARNAP, *Controllabilità e significato* (1936-1937), in A. Pasquinelli (a cura di), *Il neoempirismo*, Torino, 1978,

[6] Sulla falsificabilità come criterio di demarcazione tra scienza e non scienza si v. K. POPPER, *Congetture e confutazioni* (1963), trad. it. di G. Pancaldi, Il Mulino, Bologna, 2009.

Posto quindi che il sapere scientifico è suscettibile di mutare nel tempo, pare però eccessivo escludere completamente che esso possa ingenerare alcun tipo di affidamento. Giungere a negare in assoluto – come pur taluni esponenti del più estremo relativismo hanno fatto[7] – che la scienza abbia una particolare capacità conoscitiva, ed equipararla, quindi, alla mera opinione, non potrebbe infatti che portare a risultati contraddittori e contrastanti con ciò che emerge dall'esperienza. È, d'altronde, frutto di secoli di esperienza l'idea per cui il sapere scientifico avrebbe una particolare capacità di descrivere la realtà, di spiegare i fatti e di predire l'evolvere degli stessi[8], sebbene in modo approssimativo e fallibile.

La fiducia nella scienza, a differenza della fede religiosa, dovrebbe dunque basarsi sull'esistenza di evidenze empiriche[9], che, pur non fornendo garanzia di certezze incontrovertibili, giustificano e rendono razionale la scelta di dare un certo credito alla scienza. La fiducia risulta così giustificata solo se intesa come una forma di "affidamento" che poggia le sue basi sul riconoscimento, fondato sull'evidenza empirica, della sussistenza di una particolare capacità conoscitiva del sapere scientifico, non certo assoluta, ma superiore rispetto a quella che le altre attività con pretese conoscitive possono garantire. Una capacità che discende dall'impiego da parte della comunità scientifica di un particolare metodo di indagine, il "metodo scientifico", che, per quanto in continua evoluzione e mutamento, si caratterizza principalmente per il fatto di utilizzare l'osservazione (diretta o indiretta) dei fenomeni e l'esperimento per la verificazione, conferma, controllo, corroborazione o falsificazione delle tesi oggetto di studio.

Sull'esigenza di "affidarsi" alla scienza, ossia di avere fiducia nella scienza laddove si tratti di svolgere valutazioni scientifiche, ha assunto particolare rilievo quella giurisprudenza della Coste costituzionale, inaugurata dalla sentenza n. 282 del 2002 e poi consolidatasi in successive pronunce[10], che ha riconosciuto l'importanza che leggi a contenuto scientifico siano adottate sulla

[7] Si v. T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962-1970), trad. it. di A. Carugo, Feltrinelli, Torino, 1999; P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza* (1975), trad. it. di L. Sosio, Feltrinelli, Milano, 2002.

[8] G. BISTAGNINO*, Sono irragionevoli? Liberalismo politico e negazionismo scientifico*, in *Notizie di Politeia*, 2019, 47. Sulle ragioni per cui la fiducia nella scienza sarebbe intuitiva ma non irragionevole M. DORATO, *Disinformazione scientifica e democrazia. La competenza dell'esperto e l'autonomia del cittadino*, Cortina Raffaello, Milano, 2019, 80 ss.

[9] Viene in rilievo M. DE BENEDETTO, *Fiducia e istituzioni*, cit., che, citando K. Hart, evidenzia come nella letteratura anglofona è stata proposta una sorta di graduazione: la fede (religiosa), la fiducia-*trust* e la fiducia-*confidence* dovrebbero essere considerate come "[…] a continuum of words connoting belief based on the degree to which they rest on evidence of the senses"».

[10] Il riferimento è ad esempio alle sentenze della Corte costituzionale n. 151 del 2009 e n. 162 del 2014, in materia di procreazione medicalmente assistita; n. 274 del 2014, sul "caso Stamina", e n. 5 del 2018, relativa alla legge n. 119 del 2017.

base di un previo accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche, da svolgersi possibilmente tramite organismi, nazionali o internazionali, a ciò deputati. Si tratta di una giurisprudenza da cui parrebbe potersi addirittura desumere l'esistenza di una "riserva di scienza"[11], da intendersi come principio di rilievo costituzionale, in base a cui su questioni scientifiche dovrebbero decidere, o quantomeno dovrebbero essere ascoltati, gli scienziati, in quanto detentori di un sapere dotato di particolare valore conoscitivo.

Dal punto di vista del fondamento costituzionale di un siffatto riconoscimento del particolare valore conoscitivo del sapere scientifico va peraltro ricordato come l'art. 33 Cost. affermi che «l'arte e la scienza sono libere». L'affermazione della libertà della scienza e della conseguente esigenza di tutela dell'autonomia scientifica pare infatti presuppore una presa d'atto del particolare valore che connota l'attività umana di cui la scienza è frutto e dell'importanza, quindi, che tale attività sia tutelata da ingerenze esterne che ne comprometterebbero gli esiti.

2. Fiducia nella scienza e pandemia

Fare un bilancio di "se" e "come" la pandemia stia incidendo sul livello generale di fiducia nella scienza è un'operazione tutt'altro che semplice. Senz'altro negli ultimi due anni si è registrata una centralità senza precedenti nel dibattito pubblico di temi aventi carattere prettamente scientifico e la scienza è divenuta, così, protagonista indiscussa del periodo storico che stiamo vivendo. Ciò ha tuttavia dato luogo a fenomeni di diverso tipo, anche tra loro diametralmente contrapposti: in particolare si è assistito alla contrapposizione tra forme di totale affidamento nella scienza, da un lato, e movimenti nettamente antiscientifici, dall'altro[12].

In linea generale, può dirsi che la fiducia della società nella scienza abbia raggiunto un picco nella fase iniziale, per cui nell'inverno-primavera 2020 la tendenza è stata nettamente nel senso di un totale affidamento negli esperti, visti come detentori di un sapere "salvifico", cui è però seguito un declino, soprattutto con l'arrivo della c.d. "seconda ondata", e dello sconforto che questa ha portato con sé[13].

[11] L'espressione "riserva di scienza" è ricorrente in dottrina, anche se spesso con significati diversi. Sul tema si v. *ex multis* Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, V, 695; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019; G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni Costituzionali*, I, 2022.

[12] Sul tema E. GAGLIASSO, *Tra fideismo e diffidenza. La cittadinanza scientifica sotto scacco pandemico*, in *MicroMega*, VI, 2021, 171 ss.

[13] Le indagini condotte da società specializzate nel monitoraggio della percezione pubblica della scienza (come, fra gli altri, l'Osservatorio Scienza e Società) attestano che la fiducia nei confronti della

In parte della società al calare della fiducia nella scienza è corrisposto il rafforzarsi di sentimenti antiscientifici e addirittura di tesi negazioniste, che negano l'esistenza stessa del virus[14]. Di qui l'aumentare della popolarità della tesi per cui il virus altro non sarebbe che un pretesto utilizzato dai governanti, con il supporto della scienza, per imporre un regime liberticida, la c.d. "dittatura sanitaria"[15].

Addirittura, in Italia, come all'estero, alcuni esperti particolarmente noti sono stati oggetto di minacce, accusati di diffondere notizie false e creare inutile allarmismo[16].

Nel presente contributo saranno analizzati alcuni fattori – che vanno dall'approccio della politica all'emergenza al comportamento tenuto degli esperti – che negli ultimi due anni di pandemia hanno in vario modo inciso sul livello complessivo di fiducia della società nella scienza.

3. Politica e scienza durante la pandemia

In molti Paesi, inclusa l'Italia, la politica ha reagito all'emergenza pandemica cercando risposte e soluzioni nella scienza e quindi attivandosi per aprire un dialogo con la comunità scientifica. Un approccio che va certamente nel senso della sussistenza di fiducia nella scienza da parte della politica, particolarmente significativo in un ordinamento quale quello italiano in cui il sapere scientifico

comunità scientifica è sensibilmente calata tra il primo lockdown e la fine del secondo. Sul tema T. PIEVANI, *Comunicare la scienza dopo la pandemia: un decalogo*, in *MicroMega*, VI, 2021, 136.

[14] Le prima proteste avevano ad oggetto le misure limitative adottate per il contenimento della pandemia e ponevano in discussione l'esistenza stessa del virus o, comunque, la sua pericolosità. Si v., ad esempio, G. SESSA, COVID-19 *Conspiracy Theories: Comparative trends in Italy, France, and Spain*, disponibile all'indirizzo: *www.disinfo.eu*, 27 aprile 2020; A. RETTMAN, *Anti-mask protesters pose challenge for EU authorities*, disponibile all'indirizzo: *www.UEobserver.com*, 24 settembre 2020; M. SPECIA, *As Europe's Coronavirus Cases Rise, So Do Voices Crying Hoax*, disponibile all'indirizzo: *www.nytimes.com*, 28 settembre 2020; C. ZUNINO, *Duemila No mask in piazza a Roma: accenni di scontri con la polizia, un fermo*, disponibile all'indirizzo: *www.repubblica.it*, 10 ottobre 2020. Dal 2021 le proteste antiscientifiche in Italia e nel mondo hanno invece assunto sempre più come bersaglio i vaccini e le limitazioni che molti Stati hanno in vario modo introdotto per chi volontariamente sceglie di non vaccinarsi. Per un quadro d'insieme si v. M. ALLEVATO, *La mappa delle proteste no-vax in Europa*, disponibile all'indirizzo: www.agi.it, 23 novembre 2021 e C. TASSINARI, *Bruxelles, Barcellona, Washington: il mondo protesta contro le vaccinazioni*, disponibile all'indirizzo: www.it.eronews.com, 24 gennaio 2022.

[15] Da evidenziare che, come già accaduto in precedenza, le tesi antiscientifiche hanno trovato l'appoggio di movimenti nazionalisti e populisti. Sul tema del "populismo antiscientifico si v. J. KENNEDY, *Populist politics and vaccine hesitancy in Western Europe: an analysis of national-level data*, in *European Journal of Public Health*, III, 2019, 512 ss.; E. SPEED-R. MANNION, *Populism and health policy: three international case studies of right-wing populist policy frames*, in *Sociology of Heath and Illness*, VIII, 2020, 1968 ss.; E. LELLO, *Populismo anti-scientifico o nodi irrisolti della biomedicina? Prospettive a confronto intorno al movimento free vax*, in Rassegna italiana di sociologia, III, 2020, 479 ss.

[16] Un caso particolarmente emblematico è quello delle minacce subite dal noto consulente scientifico della Casa Bianca, il Dott. Anthony Fauci. Si v. R. STEIN, *Fauci Reveals He Has Received Death Threats And His Daughters Have Been Harassed*, disponibile all'indirizzo: *www.npr.org*, 5 agosto 2020.

spesso non è adeguatamente considerato nei processi decisionali pubblici vertenti su questioni che presuppongono lo svolgimento di valutazioni scientifiche[17].

Tuttavia, l'"alleanza" tra politica e comunità scientifica è stata messa nel corso dei mesi a dura prova da alcune criticità che caratterizzano il rapporto tra politica e scienza, e che durante la pandemia sono emerse in maniera particolarmente evidente: si è trattato, ad esempio, del permanere di una certa "diffidenza" della politica verso la figura dell'esperto; della conseguente volontà del decisore politico di esercitare una certa influenza e controllo sulla consulenza scientifica; nonché del contrasto spesso registratosi tra l'aspettativa della politica di ottenere dalla scienza risposte veloci e certe e le grosse incertezze che hanno invece caratterizzato le conoscenze scientifiche relative al Covid-19.

3.1 L'istituzione del Comitato Tecnico Scientifico

La ricerca di un dialogo con la scienza si è tradotta in Italia, così come in molti altri Paesi, nel ricorso da parte del decisore politico all'ausilio di organi di consulenza scientifica.

Si è proceduto all'istituzione di molti comitati di consulenza tecnico-scientifica, sia a livello nazionale che regionale, ma sicuramente rispetto all'attività decisionale del Governo italiano rilievo centrale è stato assunto dal Comitato tecnico-scientifico (CTS) che era stato previsto all'art. 2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020 e poi costituito con il decreto del 5 febbraio del Capo del Dipartimento.

Il rapporto di stretta collaborazione che, sin dalle prime fasi della pandemia, si è istaurato tra Governo italiano e CTS pare indicativo di una presa di coscienza da parte della politica dell'importanza che l'attivazione di canali di comunicazione con la comunità scientifica ha per l'assunzione di decisioni in cui sia garantita la massima tutela possibile ai diritti coinvolti.

Una consapevolezza che ha peraltro trovato riscontro nelle considerazioni che la Corte costituzionale ha recentemente svolto, nella sentenza n. 198 del 2021[18], circa l'importanza della sussistenza di un dialogo tra Governo e CTS

[17] Sul non semplice rapporto tra scienza e diritto nell'ordinamento italiano si v., *ex multis*, R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005; S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; G. FONTANA, *Ricerca scientifica*, cit.

[18] A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, disponibile all'indirizzo: www.giustiziainsieme.it, 19 gennaio 2022, osserva come la Corte costituzionale, nel salvare il d.l. n. 19/2020, abbia tenuto conto, non solo della tipizzazione delle misure da questo operata, ma anche del fatto che fossero state previste

per la garanzia dell'adeguatezza e della proporzionalità delle misure di contenimento della pandemia.

L'interazione tra Governo ed esperti si è svolta con una costanza e un livello di istituzionalizzazione e regolamentazione ben superiore rispetto a quanto normalmente accada in Italia. Un mutamento che potrebbe quindi intendersi come un primo passo nell'ambito di un processo di progressiva evoluzione del modo di organizzare la consulenza scientifica.

Ciò posto, bisogna tuttavia rilevare come alcune delle criticità proprie del rapporto tra politica e scienza non siano state superate e abbiano anzi influito negativamente sull'organizzazione dell'attività del CTS. Si sono in particolare registrate una serie di scelte del Governo che paiono indicative di una perdurante "diffidenza" verso gli esponenti della comunità scientifica, mosse dall'intento di mantenere un controllo sulla scienza e sui limiti che il sapere scientifico può porre alla discrezionalità del decisore politico.

3.1.1 L'istituzione di un organismo di consulenza scientifica *ad hoc*

È stato anzitutto osservato come la scelta stessa di ricorrere a un organismo di consulenza scientifica istituito *ad hoc*, diversamente da quanto avvenuto in altri Paesi che hanno potuto contare su preesistenti organismi di consulenza scientifica[19], presenti alcuni aspetti problematici.

La precostituzione dell'organo deputato a svolgere l'attività di consulenza scientifica rappresenta infatti una garanzia di indipendenza degli esperti, in quanto contribuisce ad evitare il rischio di nomine mirate, volte non tanto alla scelta del consulente più qualificato, quanto di quello che dia maggiori garanzie di tenere una posizione in linea con un certo progetto politico[20].

Per comprendere la ragione della scelta bisogna considerare come l'ordinamento italiano sia caratterizzato da un livello molto basso di

ulteriori garanzie, tra cui, appunto, il coinvolgimento del CTS. Per un commento alla sentenza si v. anche A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org, 3, 841 ss.; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, XXV, 81 ss; M. FRANCAVIGLIA, *Il sistema dei d.P.C.m. al vaglio della Corte costituzionale. Impressioni a prima lettura di Corte cost., sent. n. 198/2021*, disponibile all'indirizzo: www.diritticomparati.it, 10 gennaio 2022.

[19] Sul tema L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it,* Osservatorio emergenza Covid-19, 2020.

[20] Così A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19*, in *BioLawJournal*, I, 2020, 125, osserva che «seguitare ad insistere sullo schema delle commissioni istituite *ad hoc* sembra, al contrario, parare molto meno dai rischi di nomine ritagliate su misura per perseguire il fine di attentare alla Costituzione e alla democrazia. Non è questo attuale il caso, ma le regole vanno pensate per tempo e l'esperienza attuale ci insegna che non è più possibile eludere il tema dell'istituzionalizzazione dei canali di raccolta e di trasmissione delle valutazioni tecnico-scientifiche agli organi politico rappresentativi. È questa una questione vitale per la nostra democrazia ed è ora che venga percepita come una questione di livello costituzionale».

istituzionalizzazione della consulenza scientifica[21] e come la mancanza di stabili canali di trasmissione del sapere scientifico porti ad un approccio "episodico", di gestione caso per caso delle esigenze conoscitive del Governo.

L'istituzione del CTS, quindi, sebbene da un lato abbia segnato un'inversione di tendenza rispetto all'informalità che normalmente caratterizza la consulenza scientifica, d'altro lato, si è posta in linea con la tendenza propria del sistema italiano di gestire in modo episodico le esigenze conoscitive che via via insorgono.

Il problema è rilevante se si considera come il CTS stia divenendo un modello di riferimento nell'ambito di un fenomeno di disordinata proliferazione di comitati di consulenza, qualificati con l'espressione "task force"[22]. Il pericolo è che, in assenza di un'attenta riflessione sui rischi connessi all'istituzione di comitati di consulenza *ad hoc*, l'esperienza del CTS durante la pandemia, invece che incentivare la realizzazione di un intervento organico di organizzazione e istituzionalizzazione della consulenza scientifica, porti ad una crescita incontrollata di organismi di consulenza tecnico-scientifica, non coordinati tra loro, scarsamente indipendenti dall'esecutivo e, conseguentemente, scarsamente influenti nel processo decisionale pubblico.

In Italia, peraltro, a differenza di quanto avvenuto in Francia, dove si è fatto ricorso a un comitato scientifico istituito *ad hoc*, le cui modalità di funzionamento sono state disciplinate con la *Loi* n. 2020-290 del 23 marzo 2020, è mancata completamente una regolamentazione con fonte primaria del neoistituito comitato.

Il Parlamento italiano ha infatti sostanzialmente abdicato a qualsiasi ruolo di rilievo nella gestione del rapporto tra politica e scienza. Da un lato, non provvedendo ad alcuna revisione e rafforzamento degli strumenti conoscitivi di cui dispone[23], e, quindi, di fatto scegliendo di affidarsi totalmente alle valutazioni di carattere scientifico svolte dal Governo in collaborazione con il CTS. D'altro lato, mancando di predisporre una disciplina legislativa circa la composizione e le modalità di funzionamento del principale organo di consulenza scientifica del Governo, tramite cui avrebbe potuto recuperare parte della

[21] Sul tema si v. M. CUNIBERTI, *Sull'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; SNA-SCUOLA NAZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE, *Formare la PA. Rapporto SNA 2017 -2020*, Miligraf Edizioni, Roma, 255.

[22] Sulle *task force* coinvolte nella gestione della pandemia G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni Costituzionali*, I, 2022.

[23] Sulle carenze e i limiti degli strumenti istruttori di cui attualmente il Parlamento italiano dispone S. PENASA, *La legge della scienza*, cit.; E. CATTANEO, *Ogni giorno tra scienza e politica*, Mondadori, Milano, 2016, 168; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 181; S. PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, in *Rivista di diritti comparati*, III, 2021, 1 ss.

centralità persa.

I rischi per l'indipendenza dell'organo di consulenza che derivano dalla sua istituzione *ex post* sono stati in tal modo aggravati dal perdurare di una carente legalità procedurale, frutto di un tendenziale disinteresse del Parlamento verso la regolamentazione dei modi tramite cui la conoscenza scientifica entra nei processi decisionali pubblici.

3.1.2 La mancanza di trasparenza e pubblicità

Un ulteriore rilevante indice del permanere di una certa ritrosia della politica ad effettivamente accettare i limiti che possono derivare dalle indicazioni provenienti dalla comunità scientifica pare inoltre da ravvisarsi nei gravi problemi registratisi in tema di trasparenza e pubblicità dei lavori del CTS.

La carenza di pubblicità e trasparenza nei primi mesi di pandemia è stata totale: a differenza di quanto avvenuto in altri Paesi, come la Francia dove tutti gli *Avis du Conseil scientifique COVID-19* sono stati sin da subito pubblicati sul sito del *Ministère des Solidarités et de la Santé*, i verbali delle riunioni del CTS non furono pubblicati e tutte le richieste di accesso civico vennero sistematicamente respinte dal Dipartimento di Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La totale segretezza è stata sin da subito oggetto di critiche da parte della dottrina, che ha evidenziato come la mancanza di trasparenza potesse danneggiare il rapporto tra politica e scienza, favorendo un uso strumentale della consulenza scientifica da parte del Governo[24]. Bisogna infatti considerare che la segretezza dei verbali garantisce al decisore politico la possibilità di non tener conto delle valutazioni scientifiche espresse dall'organo di consulenza senza per questo incorrere nella responsabilità politica, o anche giuridica, correlata a tale scelta[25], così come anche di affermare la fondatezza scientifica di una decisione facendo riferimento a pareri in realtà inesistenti. Si comprende quindi come la scelta di non rendere pubblici i verbali delle riunioni del CTS ben potrebbe essere stata mossa dall'intento della politica di riservarsi un certo

[24] Si v. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven",* cit., 123 ss.; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal*, I, maggio 2020, 74.

[25] Si può pensare, ad esempio, a come solo dopo la pubblicazione dei verbali delle riunioni del CTS, avvenuta nel settembre 2020, si è potuto apprendere che il 3 marzo 2020 il CTS aveva proposto la zona rossa anche per i comuni di Alzano e Nembro, ossia i due comuni della provincia di Bergamo in cui si erano registrati centinaia di casi di contagio da coronavirus. Se tal fatto fosse rimasto coperto da segreto qualsiasi valutazione circa la sussistenza di una responsabilità politica, ma anche e soprattutto giuridica – posto che sulla vicenda è stata aperta un'indagine, ancora in corso, dalla Procura di Bergamo –, legata alla scelta di non procedere alla istituzione delle nuove zone rosse, che nel marzo 2020 fu compiuta congiuntamente del Governo e dalla Regione Lombardia, sarebbe risultata inevitabilmente viziata.

margine di libertà di azione rispetto ai vincoli che dovrebbero discendere dal dialogo con gli esponenti della comunità scientifica.

Nel giro di pochi mesi, il giudice amministrativo fu chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del diniego opposto dall'Amministrazione alle richieste di accesso civico. Si giunse così alla sentenza della sezione I *quater* del Tar Lazio del 22 luglio 2020, n. 8615[26], con cui fu accertata l'illegittimità del provvedimento impugnato e l'obbligo del Dipartimento di Protezione Civile di consentire ai ricorrenti di prendere visione ed estrarre copia dei verbali delle riunioni del CTS.

Non hanno trovato dunque accoglimento le argomentazioni del Dipartimento di Protezione Civile, che aveva giustificato la propria decisione sostenendo che il caso fosse da ricondursi a una delle ipotesi in cui è eccezionalmente escluso l'accesso documentale e l'accesso civico generalizzato, in quanto i verbali in questioni sarebbero stati attinenti ad attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali il diritto di accesso è escluso ai sensi dell'art. 24, comma 1, lettera c), della l. n. 241/1990. Nella sentenza il Tar specificò infatti che i d.p.c.m. non potevano considerarsi né atti normativi, né atti amministrativi generali, ma che erano piuttosto da ricondursi alla categoria delle ordinanze contingibili e urgenti, e che, quindi, non sussistevano le condizioni per l'applicazione della causa eccezionale di esclusione dell'accesso civico invocata dall'Amministrazione.

La sentenza fu poi oggetto di appello al Consiglio di Stato. In tal sede, però, all'udienza del 10 settembre 2020, il Collegio si limitò ad accertare l'avvenuta cessazione della materia del contendere, prendendo atto del fatto che nel frattempo l'Amministrazione aveva reso ostensibili i verbali in questione.

A partire dal 4 settembre 2020, infatti, il Governo, volendo probabilmente evitare l'imminente condanna del Consiglio di Stato, aveva disposto che tutti i verbali delle riunioni del CTS fossero resi accessibili su richiesta.

Ma, oltre a ciò, il Governo dispose anche che da quel momento in poi tutti i verbali delle riunioni del CTS dovessero essere pubblicati *online* trascorsi 45 giorni dalla riunione, cercando dunque di venire incontro ad una richiesta di pubblicità delle attività del CTS, proveniente dalla dottrina e dalla società civile, e divenuta sempre più insistente nel corso dei mesi.

Tale apertura alla trasparenza e alla pubblicità non è però stata da tutti considerata sufficiente e già alla fine del settembre 2020 venne presentata alla Camera dei Deputati una mozione di minoranza che puntava a impegnare il

[26] Sul tema F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, XX, 2021, 127 ss.

Governo «a pubblicare, in maniera automatica, integrale e senza omissioni di sorta, tutti i verbali delle riunioni del Comitato tecnico scientifico, oltre quelli già a disposizione, posto che tale pubblicità è necessaria all'esercizio dell'ordinario controllo politico-democratico da parte dei cittadini e dei loro rappresentanti»[27]. La mozione, poi approvata[28], poneva in evidenza un aspetto rilevante, e cioè come continuasse a permanere un certo livello di "opacità" e non fosse quindi garantita la massima trasparenza dei rapporti tra Governo e CTS[29].

In particolare, dal punto di vista della relazione tra politica, scienza e società, il fatto che in base alle nuove regole debbano trascorrere 45 giorni dalla riunione prima che il verbale possa essere pubblicato – un lasso di tempo rilevante in un contesto in continua e rapida evoluzione quale quello pandemico – rappresenta un grosso limite alla possibilità di comprendere dall'esterno in che termini il decisore politico si relazioni con gli esperti. Il "controllo politico-democratico da parte dei cittadini e dei loro rappresentanti" è certamente ostacolato dall'impossibilità di verificare nell'immediato quanto delle scelte di gestione della pandemia, spesso limitative di libertà fondamentali, si fondi su valutazioni a carattere prettamente ed esclusivamente scientifico e quanto, invece, sia frutto di una valutazione di natura politica.

Il problema è accentuato dal fatto che spesso i pareri del CTS sono inseriti nei *consideranda* dei provvedimenti di gestione della pandemia o, comunque, richiamati in dichiarazioni del Presidente del Consiglio dei Ministri o di altri esponenti del Governo, in cui si specifica come le decisioni sono state assunte recependo le indicazioni del CTS[30]. La segretezza che caratterizza i verbali del CTS nei primi 45 giorni rende infatti difficile una immediata verifica circa la veridicità di tali affermazioni e il rischio è, quindi, che l'esecutivo possa abusare di tale opacità per scaricare sull'organo di consulenza scientifica la responsabilità di decisioni in tutto o in parte politiche.

Si può ad esempio pensare a quanto accaduto rispetto al d.l. n. 229/2021, recentemente adottato dal Governo per ricalibrare le misure di contenimento della pandemia alla mutata situazione di fatto, caratterizzata, da un lato, da un

[27] Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 400 di martedì 29 settembre 2020, disponibile all'indirizzo: https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0400&tipo=stenografico, 29 settembre 2020.

[28] Il Governo si era difeso in Parlamento spiegando di aver voluto realizzare un equo contemperamento tra le esigenze di trasparenza e quelle di sicurezza e di riservatezza dei terzi e che, proprio in virtù di tale contemperamento, era stato necessario prevedere un determinato lasso di tempo tra l'adozione degli atti e la loro pubblicazione, al fine di valutare con rigore e ponderazione i diritti e gli interessi pubblici e privati coinvolti, ciascuno meritevole e di uguale considerazione e tutela.

[29] La società civile si è mobilitata in più occasioni per avanzare richieste di maggior trasparenza e pubblicità dei dati relativi alla gestione della pandemia. Ebbe, ad esempio, particolare seguito la petizione #datibenecomune lanciata nel novembre 2020 dall'Associazione Ondata.

[30] Sul tema si rinvia al contributo di G. MOBILIO, in questo fascicolo.

forte aumento del numero di contagi causato dal diffondersi della variante Omicron, e, d'altro lato, però, dal proseguire della compagna vaccinale e, dunque, dalla sussistenza di significative differenze in ordine alla possibilità di ammalarsi e di trasmettere il virus tra quella parte di popolazione, sempre più consistente, vaccinata e quella invece non vaccinata.

La rimodulazione delle regole relative all'obbligo di quarantena per chi è vaccinato sarebbe stata disposta sulla base delle indicazioni fornite dal CTS, riunitosi, su richiesta del Governo, proprio per fornire un parere su questo specifico punto. In assenza però della pubblicazione di tale parere non è stato possibile nell'immediato verificare se effettivamente la scelta di eliminare l'obbligo di quarantena per coloro che hanno avuto contatti stretti con soggetti confermati positivi al Covid-19 nei 120 giorni dal completamento del ciclo vaccinale primario o dalla guarigione, nonché dopo la somministrazione della dose di richiamo, sia stata adottata sulla base di una valutazione scientifica in ordine, ad esempio, alla bassa possibilità che tali soggetti avrebbero di infettarsi, o di essere contagiosi, o se, piuttosto, a determinare, in tutto o in parte, la decisione, siano state valutazioni di natura politica, quale ad esempio potrebbe essere quella di incentivare la popolazione a vaccinarsi o di evitare che l'alta circolazione del virus, e le conseguenti quarantene, potesse bloccare il funzionamento di interi comparti produttivi e servizi pubblici essenziali.

3.1.3 La mancata definizione dei criteri di selezione dei membri del CTS

Infine, bisogna anche considerare come il fatto che non si sia provveduto ad una esplicita definizione dei criteri di selezione dei membri del CTS sia stato un ulteriore elemento problematico. La mancata elaborazione ed esplicitazione di tali criteri crea infatti inevitabilmente delle incertezze in ordine alle effettive ragioni per cui gli esperti sono selezionati e apre spazio a nomine mirate, aventi carattere prettamente fiduciario, che minano l'indipendenza e la qualità dell'apporto dell'esperto.

Dopo l'istituzione, la composizione del CTS è stata più volte modificata dal Governo tramite una serie di ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile (in particolare il riferimento è alle ordinanze n. 663 del 18 aprile 2020, n. 673 del 15 maggio 2020, n. 715 del 25 novembre 2020, n. 735 del 29 gennaio 2021 e, infine, con l'ordinanza n. 66 del 17 marzo 2021), ma anche a tali modifiche non si è mai accompagnata una compiuta esplicitazione dei criteri di scelta. Per l'esattezza, l'ordinanza del 18 aprile 2020, n. 673, fece riferimento al criterio del «ruolo istituzionale ricoperto» dall'esperto, poi ripreso nelle successive ordinanze, ma tale criterio, già di per sé generico, è stato, peraltro, inteso in senso assai ampio, se non in modo del tutto non vincolante, dalle medesime ordinanze che vi hanno fatto riferimento, tramite le quali sono stati nominati, infatti, anche soggetti privi di incarichi istituzionali. Basti sul

punto considerare come l'ordinanza del 17 marzo del 2021, n. 66, pur affermando che i membri del CTS erano tali in considerazione del «ruolo istituzionale ricoperto», abbia nominato tra i nuovi membri del CTS un ingegnere che non si contraddistingueva per alcun particolare incarico istituzionale, qualificato "solo" come «esperto informatico analisi previsionali»[31].

Il principale problema legato alla mancata chiara individuazione dei criteri di scelta dei membri del CTS è dato dalla confusione che si viene a creare in ordine alla natura del rapporto che lega l'esperto al decisore politico. Una confusione che può inficiare l'indipendenza dell'organo di consulenza scientifica, consentendo nomine di natura sostanzialmente fiduciaria.

Non pare dunque un caso che il cambiamento più radicale nella composizione del CTS si sia avuto con l'ordinanza del 17 marzo 2021 – con cui il numero dei membri del CTS è stato dimezzato e molti componenti sono stati sostituiti – proprio a seguito dell'entrata in carica, all'inizio del 2021, di un nuovo Governo.

Eppure, un rapporto effettivamente fondato sulla fiducia della politica nella scienza dovrebbe essere tutt'altro che di tipo fiduciario[32]. Piuttosto, proprio la fiducia nella scienza e nelle sue modalità di funzionamento richiederebbe l'elaborazione di criteri di selezione degli esperti che garantiscano una certa indipendenza e qualità della consulenza scientifica. L'obiettivo del decisore politico non dovrebbe cioè essere quello di influenzare l'esperto, né di scegliere chi sostiene le tesi scientifiche più vicine a certe linee d'azione, ma di individuare consulenti che, in base alle regole e ai principi vigenti nella stessa comunità scientifica, possano dirsi affidabili, oltre che capaci di rappresentare la comunità scientifica nel suo complesso. Pare infatti ragionevole riporre fiducia nella consulenza scientifica solo se essa è resa da soggetti che siano in grado di effettivamente rappresentare la comunità scientifica con cui si vuole dialogare, e di fornire, quindi, una rappresentazione completa dello stato delle conoscenze scientifiche sussistenti su di un certo tema.

La tutela dell'indipendenza degli organi di consulenza scientifica e della

[31] Rispetto a tale nomina si sollevò una dura polemica che portò l'Ingegnere in questione a dimettersi dall'incarico. Si v. IL POST, *La strana nomina di Alberto Gerli nel comitato tecnico scientifico*, disponibile all'indirizzo: https://www.ilpost.it/2021/03/18/alberto-giovanni-gerli-cts-nomina/, 18 marzo 2021.

[32] Interessante sul punto è la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di *spoil system*, da cui emerge come la natura fiduciaria del rapporto si giustifichi solo a fronte dello svolgimento di funzioni prettamente politiche. Si v. in particolare le sentenze Corte Cost., 23 marzo 2007, nn.103 e 104. Sul tema, si v., *ex multis*, I.F. JORIO, *Lo spoil system viene nuovamente ridisegnato dal Giudice delle leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007*, in *Federalismi.it*, VIII, 2007; S. DE GOTZEN, *Il bilanciamento tra spoil system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale,* in *Federalismi.it*, VIII, 2007; F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*, in *Le Regioni*, V, 2007.

loro capacità di fornire una rappresentazione dell'effettivo stato delle conoscenze scientifiche pare dunque consequenziale al riconoscimento della scienza come sapere dotato di particolare valore conoscitivo. Riconoscimento, che, come si è detto sopra, potrebbe ritenersi implicito nella tutela che la Costituzione garantisce alla scienza, qualificata all'art. 33 Cost. come «libera». Potrebbe quindi addirittura ritenersi che sia la Costituzione stessa, in virtù della tutela che garantisce alla libertà della scienza, a richiedere che agli organi di consulenza scientifica sia assicurato un certo livello di indipendenza e tutela da ingerenze esterne.

Sul punto, bisogna riconoscere che il criterio del «ruolo istituzionale svolto», formalizzato nell'ordinanza del 17 marzo 2021, era in una certa misura sensibile all'aspetto della rappresentatività della comunità scientifica: l'appartenenza dell'esperto ad una istituzione scientifica dovrebbe infatti garantire una certa capacità dello stesso di rappresentare la comunità scientifica in cui l'istituzione opera, anche se ovviamente in una misura suscettibile di variare sensibilmente a seconda del tipo di istituzione in questione. Ad esempio, molto dipenderà dalla rilevanza che l'organo ha a livello nazionale, o internazionale, e dal suo essere o meno un punto di riferimento per la comunità scientifica in questione.

In tale ottica, pare positivo che nell'ambito del CTS siano stati inseriti rappresentati di istituzioni di grande rilievo a livello nazionale, quale il Consiglio Superiore di Sanità e l'Istituto Superiore di Sanità. Così come era positivo, specie visto il carattere globale dell'emergenza, che originariamente all'interno del CTS fosse prevista la presenza di un rappresentante dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), che garantiva dunque una certa rappresentanza della comunità scientifica internazionale[33].

3.2 L'incertezza scientifica

Durante la pandemia l'incertezza scientifica su alcuni temi è stata elevatissima: trattandosi di un virus completamente nuovo, rispetto a molte questioni, anche relative a temi di estrema importanza, la scienza non è stata sempre in grado di dare immediatamente risposte dotate di un livello accettabile di certezza. In questi ultimi due anni è quindi emerso, forse come mai prima, quanto il sapere scientifico, pur tendendo alla certezza, spesso non possa che fornire certezze solo probabilistiche e, soprattutto, quanto il raggiungimento di tali certezze richieda del tempo, necessario per lo svolgimento delle attività di osservazione e verificazione che caratterizzano il metodo scientifico.

L'incertezza e le divisioni sussistenti all'interno della comunità scientifica

[33] Tale componente del CTS è stato però in un secondo momento eliminata dall'ordinanza n. 66 del 17 marzo 2021.

su alcuni temi hanno portato il decisore politico ma, come si vedrà più oltre, anche gli stessi esperti, a non distinguere chiaramente tra aspetti rispetto a cui la comunità scientifica era effettivamente in grado di fornire informazioni che, sebbene spesso incerte e fallibili, potevano qualificarsi come "scientificamente fondate" e altri aspetti su cui invece non sussistevano, e in alcuni casi non sussistono tutt'ora, conoscenze propriamente qualificabili come "scientifiche", rispetto a cui, dunque, anche ove la comunità scientifica si fosse espressa, le indicazioni fornite non potevano considerarsi dotate di particolare valore conoscitivo.

La confusione tra ciò che può considerarsi scientificamente fondato e ciò che invece è ancora lontano dall'essere tale, o addirittura dalla mera pseudoscienza, è stata peraltro aggravata dal proliferare di una miriade di studi sperimentali, volti a trovare risposte e cure efficaci contro il Covid-19, che hanno iniziato a circolare su canali più o meno consoni.

Particolarmente indicative di siffatta confusione sono, ad esempio, le considerazioni svolte nel dicembre 2020 dal Consiglio di Stato in un'ordinanza cautelare di sospensione di un provvedimento dell'Aifa[34]. In tale ordinanza la scelta dell'Aifa di vietare l'utilizzo *off label* dell'idrossiclorochina fu considerata irragionevole sulla base di un ragionamento che pare essersi però molto allontanato dai principi propri della medicina *evidence based*[35]. Nell'ordinanza, infatti, il Consiglio di Stato è giunto ad affermare che per legittimamente vietare l'uso *off label* del trattamento sarebbe stata necessaria la dimostrazione della sua inefficacia, mentre non sarebbe stata sufficiente la semplice constatazione del fatto che non ne fosse stata dimostrata l'efficacia.

Un contesto di tal tipo, caratterizzato dall'incertezza, dalla circolazione di tesi pseudoscientifiche e da una diffusa scarsa conoscenza delle modalità di funzionamento del metodo scientifico, era quindi del tutto favorevole a forme di strumentalizzazione e manipolazioni del sapere scientifico da parte della politica, che effettivamente non sono mancate.

In più occasioni esponenti politici hanno dato rilievo a talune posizioni del tutto minoritarie nella comunità scientifica per giungere ad affermare che la scienza era da considerarsi divisa e incapace di dare indicazioni in ordine a questioni di grande importanza, su cui però in realtà il consenso scientifico era ampio.

Il problema in questi casi non è tanto il fatto che nella comunità scientifica sussistano posizioni minoritarie difformi da quella più accreditata e condivisa – fatto, anzi, del tutto fisiologico – ma piuttosto la strumentalizzazione cui tali posizioni sono soggette. Accade, infatti, che le dichiarazioni degli esperti siano

[34] Cons. Stato, sez. III, ord., 11 dicembre 2020, n. 7097.
[35] In tal senso G. CORBELLINI, *Il Tribunale del Covid, Il Foglio*, 12 dicembre 2020.

utilizzate nell'ambito di duri scontri tra schieramenti politici, gli uni facenti riferimento a tesi minoritarie, spesso ancora in fase di verificazione, gli altri invece a quella nettamente prevalente e consolidata nella comunità scientifica. Il dibattito pubblico è in tal modo monopolizzato da temi rispetto a cui, benché una effettiva divisione nella comunità scientifica non sussista, viene trasmessa al pubblico un'idea del tutto opposta, ossia che vi sia una netta contrapposizione tra posizioni scientifiche sostanzialmente equivalenti, che peraltro assumono così una forte connotazione politica.

Si può, ad esempio, pensare a come in più occasioni alcuni esponenti politici per supportare le proprie critiche alle misure di contenimento del virus abbiano fatto riferimento a dichiarazioni rilasciate da esperti, mettendo in discussione il fatto stesso che in base alle esistenti conoscenze scientifiche il nuovo Coronavirus potesse considerarsi fonte di particolare pericolo per la salute collettiva[36]. Il risultato è stato che, benché si trattasse di una questione, quella della pericolosità del virus, rispetto a cui nella comunità scientifica non sussistevano divisioni significative, il dibattito pubblico, fortemente polarizzato, che è sorto su di essa ha trasmesso un'impressione del tutto opposta.

In altri casi invece esponenti politici hanno fatto leva sull'incapacità della comunità scientifica di fornire risposte rispetto a taluni temi per generalizzare e giungere alla conclusione che la scienza fosse da considerarsi "divisa su tutto", e quindi incapace di fornire alcun tipo di ausilio al decisore politico. Facendo ancora riferimento al dibattito sorto sulla pericolosità del virus, si può ad esempio pensare a come le incertezze sussistenti in ordine all'entità esatta del tasso di mortalità legato al virus siano state utilizzate per escludere il fatto stesso che il Covid-19 potesse essere fondatamente considerato più pericoloso di una "normale influenza", aspetto su cui invece, come detto sopra, non vi erano particolari dubbi.

Infine, bisogna anche considerare come la situazione di incertezza abbia agevolato un ulteriore fenomeno, consistente nell'enfatizzazione dell'incertezza e delle divisioni sussistenti al fine ultimo, non tanto di negare l'esistenza di conoscenze scientifiche, quanto piuttosto di dare credito a tesi

[36] Si pensi a come allo scoppiare della pandemia, nonostante fosse ormai nota la drammatica situazione sussistente in Cina, epicentro del contagio, in molti Paesi sia stato dato ampio spazio e ascolto ai sostenitori di una posizione del tutto minoritaria nella comunità scientifica, secondo cui il nuovo virus non sarebbe stato più pericoloso di una normale influenza. In alcuni casi la tesi è stata addirittura fatta propria da capi di Governo. Si v. S. COWIE, *Il negazionismo di Bolsonaro mette in pericolo i brasiliani*, disponibile all'indirizzo www.internazionale.it, 31 marzo 2020. È significativo anche lo spazio che nel giugno 2020 alcuni politici italiani hanno dato alla posizione di alcuni esperti che sostenevano la tesi, priva di fondamento scientifico e non accreditata nella comunità scientifica, per cui il Covid-19 avrebbe smesso di essere pericoloso. Proprio sulla base di tali posizioni fu organizzato al Senato un convegno di "negazionisti". Sul punto si v. L. MARI, *Coronavirus, al Senato il convegno dei "negazionisti"*, disponibile all'indirizzo: www.repubblica.it, 27 luglio 2020.

pseudoscientifiche, ossia di attribuire valore scientifico a tesi non accettate nella comunità scientifica, riconosciute solo da alcuni esperti, o pseudo-esperti, che non accettano che le stesse siano verificate secondo le procedure richieste dal metodo scientifico.

Così si può ricordare come importanti esponenti politici abbiano dato pubblico sostegno a tesi del tutto prive di fondamento scientifico, che stavano riscuotendo molto successo in rete. Eclatanti, ad esempio, furono le dichiarazioni dell'allora Presidente degli USA, Donald Trump, circa l'esistenza di un farmaco miracoloso dato dalla combinazione di idrossiclorochina e azitromicina o sulla possibilità di assumere candeggina per la cura del Covid-19[37].

Si tratta di tendenze pericolose, che spingono parte della società a non fidarsi delle indicazioni provenienti dalla comunità scientifica e che in tempo di pandemia, ma non solo, possono portare a comportamenti irresponsabili e dannosi.

Fortunatamente, però, eccetto che per alcuni Paesi in cui la tendenza prevalente è stata effettivamente in questo senso, si è visto come in Europa, e più in generale nel mondo, seppur con delle eccezioni, sia stato invece nel complesso prevalente un atteggiamento di diverso tipo: la politica, messa alla prova dell'emergenza sanitaria, piuttosto che mettere in dubbio l'autorità della scienza, ha perlopiù cercato in essa risposte e soluzioni.

Anche in tale contesto l'incertezza scientifica ha però creato non pochi problemi nel dialogo tra politica e scienza, dando luogo, in particolare, a una netta contrapposizione tra la richiesta di risposte certe e celeri avanzata della politica[38] e l'impossibilità della scienza di soddisfare tal tipo di domanda. La divergenza tra i tempi e le esigenze della politica e quelli della scienza ha posto in difficoltà tanto il decisore pubblico quanto gli esperti chiamati a fornire consulenza scientifica e portato a "cortocircuiti" decisionali, ossia a continui cambiamenti di posizione da parte del decisore pubblico, supportato dall'organo di consulenza scientifica, su questioni particolarmente importanti per la gestione della pandemia.

Sono più volte cambiate le disposizioni in ordine a temi di cruciale importanza: si pensi, ad esempio, alle disposizioni relative all'entità della distanza minima di sicurezza, all'obbligatorietà delle mascherine, alle raccomandazioni sui vaccini, alla durata della validità del green pass, o, ancora, ai modi e ai tempi

[37] M. DILETTI, *La comunicazione di Trump, dai medicinali miracolosi alla candeggina*, disponibile all'indirizzo: www.treccani.it, 28 aprile 2020.

[38] Significative sono state le dichiarazioni dell'allora Ministro per gli affari regionali e le autonomie, Francesco Boccia, che in un'intervista rilasciata al Corriere della sera dichiarò: «chiedo alla comunità scientifica, senza polemica, di darci certezze inconfutabili e non tre o quattro opzioni per ogni tema». Si v. M. GUERZONI, *Boccia: Chi vuole riaprire ne sarà responsabile. E ora gli scienziati diano risposte chiare*, in *Corriere della Sera*, 14 aprile 2020, 3.

dell'isolamento.

Siffatti repentini cambiamenti di posizione, benché spesso non siano stati che il frutto del fisiologico evolvere della conoscenza scientifica e del, dovuto, adattamento del decisore pubblico a tale evoluzione, spesso hanno incrementato la sfiducia di parte della società nella scienza.

Se ne dovrebbe dunque dedurre che in un contesto di massima incertezza ed in continua evoluzione, quale quello pandemico, l'immagine della comunità scientifica sia destinata a subire danni da una collaborazione con la politica. Senonché, bisogna però anche considerare come taluni accorgimenti, cui durante la pandemia non sembra essere stata prestata particolare attenzione, avrebbero forse potuto evitare che i continui cambiamenti di posizione del decisore politico fossero intesi come frutto dell'inaffidabilità degli esperti e andassero quindi ad incidere negativamente sulla fiducia della società nella scienza.

Anzitutto, pare importante considerare che la sfiducia nella scienza in questi casi non è stata alimentata tanto dal fatto in sé dei cambiamenti di posizione del decisore politico, quanto piuttosto dal fatto che in origine non fosse stata chiaramente rappresentata, e quindi percepita dalla società, l'elevata incertezza delle conoscenze sulla cui base si era in un primo momento deciso.

La tendenza della politica, e in alcuni casi degli stessi esperti, a non fornire una corretta rappresentazione dell'elevato livello di incertezza scientifica sussistente rispetto a talune questioni è stata quindi problematica.

All'origine del problema vi è stata probabilmente la volontà di evitare che una chiara rappresentazione dello stato delle conoscenze scientifiche, e quindi anche dell'incertezza sussistente nella comunità scientifica su certi temi, potesse scalfire la propensione dei cittadini a rispettare le decisioni assunte in collaborazione con l'organo di consulenza scientifica, sulla base dell'idea che una decisione fondata su certezze scientifiche ingeneri affidamento, mentre invece l'incertezza del sapere scientifico possa pregiudicare la fiducia nella scelta che su tale sapere si fonda.

Un approccio di tal tipo rischia però di incidere negativamente sulla fiducia della società nella scienza: se la decisione è presentata come fondata su dati certi e indiscutibili sarà infatti poi difficile per i destinatari della stessa comprendere il perché di un successivo mutamento di posizione e continuare ad avere fiducia nel sapere sulla cui base le scelte sono state compiute. Ben diversa è invece la situazione laddove sia sin da subito nota l'incertezza, e dunque la possibile mutevolezza, delle risultanze sulla cui base certe misure sono adottate.

Viste le ripercussioni negative che la minimizzazione, se non addirittura la negazione, dell'incertezza del dato scientifico, volta a incrementare la fiducia nel diritto, può avere sulla fiducia nella scienza, potrebbe ritenersi, quindi, sussistente una sorta di conflitto tra la tutela della fiducia nella legge, da un lato,

e la tutela della fiducia nella scienza, dall'altro. Si tratta tuttavia di un contrasto solo apparente, dovendosi infatti considerare come un approccio che danneggia la fiducia dei cittadini nella scienza non possa che, conseguentemente, inficiare anche la fiducia degli stessi nelle decisioni pubbliche fondate sulla scienza. La relazione tra la fiducia nelle istituzioni e la fiducia nella scienza è complessa e intricata, di reciproca influenza, per cui se, da un lato, le istituzioni svolgono un ruolo fondamentale per la fiducia[39], inclusa quella nella scienza, d'altro lato, la fiducia nelle istituzioni, ove esse si affidino alla scienza, non può che dipendere a sua volta dalla fiducia che la società ripone nella scienza.

È sul punto interessante notare che alcuni studi condotti proprio nel corso della pandemia abbiano dimostrato che la comunicazione dell'incertezza caratterizzante le conoscenze scientifiche sulla cui base le misure di gestione dell'emergenza sono adottate non avrebbe effetti negativi sulla fiducia dei destinatari, ma, anzi, aumenterebbe la propensione anche dei più scettici a rapportarsi con tali misure piuttosto che opporvisi ciecamente[40].

Gioverebbe quindi tanto alla fiducia nella scienza, che alla fiducia nelle decisioni pubbliche fondate sulla scienza, che la politica, e gli stessi esperti, confidassero maggiormente nella capacità dei cittadini di fidarsi della scienza anche se consapevoli dei limiti propri del sapere scientifico.

In secondo luogo, bisogna anche considerare che, come in parte si è già detto sopra, un ulteriore aspetto fortemente problematico nei rapporti tra politica e scienza è stato quello della spesso non chiara rappresentazione della componente prettamente politica della decisione.

Anche tale aspetto, infatti, ha ostacolato la comprensione delle effettive ragioni sottostanti ad alcuni repentini cambiamenti di posizione verificatisi nel corso della pandemia.

In particolare, l'opacità che si è visto aver caratterizzato i rapporti con l'organo di consulenza scientifica ha in taluni casi consentito al decisore politico di attribuire agli esperti la paternità, e la conseguente responsabilità, di scelte in realtà fondate solo in parte su valutazioni aventi carattere scientifico. È accaduto quindi che decisioni presentate come fondate su valutazioni scientifiche del CTS avessero in realtà natura in tutto o in parte politica, vuoi perché nell'assunzione della decisione finale alla valutazione del CTS si è sovrapposta la valutazione politica del Governo, o vuoi perché il CTS si è espresso, di sua iniziativa o in risposta ai quesiti del Governo, su questioni aventi carattere

[39] M. DE BENEDETTO, *Fiducia e istituzioni*, cit., 22, osserva come il dibattito pubblico si sia concentrato sul tema dell'importanza delle istituzioni per la fiducia, una prospettiva che «guarda alle istituzioni come necessarie per la fiducia, dapprima in quanto capaci di generarla e proteggerla».

[40] Sul punto si v. O. WEGWARTH, G.G. WAGNER, C. SPIES, *Assessment of German Public Attitudes Toward Health Communications With Varying Degrees of Scientific Uncertainty Regarding COVID-19*, disponibile all'indirizzo: www.jamanetwork.com, 10 dicembre 2020.

politico[41].

Un fenomeno, dunque, di "contaminazione" tra scienza e politica, che può portare a un pericoloso trasferimento sulla comunità scientifica di quel senso di sfiducia che altrimenti si riverserebbe sulla politica.

3.3 Problemi irrisolti tra politica e scienza

Il rapporto tra politica e scienza, sebbene sia certamente mutato e si sia fatto più intenso durante la pandemia, ha dunque conservato alcune delle sue criticità di fondo. In particolare, si è visto esservi stata una forte ritrosia alla regolamentazione dei procedimenti e dei modi tramite cui la valutazione scientifica entra nei processi decisionali del Governo[42].

Ciò ha fatto sì che non siano mancati episodi di strumentalizzazione della scienza ad opera della politica e di politicizzazione della consulenza scientifica, resi possibili dalle molte carenze, soprattutto in termini di pubblicità, che hanno caratterizzato la disciplina del CTS.

È stato ad esempio osservato in dottrina come in taluni casi il Governo abbia cercato di legittimare anche dal punto divista scientifico decisioni prettamente politiche facendo riferimento a pareri favorevoli del CTS che però non erano in realtà esistenti, o che addirittura erano di segno diverso[43].

È stato anche rilevato come nei periodi – che si sono, con intervalli più o meno lunghi, susseguiti nel corso della pandemia – in cui la gravità dell'emergenza sanitaria si è attenuta il CTS abbia spesso "appiattito" la propria attività alla mera ratifica di quanto proposto dal Governo, e assunto quindi un ruolo meramente servente rispetto alla politica[44].

In questi casi, l'organo di consulenza è stato quindi sostanzialmente utilizzato dal decisore politico, non tanto per acquisire informazioni, quanto piuttosto per rafforzare la legittimazione delle proprie scelte politiche, e, di conseguenza, per trasferire su di esso parte della responsabilità politica che si correla a tali scelte.

Inoltre, in mancanza di una disciplina specifica sul ruolo del CTS, il peso dei suoi pareri e la stessa scelta del "se" ricorrere alla consulenza scientifica è stata completamente rimessa alla discrezionalità del Governo. Quest'ultimo è stato quindi libero di non consultare il CTS rispetto a decisioni che pur

[41] Si rinvia sul tema al contributo di M. TOMASI, in questo fascicolo.

[42] Da considerarsi peraltro che è mancata una disciplina dei rapporti tra CTS e Comitati tecnico-scientifici istituiti a livello regionale, così come con le altre task force che sono state istituite dal Governo.

[43] Sul punto G. MOBILIO, in questo fascicolo.

[44] Sul punto G. MOBILIO, in questo fascicolo.

implicavano lo svolgimento di valutazioni scientifiche[45].

Si comprende dunque come sussista il rischio concreto che, in assenza di una chiara disciplina legislativa del ruolo e del funzionamento del CTS, usciti dalla fase più drammatica dell'emergenza, esso possa cessare di fornire un effettivo contributo per l'assunzione di decisioni scientificamente ragionevoli e l'attività di consulenza scientifica possa tornare ad essere del tutto marginale nel nostro ordinamento. Se così fosse, l'esperienza maturata in tema di consulenza scientifica negli ultimi due anni andrebbe dispersa, quando potrebbe, invece, costituire un'importante base di partenza per la costruzione di un nuovo modello di relazione tra politica e scienza in Italia.

4. Il comportamento degli esperti

Durante la pandemia gli scienziati sono stati oggetto di particolare ascolto da parte della politica e della società e ciò ha portato a una loro esposizione mediatica senza precedenti, che ha fatto sì che i problemi relativi al modo in cui gli uomini di scienza comunicano e si interfacciano con chi non è parte della comunità scientifica siano emersi in maniera più evidente del solito. Parrebbe addirittura che tale esposizione mediatica, anziché giovare al dialogo tra scienza e società – in termini di corretta rappresentazione delle posizioni presenti nella comunità scientifica – lo abbia ostacolato. Ciò per ragioni di vario genere, ma anche, e soprattutto, a causa di alcuni comportamenti dei membri stessi della comunità scientifica.

È stato infatti osservato come gli scienziati nell'interfacciarsi con i media abbiano spesso peccato di rigore scientifico e onestà intellettuale[46]: rappresentando come certe tesi addirittura non ancora verificate; formulando previsioni senza però specificare l'ampio margine di incertezza caratterizzante le stesse; semplificando eccessivamente questioni altamente complesse; esprimendosi in qualità di esperti su temi che fuoriuscivano dalla loro area di *expertise*.

Uno dei problemi principali pare essere stata la difficoltà incontrata dagli esperti nel semplificare temi complessi senza al contempo dare una rappresentazione distorta dello stato delle conoscenze scientifiche. Difficoltà peraltro accentuata dalle regole proprie dei dibattiti in televisione e sui *social network*, che spingono verso la polarizzazione delle posizioni e la semplificazione dei problemi[47].

Ne è emersa un'immagine della comunità scientifica non corrispondente alla realtà: una comunità divisa su tutto e in cui possono trovare spazio le tesi

[45] Sul punto M. TOMASI, in questo fascicolo.

[46] G. DI CHIARA, *La comunicazione e l'informazione scientifica ai tempi del Covid*, disponibile all'indirizzo: www.scienzainrete.it, 24 giugno 2020.

[47] T. PIEVANI, *Comunicare la scienza dopo la pandemia: un decalogo*, in *MicroMega*, VI, 2021 140.

più disparate. Il risultato è stato un pericoloso assottigliarsi della percezione del confine tra la mera opinione e il pensiero scientifico e, conseguentemente, l'erosione della fiducia della società nella scienza come sapere dotato di superiore valore conoscitivo.

È stato osservato come addirittura anche le riviste scientifiche abbiano abbassato il loro rigore scientifico e dato priorità alla velocità della pubblicazione piuttosto che al rigoroso controllo della qualità della stessa[48].

Emblematico è il caso dell'articolo pubblicato su "The Lancet" in tema di idrossiclorochina, ritirato poco dopo la pubblicazione su richiesta dei suoi stessi autori, accortisi della inaffidabilità dei dati su cui avevano basato le loro ricerche[49].

Molti sono stati i casi simili, ossia di articoli pubblicati su riviste scientifiche e dopo un breve lasso di tempo ritirati per le ragioni più varie: dalla presenza di clamorose sviste, all'inaffidabilità dei dati, fino addirittura all'inesistenza delle cartelle cliniche su cui le ricerche si erano basate. Prima di essere ritrattati o corretti molti di questi articoli hanno prodotto una concatenazione di reazioni, influenzando le strategie farmacologiche contro il Covid-19 di intere nazioni. Si può ad esempio pensare a come, a seguito della pubblicazione, il 19 aprile 2020, su SSRN (Social Science Research Network) di un articolo sull'"Utilità dell'Ivermectina nella malattia COVID-19", che fu poi ritirato perché basato su dati inaffidabili, il Governo peruviano avesse acquisito quasi 500.000 dosi di Ivermectina, includendola nelle linee guida cliniche ufficiali come trattamento Covid-19[50].

La quantità di studi ritirati o ritrattati durante la pandemia è stata tale da non poter che essere indicativa della sussistenza di gravi carenze nell'attività di *peer review* che dovrebbe essere operata delle riviste scientifiche.

Si tratta a ben vedere di un problema preesistente, che la pandemia ha accentuato. Nel corso degli anni, infatti, vari fattori hanno iniziato a incidere negativamente sul rigore del controllo dei revisori: dal sovraccarico di lavoro, legato al numero sempre più ingente di articoli pubblicati anche dalle riviste più prestigiose, alla presenza delle c.d. "riviste predatorie", ossia riviste disposte a pubblicare dietro pagamento qualsiasi contenuto, senza svolgere alcuna attività

[48] Sul tema E. BUCCI, *Il filtro che manca alle riviste scientifiche che divulgano bufale*, *Il Foglio*, 22 settembre 2021.

[49] C. DALL, *Controversy over data in hydroxychloroquine COVID-19 study grows*, disponibile all'indirizzo: www.cidrap.umn.edu, 3 giugno 2020; M. LANDUCCI, *The Lancet e il pasticcio sullo studio ritirato su idrossiclorochina e clorochina*, disponibile all'indirizzo: www.quotidianosanità.it, 5 giugno 2020; L.M. NEJROTTI, *Ritirati due studi sulla COVID-19. Un pasticcio metodologico?*, disponibile all'indirizzo: www.TorinoMedica.com, 9 giugno 2020.

[50] Sul tema P. D'ANGELO, *Errori marchiani, sviste, plagi e anche frodi: ritirati 33 articoli scientifici sul coronavirus*, disponibile all'indirizzo: www.ilfattoquotidiano.it, 25 settembre 2020.

di *peer review*[51].

La tendenza rischia di incrinare il funzionamento di uno degli elementi – la sottoposizione delle ricerche al controllo dei pari – su cui si basa il processo di formazione ed evoluzione del sapere scientifico.

Proprio perché si tratta di un problema relativo ai processi di formazione del sapere scientifico, pare che esso debba essere affrontato in primo luogo nell'ambito della comunità scientifica, tramite ad esempio un'opera di implementazione delle regole deontologiche esistenti. Un importante corollario del principio di libertà e autonomia della scienza, che trova riconoscimento costituzionale all'art. 33 Cost., dovrebbe infatti essere quello per cui non possa che spettare alla comunità scientifica stabilire cosa sia dotato di valore scientifico e, quindi, occuparsi della regolamentazione dei processi che portano alla produzione del sapere scientifico.

4.1 Il contrasto alla disinformazione scientifica

Il diffondersi di informazioni false o comunque fuorvianti, tali da riflettere un'immagine distorta della realtà, ha cagionato gravi e tangibili conseguenze negative, in termini, ad esempio, di tutela della salute pubblica. Come dichiarato dalla vicepresidente della Commissione Europea per i valori e la trasparenza, Věra Jourová, «durante un'emergenza sanitaria globale, le informazioni possono salvare vite umane»[52].

Molti Stati si sono dunque trovati a dover fronteggiare il problema della disinformazione scientifica, quindi un problema non certo nuovo, ma che si è manifestato in modo molto peculiare nel corso degli ultimi anni.

In particolare, si è visto come spesso nel corso della pandemia la disinformazione sia stata cagionata dai membri stessi della comunità scientifica nell'esercizio della loro libertà di manifestazione del pensiero. Il problema del contrasto della disinformazione scientifica è venuto pertanto a sovrapporsi con quello della definizione dei limiti entro cui la libertà di manifestazione del pensiero dell'esperto possa essere limitata.

Da questo punto di vista, tanto il ricorso alla sanzione penale, quanto, e forse ancor più, il ricorso a sistemi di autorizzazione preventiva, di recente ipotizzati[53], in base a cui l'esperto dovrebbe essere previamente autorizzato prima

[51] Sul tema J. PILI, *Perché è stato ritrattato lo studio che «dimostra» la pericolosità dei vaccini anti Covid*, disponibile all'indirizzo: www.open.online.it, 3 luglio 2021.

[52] F. BACCINI, *Disinformazione online, Commissione UE pubblica nuovo report delle piattaforme digitali sulla lotta al COVID-19*, disponibile all'indirizzo: www.e*unews.it*, 25 febbraio 2021.

53 Il riferimento è, in particolare, alla proposta, che nel settembre 2021 fu inserita nell'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri, di obbligare i virologi a richiedere una apposita autorizzazione alle istituzioni di appartenenza per poter comparire in programmi televisivi. Si v. V. SANTARPIA, *«Virologi in tv solo se autorizzati», il governo accoglie l'ordine del giorno*, disponibile all'indirizzo: www.corriere.it, 14 settembre 2021.

di poter esercitare la propria libertà di manifestazione del pensiero in determinati contesti, paiono problematici. La manifestazione del pensiero, per quanto suscettibile di essere limitata, è comunque un diritto fondamentale dell'uomo e pietra miliare della democrazia[54], pertanto, istituire un regime *ad hoc* e più restrittivo per una categoria determinata di soggetti non sarebbe un'operazione facilmente giustificabile dal punto di vista costituzionale.

Parrebbero piuttosto da prediligere le strategie di contrasto della disinformazione scientifica che si fondano sulla valorizzazione dei meccanismi interni alla stessa comunità scientifica e sulla limitazione, quindi, non tanto della libertà di manifestazione dell'esperto, quanto della sua libertà scientifica.

Pare infatti equo che l'esperto, laddove diffonda informazioni false o fuorvianti, alimentando la disinformazione scientifica, paghi le conseguenze della propria condotta con sanzioni che incidono negativamente sulla posizione dallo stesso ricoperta nella comunità scientifica e sulla sua autorevolezza, ossia proprio su ciò che ha fatto sì che le sue affermazioni fossero ascoltate e ingenerassero affidamento nella società.

Questo è l'approccio che è stato seguito da molti Ordini dei medici, in Italia[55] ma anche all'estero[56], tramite l'attivazione di procedimenti disciplinari volti ad accertare la responsabilità di medici che nel corso della pandemia hanno sostenuto tesi del tutto prive di fondamento scientifico, ad esempio negando l'esistenza del virus, sconsigliando l'uso delle mascherine o sostenendo apertamente le proprie convinzioni in ordine alla pericolosità dei vaccini.

Sulla scia di tali iniziative, sarebbe auspicabile che anche altre organizzazioni, rappresentative di altre figure professionali che si caratterizzano per l'applicazione di conoscenze specialistiche di carattere scientifico, svolgessero un controllo analogo sull'operato dei propri iscritti.

I provvedimenti disciplinari – che per i medici possono andare dall'avvertimento formale fino alla radiazione dall'Albo – incidono sulla libertà scientifica dell'esperto ma non per questo si pongono in contrasto con la libertà della scienza di cui all'art. 33 Cost., la cui tutela è dovuta infatti solo se oggetto di diffusione siano tesi qualificabili come scientifiche e non invece mere opinioni, prive di valore scientifico. Piuttosto, il controllo che l'intera comunità

[54] Si v. Corte cost., sent. n. 11 del 1968; Corte. cost., sent. n. 84 del 1969; Corte cost. sent. n. 206 del 2019.

[55] Si v. sul tema L. BARBUSCIA, *"Il Covid? Una banale influenza. Pericoloso il vaccino". Sanzionati 10 medici "negazionisti", altri 3 sotto inchiesta*, disponibile all'indirizzo: www.repubblica.it, 28 dicembre 2020; E. FERRO, *Treviso, l'Ordine radia il medico No Vax: aveva anche offeso Mattarella*, disponibile all'indirizzo: www.repubblica.it, 15 novembre 2021; D. IOVANE, *Medico negazionista bloccato dall'Asl to4 come medico di base*, disponibile all'indirizzo: www.true-news.it, 3 gennaio 2022

[56] D. SWEENEY, *Doctor who bragged about not wearing a mask has his license suspended in Oregon*, disponibile all'indirizzo www.sacbee.com, 6 dicembre2020; R.A. FRIEDMAN, *We Must Do More to Stop Dangerous Doctors in a Pandemic*, disponibile all'indirizzo: www.nytimes.com, 11 dicembre 2020.

scientifica può svolgere autonomamente sull'operato dei propri membri pare costituire una fondamentale garanzia dell'affidabilità del sapere che è fornito dalla comunità stessa[57].

Un ulteriore importante aspetto caratterizzante il problema della disinformazione scientifica durante la pandemia è stato poi quello relativo al ruolo giocato dai *social media*: probabilmente mai quanto nel corso della pandemia è emerso quanto il meccanismo di funzionamento dei *social media*, in particolare l'utilizzo dei sistemi algoritmici di raccomandazione, possa incrementare la disinformazione scientifica, ponendo a rischio la tenuta stessa delle democrazie moderne.

La gravità della situazione ha costituito quindi un forte incentivo anche per la ricerca di soluzioni volte a rendere compatibili le caratteristiche dei mezzi di comunicazione propri dell'era digitale con la tutela di diritti fondamentali.

Proprio la necessità di far fronte al dilagare della disinformazione scientifica ha spinto all'elaborazione di innovativi meccanismi di contrasto alle *fake news*, fondati su logiche in parte differenti da quelle tradizionali, la cui forza risiede nel fatto di incidere direttamente sui sistemi algoritmici di raccomandazione, ossia su quella che è la principale causa delle distorsioni informative sul *web*[58].

Si pensi ad esempio alla scelta operata da alcune piattaforme, come Instagram e Facebook, di suggerire agli utenti che entrano in contatto con contenuti in qualche modo connessi al tema dei vaccini, ossia a un tema rispetto a cui la diffusione di *fake news* è particolarmente elevata e allarmante, pagine in cui sono riportati dati aggiornati, tratti dai siti di organi istituzionali, oltre che i *link* di collegamento a tali siti[59]; oppure a come, a seguito delle elezioni presidenziali statunitensi, Facebook abbia deciso di intervenire direttamente sull'algoritmo su cui si basa la raccomandazione dei contenuti agli utenti, in particolare aumentando il peso del "*news ecosystem quality*", ossia del punteggio che viene assegnato agli organi di informazione in base a criteri indicativi della qualità del loro giornalismo[60].

Anche alcune disposizioni del *Digital Service Act*, recentemente presentato dalla Commissione Europea, paiono andare proprio nel senso di incidere sulla

[57] Sul punto J. PILI, *Perché è stato ritrattato lo studio che «dimostra» la pericolosità dei vaccini anti Covid*, disponibile all'indirizzo: www.open.online, 3 luglio 2021.

[58] Per un approfondimento sul tema mi permetto di rinviare a L. DEL CORONA, *I social media e la disinformazione scientifica: spunti per un cambiamento di rotta alla luce dell'esperienza statunitense ed europea*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, Fascicolo speciale monografico, 2021, 473 ss.

[59] Analogo meccanismo è stato previsto in un accordo concluso Ministero della Salute con Twitter. Si v. MINISTERO DELLA SALUTE, *Coronavirus, Speranza: "Accordo con Twitter per contrasto alle fake news"*, disponibile all'indirizzo: www.ministerodellasalute.it, 4 febbraio 2021.

[60] C. ROSSI, *Perché l'algoritmo di Facebook esalta Cnn e New York Times*, disponibile all'indirizzo: www.startmag.it, 26 novembre 2020; K. ROOSE, M. ISAAC, S. FRENKEL, *Facebook Struggles to Balance Civility and Growth*, disponibile all'indirizzo: www.nytimes.com, 7 gennaio 2021.

"censura indiretta" che le piattaforme digitali di fatto operano tramite i sistemi algoritmici di raccomandazione e, inoltre, di aprire a una collaborazione tra pubblico e privato nella definizione dei criteri e dei meccanismi sulla cui base tale particolare censura possa essere realizzata. Il riferimento è in particolare alla disciplina di cui all'art. 29, che apre alla configurazione di un diritto alla trasparenza della regola algoritmica e a forme di cooperazione tra utenti, piattaforme digitali e autorità pubblica nella definizione delle modalità di funzionamento dei sistemi di raccomandazione[61].

5. Considerazioni conclusive

Si è visto dunque come la pandemia abbia determinato una spinta senza precedenti nel senso della ricerca da parte della società di un dialogo con la comunità scientifica. Le difficoltà nell'ambito di tale dialogo non sono state però poche, anzi, con particolare attenzione per l'esperienza italiana, si è visto come molte delle preesistenti problematiche siano risultate addirittura amplificate e abbiano inciso negativamente sulla fiducia della società nella scienza.

Se ne potrebbe dedurre che l'esperienza pandemica determinerà in fin dei conti un peggioramento dei rapporti tra società e scienza.

Tuttavia, una previsione di tal tipo non terrebbe conto di alcuni importanti elementi che paiono invece rendere plausibile un esito ben diverso.

Anzitutto, è da considerarsi come proprio l'amplificarsi dei problemi relativi al rapporto tra politica e scienza, e, più in generale, tra società e scienza, abbia portato a una presa di coscienza senza precedenti della loro esistenza e stia dando, conseguentemente, una grande spinta alla ricerca di soluzioni e rimedi.

Con tutta probabilità, inoltre, la pandemia avrà un forte impatto sul modo in cui la società percepisce la scienza e valuta l'importanza che la stessa sia presa in considerazione da parte del decisore pubblico.

Sul punto, bisogna considerare come in questi mesi temi prettamente scientifici siano stati posti al centro del dibattito pubblico con una frequenza e una intensità senza precedenti. Tale fenomeno si è visto aver creato non pochi problemi, in particolare di gestione della disinformazione scientifica, ma potrebbe avere anche effetti di segno positivo per il rapporto tra società e scienza.

In primo luogo, proprio la gravità del problema della disinformazione scientifica, accentuatosi negli ultimi due anni, potrebbe costituire un'importante spinta per il realizzarsi di significativi miglioramenti nella comunicazione scientifica e per l'effettivo affermarsi nel nostro ordinamento del "diritto alla

[61] Sul tema, R. CONTI, F. De STEFANO, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)? Conversando con Oreste Pollicino*, disponibile all'indirizzo: www.giustiziainsieme.it, 15 aprile 2021.

scienza", nella sua accezione di diritto all'informazione scientifica[62].

In secondo luogo, bisogna tener conto di come la centralità senza precedenti che è stata data dai media alle questioni scientifiche durante la pandemia, pur con tutte le storture di cui si è detto sopra, stia abituando il pubblico all'uso di un linguaggio specialistico, al ragionamento razionale, alle modalità di funzionamento proprie della scienza, tra cui anche il suo procedere tramite verificazioni e falsificazioni.

La società post-pandemia potrebbe quindi essere una società più consapevole delle caratteristiche e dei limiti del sapere scientifico e, dunque, della distinzione che sussiste tra conoscenza scientifica e verità assoluta. Una consapevolezza che non dovrebbe alimentare la sfiducia nella scienza ma, piuttosto, aiutare a distinguere tra i casi in cui è ragionevole fidarsi delle indicazioni degli esperti e i casi in cui invece non sussistono le condizioni per farlo.

Infine, va tenuto conto di come, seppur con le molte difficoltà di cui si è detto, nel corso della pandemia la scelta di cercare un dialogo con la scienza per l'assunzione di decisioni pubbliche su questioni che presuppongono lo svolgimento di valutazioni scientifiche sia stata nettamente vincente rispetto alle politiche antiscientifiche, fondate sulla svalutazione e il non ascolto delle raccomandazioni degli esperti. Il fatto che la scelta compiuta da alcuni Governi di sminuire e ridicolizzare le indicazioni provenienti dalla scienza in ordine ai pericoli connessi al diffondersi del virus sia risultata fallimentare e pagata dalla popolazione a caro prezzo, in termini, in particolare, di numero di morti[63], non potrà, infatti, che costituire un monito per il futuro, incidendo in positivo sulla fiducia della società nella scienza, da intendersi come riconoscimento del suo particolare valore conoscitivo e conseguente pretesa che il decisore pubblico tenga conto di tale valore[64].

[62] Sul diritto alla scienza si v. G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in *Dirittifondamentali.it*, II, 2019.

[63] Particolarmente significativo è il caso del Brasile, dove, sulla base di quanto emerso da un'inchiesta condotta da una apposita Commissione parlamentare, in cui è stato riconosciuto che le scelte nettamente antiscientifiche de Presidente Bolsonaro hanno contribuito casualmente alla diffusione del virus sul territorio nazionale, un'organizzazione di giuristi brasiliani ha denunciato il Presidente per "crimini contro l'umanità durante la pandemia" davanti alla Corte penale internazionale dell'Aia. Da ricordare anche l'inchiesta condotta dalle Commissioni Salute e Scienza e Tecnologia del Parlamento inglese, confluita in un rapporto di 150 pagine dal titolo "Coronavirus: le lezioni imparate fino ad oggi", da cui è emerso come la decisione del Capo del Governo Boris Johnson di seguire un "approccio fatalistico" e di attendere a lungo l'introduzione del lockdown sia costata migliaia di vite umane e abbia dato luogo a "uno dei peggiori fallimenti della salute pubblica". Si v. HEALTH AND SOCIAL CARE, AND SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEES, *Coronavirus: lessons learned to date*, Sixth Report of the Health and Social Care Committee and Third Report of the Science and Technology Committee of Session 2021–22, disponibile all'indirizzo: www.committees.parliament.uk, 21 settembre 2021.

[64] In tal senso A. IANNUZZI, *Leggi "science driven",* cit., parla di «consapevolezza che la politica basata sulla scienza può rivelarsi un antidoto potente proprio contro i rischi di derive populistiche o

Un evento accidentale e drammatico, quale il diffondersi nel mondo del Covid-19, potrebbe, dunque, aver aperto la strada, o quantomeno dato una spinta, a che in Italia, ma anche in molti altri Paesi, si realizzi una svolta nei rapporti tra società e scienza e si creino le condizioni necessarie per quelle forme di co-produzione/co-costruzione del sapere da parte di società e comunità scientifica[65] che paiono sempre più importanti per le sfide che il nuovo millennio pone all'umanità.

antidemocratiche»; O. O'NEILL, *Trusting Politicians, Trusting Experts,* disponibile all'indirizzo: www.ae-info.org, 25 agosto 2020. In senso critico C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, II, 2020, 272.

[65] Sulla "coproduzione" S. JASANOFF (ed.), *States of Knowledge: The Co-Production of Science and Social Order*, Routledge, London-New York 2004.

TECNICA, POLITICA E DISEGUAGLIANZE TERRITORIALI AI TEMPI DELL'EMERGENZA DA COVID-19*

MARIA ANTONELLA GLIATTA**

Sommario

1 La gestione dell'emergenza sanitaria all'interno del modello italiano di regionalismo diseguale. – 2. Dalle c.d. zone rosse al *lockdown* nazionale: perché a situazioni diverse risposte analoghe? – 3. La seconda fase e l'introduzione del c.d. sistema dei colori: nuovi parametri per vecchie disuguaglianze.

Abstract

The reconstruction of the analysis of the relationship between State and Regions through the opinions rendered by the he Scientific Technical Committee since March 2020 reveals how the pandemic has worked as a amplifier of regional and territorial inequalities, but has also demonstrated the strong need for unity and equality that it could trace the path of future developments of relations between the State and Regions closer to the constitutional dictate.

Suggerimento di citazione

M.A. GLIATTA, *Tecnica, politica e diseguaglianze territoriali ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Ricercatrice di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi del Molise.
Contatto: maria.gliatta@unimol.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. La gestione dell'emergenza sanitaria all'interno del modello italiano di regionalismo diseguale

La ricostruzione dell'analisi del rapporto fra Stato e Regioni attraverso i pareri resi dal CTS dal marzo 2020 rivela aspetti molto significativi riguardo al funzionamento della forma di stato regionale italiana. La gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 ha, per molti profili, interessato il riparto di competenze tra Stato e Regioni. La stessa Corte costituzionale è intervenuta a risolvere il conflitto di competenza dopo numerose pronunce dei giudici comuni – in particolare amministrativi[1]. Investita dal ricorso del Governo contro una legge della Regione Valle d'Aosta avente ad oggetto la disciplina dell'emergenza sanitaria nel territorio regionale, con la sentenza n. 37/2021 la Corte costituzionale ha dichiarato la legge in gran parte illegittima per violazione del riparto di competenze stabilito dall'art. 117 Cost., dopo averne sospeso l'efficacia in via cautelare con l'ordinanza n. 4/2021[2]. L'intervento del giudice costituzionale, e prima dei giudici amministrativi, conferma come la gestione della pandemia abbia senza dubbio sollevato un problema competenziale per i numerevoli aspetti toccati dall'emergenza sanitaria. Le analisi sul punto non sono mancate e si inseriscono nell'ormai ventennale dibattito circa il malfunzionamento del Titolo V della Costituzione.

Pur non disconoscendo l'importanza del tema e delle sue molteplici ricadute sulla gestione dell'emergenza pandemica (dal rapporto tra fonti statali e fonti regionali, al ruolo dei Presidenti di Regione, etc.) è tuttavia possibile introdurre un'altra dimensione del problema che – in un certo modo – interseca quella riguardante in via generale il rapporto fra Stato e Regioni e che appare con straordinaria evidenza nella catena decisionale che lega organo tecnico e decisore politico.

[1] Tar Calabria (Catanzaro), sez. I, sent. 841 del 9 maggio 2020, che invece correttamente esclude, come suggerito dalla parte resistente, si versi nella diversa ipotesi dell'attivazione dei poteri sostitutivi statali di cui all'art. 120 Cost. (dir., 18.5). Il Tar calabrese pronunciandosi sul ricorso avviato dal Governo avverso l'ordinanza della Presidente della Regione Calabria sulla vicenda della riapertura di bar, ristoranti ed esercizi affini, ha inquadrato l'assetto delle fonti dell'emergenza nell'ambito della cd. attrazione, avocazione o chiamata in sussidiarietà

[2] Per un commento alla sentenza, tra i tanti, G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 3 del 2001; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2021; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni negli stati emergenziali*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, pp. 333-334; V. BALDINI, *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale?*, in Dirittifondamentali.it, n. 1/2021; C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione giustizia*, 13 aprile 2021, www.questionegiustizia.it.

L'analisi dei pareri resi dal CTS dall'inizio dell'emergenza sanitaria rivela, infatti, molto chiaramente due cose. La prima: la questione competenziale non esaurisce il complesso tema del rapporto fra Stato e Regioni. L'attività consultiva del CTS, infatti, mostra come nella gestione pandemica abbia esercitato una assoluta rilevanza una questione distinta ed autonoma rispetto alla prima. Le differenze regionali hanno profondamente inciso sulle scelte normative assunte dal Governo, coadiuvato dall'organo tecnico durante le varie fasi dell'emergenza sanitaria. Dall'analisi dei pareri resi dal CTS e delle decisioni in seguito prese dal Governo emerge come i caratteri che di fatto è andato assumendo il regionalismo italiano negli ultimi anni[3] nella drammatica contingenza dell'emergenza sanitaria hanno segnato alcuni degli snodi principali della gestione pandemica, causando spesso insopportabili compressioni di alcuni tra i principali diritti costituzionali, come ad esempio il diritto all'istruzione. Si consideri, del resto, che la pandemia irrompe sul processo di differenziazione regionale avviato nel 2017 a seguito delle iniziative intraprese da Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna[4]. Che ci sia un collegamento genetico fra il progetto di riforma *ex* art. 116, terzo comma Cost. e le scelte di gestione della pandemia è ben dimostrato anche dalla circostanza per cui « (...) fra le Regioni più vivaci nel contestare le misure governative figurino proprio quelle che avevano avviato le procedure per la concessione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'art. 116, comma 3 Cost.»[5]. La gestione pandemica ha, quindi, subito il riflesso di tali assetti.

[3] M. VILLONE, *Italia divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Napoli, 2019; L. RONCHETTI, *Differenziazione e diseguaglianze: il regionalismo asimmetrico nella Repubblica una e indivisibile*, Relazione introduttiva all'Incontro del Gruppo San Martino *Autonomie territoriali e garanzia dei diritti sociali: la differenziazione e i suoi limiti*, Università degli Studi di Perugia, 8 novembre 2019, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1 del 2020.

[4] Sull'art. 116, terzo comma, tra i tantissimi, A. D'ATENA, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116 u.c. Cost.)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020; G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019; R. BIN, *Le materie nel dettato dell'articolo 116 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 giugno 2019; G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 4/2017, 625 ss.; A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. spec. 2/2019.

[5] Sottolineano il punto, G. SCACCIA-CHRISTIAN D'ORAZI, *La concorrenza tra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra uniformità e differenziazione*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale* (a cura di) F. S. Marini- G. Scaccia, Torino, 2020, spec. 112, per i quali «non appare casuale (...) che fra le Regioni più vivaci nel contestare le misure governative figurino proprio quelle che avevano avviato le procedure per la concessione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'art. 116, comma 3 Cost.».

Sul rapporto fra gestione pandemica e le istanze di differenziazione regionale, C. BUZZACHI, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona "gialla"*, in lacostituzione.info 2 marzo 2020, per la quale «la vicenda in atto, nella drammaticità delle conseguenze che sta determinando, può forse suggerire qualche utile riflessione sulla praticabilità del trasferimento di attribuzioni che, in fasi ordinarie della vita della Repubblica, possono presentarsi con caratteri tali da potersi

La seconda evidenza che appare dall'analisi dei pareri resi dal CTS riguarda, invece, il rapporto fra tecnica e politica[6]. Essi hanno, infatti, dimostrato molto chiaramente come quella tecnica sia stata la sede di legittimazione di quelle decisioni normative che – più di altre – hanno segnato i vari passaggi di fase nella strategia di contrasto al *virus*. E ciò, anche alla luce di una complessa – e non sempre concordante – relazione fra Governo ed organo consultivo. Come si vedrà, infatti, le decisioni del Governo, nelle varie fasi dell'emergenza sanitaria sono state spesso assunte in disaccordo con l'organo tecnico ed è questo un punto che emerge in maniera molto chiara. La distanza tra la posizione del CTS e quella del Governo in alcuni momenti molto rilevanti mostra come il rapporto fra tecnica e politica non debba – o non debba sempre – essere letto nei termini di una subalternità della seconda in favore di un protagonismo della prima. È, di certo, vero che gli attuali assetti politici ed istituzionali hanno provocato una progressiva tecnicizzazione delle decisioni politiche (si pensi tra tutti alle decisioni finanziarie e di bilancio che hanno visto crescere il ruolo di sedi ed organi tecnici)[7], ma non è del pari vero – o non sempre – che ciò abbia segnato una definitiva marginalizzazione della politica. La contingenza sanitaria ha, infatti, confermato una tendenza non del tutto nuova[8], ovvero quella dell'uso strumentale della sede tecnica da parte del decisore politico ai fini di un rafforzamento della legittimazione delle decisioni politiche[9]. I pareri resi dal

ritenere indifferente che esse siano esercitate dallo Stato o dalle Regioni; o addirittura – come è stato il ragionamento che ha sostenuto le richieste di differenziazione di Veneto, Lombardia e Emilia Romagna – da potersi ritenere che la Regione possa occuparsene con ben maggiore efficacia ed anche efficienza. Ma che in fasi straordinarie, come l'attuale, rivelano una serie di specificità e criticità la cui soluzione pare difficile se la Regione – da sola – è chiamata a provvedere, e che invece è individuabile solo se anche il livello nazionale viene coinvolto».

[6] Sul rapporto fra tecnica e politica, tra i molti e da ultimo, G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021, spec, 148 il quale parla di sterilizzazione della politica. Ampiamente sul ruolo della tecnica, A. SCHIAVONE, Progresso, Bologna, 2020; P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2006, spec. 196, quando parla di contro-democrazie impolitiche; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

[7] Tra molti e di recente, R. IBRIDO, Fiscal rules *e decisioni di bilancio*, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, n. 1 del 2021, 73 e ss.

[8] Sia concesso il riferimento al mio, *Questioni problematiche relative alla formazione delle leggi di spesa. Il ruolo delle Commissioni-filtro e i limiti alla sovranità parlamentare di bilancio*, in *Nomos*, n. 1 del 2020, in cui si evidenzia come come la sede tecnica funzioni niente affatto come tale, ma come sede di controllo politico dell'attività parlamentare. abbia rappresentato

[9] Ampiamente sul tema, si veda G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*. Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como, 20 novembre 2015, Napoli, 2016; Specificamente sul rapporto fra tecnica e politica durante l'emergenza sanitaria, L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzionee tutela dei diritti*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020/2, la quale richiama le pronunce in cui la Corte costituzionale, su di una serie di leggi aventi contenuto tecnico-scientifico (sentenza 26 giugno 2002, n. 282; sentenza 8 maggio 2009, n. 151; sentenza 10 giugno 2014, n. 162; sentenza 5 dicembre 2014, n. 274; sentenza 18 gennaio 2018, n. 5).

CTS nei momenti più importanti della gestione pandemica, in qualche caso in disaccordo con il Governo, non hanno in nessun modo indebolito il modello asimmetrico e diseguale di relazioni fra Stato e Regioni in ambito sanitario che è apparso in tutta la sua criticità e consistenza politica attraverso la realizzazione di nuove situazioni di diseguaglianze territoriali in aggiunta a quelle già drammaticamente note e collegate alla gestione decentrata del Servizio sanitario nazionale[10].

2. Dalle c.d. zone rosse al *lockdown* nazionale: perché a situazioni diverse risposte analoghe?

Nell'analisi dei pareri resi dal CTS possiamo distinguere una prima fase, ovvero quella dell'impatto della pandemia nel marzo 2020 ed una seconda fase di progressiva differenziazione delle misure restrittive e di contenimento del virus.

Le prime importanti decisioni di gestione dell'emergenza sanitaria hanno riguardato l'adozione di misure restrittive in specifici Comuni dei territori regionali interessati dalla circolazione del *virus*. A questa primissima fase dell'emergenza sanitaria risalgono le ordinanze restrittive di fine febbraio che hanno interessato le Regioni del Nord: Lombardia (21 febbraio), Veneto (22 febbraio), Emilia-Romagna (23 febbraio), Friuli-Venezia Giulia (23 febbraio), Piemonte (23 febbraio), Liguria (24 febbraio)[11]. Più precisamente – e da un punto di vista procedimentale – le decisioni a cui si è fatto cenno sono state adottare con decreti del Ministro della Salute d'intesa con i presidenti di Regione interessati di volta in volta dalla misura restrittiva. Tutta questa prima fase sarà caratterizzata da un modello di concertazione e di negoziazione della decisione fra Stato e presidenti di Regione che sarà in vigore fino al dPCM del 3 novembre 2020 quando si inaugurerà un modello diverso di decisione automatico e centralizzato in capo al Ministero della salute. La scelta di limitare i provvedimenti restrittivi a specifiche zone interessate dal contagio sembra condivisa da Stato, Regioni ed organo tecnico.

In tale primissima fase, il contagio riguarda prevalentemente le Regioni del nord. È noto, infatti, come la pandemia in Italia colpisca drammaticamente prima alcune aree del paese caratterizzate – tra l'altro – da precise condizioni geografiche ed economiche di non poca incidenza sulle scelte adottate. Esse sono le aree geografiche economicamente più sviluppate e dove più forti sono stati gli interessi economici contrari alle chiusure; sono le aree geografiche dove

[10] Sulle differenze tra i sistemi sanitari regionali, da ultimo G. G. CARBONI, *Il diritto alla salute e l'uguaglianza territoriali*, in Federalismi.it, n. 8/2020; più ampiamente, C. COLAPIETRO-M. ATRIPALDI -G. FARES -A. IANNUZZI (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità*, Roma, 2018.

[11] Per un elenco completo e per un esame dei contenuti delle ordinanze, http://www.regioni.it/newsletter/n-3784/del-24-02-2020/coronavirus-le-ordinanze-delle-regioni-del-nord-20847/

l'età media è più alta che nel resto del Paese (perché più alta è l'aspettativa di vita) e ciò spiega anche la maggiore esposizione agli effetti del *virus*.

Se quanto detto è vero, c'è da chiedersi quanto questa prima dimensione della differenza regionale abbia pesato sulla gestione dell'emergenza sanitaria e quale sia stata la posizione rispettivamente dell'organo tecnico e del Governo. Fino ad un certo punto, il modello di gestione sanitaria ispirato al principio di proporzionalità delle misure suggerito dal CTS ha avuto pieno seguito nelle decisioni del Governo. Ne abbiamo prova nei verbali di fine febbraio (verbale n. 6 del 21 febbraio 2020; verbale n. 7 del 22 febbraio 2020).

L'approccio differenziale suggerito è pienamente recepito nel dPCM del 23 febbraio 2020 adottato in attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19» il quale predispone misure urgenti di contenimento del contagio limitatamente ai comuni delle Regioni Lombardia e Veneto interessati dal contagio. Nella Regione Lombardia: a) Bertonico; b) Casalpusterlengo; c) Castelgerundo; d) Castiglione D'Adda; e) Codogno; f) Fombio; g) Maleo; h) San Fiorano; i) Somaglia; j) Terranova dei Passerini. Nella Regione Veneto: a) Vo'. Il dPCM del 25 febbraio 2020, in continuità con il precedente, adotta ulteriori misure restrittive in molti comuni delle Regioni Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Veneto, Liguria e Piemonte.

Nella seduta del 28 febbraio 2020 (verbale n. 12) il CTS, preso atto dell'entità e delle modalità di diffusione del SARS-CoV-2 sul territorio nazionale suggerisce di differenziare le misure in applicazione del principio di proporzionalità e adeguatezza. In tale modo, ritiene opportuno riferire a tutto il territorio nazionale le misure previste nel dPCM del 25 febbraio 2020 e di considerare le specificità di Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto che – si legge – presentano, invece, una situazione epidemiologica complessa attesa la circolazione del virus, tale da richiedere la prosecuzione di tutte le misure di contenimento già adottate, opportunamente riviste, tra cui spicca la chiusura dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, corsi professionali, master e università. Restano invece confermate tutte le misure previste per la c.d. "zona rossa", ovvero per gli 11 Comuni di cui all'allegato 1 del dPCM del 23 febbraio 2020.

Nella seduta del 1° marzo (verbale n. 14): il CTS esprime un parere favorevole anche per quanto riguarda la differenziazione a livello provinciale ed infatti si legge nel verbale che «alla luce delle richieste pervenute dalle Regioni Liguria e Marche, e dell'evoluzione della situazione epidemiologica nel Paese, si ritiene che le misure di contenimento possano essere applicate anche all'ambito provinciale, laddove c'è presenza di focolai di trasmissione locale. Nella fattispecie si ritiene che le richieste pervenute dalle Regioni Liguria e Marche,

relative alle province rispettivamente di Savona e Pesaro, siano appropriate. Pertanto, a tali province si ritiene vadano applicate le misure previste per le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna al di fuori della zona rossa».

Sulla scorta delle indicazioni provenienti dal CTS, il dPCM del 1° marzo 2020 struttura l'approccio differenziale di risposta all'emergenza pandemica differenziando gli interventi con riferimenti ai colori, e dunque rosso per i Comuni di Lombardia e Veneto da cui il contagio è partito, giallo per tre Regioni e due Province per le quali vengono previste misure che su vari fronti sono finalizzate ad evitare la diffusione del contagio. Di conseguenza, l'allegato 1 elenca dieci i comuni nei quali le restrizioni sono massime (divieto di allontanamento e di accesso; chiusura delle scuole e delle attività commerciali, ad esclusione di quelle di pubblica utilità, ...); l'allegato 2 i territori – Lombardia, Veneto, Emilia Romagna e le Province di Pesaro e Urbino e Savona – nei quali si procede a sospendere o a limitare un complesso di attività sociali ed economiche; l'allegato 3 le quattro Province di Bergamo, Lodi, Piacenza e Cremona nelle quali devono applicarsi specifiche modalità di apertura dei centri commerciali.

Da questo momento in poi, però, la scelta di differenziare gli interventi restrittivi e di limitare quelli più duri ai soli territori maggiormente interessati dalla circolazione del *virus* comincia ad indebolirsi. Gli elementi di asimmetria che di fatto caratterizzano il regionalismo italiano provocano un significativo passaggio di fase: dalla differenziazione delle misure (sul modello dei colori) si passa, infatti, ad uno schema di intervento uniforme su tutto il territorio nazionale. In questa specifica ed assai problematica fase di gestione dell'emergenza pandemica, si verifica – come si diceva – un importante disallineamento fra decisore politico ed organo tecnico. E, infatti, mentre il CTS continua a suggerire l'adozione di misure differenziate e proporzionate alla diffusione del contagio, il Governo decide per la via della uniformità delle misure[12].

Nella seduta del 4 marzo il CTS rilascia un parere negativo alla richiesta del Ministro della Salute circa l'opportunità della chiusura, su tutto il territorio nazionale, delle scuole di ogni ordine e grado. Per l'organo tecnico – si rilegge nel verbale – le scelte di chiusura «dovrebbero essere proporzionali alla diffusione dell'infezione virale». In considerazione del fatto che la situazione epidemiologica del Paese è differenziata con Regioni e Province che hanno un elevato numero di casi (Emilia Romagna, Lombardia, Veneto, Savona e Pesaro Urbino) e altre in cui il numero di soggetti contagiati da SARS-CoV-2 è più limitato e prevalentemente riconducibile a focolai noti – riferiva il CTS – non

[12] Sottolinea la rilevanza della scelta di uniformare la risposta normativa alla pandemia, M. BETZU-P. CIARLO, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1 del 2020.

esistono attualmente dati che indirizzino inconfutabilmente sull'utilità di chiusura delle scuole indipendentemente dalla situazione epidemiologica locale. In aggiunta, alcuni modelli predittivi utilizzati dall'organo tecnico indicavano che la chiusura della scuola avrebbe garantito una limitata riduzione nella diffusione dell'infezione virale, con effetti maggiori solo in caso di prolungamento temporale della misura.

E, invece, il dPCM del 4 marzo 2020, prevede – oltre ad altre misure restrittive – la sospensione delle attività didattiche di ogni ordine e grado su tutto il territorio nazionale. Il provvedimento sembra approssimarsi ad una nuova fase di contrasto all'epidemia, non più basata sulla differenziazione e proporzionalità delle misure, che di lì a poco si consoliderà definitivamente. Con l'adozione del dPCM del 4 marzo fra l'altro la posizione dell'organo tecnico e quella del decisore politico differiscono su di un tema che segnerà anche in seguito una profonda diseguaglianza territoriale con drammatiche ricadute in termini di garanzia di un diritto fondamentale.

La frizione fra decisore politico ed organo tecnico è dimostrata dalla repentina successiva precisazione del CTS (verbale n. 19 del 5 marzo 2020) in cui si ribadisce che il precedente parere in riferimento alla sospensione delle attività didattiche, «non è in alcun modo in disaccordo con la decisione di sospensione presa dal Consiglio dei Ministri». La sospensione delle attività didattiche frontali delle scuole di ogni ordine e grado sul territorio nazionale decisa dal Consiglio dei Ministri – si legge nel parere – «è una misura di ulteriore precauzione, in una strategia di contenimento del contagio».

Il 7 marzo 2020 (verbale n. 21) il CTS propone, quindi, di rivedere la distinzione tra c.d. "zone rosse" (gli undici comuni di cui all'allegato 1 al dPCM 1° marzo 2020) e "zone gialle" (Regioni Emila Romagna, Lombardia, e Veneto, nonché le Province di Pesaro Urbino e Savona). Viene, pertanto, condiviso di definire due livelli di misure di contenimento da applicarsi: a) l'uno, nei territori in cui si è osservata ad oggi maggiore diffusione del virus; b) l'altro sull'intero territorio nazionale. Esso individua, pertanto, le zone cui applicare misure di contenimento della diffusione del virus più rigorose rispetto a quelle da applicarsi nell'intero territorio nazionale, nelle seguenti: Regione Lombardia e Province di Parma, Piacenza, Rimini, Reggio Emilia, e Modena; Pesaro Urbino; Venezia Padova e Treviso, Alessandria e Asti.

Il dPCM 8 marzo 2020 è l'ultimo provvedimento che adotta una logica differenziale e proporzionata al contagio su base regionale.

L'indebolimento politico della scelta di misure differenziate sul territorio si palesa con molta chiarezza nella seduta del 9 marzo 2020 ed, infatti, il Presidente della Regione Veneto chiede conto dei criteri usati e nel verbale (n. 22) si leggono le motivazioni che hanno portato all'adozione di misure più restrittive per la Regione Veneto (incidenza cumulativa/100.000 abitanti; o

circolazione autoctona del virus; o criterio geografico declinato come contiguità delle aree colpite con particolare incidenza).

Il 10 marzo il definitivo passaggio di fase è testimoniato dal parere favorevole reso dal CTS (verbale n.23) in riferimento alle decisioni prese dal Consiglio dei Ministri di estendere le misure di contenimento a tutto il territorio nazionale. Da questo momento, in poi, segue la serie dei dPCM di carattere generale, ovvero del 9, 11 e 22 marzo.

Il primo esito a cui possiamo giungere è che nonostante la differente situazione del contagio, dopo un primo brevissimo periodo, il modello di gestione dell'emergenza pandemica diventa quello uniforme su tutto il territorio regionale[13]. Qui il peso delle differenze regionali, del vantaggio economico delle regioni più colpite[14] e allo stesso tempo più restie alle chiusure ha effetti importantissimi nelle scelte politiche, finanche in disaccordo con l'organo tecnico.

Il modello di gestione uniforme ed uguale su tutto il territorio nazionale – come sappiamo – sarà in vigore fino al dPCM del 3 novembre 2020 quando, anche in seguito all'approvazione del c.d. decreto ristori, viene introdotto quello noto come sistema dei colori con la previsione di tre differenti fasce di rischio.

In realtà, già a partire dal mese di aprile il CTS comincia a riferire la possibilità di rimodulazione delle azioni di contenimento del contagio sulla base della diversità della situazione edipemiologica nelle diverse aree del paese. Il modello di proiezione degli effetti delle misure di allentamento delle restrizioni utilizzato considera prevalentemente la disponibilità delle terapie intensive. È questo un punto nevralgico del discorso intorno alle diseguaglianze territoriali durante l'emergenza pandemica. Comincia, infatti, a farsi strada la possibilità di orientare le misure di contrasto alla pandemia sulla base di un criterio che – nel sistema sanitario nazionale italiano – rispecchia forti diseguaglianze territoriali[15].

[13] Critici sulla scelta di uniformità nonostante le differenze di contagio, M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1 del 2020, spec. 582 e ss.

[14] Ampiamente sul divario economico Nord-Sud, G. VIESTI, *Centri e periferie. Europa, Italia, Mezzogiorno, dal XX al XXI secolo*, Roma-Bari, 2021,

[15] N. GIANNELLI, *Disuguaglianze territoriali nel sistema sanitario italiano, in La Rivista delle politiche sociali*, n. 3 del 2019, 183 e ss.; da ultimo, sulla pericolosità del progetto di regionalismo differenziato in ambito sanitario, F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali* vs *universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in federalismi.it, 2019, n. 15; C. COLAPIETRO, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: la formazione e il reclutamento del personale*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1 del 2020; ampiamente sul tema, anche R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2019.

Nella seduta del 3 aprile 2020 (verbale n. 43) il CTS dimostra di aver avviato un'analisi sulla riduzione graduale delle misure di contenimento del contagio, acquisendo l'esito dello studio della Fondazione Kessler. Esso si basava su di un modello matematico che, su base regionale, permetteva di stimare l'impatto del rilascio delle misure restrittive. In particolare, il modello considerava diverse gradazioni di riapertura del lavoro, della scuola e delle attività sociali rispetto alla precedente situazione di *lockdown*. Come si diceva, l'aspetto problematico è rappresentato dalla valutazione degli effetti delle misure di allentamento prevalentemente in termini di disponibilità terapie intensiva e, quindi, di impatto del contagio sui sistemi sanitari regionali.

In un passaggio assai significativo, l'organo tecnico sottolinea in maniera abbastanza chiara, da un lato, la sua natura di organo consultivo statale, dall'altro la necessità di lasciare alle autorità sanitarie regionali e locali la valutazione puntuale del possibile impatto delle diverse variabili da considerare, nonché delle eventuali restrizioni che può essere opportuno o necessario adottare per contenere la circolazione del virus «mantenendo i valori di R0 sotto la soglia di 1 e, comunque, al livello più basso possibile» (v. verbale n. 59 del 24 e 25 aprile 2020). Il CTS sottolinea insomma la sua competenza ad operare stime e proiezioni a livello nazionale e la conseguente necessità di considerare le variabili epidemiologiche, produttive, sociali ed organizzative delle diverse realtà geografiche del Paese, nonché i fattori rilevanti nel determinare la dinamica dell'epidemia da SARS-CoV-2 (es. trasporti, densità abitativa, servizi sanitari e sociali).

3. La seconda fase e l'introduzione del c.d. sistema dei semafori: nuovi parametri per vecchie disuguaglianze

La nuova fase dell'emergenza pandemica si delinea chiaramente nell'analisi dei verbali di fine ottobre, propedeutici all'adozione del dPCM del 3 novembre. Il CTS viene ripetutamente interrogato circa l'opportunità di valutare eventuali ulteriori misure restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti previste dal dPCM del 13 ottobre per alcune specifiche aree del Paese e sulla definizione dei criteri (verbale n. 118 seduta 17 ottobre 2020; verbale n. 122 seduta 31 ottobre 2020)

In tale frangente, organo tecnico e Governo convengono sulla necessità di differenziare le misure, eppure continua a consumarsi un disallineamento per quanto riguarda la scelta dei criteri che dimostra – come si diceva – la volontà politica di strutturare gli interventi di contrasto al contagio consolidando le

differenze regionali, in violazione dei principi di solidarietà ed unità nazionale[16]. Ed, infatti, mentre il Governo decide di incentrare la nuova strategia solo ed esclusivamente sul criterio che considera l'impatto della pandemia sui sistemi sanitari regionali – come si vedrà – in più occasioni l'organo tecnico chiede l'adozione di criteri ulteriori che garantiscano una certa capacità predittiva sull'andamento del contagio.

La consonanza circa la necessità di avviare una nuova fase di contrasto alla pandemia è, tuttavia, piena. Il parere reso dal CTS sulla bozza del dPCM del 3 novembre lo dimostra (v. verbale n. 123 seduta 3 novembre 2020). Al riguardo, l'organo tecnico suggerisce il rafforzamento del sistema di monitoraggio anche a livello regionale, quale condizione di effettiva riuscita della nuova strategia.

Il regime differenziato di contrasto alla pandemia ha rappresentato un cambiamento di fase, non solo dal punto di vista delle misure adottate. Il dPCM instaura, infatti, un nuovo sistema di *governance* con il palesato obiettivo di risolvere i problemi legati alla mancanza di coordinamento decisionale fra Stato e Regioni che aveva caratterizzato una prima parte dell'emergenza sanitaria[17].

Il nuovo modello di gestione si presenta come un sistema di regole automatiche e non concertate di volte in volta, centralizzato in capo al Ministero della salute, maggiormente sensibile al principio di leale collaborazione istituzionale[18]. Il dPCM è adottato, infatti, viste le "Linee guida per la riapertura delle attività economiche, produttive e ricreative", come aggiornate nella Conferenza delle regioni e delle province autonome; il coinvolgimento delle Regioni e delle Province autonome è garantito dalla partecipazione diretta delle stesse in seno alla Cabina di regia di cui al D.M. 30 aprile 2020[19] e al D.M. 29 maggio 2020, nonché dall'*iter* procedimentale che contempla l'adozione, da parte del Ministro della salute, delle relative ordinanze, sentiti i Presidenti delle regioni interessate, sulla base del documento di "Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale", redatto da ISS e Ministero della Salute e condiviso

[16] M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Napoli 2019, spec. 8 ss. e 44 ss., G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari 2019, spec. 9 ss.

[17] Per un esame dettagliato delle varie fasi del rapporto Stato-Regioni, G. MARCHETTI, *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell'emergenza covid-19, i limiti del regionalismo italiano e le prospettive di riforma*, in *Centro studi sul federalismo*, maggio 2021.

[18] Ampiamente sul tema, E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, www.osservatoriosullefonti.it.

[19] v. decreto 30 aprile 2020 "Adozione dei criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario di cui all'allegato 10 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 26 aprile 2020".

in sede di Conferenza delle Regioni[20]. Nel caso, invece, di ordinanze del Ministro della Salute che esentano alcune parti del territorio regionale dal rispetto di alcune misure statali, in ragione dell'andamento del rischio epidemiologico, è prevista un'intesa con la Regione interessata.

L'aspetto positivo del nuovo sistema di *governance* è – come si diceva – quello di aver tentato la creazione di un sistema di regole generale, sulla base di un meccanismo decisionale automatico centralizzato in capo al Ministero della Salute, mettendo fine al sistema di concertazione con le singole Regioni di volta in volta interessate. Tuttavia, anche in seguito alle nuove regole la relazione tra Stato e Regioni ha conosciuto un alto livello di conflittualità. Essa si è realizzata prevalentemente – e non a caso – sui parametri ovvero sui criteri che decretano il passaggio ad una o ad altra fascia di rischio.

È questo un punto nevralgico: gli indici di differenziazione regionale usati nella seconda fase della gestione pandemica sono stati non solo il principale oggetto della conflittualità regionale, ma anche il terreno di emersione delle diseguaglianze territoriali che (non da oggi) caratterizzano il regionalismo italiano[21].

È utile ricordare come i criteri per la classificazione di ciascun territorio regionale in una delle tre fasce, adottati con il dm 30 aprile 2020, sono ventuno e possono essere raccolti in tre gruppi: a) indicatori sulla capacità di monitoraggio dei contagi da parte dei vari sistemi sanitari regionali; b) indicatori sulla capacità di accertamento diagnostico, indagine e gestione dei contatti, che hanno riguardo al numero dei tamponi positivi, alle tempistiche della diagnosi e all'efficacia del "contact and tracing" dei sistemi sanitari regionali. Essi permettono di valutare due aspetti: probabilità di diffusione del *virus* e la tenuta dei servizi sanitari. In altri termini, alcuni di essi considerano in chiave predittiva l'andamento della pandemia, altri la capacità di risposta dei sistemi sanitari regionali.

La Regione Lombardia ha, ad esempio, impugnato davanti al Tar Lazio il dPCM del 14 gennaio 2021 con cui sono state adottate le misure restrittive necessarie al contrasto dell'epidemia da Sars-Cov-2 tra quelle di cui all'art. 1, comma 2 del D.L. n. 19/2020 sottolineando come il Governo, nonostante fosse «possibile ed anzi auspicabile», non ha ritenuto opportuno (al fine di differenziare le misure da adottare sul territorio nazionale) dare rilievo alle indicazioni

[20] v. allegato 25 al dPCM.

[21] L. CHIEFFI, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2020; A.G. LANZAFAME, *Il lockdown, l'avvio della fase due, e i problemi della fase tre. La gestione dell'emergenza, sanitaria ed economica, da Covid-19 tra disuguaglianze ingiuste e disuguaglianze necessarie*, in *Diritti Fondamentali*, n. 2/2020; C. BUZZACCHI, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la "zona gialla"*, in www.lacostituzione.info, 2 Marzo 2020.

provenienti, tanto dalle Regioni, quanto dall'Istituto Superiore di Sanità e dal Ministero della Salute, «circa la necessità di istituire un "cut off" di incidenza (i.e., una soglia di allerta relativa al numero settimanale di nuovi casi, indipendente dai valori di R(t)) superata la quale si rende necessaria l'applicazione di misure di mitigazione più stringenti che sul resto del territorio nazionale». Per la Regione, la scelta di incentrare l'attività di monitoraggio e di classificazione sul (solo) dato della trasmissibilità ha dato luogo a «risultati illogici ed incoerenti rispetto alla finalità, asseritamente perseguita con il dPCM, di limitare l'evoluzione del contagio secondo i criteri di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza imposti dal D.L. n. 19/2020».

Che la scelta dei criteri abbia rappresentano un terreno di ulteriore differenziazione regionale lo dimostra anche la proposta della regione Emilia-Romagna dell'11 maggio 2021 di modificare l'indicatore RT generico in RT ospedaliero che misuri la capacità di risposta del sistema sanitario regionale. Sulla stessa linea, il presidente della Conferenza delle Regioni, il quale ha più volte chiesto di superare l'indice RT sintomi e considerare in via prevalente l'impatto sui reparti ospedalieri Covid[22].

Su questo specifico punto, ovvero sulle richieste delle Regioni di modificare i criteri per la classificazione del rischio e considerare in prevalenza l'impatto sul sistema sanitario regionale, il CTS ne discute il 14 maggio 2021 (verbale n. 18). L'organo tecnico prende atto che è in corso una discussione sulla modifica, o comunque sulla semplificazione, dei criteri per la valutazione e la classificazione del rischio nelle diverse regioni, che coinvolge il Ministero della salute, la c.d. cabina di regia e le autorità regionali. Il CTS acquisisce l'informazione che la proposta delle regioni è di abbandonare il criterio dell'RT e di basarsi essenzialmente sul dato dell'incidenza, con alcuni correttivi legati al tasso di occupazione dei posti letto in area medica e nei reparti di terapia intensiva. Tuttavia, ed è nuovamente un punto importante, per il CTS pur apparendo percorribile una semplificazione dei criteri, «un sistema basato solo sull'incidenza non appare accettabile essendo privo di indicatori che offrono capacità previsionale».

Insomma, per tutta la seconda fase, invero non ancora chiusa essendo ad oggi formalmente in vigore il sistema dei colori, le misure di contrasto alla pandemia si sono misurate su indici che fotografano le differenze sanitarie regionali con drammatiche conseguenze sul condizionamento di alcuni fra i principali diritti costituzionali, quali ad esempio quello all'istruzione. La scelta di centralizzare i modelli di intervento, motivata dalla volontà di contrastare la

[22] Sul ruolo della Conferenza delle Regioni, E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, www.osservatoriosullefonti.it.

disarticolazione dovuta alla miriade di ordinanze regionali che hanno caratterizzato la seconda fase[23], non è riuscita a consolidare un modello uniforme ed uguale sul territorio nazionale. I criteri utilizzati per l'individuazione delle aree di rischio pandemico hanno finito, infatti, per rispecchiare le drammatiche disuguaglianze che – di fatto – caratterizzano il territorio nazionale, condizionando in maniera particolarmente drammatica l'esercizio di alcuni tra i fondamentali diritti costituzionali.

La scelta di indici che considerano, in via prevalente, la capacità di risposta dei sistemi sanitari regionali (numero posti di terapia occupata e disponibili, etc..) insomma l'impatto della pandemia, ha avuto effetti drammatici in termini di uguaglianza territoriale[24]. Le tre regioni (Calabria, Puglia, Sicilia) in cui il rapporto fra casi positivi e popolazione è stato il più basso d'Italia (v. monitoraggio Fondazione Gimbe, al 6 novembre) sono state classificate per maggiore tempo fra le zone "rosse" e "arancioni". Il rapporto fra la dimensione del sistema sanitario e le misure restrittive adottate segna, quindi, un bilancio negativo in termini di uguaglianza territoriale. Gli squilibri del regionalismo italiano che nella prima fase avevano spinto ad eguagliare la risposta pandemica, nonostante le enormi differenze di contagio a livello regionale, nella fase successiva strutturano un meccanismo di differenziazione ineguale in cui il godimento dei diritti fondamentali è di fatto condizionato al livello delle disuguaglianze sanitarie regionali. Insomma, la pandemia ha funzionato come un enorme amplificatore delle disuguaglianze regionali e territoriali, ma ha anche mostrato la difficoltà della gestione regionale di materie su cui forte è l'esigenza di unità e di eguaglianza che potrebbe tracciare la strada di sviluppi futuri delle relazioni tra Stato e Regioni più vicini al dettato costituzionale.

[23] Ampiamente sul tema, C. NEGRI, *Le relazioni fra lo Stato e le Regioni nella gestione della pandemia da Covid-19 tra uniformità e differenziazione*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 3 del 2021.

[24] Sul punto, M. BETZU, P.CIARLO, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1 del 2020, spec. 595.

CTS E LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE: SPUNTI SUL CONCORSO TRA DIRITTO, POLITICA E SCIENZA NEL FRONTEGGIARE LA PANDEMIA *

GIUSEPPE MOBILIO**

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. Due premesse su libertà di circolazione e CTS. – 3. L'evoluzione nel ruolo del CTS. – 4. I fattori di mutamento. – 4.1. L'andamento dell'epidemia e i cambiamenti nelle strategie di risposta. – 4.2. I cambiamenti nel sistema di governance dell'emergenza. – 4.3. L'incepparsi del sistema: i difetti di cooperazione. – 4.4. La qualificazione fornita da altri soggetti. – 4.5. L'avvicendarsi dei Governi. – 5. Alcuni spunti conclusivi. – 5.1. Sul rapporto tra scienza e politica. – 5.2. (segue) e sul rapporto tra scienza e diritto.

Abstract

The essay analyzes the contribution of the Comitato tecnico-scientifico (CTS) in the definition of measures to contrast the pandemic crisis, with particular regard to those affecting freedom of movement. The reflection arises from the comparison between the minutes of the discussions within the CTS and the measures adopted by the Government in this field. The underlying thesis is that it is not possible to establish abstractly whether the CTS should be qualified as a purely "technical-scientific" or "political" body. The CTS has seen its composition, functions and activity progressively conditioned by various factors, not always normative. This essay seeks to shed more light on these factors, so as to help understand the influence of this body in decision-making processes, how it has changed over time and, more generally, how the contribution of science, politics and law in response to the pandemic crisis is actually configured.

Suggerimento di citazione

G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Ricercatore t.d. b) in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: giuseppe.mobilio@unifi.it.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Considerazioni introduttive

Le decisioni di governo prese negli ordinamenti giuridici contemporanei si caratterizzano, nella maggior parte dei casi, per una elevata complessità tecnico-scientifica, anche a causa dello sviluppo esponenziale delle applicazioni tecnologie e la loro diffusione in ogni ambito della conoscenza e della vita delle persone[1]. Vi sono poi fenomeni imprevedibili e sconosciuti, come l'emergenza pandemica in corso, che rendono necessario creare un raccordo ancor più stretto tra scienza e politica nell'assunzione delle decisioni di governo[2].

Questo raccordo può essere declinato nella prospettiva della «istituzionalizzazione dei canali di raccolta e di trasmissione delle valutazioni tecnico-scientifiche agli organi politico rappresentativi»[3], ovvero come maggiore attenzione nelle modalità e nei procedimenti con cui tali valutazioni vengono offerte agli organi di governo. La pandemia ha indotto i decisori politici di molti ordinamenti a strutturare meglio questi canali, in alcuni casi ricorrendo a organismi tecnico-scientifici preesistenti, come accaduto in Germania, oppure ad istituirne di nuovi con legge, come in Francia[4]. In Italia, come noto, il Governo ha assunto la guida nella gestione dell'emergenza sanitaria forte anche della creazione di un nuovo Comitato tecnico-scientifico (CTS), il quale, pur nella scarna disciplina che lo riguarda, è andato, da una parte, ad innestarsi nell'organizzazione preesistente senza determinarne un radicale mutamento[5], ma,

[1] Riferimenti in A. SIMONCINI, E. LONGO, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in AA.VV. (a cura di), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, OUP, Oxford, 2021, 27 ss.; A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di) *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 14 ss.

[2] In generale sul punto, v. E. L. WINDHOLZ, *Governing in a pandemic: from parliamentary sovereignty to autocratic technocracy*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, 1 ss.; T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *Binding the unbound executive: checks and balances in times of pandemic*, in *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 2020-52.

[3] Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, special issue 1, 2020, 125.

[4] In Germania è stato il Robert Koch Institut, ossia la principale agenzia del ministero della Salute federale, preesistente alla pandemia, ad essere coinvolto nel processo di valutazione scientifica delle misure adottate dal governo, in forza della normativa più recente del 2020, modificativa del *Gesetz zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften* del 2000, che gli ha sostanzialmente affidato una funzione consultiva e vincolante rispetto alle decisioni assunte dalle autorità politiche federali. In Francia invece è stato istituito un *comité scientifique* tramite l'art. 2 della *loi* n. 2020-290, che ha modificato il *Code de la santé publique*, attribuendo al nuovo organo il compito di adottare pareri sullo stato dell'emergenza sanitaria, ma anche sulle misure limitative delle libertà fondamentali adottate dal Governo. Più approfonditamente, anche per ulteriori richiami dottrinari, v. S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia*, II, il Mulino, Bologna, 2021, 65 ss.; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19, Una prospettiva comparata (aggiornato al 5 maggio 2020)*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 46 ss.

[5] Più in generale, sulla capacità della scienza e della tecnica a incidere radicalmente sul versante dei diritti, ma molto meno su quello dell'organizzazione, v. di recente A. RUGGERI, *Mutamenti di*

dall'altra, ha assunto nei fatti un ruolo centrale nella definizione delle misure in risposta alla pandemia.

La presente analisi vuole offrire un contributo che meglio chiarisca questa centralità acquisita dal Comitato tecnico-scientifico. Le riflessioni che seguono prendono spunto da una ricerca condotta schiettamente sulla prassi, ovvero lo studio e il confronto tra le discussioni svoltesi in seno al CTS e alcune delle misure adottate nel corso dell'emergenza che si sono dimostrate più critiche, ossia quelle limitative della libertà di circolazione. Anticipando in parte le conclusioni che si trarranno, l'impressione di fondo è che non sia possibile offrire una risposta *a priori* e in astratto all'interrogativo se il Comitato vada qualificato come organo puramente "tecnico" o se possa essere accusato di aver svolto una parte "politica": esso ha infatti visto progressivamente condizionare la propria composizione, le funzioni e l'attività esercitata a causa dell'operare di diversi fattori, non sempre prettamente normativi. Per raggiungere l'obiettivo qui prefissato occorre fare maggiore chiarezza su questi fattori, così da poter meglio comprendere quale sia il peso di questo organo, come esso sia andato mutando e, più in generale, come si configuri effettivamente il contributo di scienza, politica e diritto in risposta alla crisi pandemica.

2. Due premesse su libertà di circolazione e CTS

Sempre introduttivamente occorre svolgere due premesse relative ciascuna ai termini oggetto della riflessione, così da chiarire meglio il metodo di analisi ed entrare nel vivo di alcune problematiche cruciali emerse nel corso della pandemia.

La prima premessa si appunta sulla libertà di circolazione e sulla necessità di circoscriverne i confini. Fin dall'inizio della pandemia sono state messe in evidenza le criticità sollevate dagli interventi restrittivi in punto di rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, la difficoltà di inquadrare precisamente quali fossero i diritti e le libertà che sono stati limitati, allo scopo di individuare le rispettive garanzie e valutare così la legittimità delle scelte operate dal Governo.

L'attenzione, come noto, si è concentrata soprattutto sulla distinzione tra limiti alla libertà personale, limiti alla libertà di circolazione e obblighi derivanti da prestazioni personali. Si tratta di un discrimine che in tutta la storia repubblicana ha sollevato un acceso dibattito[6], e che di recente ha trovato

contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta), in *Consulta Online*, 16 marzo 2020, 137 ss.

[6] Sul punto basti rinviare alle recenti ricostruzioni in G. D'AMICO, *La libertà "capovolta". Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, spec. 49 ss.; G.P. DOLSO, *Circolare liberamente. Principi, interpretazioni e disciplina emergenziale*, Editoriale Scientifica,

nuovo alimento con l'avvento della pandemia[7]. Si ritiene comunemente che numerose misure abbiano assunto la consistenza delle ultime due limitazioni, dimostrandosi così sufficientemente rispettose – ma il punto è invero problematico, come si vedrà[8] – della riserva di legge relativa agli artt. 16 e 23 Cost., senza dover sottostare alle più pesanti condizioni imposte dalla riserva di legge assoluta e dalla riserva di giurisdizione all'art. 13 Cost. Ci si muove tuttavia su un crinale molto sottile, rispetto al quale occorre verificare davvero in concreto

Napoli, 2021, 17 ss.; C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 96 ss.

Ai fini del presente discorso, basti sottolineare come un primo criterio discretivo si basi sulla distinzione tra gli atti coercitivi, riconducibili all'art. 13 Cost., nella logica del tradizionale *habeas corpus*, e atti obbligatori sarebbero riconducibili agli artt. 16 e 23 Cost., su cui v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, 172 ss.; G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Giappichelli, Torino, 2006, 560 s. In senso analogo, ma con i dovuti distinguo, v. anche L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, 73 ss.; G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, 51 s.; nella giurisprudenza costituzionale, però, si v. quel problematico filone che sottrae alle garanzie all'art. 13 Cost gli atti che incidono solamente sull'aspetto esteriore, o impongono limitazioni lievi e momentanee all'individuo (*ex multis* sentt. nn. 30/1962, 13/1972, 105/2001, 222/2004). Propende per una distinzione tra coercizione e obblighi anche A. CERRI, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXI, 1991, 5.

Secondo altri le limitazioni alla libertà personale si concretizzano in una lesione della "libertà morale" (cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 111 s.) o della "dignità sociale" (A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, spec. 119 ss.), o in quella che nella giurisprudenza costituzionale viene inquadrata come «degradazione giuridica dell'individuo», che si fa solitamente conseguire ad una menomazione che implichi un «assoggettamento totale della persona all'altrui potere» (*ex multis*, sentt. nn. 11/1956, 68/1964, 210/1995).

Altri guardano invece al bene giuridico inciso, per cui: «quando uno di tali provvedimenti impone un obbligo positivo di circolare o soggiornare solo entro una data circoscrizione territoriale, esso limita la libertà personale, mentre, se contiene esclusivamente un obbligo negativo di non circolare o soggiornare in determinate parti del territorio, limita la libertà di circolazione e di soggiorno» (cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 16). Altri ancora sostengono che solo gli atti a carattere generale che incidono sulla libertà di circolazione sarebbero sussumibili nell'ambito di applicazione dell'art. 16 Cost., mentre quelli a carattere singolare dovrebbero essere ascritti all'art. 13 Cost. (cfr. M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e soggiorno. Dall'unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, IV, II, Neri Pozza, Vicenza, 1967, 548).

Su tutto, a complicare ulteriormente il quadro, vale anche che il riferimento a limitazioni stabilite «in generale» dalla legge, di cui all'art. 16 Cost., impone il divieto di discriminazioni di gruppo o personali, ma non esclude che certe misure si possano assumere prendendo in considerazione alcuni profili soggettivi attinenti alla personalità dell'interessato, se riferiti a motivi sanitari (cfr. U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, 1989, par. 2).

[7] Per un giudizio sulle misure adottate durante la pandemia a partire dagli argomenti della dottrina più risalente, v. ad es. in generale R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali, Forum "La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali"*, 23 aprile 2020, 656 ss.

[8] V. anche *infra* par. 4.2.

quali siano gli effetti di una misura che, in astratto, potrebbe essere stata concepita per incidere solamente su alcuni diritti e non altri[9].

Ai fini del presente discorso, dunque, le misure prese direttamente in considerazione sono quelle di contenimento e precauzionali che si sostanziano nella sorveglianza fiduciaria e nella quarantena – ossia l'ipotesi più controversa nella sua non riconducibilità alla libertà personale[10]; nella limitazione alla frequentazione di luoghi all'aperto o luoghi aperti al pubblico nei quali svolgere attività ludiche, ricreative, sportive e motorie; nell'obbligo di mantenere la distanza interpersonale; nel divieto di ingresso, di uscita e di circolazione all'interno del territorio comunale, provinciale o regionale; sino al divieto o alle condizioni poste per varcare i confini nazionali.

Alla difficoltà di distinguere e inquadrare correttamente le libertà soggette a limitazione, inoltre, si aggiunge anche la necessità di considerare come numerose misure sono destinate inevitabilmente a riverberarsi anche su altre e distinte libertà costituzionali. Ciò appare evidente negli interventi – sempre presi qui in considerazione – sul servizio di trasporto pubblico di persone, che intersecano la libertà di iniziativa economica; le limitazioni ai viaggi di istruzione, rispetto al diritto all'istruzione; le speciali regole per la circolazione degli operatori sanitari, rispetto alla tutela della salute.

In definitiva le misure oggetto di scrutinio, sebbene eterogenee e dal problematico inquadramento, si sono rivelate un campione quantitativamente e

[9] Cfr. P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2022, 274.

[10] E che a parere di chi scrive si sostanzia in una limitazione alla libertà di circolazione o al più in un obbligo derivante da prestazione personale.

Ritengono che sia riconducibile ad una limitazione della libertà di circolazione, ad esempio, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 10 aprile 2020, 127, in ragione della ricostruzione teorica offerta alla libertà personale, nel senso della mancanza sia di un apprezzamento moralmente negativo del soggetto sottoposto a quarantena, sia della mancanza della coazione fisica a sostegno di tale misura; oppure M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2020, in ragione dell'assenza di forme di valutazione che aprano a rischi di arbitrio e discriminazione.

Anche D. MORANA, *Le libertà costituzionali in emergenza: spigolature tra libertà personale, circolazione del territorio e prestazioni personali imposte*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020 142 ss., esclude che venga in gioco la libertà personale, ma esclude altresì una limitazione alla libertà di circolazione, in quanto questa si riferisce a restrizioni rivolte ad una collettività e non ai singoli; si sarebbe invece in presenza di una prestazione personale *ex* art. 23 Cost.

Viceversa, vi è chi come M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 190, ritiene che si tratti di una misura limitativa della libertà personale in quanto non disposta in "via generale", secondo quanto disposto dall'art. 16 Cost., ma nei confronti di specifici individui; anche per G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta-online,* 1, 2020, 6 aprile 2020, 196, si tratterebbe di una forma di privazione della libertà personale.

qualitativamente consistente per poter trarre le dovute conseguenze ai fini della presente analisi.

La seconda premessa riguarda invece più direttamente il CTS. Visto l'ampio spettro di misure prese in considerazione, la ricerca ha imposto necessariamente una disamina di tutti i verbali disponibili sulle discussioni interne al Comitato. Questo studio, tuttavia, va incontro ad alcune difficoltà.

Da una parte, tali documenti non offrono dei resoconti stenografici delle discussioni, per cui può risultare arduo stabilire, se non il "se", almeno il "come" certi argomenti sono stati trattati; dall'altra, i verbali vengono pubblicati solo dopo 45 giorni dalla data della riunione, escludendo quindi dalla rassegna le sedute più recenti.

Inoltre, si tratta di documenti che – come noto – sono stati stilati senza essere inizialmente destinati alla diffusione esterna, ovvero senza la preoccupazione di dover assolvere ad un onere di trasparenza e pubblicità sull'attività del CTS che permettesse di esercitare un controllo da parte dei cittadini, dei mezzi di informazione o della comunità scientifica, così da contribuire a legittimare l'operato di questo organo[11]. Da qui un ulteriore elemento di complicazione nella relativa lettura, nonostante fosse fin da subito evidente come le valutazioni espresse avessero assunto un rilievo di primaria importanza nella formazione delle decisioni governative.

3. L'evoluzione nel ruolo del CTS

Il CTS, come noto, viene istituito dall'O.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630, con funzioni strumentali e di supporto al Capo del Dipartimento della protezione civile nell'ambito degli interventi – e limitatamente ad essi – indicati dalla stessa ordinanza[12].

[11] Come osservato già da G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *Biolaw Jurnal*, special issue 1, 2020, 91. Il riferimento va al contenzioso amministrativo scaturito a seguito del diniego opposto dal Dipartimento di protezione civile alle istanze di accesso civico di alcuni verbali delle sedute del CTS, su cui si è pronunciata prima la sez. I *quater* del T.A.R Lazio, con sent. 22 luglio 2020, n. 8615, poi la sez. III del Consiglio di Stato, con sent. 10 settembre 2020, n. 5426; su queste vicende v. A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, 3, 2020, 3287 ss.; F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, cit., spec. 147 ss.

[12] Tale ordinanza, all'art. 1, c. 2, fa riferimento all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'emergenza oltre che degli interventi urgenti e necessari per la rimozione delle situazioni di pericolo per la pubblica e privata incolumità, con particolare riferimento alla prosecuzione delle misure urgenti già adottate dal Ministro della salute con le ordinanze indicate in premessa, alla disposizione di eventuali ulteriori misure di interdizione al traffico aereo, terrestre e marittimo sul territorio nazionale, al rientro delle persone presenti nei Paesi a rischio ed al rimpatrio assistito dei cittadini stranieri nei Paesi di origine esposti al rischio, all'invio di personale specializzato all'estero, all'acquisizione di farmaci, dispositivi medici, di protezione

Molto presto, tuttavia, il Comitato assume una valenza consultiva sia in relazione ai quesiti che gli venivano sottoposti anche da altre autorità del Governo, sia su questioni molto più ampie. E fin da subito si sono verificati vari momenti di convergenza e divergenza rispetto alle misure poi varate.

Tra i primi si consideri quanto accaduto nel febbraio 2020, con il passaggio dalle restrizioni da livello locale a nazionale. In questa fase, ad esempio, il Governo ha recepito le indicazioni del CTS con ordinanze del Ministero della salute *ex* art. 32 della legge n. 833/1978 e con d.P.C.M. per quanto riguarda la regolazione in alcune zone del territorio lombardo della quarantena, l'isolamento domiciliare fiduciario, il divieto di allontanamento e di accesso a determinati Comuni[13], o per la raccomandazione di limitare gli spostamenti delle persone fisiche ai casi strettamente necessari[14]. Vi sono ipotesi di condivisione espressa successivamente all'adozione delle misure, come per la decisione di estendere su tutto il territorio nazionale le limitazioni alla libertà di circolazione prima disposte solo per alcuni territori[15]. Addirittura, in alcuni casi, ci sono

individuale, e biocidi, alla requisizione di beni mobili, mobili registrati e immobili, anche avvalendosi dei Prefetti territorialmente competenti, nonché alla gestione degli stessi assicurando ogni forma di assistenza alla popolazione interessata; al ripristino o potenziamento della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture necessari al superamento dalla specifica emergenza ed all'adozione delle misure volte a garantire la continuità di erogazione dei servizi di assistenza sanitaria nei territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea.

[13] V. ord. Min. sal. 21 febbraio 2020, rispetto alle indicazioni formulate nella seduta del CTS dello stesso giorno.

[14] V. d.P.C.M. 8 marzo 2020, rispetto alle indicazioni formulate nella seduta del 7 marzo 2020.

[15] È quanto disposto dal d.P.C.M. 9 marzo 2020, oggetto poi di condivisione del CTS (cfr. verbale n. 23 del 10 marzo 2020). Questo atto governativo apre però a ben altre problematiche giuridiche, soprattutto in punto di legalità, dal momento che il d.l. n. 6/2020, all'art. 1. c. 2, lett. a, autorizzava i d.P.C.M. a disporre il «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata», e non a intimare di «evitare ogni spostamento delle persone fisiche [...] all'interno dei medesimi territori». Sottolinea questo aspetto G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2020, 568 ss. Sulle difficoltà interpretative poste da tale previsione, ch potrebbero intendersi anche come divieto di uscire dalla propria abitazione, v. G. SALVADORI, *Il periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del COVID-19*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2020, 309 ss.; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19,* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 420 ss. Osserva anche P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 11, come tale estensione sia stata possibile in forza dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, che consente alle «autorità competenti» di adottare «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi» espressamente indicati. Sulle problematiche sollevate da tale previsione, soprattutto in punto di rispetto del principio di legalità quanto alle autorità competenti e al tipo di misure che potevano essere introdotte, sia consentito rinviare all'analisi in G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.s., 2020, 359.

misure suggerite dal Comitato, come la sospensione dei viaggi di istruzione in tutta Italia, che solo in un secondo momento verranno adottate dal Governo[16].

All'opposto si segnalano anche divergenze, a partire dall'adozione di misure non discusse in seno al CTS. È quanto accaduto paradigmaticamente con l'ord. Min. sal. 20 marzo 2020, sul divieto di accesso del pubblico ai parchi, alle aree gioco e ai giardini pubblici, e il divieto di svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto se non in prossimità della propria abitazione. Inizialmente tale misura non era stata prevista dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, fra quelle da disporre tramite d.P.C.M.[17], sebbene successivamente sia stata ricompresa dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 tra quelle adottabili[18]. Nelle sedute del 31 marzo e del 14 aprile il CTS ha suggerito significativamente un approccio "più morbido", che tenesse conto delle esigenze legate a «la salute psico-fisica dei soggetti in età evolutiva»[19].

A partire dalla c.d. fase II dell'emergenza, iniziata grossomodo nell'aprile 2020, il CTS ha sentito sempre più l'esigenza di affermarsi come organo di indirizzo e raccomandazione: come riportato inizialmente in alcune sedute[20], il CTS ha chiarito come il proprio contributo dovesse sostanziarsi nell'espressione di "raccomandazioni generali", dovendo spettare ai proponenti i vari quesiti la declinazione di indirizzo ed operativa più appropriata[21].

Fin dai primi momenti di risposta alla crisi, dunque, vi è stato uno scollamento tra le competenze assegnate a livello normativo e quelle effettivamente esercitate, dando origine ad una vera e propria evoluzione in via di prassi che successivamente si è sviluppata in termini affatto lineari e senza raggiungere approdi certi. Come anticipato, l'attenzione verrà concentrata proprio sui fattori e le variabili che si ritiene abbiano condizionato tale processo di trasformazione, secondo la prospettiva di analisi qui privilegiata.

[16] Su questo aspetto, v. verbale CTS n. 12 del 28 febbraio 2020, cui fa seguito il d.P.C.M. 1 marzo 2020, che sospende i viaggi di istruzione fino alla data del 15 marzo 2020, salvo poi sospenderli per tutta la durata dell'emergenza con il d.P.C.M. 4 marzo 2020.

[17] Sebbene avrebbe potuto essere introdotta in forza dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, andando incontro alle problematiche cui si è fatto cenno *retro* alla nota 10.

[18] Art. 1, c. 2, lett. b., del d.l. n. 19/2020. Ad essa ha fatto seguito la circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020, che ha "chiarito" la distinzione tra attività motoria e sportiva (jogging). Un riferimento a questa successione di atti anche in G. SALVADORI, *Il periplo dell'isolato*, cit., 313 e G.P. DOLSO, *Circolare liberamente*, cit., 92 ss.

[19] Cfr. verbale CTS n. 40 del 31 marzo 2020.

[20] Cfr. verbali CTS n. 66 del 4, 5 e 6 maggio, e n. 74 del 15 maggio 2020.

[21] Tale funzione è stata poi sancita a livello normativo dall'allegato 10 del d.p.c.m. 11 giugno 2020.

4. I fattori di mutamento

4.1 L'andamento dell'epidemia e i cambiamenti nelle strategie di risposta

I primi tra questi fattori sono legati all'andamento dell'epidemia e, conseguentemente, al mutare delle strategie di risposta da parte del Governo e dei soggetti in esse coinvolti.

Innanzitutto, il CTS ha avuto diverse occasioni per puntualizzare come l'esercizio di determinate competenze potesse trovare giustificazione solamente nelle fasi iniziali della pandemia, mentre dopo tali competenze avrebbero dovuto essere riassorbite dai canali di gestione "ordinaria" dell'emergenza, lasciando in capo al Comitato – come ricordato – l'esercizio di sole funzioni di indirizzo e raccomandazione.

È quanto chiaramente accaduto, ad esempio, in occasione di un'aspra polemica scoppiata tra il CTS e il commissario straordinario per l'emergenza epidemiologica a proposito delle valutazioni circa l'efficacia dei dispositivi di protezione individuale che possono essere equiparati a quelli previsti dalla normativa vigente[22]; valutazioni che, a giudizio del Comitato, avrebbero dovuto «ritornare nell'alveo della gestione ordinaria con valutazioni d'idoneità all'impiego formulate dagli organi/istituzioni deputati allo scopo»[23]. Ed infatti, nel prosieguo della crisi, il CTS ha finito per limitarsi ad acquisire i pareri del gruppo di lavoro presso l'INAIL senza spendere, di fatto, un'istruttoria approfondita[24].

Ad una logica analoga – venendo più da vicino alle misure limitative della libertà di circolazione – possono essere ricondotti i pareri resi a proposito della sperimentazione dei c.d. voli *covid-tested* o *covid-free*, ovvero voli che, in base al regime allora in vigore, erano da riservarsi a coloro che decidevano volontariamente di sottoporsi ad un controllo preventivo prima della partenza, senza dover osservare ulteriori restrizioni al momento dell'arrivo come l'isolamento fiduciario. Il CTS, mentre si è espresso inizialmente sulla proposta di progetto-pilota presentatagli[25], in seguito ha più volte rimesso alla Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della Salute una più approfondita analisi per la decisione sull'ulteriore applicazione del protocollo e la sua estensione ad altre tratte[26].

[22] V. art. 5-*bis* d.l. 17 marzo 2020, n. 18, aggiunto in sede di conversione dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

[23] V. verbale CTS n. 65 del 3 maggio 2020. La polemica, si ricorderà, riguardava presunti ritardi che venivano imputati al Comitato.

[24] Analogamente è accaduto con gli studi clinici della commissione consultiva tecnico-scientifica di AIFA.

[25] V. verbale CTS n. 111 del 1° ottobre 2020.

[26] V. verbali CTS n. 149 del 29 gennaio 2021, n. 151 del 4 febbraio 2021, n. 5 del 2 aprile 2021. Successivamente, numerose ordinanze del Ministero della salute che hanno esteso tale

Successivamente si possono distinguere alcuni momenti in cui si prende formalmente atto sia della dilatazione dello spettro delle questioni sottoposte all'attenzione del CTS, sia del diverso contributo da esso arrecato in ciascuna di esse, con l'attribuzione al Comitato di nuove funzioni che, in via di fatto, aveva già cominciato ad esercitare.

Così è avvenuto con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che ha stabilito la necessità che i d.P.C.M. siano «adottati sentito, di norma», il Comitato, riconoscendo e stabilizzando così quella attività consultiva e latamente preparatoria che il CTS svolge sui d.P.C.M. Questi atti, nel loro preambolo, cominceranno a richiamare abbondantemente i verbali delle sedute del Comitato[27].

Analogamente è avvenuto anche con il riconoscimento della forte attività concertativa svolta dal CTS su protocolli e linee guida. Il d.P.C.M. 7 agosto 2020 ha così assegnato al Comitato – e solo ad esso – il compito di "validare" i protocolli che possono derogare agli obblighi di utilizzare le misure di protezione delle vie respiratorie e mantenere il distanziamento fisico[28], soprattutto con il circolare delle prime varianti e la necessità di adottare nuove misure restrittive, ad esempio, nell'organizzazione del trasporto pubblico locale[29].

La qualificazione del tipo di contributo arrecato dal Comitato, tuttavia, rimane circondato da una sorta di ambiguità. Si pensi a quanto accaduto con l'introduzione del nuovo sistema di distinzione tra Regioni, cui corrispondono diverse limitazioni alla libertà di circolazione, in rapporto allo scenario di gravità e al grado di rischio, di cui al d.P.C.M. 3 novembre 2020 e successivamente al d.l. 9 novembre 2020, n. 149. La classificazione nelle diverse categorie sarebbe stata stabilita con ordinanza del Ministro della salute, fra l'altro, sulla base dei dati elaborati dalla cabina di regia – sulla quale si ritornerà – di cui al d.m. 30 aprile 2020, «sentito il Comitato tecnico scientifico sui dati monitorati». A più riprese il CTS ha chiesto chiarimenti sulla sostanza del suo contributo alla luce delle disposizioni normative citate[30], ricevendo in risposta una nota interpretativa dell'ufficio di gabinetto del Ministro della salute datata 20 novembre, con cui si puntualizzava che: «dato il rilievo istituzionale e le competenze tecnico scientifiche presenti all'interno del [CTS], ogni ulteriore valutazione resa dallo stesso *potrà costituire un utile contributo* alle determinazioni

sperimentazione non hanno più richiamato nel preambolo il parere del CTS (v. ordd. Min. sal. 9 marzo 2021, 14 maggio 2021, 11 agosto 2021).

[27] Cfr. verbali CTS n. 60 del 27 aprile 2020, n. 88 del 12 giugno, n. 95 del 16 e 20 luglio.

[28] Art. 1, c. 3, d.P.C.M. 7 agosto 2020, come rilevato nel verbale CTS n. 100 del 10 agosto 2020. V. anche la precedente ord. Min. sal. 1 agosto 2020, per gli aspetti relativi all'uso delle mascherine e alla distanza di sicurezza interpersonale.

[29] Cfr. verbale CTS n.118 del 17 ottobre 2020.

[30] Cfr. verbali CTS nn. 124, 125, 126 rispettivamente dell'8, 9 e 13 novembre 2020.

dell'organo politico in sede di adozione dei provvedimenti contemplati dalla normativa richiamata»[31].

4.2 I cambiamenti nel sistema di *governance* dell'emergenza

Un ulteriore fattore che ha contribuito alla citata evoluzione nel ruolo del CTS può essere individuato nell'aumento del numero dei soggetti coinvolti nella gestione dell'emergenza pandemica, i quali finiscono per comporre un reticolo intricato in cui sia la composizione, sia le competenze del Comitato sono sottoposte ad interferenze.

Sotto il primo profilo, basti pensare come durante l'esperienza del Governo Conte II, entro cui il CTS è stato istituito, questo organo abbia visto progressivamente ampliare la propria composizione interna[32], soprattutto in corrispondenza dell'istituzione nell'aprile 2020 del Comitato di esperti in materia economica e sociale (c.d. Comitato Colao)[33], il quale è stato chiamato a supportare il Presidente del Consiglio nell'affrontare la fase II dell'epidemia. Lo stesso d.P.C.M. istitutivo di questo secondo comitato prevede che esso «opera in coordinamento» con il CTS[34].

Sotto il secondo profilo, si consideri la già citata Cabina di regia di cui al d.m. 30 aprile 2020, composta da rappresentanti dell'Istituto Superiore della Sanità e delle Regioni, cui viene sostanzialmente rimessa la decisione circa la classificazione delle Regioni in base ai diversi scenari di gravità e gradi di rischio, decentrando questo tipo di valutazioni presso questo organo e sottraendo al CTS la possibilità di esercitare un apporto effettivo[35].

4.3 L'incepparsi del sistema: i difetti di cooperazione

La complessa macchina istituzionale costruita per affrontare la pandemia può funzionare solamente a patto che ciascuno degli attori coinvolti garantisca la propria cooperazione nell'assunzione delle decisioni cui si è chiamati a contribuire e nel perseguimento della strategia complessiva di risposta all'emergenza. Diversamente, si rischia non solo di compromettere l'efficacia delle misure da

[31] Enfasi aggiunta.

[32] V. o.c.d.p.c. 18 aprile 2020, n. 663 e 15 maggio 2020, n. 673.

[33] Art. 1 del d.P.C.M. del 10 aprile 2020.

[34] Art. 2, c. 1, d.P.C.M. 10 aprile 2020. Per un primo raffronto tra i due organi, v. G. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, 285 ss.

[35] Sebbene il CTS sia stato coinvolto su altri profili, come ad esempio la revisione dei 21 indicatori precisati dal d.m. 30 aprile 2020 sulla cui base veniva stabilita la classificazione delle Regioni, per la quale il CTS è stato coinvolto nel tavolo tecnico preparatorio (cfr. verbale n. 162 CTS del 5 marzo 2021), arrecando un contributo che ha avuto riscontri all'esito dei lavori (cfr. verbale CTS n. 19 del 18 maggio 2021).

adottare, ma anche di impedire ad altri soggetti di esercitare le relative competenze. Anche da questo punto di vista, il CTS ha subito dei condizionamenti esterni che si sono riverberati sulla propria capacità di formulare pareri e raccomandazioni.

I principali difetti di cooperazione sofferti dal Comitato si attestano sul versante dei rapporti con le autonomie territoriali. In particolare, il CTS ha accusato in più occasioni un difetto nella trasmissione dei dati regionali necessari per garantire «lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali», i quali dovrebbero essere trasmessi giornalmente, oltre che al Ministero della salute, all'ISS, anche al Comitato[36]. Analogamente si è verificato per i dati necessari alla classificazione delle Regioni in base allo scenario di gravità e al grado di rischio, cu sui – come visto – il CTS deve essere sentito per consentirgli di formulare gli indirizzi giudicati opportuni[37].

Le Regioni e gli enti locali, in altre occasioni, si sono dimostrati più direttamente responsabili della mancata trasmissione delle informazioni, come accaduto per le misure limitative della libertà di circolazione[38]. In tali circostanze, soprattutto legate al trasporto pubblico locale, il CTS ha avuto modo di denunciare quegli enti territoriali che «adottano in maniera autonoma e non coordinata iniziative che talora determinano disorientamento nei cittadini, anche attraverso una non corretta attività di comunicazione istituzionale che è apparsa in più di un'occasione ondivaga e imprecisa»[39]; oppure lamentando «che dopo la prima fase post-lockdown, in cui si è osservata grande attenzione nell'applicazione delle raccomandazioni, nel successivo periodo si è registrato un minore grado di diligenza alla loro puntuale applicazione»[40].

È ragionevole ritenere che sia stato anche in risposta a questi episodi che il Governo ha stabilito con d.P.C.M. 7 agosto 2020 – come ricordato – che determinate previsioni potessero essere derogate esclusivamente da protocolli validati dal CTS; sebbene il rafforzamento delle competenze a livello normativo non sia affatto garanzia di una maggior sinergia tra attori istituzionali, come insegnano le difficoltà nella riorganizzazione sempre del trasporto pubblico

[36] In base all'art. 1 c. 16, d.l. 16 maggio 2020, n. 33. Ad es. v. verbali CTS nn. 79 e 80 del 22 e del 25 maggio 2020.

[37] Cfr. verbale CTS n. 124 del 8 novembre 2020.

[38] Cfr. ad es. verbale CTS n. 110 del 29 settembre 2020, ove il Comitato sollecita la Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute «di farsi parte attiva con il Ministero dell'interno» per pervenire ad una tempestiva conoscenza delle diverse aree del territorio nazionale interessate da decisioni e ordinanze poste in essere dagli enti territoriali.

[39] «Al riguardo, il CTS ritiene che solo un'azione condivisa e coordinata – anche degli enti locali – può consentire la migliore gestione della contingenza epidemica, anche in riferimento agli attuali indici epidemiologici» (cfr. verbale CTS n. 94 del 7 luglio 2020).

[40] Cfr. verbale CTS n. 122 del 31 ottobre 2020.

locale da parte delle amministrazioni regionali, su cui pure il CTS aveva speso i propri pareri senza che questi – si lamenta – abbiano avuto seguito[41].

4.4 La qualificazione fornita da altri soggetti

Il "peso" delle valutazioni espresse dal CTS può mutare – *i.e.* avere o meno un seguito – in rapporto a diverse variabili, come il tipo di funzioni attribuite a tale organo, il settore materiale in cui esse ricadono, ma anche la tipologia dei soggetti interlocutori e, in ultimo, le determinazioni dei decisori politici responsabili. Ciò non toglie che vi siano soggetti diversi dalle autorità politiche, e nella specie le corti, che hanno concorso ad arricchire tale peso e la valenza che i giudizi del CTS ricoprono all'interno del circuito decisionale.

Vi sono infatti numerose pronunce, segnatamente di giudici amministrativi, che, nel sindacato sulla discrezionalità amministrativa del Governo spesa nell'adozione delle misure di contrasto alla pandemia, hanno fatto abbondante richiamo ai giudizi, alle posizioni e ai dibattiti all'interno delle sedute del Comitato. Le valutazioni del CTS, infatti, sono state qualificate alla stregua di evidenze da assumere necessariamente a fondamento tecno-scientifico delle misure, soprattutto se produttive di limitazioni alle libertà fondamentali. Ciò è avvenuto nell'ambito del giudizio di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che i giudici amministrativi svolgono rispetto al rischio, che deve essere superato per ritenere rispettato il principio di proporzionalità, o più in generale per verificare la sussistenza di un difetto di motivazione e di istruttoria, la manifesta illogicità ovvero la palese erroneità delle valutazioni espresse dal Governo[42]. Quest'ultimo, da una parte, non potrebbe pretermettere o limitarsi a non condividere i pareri del CTS senza entrare nel merito dei giudizi espressi da esso; dall'altra, il Governo viene sottoposto ad un controllo giurisdizionale senza che però il giudice amministrativo possa sostituirsi all'autorità politica, dovendo questi limitarsi a verificare che le decisioni adottate rientrino o meno nelle scelte possibili sulla base delle evidenze tecnico-scientifiche[43].

[41] Cfr. verbale CTS n. 102 del 26 agosto 2020.

[42] Delle molte pronunce aventi ad oggetto le misure adottate in contrasto alla pandemia, tra quelle che più coinvolgono il CTS, entro vicende che invero non coinvolgono direttamente la libertà di circolazione, si v. T.A.R. Lazio, sez. I, sent. 19 febbraio 2021, n. 2102, sull'uso indiscriminato delle mascherine per i minori tra i 6 e 11 anni in ambito scolastico; TAR Lazio, sez. I, ord. 26 marzo 2021, n. 1946, sulla sospensione delle attività scolastiche nelle c.d. zone rosse; T.A.R. Lazio, sez. III-quater, sent. 4 giugno 2021, n. 6598, sul differimento nella somministrazione della seconda dose del vaccino anticovid-19.

[43] Più in generale, sulla latitudine del sindacato giurisdizionale nei confronti di decisioni normative aventi un fondamento tecnico-scientifico, v. D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pacini, Pisa, 2021, 231 ss.

La rilevanza istruttoria delle valutazioni espresse dal CTS, tuttavia, è stata rimarcata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 198/2021, depositata il 22 ottobre 2021. In tale occasione il Giudice delle leggi ha rigettato, fra l'altro, le censure mosse contro il d.l. n. 19/2020 che, nel prevedere una serie di misure limitative dei diritti fondamentali, compresa la libertà di circolazione, demandava a successivi d.P.C.M. la scelta del se e quali misure concretamente disporre. Tale sequenza di atti si porrebbe – secondo il giudice rimettente – in contrasto con il principio di legalità delle sanzioni amministrative, le quali, benché individuate dall'art. 4 del d.l. n. 19/2020, scatterebbero in corrispondenza delle limitazioni – fra cui il divieto di allontanamento dalla propria abitazione senza giustificato motivo – disposte con d.P.C.M., al quale dunque verrebbe sostanzialmente "delegato" la definizione degli illeciti amministrativi, alla stregua di un improprio esercizio di potestà legislativa primaria.

La Corte supera le censure lamentate ritenendo – per quanto qui di maggiore interesse – che i d.P.C.M. costituiscano solamente esercizio di potestà amministrativa, ancorché generale, e che le misure di contenimento viceversa siano state sufficientemente tipizzate dal decreto-legge che li ha configurati. In particolare, tale tipizzazione è avvenuta grazie al richiamo da parte del d.l. ad alcuni criteri capaci di orientare l'esercizio della discrezionalità amministrativa, ovvero i «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso»[44]. In tale senso assume rilievo la necessità – come anticipato – che «[p]er i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità», i d.P.C.M. siano adottati «sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico»[45]. In questo modo, secondo la Corte, il coinvolgimento del CTS «supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale», imponendo «un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa»[46].

Così facendo, la Corte costituzionale non solo ha avallato gli indirizzi della giurisprudenza amministrativa che guardano al contributo del CTS per la sua rilevanza istruttoria ai fini del controllo sulla discrezionalità governativa, ma ha avvalorato tale contributo come qualificante ai fini della tipizzazione del potere

[44] Art. 1, c. 2, d.l. n. 19/2020.

[45] Art. 2, c. 1, d.l. n. 19/2020.

[46] C.cost., sent. n. 198/2021, 6.2 cons. dir. Sebbene la previsione che il parere sia chiesto solamente «di norma» possa lasciare un margine di decisione troppo ampio al Presidente del Consiglio: così M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, 25, 2021, 85, che dubita quindi sull'inquadramento del d.P.C.M. come "atto necessitato", su cui v. *infra* nota 76.

amministrativo, facendone un pilastro per la legittimità del sistema normativo di risposta alla pandemia.

4.5 L'avvicendarsi dei Governi

Da ultimo – ma non certo per rilevanza – occorre sottolineare come la missione del CTS finisca per essere condizionata anche da un fattore essenzialmente politico, ovvero l'identità del Governo in carica, inteso nella sua veste di vertice politico preposto alla gestione dell'emergenza, risentendo di tutte quelle dinamiche legate ad eventuali avvicendamenti e conseguenti mutamenti di indirizzo.

Nel febbraio 2021, ovvero poco prima che l'esperienza del Governo Conte II giungesse al termine, il Comitato sentiva l'esigenza di rimarcare la strumentalità del proprio contributo rispetto alle decisioni spettati propriamente all'autorità politica[47]. Se si guarda alla prassi che si era sviluppata lungo l'arco del mandato del CTS, in tale momento storico questa strumentalità aveva finito per sostanziarsi nell'esercizio di alcune precise funzioni. Dall'analisi degli ordini del giorno, infatti, emerge come il Comitato fosse principalmente impegnato: nella formulazione di indirizzi generali sui dati dell'andamento epidemiologico che venivano impiegati per classificare le Regioni in base allo scenario di gravità e al grado di rischio – poi in base al sistema dei colori[48] –, con una decisione che però si formava propriamente all'interno della citata cabina di regia *ex* d.m. 30 aprile 2020; nell'adottare pareri su dispositivi di protezione individuale equiparabili a quelli previsti dalla normativa vigente, limitandosi però – come detto – alla ratifica delle valutazioni espresse in altre sedi; nel pronunciarsi sulle circolari, i protocolli, le linee guida, i d.P.C.M., attraverso la proposta sia di indirizzi generali, sia di veri e propri emendamenti; a fornire risposte a quesiti specifici formulati da soggetti pubblici, ma anche privati[49], che si concentravano prevalentemente sulla sostenibilità di allentamenti alle misure restrittive o sulla richiesta di autorizzazioni a svolgere determinate attività considerate a rischio.

All'indomani dell'insediamento del Governo Draghi, il nuovo Capo del Dipartimento della Protezione civile ricordava, durante la prima seduta del CTS a cui prendeva parte, come tale organo, «sorto quale struttura tecnica di supporto alla Protezione civile, si è progressivamente evoluto, in forza dei diversi interventi normativi che lo hanno riguardato, fino a divenire organo di

[47] Si legge nel verbale CTS n. 152 del 5 febbraio 2021, come «Il CTS sottolinea che le disposizioni applicative dei pareri e delle procedure analizzate dal Comitato Tecnico Scientifico ovvero le decisioni concernenti l'attuazione o meno delle misure, nonché le tempistiche di esecuzione rimangono in capo alla valutazione del decisore politico».

[48] Secondo il d.P.C.M. 3 novembre 2020.

[49] Come i gestori del servizio ferroviario: cfr. verbali CTS n. 98 del 5 agosto 2020 e n. 107 del 15 settembre 2020.

consulenza di tutti [i] soggetti dell'Amministrazione centrale interessati dalle attività di contenimento della diffusione del Covid-19»[50]. Ben presto, però, si è resa evidente una discontinuità nell'esercizio delle funzioni "strumentali" sopra citate.

Il d.l. 6 agosto 2021, n. 111, avrebbe reso facoltativa la richiesta del parere del CTS sui dati epidemiologici[51]; il Comitato di lì a poco avrebbe smesso di rendere pareri sui dispositivi di protezione individuale equivalenti; il d.l. 18 maggio 2021, n. 65, avrebbe poi sottratto al CTS il compito di esprimersi sulle linee guida e i protocolli da "validare" per derogare agli obblighi sulle misure di protezione delle vie respiratorie e sul distanziamento fisico[52]. Il Comitato ha invece continuato a rispondere ai quesiti nel senso sopra specificato e, a partire dal marzo 2021, invece, ha cominciato ad occuparsi in termini maggiormente consistenti di questioni legate alla campagna di somministrazione dei vaccini e della certificazione verde[53], oltre che ad essere consultato in merito ad eventuali allentamenti delle misure restrittive.

Con il Governo Draghi, dunque, si registra un mutamento nel contributo del CTS rispetto a quegli atti latamente normativi che in precedenza hanno caratterizzato la gestione della pandemia, che si accompagna anche – bisogna osservare – ad una contrazione nella loro adozione[54].

5. Alcuni spunti conclusivi

A partire dalla analisi svolta sul coinvolgimento del CTS nella definizione e adozione delle misure limitative della libertà di circolazione è possibile trarre alcune considerazioni conclusive, che si appuntano su tale organo e, più in generale, sul rapporto tra scienza, politica e diritto nel contrasto alla crisi pandemica.

[50] Verbale n. 1 del 19 marzo 2021.

[51] Cfr. art. 3, c. 1, del d.l. 6 agosto 2021, n. 111.

[52] Cfr. art. 12, c. 1, d.l. 18 maggio 2021, n. 65. Sebbene vi siano stati ulteriori casi in cui al CTS venivano ugualmente sottoposti tali documenti, come le "Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del COVID-19 nel trasporto pubblico", su cui il CTS si è pronunciato il 27 agosto 2021, adottate poi con Ordinanza Min. sal. 30 agosto 2021, che recepisce come «parte integrante» la versione delle linee guida che tiene conto dei termini indicati dal Comitato.

[53] Sul punto, si v. il contributo di Marta Tomasi, il quale mette in luce, fra l'altro, come le decisioni nazionali riguardanti il "green pass" italiano abbiano conosciuto momenti di divergenza tra CTS e decisore politico, il quale, a dispetto delle valutazioni tecniche fornite dal primo nel luglio 2021, ha deciso di non allineare la durata e le condizioni per ottenere la certificazione nazionale a quelle previste per il "Digital Covid Certificate" europeo.

[54] Al 31 gennaio 2022, in cui si scrive, occorre osservare che dopo il d.P.C.M. 17 giugno 2021, i d.P.C.M. successivi che si sono succeduti nella seconda metà del 2021 sono stati prevalentemente dedicati alla disciplina delle certificazioni verdi, di cui all'art. 9 del d.l. 22 aprile 2021, n. 52.

5.1 Sul rapporto tra scienza e politica

La ricostruzione qui proposta mette in luce, innanzitutto, come il contributo tecnico-scientifico alla gestione dell'emergenza pandemica non possa essere qualificato – come anticipato introduttivamente – in termini puramente assoluti e sganciati dal contesto in cui è stato espresso. Qui non interessa tanto stabilire se, nei pareri formulati, il CTS abbia fondato le proprie valutazioni con metodo e criteri rigorosamente tecnico-scientifici oppure abbia espresso apprezzamenti e giudizi latamente "politici"[55]. Il punto da sottolineare, invece, è come il CTS si sia sempre mosso entro una dinamica relazionale, nella quale occorre tener conto della continua e oscillante dialettica che si realizza con le autorità politiche.

In linea di massima si manifesta una strumentalità della tecnica rispetto alla decisione politica. Questo dato emerge soprattutto se si guarda ai mutamenti nelle strategie di risposta alla crisi sanitaria in rapporto all'andamento dell'epidemia, o ai mutamenti del perimetro entro cui la scienza è chiamata ad esprimere le proprie valutazioni, specie con riguardo alle funzioni esercitate dal Comitato, in conseguenza del mutare del Governo in carica. Alla politica, di contro, spetta decidere come dosare un atteggiamento di apertura o di chiusura verso la scienza, nella ricerca di un fondamento tecnico-scientifico a supporto delle misure da adottare. La fissazione di questo equilibrio, tuttavia, apre a scenari problematici.

L'atteggiamento di apertura fa sì che le autorità politiche vedano costantemente nel CTS un termine di confronto – basti pensare anche solo alla frequenza con cui il Comitato è stato convocato e alla mole di pareri e valutazioni ad esso richieste. Occorre però mettere in guardia da due ordini di rischi, per certi versi antitetici.

Da una parte, la politica può stabilire sì di farsi guidare dalla scienza nell'assunzione delle proprie decisioni, ma dovrebbe guardarsi dal ritrarsi eccessivamente[56]. Si pensi a quanto accaduto quando il CTS è stato chiamato ad emendare le previsioni – normative e non normative – con cui sono state introdotte

[55] Osserva E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, 10 s., come qualunque sia il peso decisionale assunto dai tecnici, tali decisioni «non possono offrire la sponda a derive "tecnocratiche" senza che sia, al tempo stesso, sovvertita la posizione costituzionale di arte e scienza, collocate all'interno dei rapporti etico-sociali (art. 33) [...], dal piano delle "libertà" e dei "valori" all'esercizio del "potere"». Più in generale, sui fondamenti costituzionali della libertà di scienza, da individuare negli artt. 9, c. 1 e 33, c. 1 Cost., basti rinviare a G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 107 ss., anche per i richiami dottrinari e giurisprudenziali.

[56] Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, special issue 1, 2020, 120 ss., ove si osserva criticamente come l'atteggiamento di alcuni attori politici sia stato proprio quello di farsi guidare dalla scienza e non semplicemente assistere.

le diverse misure. In questi casi può venir meno una dimensione propriamente dialogica, con il Governo che si limita a dar seguito testualmente alle valutazioni espresse dal Comitato, le quali però danno l'impressione di finire per colmare un vuoto lasciato dal decisore politico.

Dall'altra, e all'opposto, alla politica non è consentito di farsi scienza, cioè sconfinare in un "campo riservato" che non può essere invaso dalla discrezionalità del legislatore[57]. Allo stesso modo, però, la politica dovrebbe guardarsi bene anche dall'operare una strumentalizzazione della scienza e della tecnica nel senso più deteriore del termine. Si pensi alle ipotesi in cui il preambolo di un atto o di una fonte richiama i verbali delle sedute del CTS, nei quali però non si trova alcun riscontro circa una eventuale discussione sulle misure in questione. Qui l'impressione è che la scienza venga invocata come un alibi allo scopo di ammantare di oggettività e scientificità decisioni che rimangono pienamente discrezionali.

Di converso, entrambe queste situazioni inducono a sconfessare quelle letture che identificano nella scienza un possibile terreno "neutrale" e "spoliticizzato" [58]: nelle ipotesi viste, infatti, la scienza è inevitabilmente destinata o – nel primo caso – a dissimulare dietro la propria presunta purezza una vera e

[57] Cfr. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 6. Sul punto basti richiamare le parole della Corte costituzionale, che nella famosa sent. n. 282/2002, in tema di elettroshock e interventi di psicochirurgia, ha stabilito che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" [...]; o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica» (5 cons. dir.). In dottrina, sui vincoli alla discrezionalità del legislatore posti dalle certezze scientifiche e sulle conseguenze in termini di ragionevolezza della legge, cfr. almeno G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del Giudice delle Leggi*, SGB, Messina, 2008; A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Giappichelli, Torino, 2012, 56; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2015, 2, 271 ss.; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2 2016, 1 ss.; osserva A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 152 ss.; G. RAGONE, Eine empirische Wende? *La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Torino, 2020, 119 ss.; L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 146 ss.

[58] Sul punto v. le acute considerazioni in C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, il Mulino, Bologna, 1972, 176 ss. Contro la neutralizzazione della politica, in cui quest'ultima si affida alla tecnica per legittimare il proprio operato, e la spoliticizzazione della tecnica, in cui quest'ultima opera in funzione del potere politico perdendo la propria autonoma legittimazione, v. da ultimo G. AZZARITI, *Diritto o barbarie*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 191.

propria decisione politica o – nel secondo caso – a rendersi preda della forza attrattiva della politica.

Venendo invece al possibile atteggiamento di chiusura della politica verso la scienza, occorre sottolineare come, di per sé, ciò non sia sintomo di un disvalore, nella misura in cui serve a marcare le rispettive differenze e le reciproche distanze[59]. La politica, forte della propria legittimazione democratica, deve assumersi le proprie responsabilità e mantenere l'ultima parola nelle decisioni da prendere, soprattutto qualora sia necessario mediare tra diverse istanze e interessi connessi ad una pluralità di valori costituzionali[60]. Anche qui, tuttavia, sorgono questioni molto delicate.

Una pandemia di questo tipo non può certo essere affrontata facendo a meno dei dati e delle conoscenze fornite dalla scienza. Occorre però acquisire una diffusa consapevolezza, prima a livello di società e poi di attori politici, che la scienza è incerta, e che l'"incertezza" è una dimensione epistemica normale al cospetto di fenomeni così complessi e imprevedibili, nient'affatto equivalente alla "non conoscenza"[61]. In questi mesi, tuttavia, da una iniziale fiducia totale verso gli scienziati, le cui indicazioni dovevano essere semplicemente messe in atto dai decisori politici, si è passati, con la scoperta del dissenso tra gli scienziati, all'idea che il decisore politico possa adottare qualsiasi decisione scientifica senza alcun criterio[62]. Due opposti atteggiamenti che, in forma altrettanto nociva, nascondono un comune pregiudizio antiscientista da parte del responsabile di governo ed una sua refrattarietà al dialogo critico[63].

Di conseguenza, occorre domandarsi se possano esservi ambiti completamente sottratti alla dialettica tra politica e scienza. Lo spunto viene dalla osservazione di quanto non è stato discusso all'interno del CTS. È il caso, ad

[59] Così anche A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto emergenza tecnologia*, disponibile su *Consulta Online*, 2020, 43.

[60] Cfr. G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di) *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 115 ss. Per i richiami alla giurisprudenza costituzionale che si colloca nel solco di questa impostazione, a partire dalla sent. n. 414/1995, v. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, cit., 4 ss.; A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica*, cit., 153 s.; L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, cit.

[61] Cfr. M. TALLACCHINI, *Territori dell'incertezza: scienza,* policy *e diritto nella pandemia*, in M. MALVICINI (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia COVID-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 42.

[62] *Ivi*, 43.

[63] In dispregio a forme di dialogo aperto, comunicazione trasparente, confronto leale, di non elisione rispetto a nessun aspetto o elemento della propria ricerca; così G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, cit., 32, nel sottolineare la differenza tra approccio scientista e antiscientista.

esempio, delle restrizioni concernenti l'entrata e l'uscita dai confini nazioni[64], le cui decisioni non sono mai state oggetto di confronto nel Comitato, bensì ad esclusivo appannaggio del Ministero della salute, il quale ha assunto le relative determinazioni sempre tramite ordinanze *ex* art. 32 della legge n. 833/1978[65]. In base alla disciplina introdotta con i decreti-legge, tali atti sono autorizzati, fra l'altro, a prevedere misure restrittive in questi ambiti «nelle more dell'adozione» dei sopra citati d.P.C.M., secondo un regime disposto sulla base di una intricata normativa nazionale e sovranazionale che invero limita la discrezionalità del Ministro della salute[66].

Bisogna considerare, inoltre, come queste dinamiche dialettiche non siano condizionate solamente – si potrebbe dire – da fattori endogeni. Vi sono infatti elementi esterni a questa relazione che influiscono su di essa e che tendono, rispettivamente, a caricare di significato il contributo tecnico-scientifico oppure a relativizzarlo, se non a depotenziarlo.

Sul primo versante si pensi a quanto è emerso dal tema della giustiziabilità della decisione politico-discrezionale e, di converso, dalla valenza istruttoria e dal peso delle valutazioni del CTS per come riconosciuto dall'autorità giudiziaria e dalla Corte costituzionale. Sul secondo versante, invece, si consideri come il Comitato rappresenti solamente una delle voci che concorrono ad assumere le decisioni all'interno del sistema di *governance* dell'emergenza pandemica. Il variare degli equilibri complessivi che caratterizzano questa complessa macchina si ripercuote sul ruolo del CTS, al limite impedendogli di

[64] Sul punto v. E. PISTOIA, *Cittadinanza europea e Covid-19: cosa è stato del diritto alla libera circolazione e del divieto di controlli alle frontiere interne?*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 13 ss., per una ricostruzione, anche comparata, a proposito delle limitazioni alla libertà di circolazione tra Stati membri di cui alla direttiva UE 2004/38 e le deroghe al divieto di controlli alle frontiere interne di cui al regolamento UE 2016/399.

[65] In alcuni casi i preamboli delle ordinanze hanno richiamato le discussioni all'interno del CTS (es. ord. Min. sal. 9 luglio 2020), sebbene dalla lettura dei verbali non emergessero indicazioni puntuali.

[66] Per la disciplina di questo tipo di restrizioni bisogna fare innanzitutto riferimento alla raccomandazione (UE) 2020/912 del 30 giugno 2020, relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, più volte aggiornata, che elenca all'allegato 1 Paesi verso cui si dovrebbero revocare gradualmente e in modo coordinato le restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali, oltre che indicare i criteri con cui indicare i Paesi che possono essere ricompresi in tale allegato. A livello nazionale, l'art. 2, c. 2 del d.l. n. 19/2020 autorizza le citate ordinanze del Ministro della salute a disporre le misure limitative, fra l'altro, della libertà di circolazione che possono essere disposte con d.P.C.M. solamente «nelle more dell'adozione» di questi ultimi, conservando «efficacia limitata fino a tale momento», e solo «in casi di estrema necessità e urgenza» e per fronteggiare «situazioni sopravvenute». Il successivo art. 1, c. 4, del d.l. n. 33/2020, demanda ai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 19/2020, ovvero i d.P.C.M. e le ordinanze del Ministro della salute, la limitazione degli spostamenti da e per l'estero, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e degli obblighi internazionali. L'art. 49 del d.P.C.M. 2 marzo 2021 elenca le restrizioni per gli spostamenti da e per i Paesi indicati all'allegato 20. Al 31 gennaio 2022 non risultano adottati altri d.P.C.M. in questo senso, per cui nel frattempo sono state adottate decine di ordinanze del Ministro della salute.

fornire il proprio contributo, come è accaduto nel caso dei difetti di cooperazione con le autonomie territoriali.

Una interessante chiave di lettura riconosce come vi sia una relazione circolare tra politica e scienza, tale per cui la scienza è divenuta la più autorevole fonte di conoscenza per il decisore che adotta norme giuridiche, mentre il diritto è divenuto un fattore determinante nell'acquisizione sociale e politica del sapere scientifico[67]. La vicenda del CTS offre interessanti spunti su come occorrerebbe impostare e salvaguardare questo tipo di relazione.

5.2 (*segue*) e sul rapporto tra scienza e diritto

Un secondo ordine di considerazioni conclusive scaturisce, invece, dal rapporto tra scienza e diritto, intese come contributo tecnico-scientifico, da una parte, e fonti normative e atti giuridici adottati, dall'altra.

Dall'analisi delle misure limitative alla libertà di circolazione e dall'esperienza fin qui maturata emerge come vi sia una correlazione tra questi due fattori, la quale può essere così sintetizzata: più le fonti sono "atipiche" (intese come scarsamente tipizzate dalla Costituzione o dalla legge), maggiore è il peso assunto e il grado di coinvolgimento del CTS.

Si consideri innanzitutto la decretazione d'urgenza, ovvero la sola fonte emergenziale che nel nostro ordinamento è stata costituzionalizzata[68]. Qui il Comitato non esprime alcun contributo valutativo nella relativa formulazione[69], salvo le ipotesi marginali in cui i decreti-legge hanno recepito a distanza di tempo indicazioni formulate dal Comitato[70], oppure hanno fatto richiamo a indirizzi generali elaborati dallo stesso[71]. Paradossalmente, con l'entrata in carica del Governo Draghi il preambolo di alcuni decreti-legge ha fatto riferimento per la prima volta ai verbali del CTS, salvo però discostarsi dalle valutazioni espresse dall'organo tecnico[72].

[67] M. TALLACCHINI, *Territori dell'incertezza: scienza,* policy *e diritto nella pandemia*, cit., 40.

[68] Sul punto, sia consentito rinviare alle analisi e i riferimenti in G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze*, cit., 352 ss.

[69] Si pensi, ad es. al d.l. 2 dicembre 2020, n. 158, sui limiti alla circolazione nelle festività natalizie, co al d.l. 13 marzo 2021, n. 30, sui limiti alla circolazione nelle festività pasquali.

[70] Ad es. si veda il verbale n. 133 del 3 dicembre 2020, recante un parere sulla bozza di d.P.C.M. adottato lo stesso giorno: quanto ai limiti di spostamento tra Comuni «il CTS raccomanda, in considerazione delle dimensioni estremamente differenziate dei Comuni, di garantire, comunque, per le realtà più piccole, gli spostamenti per situazioni di necessità e per la fruizione dei servizi necessari». Il d.P.C.M. inizialmente non accoglie tale rilievo, sebbene poi il d.l. 18 dicembre 2020, n. 172, abbia iniziato a modulare i divieti in ragione della dimensione demografica dei Comuni.

[71] È il caso, ad es., del documento "Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale", approvato in CTS con verbale n. 111 del 1° ottobre 2020, richiamato dall'1, c. 16-bis del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, introdotto dal d.l. 9 novembre 2020, n. 149.

[72] È quanto accaduto per la prima volta (salvo errore) con il d.l. 1 aprile 2021, n. 44. Ha fatto seguito il d.l. 22 aprile 2021, n. 52, il quale tuttavia non ha recepito le indicazioni del CTS circa la

Ulteriori strumenti giuridici preposti in via generale ad affrontare le emergenze, poi, sono le ordinanze contingibili e urgenti. Numerose misure limitative alla libertà di circolazione – come più volte detto – sono state introdotte mediante ordinanze del Ministero della salute *ex* art. 32 della legge n. 833/1978, ovvero ordinanze *extra ordinem* in materia di igiene e sanità che possono derogare alla legge[73]. In questo caso vi sono stati esempi significativi – soprattutto nei primi mesi della pandemia, ma anche in quelli successivi[74] – di misure che di fatto sono state concertate con il CTS, ma si segnalano altresì esempi di misure che sfuggono alle valutazioni del Comitato, come accaduto con la classificazione delle Regioni nei vari "colori" o le limitazioni all'entrata e uscita dal territorio nazionale.

Al di là di questi strumenti previsti "tipicamente" dall'ordinamento come emergenziali, i cittadini hanno imparato a conoscere ulteriori atti giuridici "atipici", scarsamente (o per nulla) disciplinati dalle fonti sulla produzione, che per la prima volta sono stati impiegati per fronteggiare l'emergenza e comprimere la loro libertà di circolazione, al limite del rispetto della riserva di legge relativa pur prevista dall'art. 16 Cost.[75].

Primi fra tutti i d.P.C.M., atti dalla incerta qualificazione nel sistema delle fonti, ma che durante la pandemia hanno imposto la propria valenza

necessità di non allentare le misure restrittive (cfr. verbale n. 009 del 20 aprile 2021), salvo invece aumentare il limite del numero massimo di persone cui veniva consentito di recarsi in altra abitazione privata (art. 2, c. 2). Il d.l. 18 maggio 2021, n. 65, invece, accoglieva la proposta del CTS di spostare il coprifuoco alle ore 23 (cfr. verbale n. 017 del 12 maggio 2021).

[73] Riferimenti in E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 67 ss. Osserva invece A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, f.s., 2020, 321 ss., come si sia assistito ad una "ibridazione" con i poteri *extra ordinem* del Governo nell'ambito del sistema di protezione civile.

[74] Si pensi, ad esempio, al regime circa le modalità e i tempi della permanenza dell'obbligo di indossare i dispositivi di protezione delle vie respiratorie all'aperto, su cui il CTS si è espresso il 21 giugno 2021, con indirizzi recepiti dalla ord. del giorno successivo.

[75] Cfr. D. MORANA, *Le libertà costituzionali in emergenza: spigolature tra libertà personale, circolazione del territorio e prestazioni personali imposte*, cit., 141 s., che parla di un "tradimento" di tale riserva di legge, già degradata a relativa nel contesto dell'ordinarietà, a motivo di una normativa ordinaria che ha affidato l'intera definizione delle limitazioni agli atti ad essa subordinati. Sulla posizione della giurisprudenza costituzionale a riguardo della tipizzazione delle misure di contenimento introdotti con atti sublegislativi, v. *retro* par. 3.4 e *infra* alla nota successiva. Non manca però chi riconosca nell'art. 16 Cost. una riserva di legge assoluta, come L. MAZZAROLLI, "Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale, cit., 18, o G.P. DOLSO, *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, EUT Trieste, 2020, 369. Più in generale, per un inquadramento di tale riserva di legge, G. D'AMICO, *La libertà "capovolta"*, cit., 73 ss.; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 274 ss.

normativa[76]. Tali atti, che a partire dal d.l. n. 19/2020 devono essere sottoposti al Comitato per l'espressione di un mero parere, in via di fatto sono stati oggetto di una intensa attività concertativa[77], tanto da essere trasmessi al Comitato prima della relativa adozione per consentire ad esso di formulare veri e propri emendamenti, che vengono solitamente accolti[78].

Vi sono poi le linee guida e i protocolli. Il d.P.C.M. 7 agosto 2020 aveva assegnato al Comitato il compito di "validare" solamente i protocolli che possono derogare agli obblighi di utilizzare le misure di protezione delle vie respiratorie e mantenere il distanziamento fisico. La prassi, tuttavia, ha mostrato come in generale moltissime linee guida e protocolli concernenti l'esercizio della libertà di circolazione siano stati oggetto di ampia concertazione con il Comitato[79], prima che il d.l. n. 65/2021 sottraesse questi atti alle valutazioni dell'organo tecnico.

Da ultimo, ma non per importanza, bisogna fare menzione delle circolari. Questi atti, benché di natura formalmente interna alle pubbliche amministrazioni, producono significativi riflessi esterni nella misura in cui i relativi precetti, nel conformare l'attività amministrativa, impattano sulle libertà

[76] Sul punto, v. ancora G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze*, cit., 365 ss., e la dottrina richiamata. Sulle possibili alternative teoriche con cui la dottrina aveva inquadrato i d.P.C.M., v. anche la schematizzazione recentemente riassunta in M. RUBECHI, *I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi.it*, 27, 2021, 184 ss., anche per la dottrina richiamata, ove si distingue tra d.P.C.M. come espressione del potere di ordinanza in deroga alla legge, come atti aventi natura normativa ma forma amministrativa, come atti amministrativi a carattere generale. Si consideri poi come la sentenza della Corte costituzionale n. 198/2021 abbia qualificato tali atti alla stregua non di provvedimenti *extra ordinem*, bensì di «atti necessitati» in quanto «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissa il contenuto» (8 cons. dir.).

[77] Come esempi di stretto raccordo tra CTS e Governo basti citare il d.P.C.M. 26 aprile 2020, sugli spostamenti consentiti per i tre motivi ivi tipizzati, la disciplina sull'isolamento fiduciario, l'accesso ai parchi, l'esercizio di attività ludica, sportiva e motoria; oppure il d.P.C.M. 17 maggio 2020, pure riguardante questi ultimi aspetti.

[78] Significativi esempi in questo senso sono il d.P.C.M. 13 ottobre 2020, oggetto di discussione nel CTS (cfr. verbale n.116 del 12 ottobre 2020); oppure il d.P.C.M. 18 ottobre 2020 (cfr. verbale n. 119 del 18 ottobre 2020); il d.P.C.M. 24 ottobre 2020 (cfr. verbale n. 121 del 24 ottobre 2020); d.P.C.M. 3 novembre 2020 (cfr. verbale n. 123 del 3 novembre 2020).

[79] Tra i molti esempi, v. "linee guida per la gestione dell'emergenza epidemiologica da covid-19 a bordo delle navi da crociera", "validate" il 5 agosto 2020; "linee guida finalizzate a disciplinare lo svolgimento dei servizi di trasporto scolastico dedicato", "validate" il 10 agosto 2020; "linee Guida per il settore dei trasporti proposte dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti", "validate" l'8 ottobre 2020; "linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini e adolescenti nella fase 2 dell'emergenza covid-19", con proposte accolte nel verbale CTS n. 117 del 14 ottobre 2020 e confluite nel d.P.C.M. 18 ottobre 2020; "linee Guida per l'attività sportiva di base e l'attività motoria in genere" e "linee guida per la gestione in sicurezza di attività educative non formali e informali, e ricreative, volte al benessere dei minori durante l'emergenza COVID-19" (cfr. verbale CTS n. 014 del 5 maggio 2021), approvate con ordinanza del Ministero della Salute e Ministero per le Pari opportunità e la Famiglia 21 maggio, per come "validate" dal CTS.

fondamentali dei cittadini[80]. A questo proposito è sufficiente menzionare un esempio su tutti, ovvero la definizione della durata della quarantena e della sorveglianza fiduciaria, ovvero le misure che forse più incisivamente interessano la libertà di circolazione, regolata con circolari del Ministero della salute fatte oggetto di "approvazione" da parte del CTS[81].

Se le fonti normative costituiscono pur sempre lo specchio della forma di Stato e della forma di governo, allora la gestione dell'emergenza pandemica insegna come i nuovi soggetti tecnici tendino ad innestare il proprio contributo entro procedimenti "normativi" innovativi e poco codificati.

[80] Sulla scarsa attenzione della dottrina verso l'uso delle circolari durante la pandemia, a dispetto della reale consistenza normativa da esse acquisita, cfr. A. CATELANI, *Le circolari della Pubblica Amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia*, in *Società e diritti*, 11, 6, 1 agosto 2021, 41 ss. Sui tentativi di inquadramento dogmatico, l'evoluzione della categoria delle fonti interne alle pubbliche amministrazioni, in particolare delle circolari, e le difficoltà nel ricostruirne i tratti tipici, si v. le recenti ricostruzioni di M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, FrancoAngeli, Milano, 2020; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

[81] Si vedano la circolare 12 ottobre 2020, che recepisce indicazioni in verbale CTS n. 115 del 11 ottobre 2020; la circolare concernente la "gestione domiciliare dei pazienti con infezione sostenuta da sars-cov-2", "approvata" dal CTS (cfr. verbale n. 131 del 27 novembre 2020); la circolare concernente la "variante VOC 202012/01" del 21 maggio 2021, anch'essa "approvata" dal CTS (cfr. verbale n. 019 del 18 maggio 2021).

I PARERI DEL CTS IN TEMA DI MISURE SANITARIE DI PREVENZIONE E CONTRASTO DELLA PANDEMIA. UNA MANCATA OCCASIONE DI "NORMALIZZAZIONE" DEI PROCESSI DI INFORMAZIONE SCIENTIFICA NELLA PRODUZIONE NORMATIVA?*

MARTA TOMASI**

Sommario

1. Il CTS come laboratorio sperimentale della funzione di consulenza scientifica ai decisori pubblici. – 2. Genesi e delineazione della fisionomia di un organo. – 3. Una mappatura trasversale dei pareri relativi a misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. – 3.1. La coerenza interna dei pareri del CTS e la variabilità e necessaria flessibilità dei dati della scienza. – 3.2. L'autorevolezza dei pareri del CTS: competenze e concreta incidenza sulle misure adottate. – 3.3. Il grado di politicità dei pareri del CTS. – 4. Conclusioni. I processi di consulenza tecnico-scientifica fra univocità e dissenso.

Abstract

In the pandemic context, public decision-makers in many jurisdictions have relied on national institutes or agencies that traditionally provide advice and opinions, others have proceeded to activate competent bodies for the management of emergency situations, and still others have resorted to the creation of an ad hoc technical-scientific committee. This contribution aims to map the opinions drawn up by the Italian Scientific Technical Committee (Comitato Tecnico Scientifico) on health measures to prevent and combat the pandemic. The analysis of the role played by this body, within a legal system that is still lagging behind with respect to the definition of technical-scientific consultation procedures, is useful to verify how the permeability between science and politics has taken shape, according to which mechanisms and with which results. The paper will try to understand whether the experience is connoted too strongly by the emergency nature of the situation or whether something can be saved for future improvements.

Suggerimento di citazione

M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica della produzione normativa?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Ricercatrice di diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Trento.
Contatto: marta.tomasi@unitn.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il CTS come laboratorio sperimentale della funzione di consulenza scientifica ai decisori pubblici

La pandemia da Covid-19 è intervenuta sulla questione, a lungo e quasi ovunque dibattuta[1], delle relazioni fra scienza e politica nella produzione del diritto negli ordinamenti contemporanei[2], facendo emergere in maniera più che mai evidente una netta convergenza fra sapere scientifico e decisione politica. Sono affiorate interazioni complesse fra due aree apparentemente eterogenee, che si sono trovate inserite in un inarrestabile moto di collisione: da un lato, infatti, le regole e i principi della scienza hanno fatto irruzione nell'arena politica, ponendosi come guida quasi univoca e determinando quel critico passaggio da decisioni "science based" a decisioni "science driven"[3]. Dall'altro, la polarizzazione della politica ha, almeno in una certa misura, contribuito a inquinare

[1] Nella dottrina italiana i riferimenti monografici minimi sono a S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015 e A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. L'interesse per il tema è divenuto poi dilagante nella letteratura giuridica prodotta negli ultimi anni: si considerino, almeno, A. RUGGERI , *Mutamenti di contesto politico - istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in *Consulta Online*, 16 marzo 2020; A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19* , Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid - 19: qualche annotazione*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto – emergenza – tecnologia*, *Consulta OnLine*, formato e-book, Milano, 2020, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020. Reperibile in: www.forumcostituzionale.it.

[2] L'emergenza sanitaria, peraltro, come molta dottrina ha rilevato, ha contribuito a esacerbare una generale "endemica, strutturale, non più reversibile) crisi delle fonti del diritto (*ex plurimis*, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica,del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 1/2020; IDEM, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta online*, 3/2020; S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020; M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale*, 3£2020, G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria,* in *Rivista AIC*, 1/2021; M. CALAMO SPECCHIA F. SALMONI, A. LUCARELLI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in R*ivista AIC,* 1/2021; A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in R*ivista AIC,* 2/2021; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC,* 2/2021, e il Fascicolo speciale 2020 *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza COVID-19* di *Osservatorio sulle fonti*, reperibile al link: https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file.

[3] Questo problematico passaggio è evidenziato da A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, 1S/2020, p. 120.

anche il dibattito scientifico[4].

Queste dinamiche – che isolate sono parziali e solo congiunte consentono un margine di comprensione – hanno fatto sì che, nella gestione dell'emergenza, la funzione di consulenza tecnico-scientifica abbia assunto un ruolo di assoluta centralità quale giunto essenziale di collegamento del dato di conoscenza al prodotto del processo decisionale[5]. I decisori pubblici, in molti ordinamenti, si sono appoggiati a istituti o agenzie nazionali che tradizionalmente forniscono consulenze e pareri, come avviene in Germania e negli Stati Uniti, altri hanno proceduto all'attivazione di organi competenti per la gestione di situazioni emergenziali, come il SAGE nel Regno Unito, e altri ancora, scontando un "endemico ritardo"[6], hanno fatto ricorso alla creazione di un comitato tecnico-scientifico *ad hoc*, come è avvenuto, pur con caratteri disomogenei, in Italia e Francia[7]. Al netto delle specificità di ciascun modello, si può affermare, con un certo grado di sicurezza, che nessun Paese passerà attraverso la crisi pandemica senza aver imparato qualcosa su come i contenuti di natura tecnico-scientifica possano informare il processo decisionale di formazione delle politiche pubbliche.

Pertanto, un'analisi del ruolo svolto da questi meccanismi di snodo fondamentali consente di verificare come la permeabilità fra e scienza e politica si sia configurata, secondo quali meccanismi e con quali risultati. L'operato del CTS italiano, in particolare, è un interessante terreno di analisi per comprendere come un ordinamento in una situazione di persistente ritardo nella definizione di procedure atte a supportare dal punto di vista tecnico-scientifico le decisioni politiche abbia reagito alle sfide dell'emergenza. Si tratta di un'esperienza particolarmente significativa, soprattutto se si considera che, secondo alcuni indicatori elaborati nell'ambito di un progetto dell'Università di Oxford[8], l'Italia,

[4] Le interferenze fra politica e scienza sono emerse, in maniera particolarmente evidente, nell'ordinamento statunitense: si v. D. REISS, *Politicization of science*, in *Human Rights Magazine*, *The Truth About Science*, 4/2021. Più in generale si v. anche K. ABBASI, *Covid-19: politicisation, "corruption," and suppression of science*, in *BMJ*, 371/2020, p. 4425.

[5] L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020.

[6] A. IANNUZZI , *Leggi "science driven" e CoViD-19*., cit., p. 124.

[7] Per un'analisi comparata, si vedano S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza COVID-19*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, vol. II *Etica, comunicazione e diritti*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 59-80 e L. CUOCOLO (a cura di*), I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparta*, in *Federalismi.it*, 2020. In generale sul ruolo degli organi tecnico-scientifici nel panorama internazionale, si v. anche Y. SATO, H. KOI, T. ARIMOTO, *Building the Foundations for Scientific Advice in the International Context*, in *Science & Diplomacy*, 3/2014. Per un confronto fra Italia e Francia, in particolare, G. MINGARDO, *Il ruolo del Comitato Tecnico-Scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 1S/2020.

[8] Il progetto dal titolo Oxford Coronavirus Government Response Tracker (OxCGRT) calcola

a fronte di uno dei tassi di mortalità più elevati, risulta fra i paesi che hanno adottato le misure più stringenti, incidendo in maniera significativa su diritti e libertà fondamentali, individuali e collettivi. È dunque essenziale comprendere se e come queste limitazioni possano trovare (parziale) fondamento e giustificazione nei dati di scienza, e come questi ultimi vengano veicolati e impressi nella decisione politica.

L'obiettivo che ci si propone in questo contributo risente, inevitabilmente, di alcune limitazioni, di duplice natura. Dal punto di vista quantitativo, infatti, il numero estesissimo di riunioni nelle quali si è discusso di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia (distanziamento, DPI, tamponi, indici di contagio, vaccini, Green Pass)[9] rende impossibile dare conto di tutte le decisioni assunte, determinando la necessità di individuare dei criteri ordinatori e di selezionare i contenuti che paiono più rilevanti. Dal punto di vista qualitativo, poi, l'analisi e le conclusioni risentono del fatto che le discussioni e i contenuti delle indicazioni prodotte dall'organo di consulenza tecnico-scientifica sono accessibili unicamente attraverso il filtro – in taluni casi evidentemente semplificante – delle minute delle sedute del CTS.

Nonostante questi intralci, l'indagine consente non solo una valutazione rispetto a come si è svolta negli ultimi due anni la funzione di consulenza tecnico-scientifica, ma anche di capire quanto questa esperienza abbia effettivamente messo radici nel nostro ordinamento, sino ad ora del tutto carente sul punto, avendo rappresentato una sorta di laboratorio sperimentale per le politiche scientificamente connotate.

2. Genesi e delineazione della fisionomia di un organo

La scelta di istituire il CTS trova bene collocazione nell'era dei processi decisionali "evidence-informed"[10], ma l'immagine archetipica dell'organismo di

uno Stringency Index, una misura composita che registra il rigore delle politiche pubbliche adottate e che risulta dalla considerazione di nove parametri (chiusure scolastiche; chiusure dei luoghi di lavoro; cancellazione di eventi pubblici; restrizioni di raduni pubblici; chiusure di trasporti pubblici; obblighi di restare a casa; campagne di informazione pubblica; restrizioni di movimenti interni ai confini nazionali e controlli sui viaggi internazionali). Le informazioni sul progetto sono reperibili al link: https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/covid-19-government-response-tracker, mentre i risultati dello stesso sono graficamente elaborati sul sito: https://ourworldindata.org/covid-stringency-index.

[9] Praticamente in tutte le sedute delle quali sono stati pubblicati i verbali (reperibili al link: https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico) – 157 alla data del 4 febbraio 2022 – si sono affrontati profili legati a tali questioni. Più in generale, è evidente come tutti i pareri resi dal Comitato Tecnico Scientifico, sin dall'inizio dell'emergenza, riguardino, *lato sensu*, questioni sanitarie. Nel presente contributo, al fine di rispettare l'architettura complessiva del fascicolo, si sono selezionate solo le misure che più direttamente attengono alla salute, consapevoli della loro natura spesso ibrida (e in alcuni casi contestata) e del fatto che ogni tentativo di delimitazione, in una stagione pandemica, risulta inevitabilmente vano.

[10] Sul concetto di "evidence based law" si veda C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di*

consulenza tecnico-scientifica – caratterizzato dall'indipendenza dei propri membri, incardinato all'interno di un meccanismo istituzionale ordinato e armonioso e operante secondo procedure ben formalizzate[11] – non sembra facilmente sovrapponibile a quella del CTS italiano.

Uno sguardo trasversale rivolto ai numerosissimi verbali rilevanti per la presente analisi restituisce una figura caleidoscopica, frutto di una dinamica di progressiva delineazione della fisionomia dell'organo di consulenza tecnica, che ha visto cambiare i propri componenti[12] e i propri interlocutori[13] e che ha faticato – in un percorso che potrebbe arrestarsi senza concludersi – a trovare una collocazione fra i molteplici attori intervenuti nella gestione della crisi e a cucirsi addosso una funzione e un ruolo definiti[14].

Simili difficoltà – e la conseguente fatica di ricondurre il CTS a un modello "ideale" di organo di consulenza – sono probabilmente derivate dalla peculiarità del contesto emergenziale nel quale l'organo si è trovato a operare e, al tempo stesso, dalla mancanza, nell'ordinamento italiano, di una solida esperienza pregressa in materia di meccanismi strutturati di informazione scientifica dei processi normativi.

Il Comitato Tecnico Scientifico, in effetti, è stato istituito nel momento iniziale della crisi sanitaria, con il non meglio definito incarico di fornire supporto tecnico alle attività rientranti nei "Primi interventi urgenti della protezione

riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita, in *BioLaw Journal*, 1/2014, p. 179-208. Secondo la definizione fornita dall'Organizzazione Mondiale per la sanità, lo scopo dell'"Evidence-informed decision-making" è quello di "ensure that health policies and programs are informed by the best available research evidence, which is identified and appraised through systematic and transparent processes" (World Health Organization, *Evidence-informed decision-making for health policy and programmes: insights and best practices from successful country initiatives*, 2021,reperibile al link: https://apps.who.int/iris/handle/10665/349894).

[11] G.M.N. GROUX, S.J. HOFFMAN, T. OTTERSEN, *A Typology of Scientific Advisory Committees*, in *Global Challenges*, *Special Issue: Optimizing Scientific Advisory Committees*, 9/2018.

[12] Sono 6 le ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile che hanno modificato, a partire dal febbraio 2020 (18 aprile 2020, 15 maggio 2020, 7 ottobre 2020, 25 novembre 2020, 29 gennaio 2021 e 17 marzo 2021), la composizione dell'organo: il numero di componenti, originariamente fissato a 9, è stato poi ampliato fino a un massimo di 27, per essere poi riportato, nella formazione attuale, a 11.

[13] Inizialmente incaricato di relazionarsi con la Protezione civile e il Governo, il CTS è stato poi sollecitato a rendere pareri e opinioni da una variegata molteplicità di soggetti pubblici, primi fra tutti le Regioni, e privati.

[14] L'evoluzione delle funzioni svolte – sulla quale si tornerà – si può, in via preliminare, osservare sulla base di una rapida analisi di carattere lessicale: così, mentre nei primi pareri il CTS "approva" proposte, "conviene", "concorda", "orienta", "definisce priorità", "diffonde" documenti, "acquisisce" pareri, nei verbali più recenti il CTS analizza dati, discute e conclude "raccomandando" le misure da adottare. Questa osservazione, da un lato, svela una progressiva presa di consapevolezza circa il ruolo svolto da parte del CTS, dall'altro però comporta una forma di opacizzazione i processi deliberativi che portano alle indicazioni rese, che diventano progressivamente sempre più difficilmente penetrabili.

civile"[15], per poi vedere i suoi compiti estesi a un generale ruolo di "supporto ai soggetti preposti a fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"[16]. Tale generico mandato si è concretizzato in una serie sconfinata di interventi relativi, anche e soprattutto, a misure sanitarie di contenimento e contrasto di una emergenza che ha in breve assunto i caratteri della più grave pandemia della storia contemporanea.

E proprio la dimensione e i caratteri della crisi hanno determinato uno scollamento dalla classica struttura che si immagina caratterizzare i processi standard di consulenza tecnico-scientifica. Da un lato, infatti, l'urgenza delle scelte da effettuarsi è stata tale, almeno in alcuni frangenti, da rendere l'intervento dell'organo di consulenza una sorta di ratifica *ex post* di decisioni sostanzialmente già assunte. Dall'altro, la natura tendenzialmente sconosciuta dell'agente patogeno coinvolto nella diffusione del CoViD-19 e la sua mutevolezza nel tempo hanno prodotto una situazione in cui il dato della conoscenza scientifica – investito del ruolo di unico (o principale) criterio "guida" delle decisioni da assumersi per gestire il dilagare del virus – risultava non ancora sufficientemente affidabile, se non addirittura del tutto carente. Ne è derivato il paradosso evidente di una situazione in cui – in ragione dell'incertezza scientifica – il margine di discrezionalità in capo agli organi incaricati di regolare la crisi avrebbe dovuto essere ampio[17], ma in cui la legittimazione dell'agire politico è sembrata risolversi in una loro sussunzione nella razionalità tecnica[18].

Questi elementi, insieme considerati, stanno alla base dell'identità irrisolta del Comitato di consulenza, stretto fra una scienza debole (perché in divenire) e un'esigenza di fornire una base di legittimazione a misure limitative di diritti e libertà. Una posizione scomoda, che ha portato il CTS a una continua ricerca di auto-legittimazione del proprio operato: così, dai verbali, si legge di un organo che, in un contesto di forte smarrimento istituzionale, cerca, in molti casi, di dare fondamento razionale alle proprie raccomandazioni attraverso il richiamo a dati raccolti a livello internazionale e europeo[19] o ad analoghi

[15] Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020, Istituzione del Comitato tecnico-scientifico previsto dall'articolo 2, comma 1, dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020.La funzione del CTS nel fornire "valutazioni di adeguatezza e proporzionalità" è richiamata anche dall'art. 2, co. 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19.

[16] Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile, n. 751 del 17 marzo 2021.

[17] In base a quel "vincolo modale" al quale si riferisce A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, vol. II, 2012, p. 56.

[18] Così A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021.

[19] Si veda, per esempio, il richiamo all'orientamento in senso negativo, espresso anche dall'OMS, in tema di screening di massa nei primissimi mesi della pandemia (verbale n. 30 del 17 marzo 2020) o il riferimento agli scenari di saturazione delle terapie intensive costruiti dallo European Centre for Disease Prevention and Control come base di analisi per raccomandare il bisogno di incremento dei

provvedimenti adottati in altri ordinamenti. Nell'ambito delle relazioni interne, poi, il CTS cerca di svolgere la propria azione in continua interazione con altri attori istituzionali (per es. l'ISS e l'AIFA), dedicando anche ricorrente attenzione alla percezione pubblica delle indicazioni proposte e, di conseguenza, all'accettazione e al sostegno alle decisioni regolatorie adottate sulla base di queste[20].

Fra i molti momenti in cui l'Italia avrebbe potuto scegliere di sperimentare la funzione di consulenza scientifica ai decisori pubblici, quello della crisi pandemica è certamente il più complesso. E, tuttavia, è interessante procedere all'analisi dell'operato del CTS, dei contenuti delle indicazioni che ha fornito al governo (verificando i loro tassi di scientificità e politicità) e dei modi secondo i quali ha interpretato il proprio ruolo, cercando di indagarne la natura di risulta rispetto a un modello ideale di organo di consulenza tecnico-scientifica.

3. Una mappatura trasversale dei pareri relativi a misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia

Fatte queste premesse generali, sotto il profilo contenutistico, le indicazioni fornite dal CTS possono essere indagate da diversi punti di vista, osservandone, in particolare: *i)* il grado di coerenza interna e di allineamento con i dati forniti dalla scienza; *ii)* il grado di autorevolezza e, dunque, la loro capacità di influenzare gli *output* normativi; e, infine, *iii)* il loro grado di commistione con la dimensione politica.

3.1 La coerenza interna dei pareri del CTS e la variabilità e necessaria flessibilità dei dati della scienza

Nei mesi scorsi, sui principali mezzi di comunicazione, sono state avanzate frequenti critiche nei confronti del CTS, che si sarebbe mosso nel segno di una evidente incoerenza, dati i numerosi *revirements* rispetto ad indicazioni fornite in precedenza. Si tratta di un nodo di cruciale interesse, perché l'analisi di taluni episodi in cui il CTS ha effettivamente mutato, in maniera anche netta, il proprio orientamento consente di verificare se questi "cambi di direzione" siano reali o apparenti, legati a ragioni connesse al procedere del metodo della scienza medica o se derivino da fattori di diversa natura.

Per chiarire il punto, un primo esempio che si può portare è relativo all'individuazione delle classi d'età per le quali è stata raccomandata la

posti letto nelle terapie intensive (verbale n. 27 del 14 marzo 2020).

[20] Si pensi, in questo senso, all'organizzazione di incontri con alcuni Uffici stampa di organi istituzionali per concordare strategie comunicative dei quali si apprende, per esempio, dal verbale n. 27 del 14 marzo 2020.

somministrazione del vaccino Vaxzevria (già COVID-19 Vaccine AstraZeneca), sviluppato dall'Università di Oxford e da AstraZeneca. Il vaccino in questione ha rappresentato uno degli strumenti ai quali si è fatto massiccio ricorso nella fase di somministrazione delle prime due dosi (fra febbraio e agosto 2021[21]), ma è poi sostanzialmente scomparso dalla circolazione per ragioni principalmente legate ai ritardi nella fornitura delle dosi da parte dell'azienda produttrice[22] e, probabilmente, anche ad alcuni episodi critici che lo hanno interessato. Il più ovvio riferimento è alla sua sospensione, intervenuta nel marzo 2021 in molti ordinamenti europei, a seguito dell'individuazione di un presunto legame di correlazione con eventi trombotici, anche gravi[23]. In Italia, l'organo principalmente coinvolto nella *querelle* è stato, in realtà, l'AIFA, insieme alla sua Commissione Tecnico Scientifica, che, in pochi giorni, ha fornito indicazioni contraddittorie, facendo richiamo anche a motivazioni di natura "politica"[24] e mostrando, in definitiva, un atteggiamento non pienamente rispettoso dei metodi e dei tempi della scienza. La vicenda che qui più interessa, però, in ragione del più diretto coinvolgimento del CTS, si è verificata qualche mese dopo. Il vaccino di AstraZeneca, infatti, è tornato nel mirino dei critici a seguito del tragico decesso di una ragazza, avvenuto dopo la somministrazione volontaria ottenuta nel corso dei c.d. *open days*, in relazione all'organizzazione dei quali il CTS aveva dato parere favorevole, non rilevando "motivi ostativi"[25].

[21] Si veda il dossier Vaccini in tempo reale, curato da Lab24 de Il Sole 24 ore, al sito: https://lab24.ilsole24ore.com/numeri-vaccini-italia-mondo/.

[22] Avendo rilevato una grave violazione degli obblighi contrattuali, nel giugno 2021, il Tribunal de première instance francophone di Bruxelles (RG 2021/48/C) ha ordinato ad AstraZeneca, in via provvisoria, la consegna di 50 milioni di dosi del suo vaccino contro il Coronavirus entro la fine settembre (a fronte di una richiesta dell'UE di 300 milioni di dosi), prevedendo il pagamento una multa di 10 euro per ogni dose in ritardo. Sulla vicenda, prima della decisione, si v. P. Manzini, Brevi note sulla controversia relativa alla fornitura del vaccino AstraZeneca, I Post di AIDSUE, III (2021), Sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione", n. 1, 16 aprile 2021.

[23] Le vicende italiane sono ovviamente legate al succedersi delle indicazioni fornite dalla European Medicine Agency rispetto all'impiego del vaccino, che forniscono la base per le autorizzazioni concesse dalla Commissione: si v. la Decisione di esecuzione UE 698/2021 del 29 gennaio 2021, poi modificata dalla Decisione di esecuzione UE 1998/2021 del 19 marzo 2021, che ridefiniva le modalità di utilizzo e somministrazione dello stesso.

[24] In un'intervista rilasciata a *La Repubblica*, il 16 marzo 2021, il Direttore generale di AIFA ha affermato che "Si è arrivati alla sospensione perché diversi Paesi europei, tra cui Germania e Francia, hanno preferito interrompere la vaccinazione dopo singoli casi recenti di eventi avversi, che hanno suggerito di fare una pausa per le verifiche e poi ripartire. È stata una scelta di tipo politico".

[25] Il CTS, nel verbale del 12 maggio 2021, rileva che "i fenomeni di trombosi in sedi inusuali associati a trombocitopenia sono stati osservati dopo somministrazione di vaccini a vettore adenovirale in larga prevalenza in persone sotto i 60 anni d'età", cita un'analisi pubblicata il 23 aprile 2021 da EMA, relativa al rapporto benefici/potenziali rischi di trombosi nel contesto di diversi scenari di circolazione virale e non rileva motivi ostativi a che vengano organizzate dalle differenti realtà regionali o legate a provincie autonome, iniziative, quali i vaccination day, mirate a offrire, in seguito ad adesione/richiesta volontaria, i vaccini a vettore adenovirale a tutti i soggetti di età superiore ai 18 anni.

Qualche tempo dopo, il CTS torna sulle indicazioni d'uso del vaccino, restringendone l'impiego e stabilendo un criterio di preferenza per gli over 60. Secondo quanto si legge nel verbale della riunione in cui la decisione è stata adottata, il cambiamento di rotta è stato giustificato con un richiamo al mutato scenario epidemiologico che avrebbe inciso anche sulla configurazione del bilanciamento rischi/benefici, mentre solo un riferimento incidentale è riservato agli episodi tragici accaduti, "cronologicamente e verosimilmente anche eziologicamente" legati alla somministrazione del vaccino[26]. A leggere i verbali, quindi, sarebbe il sopravvenuto diverso contesto epidemiologico (evolutosi da uno scenario di circolazione virale intermedio a uno basso) a richiedere un adeguamento delle indicazioni che erano state fornite in precedenza: un movimento che sembrerebbe compatibile con le fisiologiche evoluzioni del procedere della scienza, restando esclusa la considerazione di singoli casi, drammatici, ma non in grado da soli di modificare la direzione tracciata.

Analogamente, in riferimento alla contrazione della durata del Green Pass, deliberata nel novembre 2021[27], si può segnalare come, l'esigenza di aggiornamento fosse a tal punto prevedibile che il CTS si fosse lasciato esplicitamente aperta la possibilità di revisione della propria decisione già nell'estate, quando era intervenuto per suggerirne la proroga di durata[28]. Anche in questo caso, quindi, il ripetuto mutamento di orientamento deriva dalla progressiva disponibilità di dati scientifici nuovi, relativi alla persistenza della risposta immunitaria. Se, oltre a questo, abbiano inciso motivazioni di natura diversa – considerato, per esempio, che l'estensione era stata deliberata in un momento in cui c'era un elevatissimo numero di Green Pass prossimi alla scadenza, soprattutto fra gli operatori sanitari – è dato di speculazione che non emerge in alcun modo dalla lettura dei verbali[29].

È interessante anche notare come, in altri casi ancora, la revisione delle indicazioni fornite sia legata al fatto che il CTS, nel rendere alcuni pareri, abbia tenuto conto, oltre che dei dati di scienza, della concreta sostenibilità delle misure suggerite. È quindi capitato che l'indicazione, più che all'*optimum* dal punto di vista tecnico-scientifico, abbia puntato all'individuazione della soluzione concretamente più attuabile, da rivalutarsi a condizioni mutate (si pensi a come si è evoluta la strategia in tema di tracciamento dei contagi e tamponi).

[26] Verbale n. 26 del 9 giugno 2021.

[27] La modifica è stata approvata con decreto-legge 26 novembre 2021, n.172 (G.U. n. 282 del 26 novembre 2021), a seguito del parere favorevole alla riduzione espresso dal CTS il 24 novembre (verbale n. 54 del 24 novembre 2021).

[28] Verbale n. 42 del 27 agosto 2021.

[29] Nel verbale n. 54 del 24 novembre 2021 si legge che l'esigenza a fondamento della riduzione della durata del Green Pass da 12 a 9 mesi è quella di contemperare "adeguatamente le esigenze di protezione della popolazione con quelle, organizzative e logistiche, che caratterizzano le campagne di vaccinazione".

Al netto di alcune difficoltà ad afferrare a pieno le reali motivazioni poste a fondamento le scelte effettuate, gli esempi portati mostrano come la richiesta di coerenza non possa tradursi nella pretesa assurda di una ingessatura della scienza, il cui dinamismo non può essere limitato dalla sua attrazione nel mondo del giuridico.

A questo proposito, un episodio che mette in luce queste difficoltà di allineamento fra diritto e scienza, e il ruolo determinante che gli organi tecnici possono svolgere, riguarda la vicenda giudiziaria relativa a quelle che, impropriamente, sono definite come "cure domiciliari" contro il CoViD-19. Il caso, più esattamente, ha avuto ad oggetto la circolare diffusa dal Ministero della Salute al fine di orientare il trattamento dei pazienti positivi al virus non bisognosi di ricovero. La nota "La gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2", redatta da AIFA e approvata dal CTS nel novembre del 2020, era stata pedissequamente mutuata con l'omonima circolare del Ministero della Salute, aggiornata nell'aprile 2021. Il comitato Cura Domiciliare Covid-19 aveva proposto ricorso per l'annullamento, previa sospensiva, dell'atto ministeriale, nella parte in cui, nei primi giorni di malattia da Sars-Cov-2, prevedeva unicamente una "vigilante attesa" e somministrazione di FANS e paracetamolo e nella parte in cui poneva indicazioni di non utilizzo di tutti i farmaci generalmente impiegati dai medici di medicina generale per i pazienti affetti da CoViD. Secondo il TAR Lazio[30] "[l]a prescrizione dell'AIFA, come mutuata dal Ministero della Salute, contrasta (…) con la richiesta professionalità del medico e con la sua deontologia professionale, imponendo, anzi impedendo l'utilizzo di terapie da questi ultimi eventualmente ritenute idonee ed efficaci". In sede d'appello, il Consiglio di Stato è intervenuto con la sospensione dell'esecutività della decisione di annullamento di primo grado[31]. Secondo i giudici di Palazzo Spada, il possibile errore del giudice di prime cure risiederebbe nell'asserita – e (troppo) stringatamente motivata – natura vincolate della circolare, che finirebbe per avere natura direttiva rispetto alle scelte terapeutiche da effettuarsi. Al contrario, si argomenta, il documento ministeriale conterrebbe "raccomandazioni" e non "prescrizioni", andando a enucleare un insieme di quelle che possono apparire come "migliori pratiche", pur con l'ammissione della continua evoluzione in atto. La circolare, insomma, non priverebbe i medici di medicina generale della possibilità di effettuare scelte autonome, divergenti rispetto a quelle indicate, purché queste si basino su di una motivazione fondata in scienza e coscienza e, come di regola, siano assunte sotto la propria responsabilità.

Il processo di normativizzazione dell'indicazione di natura tecnico-

[30] Tar Lazio, sez. III, sent. n. 419, 15 gennaio 2022.

[31] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 207, 19 gennaio 2022.

scientifica, insomma, non deve condurre a forme di automatismo e stabilizzazione estranee al modo di procedere della scienza: la "normazione pandemica", in effetti, mostrandosi congruente rispetto all'idea di calibrare ogni decisione alle indicazioni provenienti dagli organi tecnici, sembra aver risposto a una logica dei "piccoli passi"[32], procedendo talvolta anche per linee "spezzate"[33]. Per comprendere le trasformazioni avvenute, quindi, più che al dogma della presunta "certezza" della conoscenza scientifica[34], bisogna rifarsi alla dinamicità del metodo scientifico che costituisce esso stesso un filtro essenziale, utile a distinguere fisiologici aggiustamenti di rotta da palesi incongruenze determinate da una cattiva considerazione dei dati di scienza o dall'intorbidimento dei processi di consulenza tecnico-scientifica ad opera di elementi "spuri", di diversa natura.

Resta ferma, ovviamente, l'importanza di comunicare, anche nel momento del disorientamento, l'eventuale incertezza della scienza, là dove essa esista; questa "ammissione di precarietà" rappresenta un elemento di trasparenza necessario a mantenere alto il livello di fiducia nelle scelte adottate[35]. In questo senso, sono certamente un elemento positivo le sempre più frequenti "sunset clauses" presenti nei verbali del CTS[36], utili ad aggiornare progressivamente nel tempo le indicazioni proposte, in una logica di continuità evolutiva, piuttosto che in quella della rottura.

3.2 L'autorevolezza dei pareri del CTS: competenze e concreta incidenza sulle misure adottate

Un secondo punto di vista dal quale le indicazioni del CTS possono essere valutate è quello della loro autorevolezza e, dunque, del loro grado di incisività sulle misure concretamente adottate per far fronte alla crisi.

[32] L'espressione è di I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1/2021, p. 135.

[33] Le criticità del "delta reticolare" che si è venuto a produrre sono bene illustrate in S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 531-557.

[34] Ha avuto grande eco la richiesta avanzata dall'allora ministro per gli affari regionali Francesco Boccia, rivolta alla comunità scientifica "di darci certezze inconfutabili e non tre o quattro opzioni per ogni tema. (…) Pretendiamo chiarezza altrimenti non c'è scienza" (intervista al Corriere della Sera del 13 aprile 2020).

[35] Su questi profili si v. F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based: il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *federalismi.it*, 20/2021.

[36] Per esempio, nel valutare l'opportunità di fissare a 12 mesi la durata della certificazione verde per le persone che abbiano sviluppato l'infezione da SARS-CoV-2 dopo la seconda dose di vaccino, il CTS sottolinea la possibilità di revisione dell'indicazione "qualora emergano in futuro, nuovi dati o siano pubblicati studi scientifici che orientino verso diversa valutazione" (verbale n. 44 del 10 settembre 2021).

Un aspetto che – soprattutto in un primo momento – è parso incidere sulla "forza" delle indicazioni rese ha riguardato una significativa mancanza di competenze adeguate rispetto ad alcune delle decisioni che sono state assunte.

La questione si ricollega al problema citato in apertura del paragrafo, relativo all'ampiezza e indeterminatezza del mandato conferito in capo all'organo che è, insieme, di consulenza tecnica e scientifica, senza che siano definiti con precisione i suoi ambiti di intervento.

Da questo punto di vista, soprattutto la prima formazione del CTS è stata oggetto di pesanti critiche anche a livello internazionale: la rivista *Nature*, a febbraio 2021, ha pubblicato un articolo che denuncia l'assenza di "figure cruciali"[37]. Offre uno spunto per la riflessione, in particolare, l'episodio che ha visto il CTS respingere una proposta di potenziamento delle capacità diagnostiche nel Paese, avanzata dai responsabili di alcuni dei più importanti centri italiani di ricerca biotecnologica e clinica, esperti in test molecolari, in virologia e in microbiologia, che suggerivano di sfruttare il potenziale di centri di ricerca universitari e mettevano a disposizione i propri laboratori e il proprio personale, senza costi aggiuntivi[38]. Il CTS aveva declinato la proposta, raccomandando invece che i test fossero eseguiti soltanto dai laboratori diagnostici certificati e gestiti da ciascuna Regione, più adatti e in grado di potenziare in breve tempo la propria capacità di risposta. Fra le principali ragioni di questo orientamento, l'autore dell'articolo suggerisce che abbia inciso una ristretta gamma di competenze, con carenze significative soprattutto in alcune aree critiche come la diagnostica molecolare, la virologia molecolare e l'*high-throughput screening*.

La carenza di specifiche competenze, inoltre, porta anche a interrogarsi rispetto alla natura e al contenuto che determinate indicazioni fornite dall'organo di consulenza tecnico-scientifica si trova a fornire: si pensi ai contenuti del verbale n. 39 del 30 marzo 2020, ove, al paragrafo "Raccomandazioni per bambini", si possono leggere una serie di consigli per i più piccoli finalizzati a "migliorare la qualità della loro vita". Il CTS delinea un "modello di approccio" che si articola in 9 punti finalizzati a superare al meglio le fasi più difficili dell'emergenza sanitaria[39], fino a giungere, nelle indicazioni del verbale di fine marzo, alla puntuale definizione di un modello-tipo di giornata che, dalla sveglia, arriva sino alla buonanotte[40].

[37] S. PISTOI, *Examining the role of the Italian COVID-19 scientific committee*, in *Nature Italy*, 17 febbraio 2021, reperibile al sito: https://www.nature.com/articles/d43978-021-00015-8.

[38] Verbale n. 39 del 30 marzo 2020: acquisizione dati epidemiologici e misure sanitarie

39 Fra i quali "evitare di tenere sempre accesa la televisione e/o la radio, ma selezionare, ogni giorno, cosa vedere (importante evitare che si tratti sempre di coronavirus)", "coinvolgere i bambini nelle attività domestiche", "coltivare hobby", "farsi accompagnare a fare la spesa".

40 Una tabella strutturata in sedici punti che vanno dalla sveglia alla buonanotte passando per le "attività 'scolastiche', il contatto telefonico e/o video con amici e parenti, il pranzo, l'uscita di casa,

Al di là della condivisibilità delle misure proposte, in assenza di specifiche competenze nel campo della psicologia, della pedagogia o dell'educazione infantile, il rischio è che l'indicazione che dovrebbe avere natura tecnico-scientifica si tramuti in nulla più che in un consiglio, mosso dalla logica comune e dal buon senso.

In un orizzonte di senso opposto, decisamente più convincente, si colloca l'esperienza del Regno Unito che conosce un organo di consulenza – il SAGE – a composizione variabile, che muta a seconda delle tematiche oggetto di analisi e considerazione in ciascuna seduta[41]. L'organo, al quale partecipano esperti del governo e specialisti del mondo accademico e industriale, si giova, inoltre, di forme di consulenza esterna e della collaborazione con alcuni gruppi di esperti, creati appositamente a seconda dell'emergenza da fronteggiare[42], incaricati di considerare le prove scientifiche e trasmettere al SAGE le loro conclusioni[43].

Anche il CTS italiano, per la verità, si è avvalso in diverse occasioni di consulenze di esperti esterni, al fine di superare, almeno in parte, il problema della composizione e di garantire rispetto anche del pluralismo scientifico, ma si è trattato per la maggior parte di processi destrutturati e talvolta finanche informali[44].

Un ulteriore profilo di analisi è legato alla concreta incidenza dei pareri resi dal CTS, indice che può essere dedotto dal raffronto con le misure di gestione della pandemia concretamente adottate. Da questo punto di vista, emerge come il governo, nella maggior parte dei casi, abbia tenuto conto, in maniera quasi pedissequa, delle indicazioni fornite dal CTS. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al passaggio a un solo tampone per l'individuazione dei

l'attività ludico/ricreativa e l'igiene personale" (verbale n. 40 del 31 marzo 2020).

[41] I nomi degli esperti che hanno partecipato alle riunioni e ai gruppi di lavoro – più di 150 alla data del 27 gennaio 2022 – sono pubblicati sul sito https://www.gov.uk/government/publications/scientific-advisory-group-for-emergencies-sage-coronavirus-covid-19-response-membership/list-of-participants-of-sage-and-related-sub-groups.

[42] Nel corso della crisi da CoViD-19 sono stati istituiti i seguenti gruppi: New and Emerging Respiratory Virus Threats Advisory Group (NERVTAG); Scientific Pandemic Influenza Group on Modelling (SPI-M) (Department for Health and Social Care); Independent Scientific Pandemic insights Group on Behaviours (SPI-B); COVID-19 Genomics UK (COG-UK); Health Data Research UK (HDR UK).

[43] Nonostante il meccanismo della composizione variabile, l'operato dell'organo è stato oggetto di critiche significative, soprattutto in punto di trasparenza e indipendenza (Si v., sul punto, N. WEINBERG, C. PAGLIARI, *Covid-19 reveals the need to review the transparency and independence of scientific advice*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 16 giugno 2020).

[44] Dai verbali emergono, per esempio, la costituzione, per i piani strategici di gestione dell'eventuale scenario pandemico sul territorio nazionale, di un gruppo di esperti a supporto del CTS (verbale n. 2 del 10 febbraio 2020), il fatto che il CTS operi in composizione integrata, senza però che emergano dai verbali i nomi dei professionisti coinvolti (es. verbale n. 14 del 1 marzo 2020) e il ricorso, in taluni casi, a contatti telefonici estemporanei (es. verbale n. 41 del 1 aprile 2020).

guariti[45], allo stop alle mascherine all'esterno in zona bianca[46] o, fino a un certo momento, alla proroga dello stato di emergenza[47]. In alcuni casi, il lasso temporale intercorso fra il parere reso dal CTS e la decisione assunta dal governo è davvero brevissimo. Tale osservazione, pur in un contesto emergenziale, evidenzia come si siano svolti processi di concertazione fra il polo tecnico-scientifico e quello del decisore politico, con il primo incaricato di vestire di scientificità le misure proposte, piuttosto che di vagliare alternative, fra le quali il secondo potesse poi scegliere[48].

Più in generale, peraltro, si può osservare come il CTS intessa relazioni dirette con i componenti del governo, anche per mezzo di audizioni o riunioni congiunte. Tale aspetto si offre a una lettura positiva, se si considera importante il fatto che il governo non aderisca in realtà passivamente alle indicazioni di natura tecnico-scientifica, ma le inserisca in una sorta di rapporto dialogico con l'organo tecnico. E tuttavia, non si può non segnalare il rischio di un appiattimento sul versante della concertazione: al netto delle questioni relative all'indipendenza delle procedure di consulenza, questa conclusione parrebbe comportare una eccessiva semplificazione dei livelli, determinando l'impossibilità di distinguere le componenti decisionali che compongono il percorso della consulenza scientifica e, conseguentemente, l'impossibilità di individuare ruoli e responsabilità.

[45] L'11 ottobre 2020 (verbale n. 115), il CTS, in coerenza con le linee guida internazionali e adottando il principio di massima cautela, ha sottolineato "l'esigenza di aggiornare il percorso diagnostico per l'identificazione dei casi positivi così come la tempestiva restituzione al contesto sociale dei soggetti diagnosticamente guariti", indica un periodo di isolamento più breve (10 giorni) e la richiede un solo tampone di controllo. Il giorno seguente, la circolare Circolare del Ministero della Salute del 12 ottobre 2020 (allegata al DPCM 13 ottobre 2020), richiama il parere del CTS e recepisce le indicazioni.

[46] L'ordinanza del Ministero della Salute 22 giugno 2021 recante *Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 in "zona bianca"*, riporta fra i considerando uno stralcio del verbale della seduta del CTS (verbale n. 30 del 21 giugno 2021) nel quale l'organo, tenuto conto del «cambiamento in senso favorevole dello scenario epidemiologico (...)», ha ritenuto che «l'uso di dispositivi di protezione delle vie respiratorie può essere reso non più obbligatorio nelle c.d. zone bianche, permanendo, invece, tale obbligo nei contesti territoriali connotati da più elevati profili di rischio».

[47] A gennaio 2021 il Comitato Tecnico Scientifico aveva ritenuto che esistessero "oggettive condizioni per il mantenimento delle misure contenitive e precauzionali adottate con la normativa emergenziale, almeno fino al mese di luglio 2021" (verbale n. 144 del 12 gennaio 2021); il Consiglio dei Ministri è poi intervenuto progressivamente con la delibera del 13 gennaio 2021, prorogando il citato stato di emergenza fino al 30 aprile 2021, e poi, con delibera del 21 aprile 2021, per prorogarlo ulteriormente fino al termine del 31 luglio 2021. Quanto alle proroghe più recenti, peraltro, non risulta indicazione nei pareri del CTS.

[48] Così, per esempio, ma è una considerazione che vale nella maggior parte dei casi, il decreto n. 229 del 30 dicembre 2021, che contiene indicazioni relative all'esonero dalla quarantena per coloro che siano venuti in contatto con un positivo, vaccinati con tre dosi o con due dosi da non più di quattro mesi (art. 2), ha fatto seguito a una riunione del CTS convocata solo il giorno precedente all'approvazione dell'atto.

La "sintonia" fra indicazioni dell'organo tecnico-scientifico e decisioni governative non rappresenta, comunque, una tendenza del tutto univoca. Vi sono, infatti, alcuni esempi di casi in cui le indicazioni del CTS sono rimaste tendenzialmente inascoltate. L'episodio più problematico – oltre a quello relativo alla mancata ricezione delle indicazioni a favore dell'applicazione delle misure restrittive della "zona rossa", già istituita nel Lodigiano, nei comuni di Alzano e Nembro[49] – riguarda l'allineamento fra Green Pass italiano e Digital Covid Certificate europeo (già Digital Green Certificate). Nel luglio 2021, infatti, il CTS si era espresso, seppure in termini piuttosto vaghi, rispetto all'opportunità di allineamento fra i due strumenti, rilevando che la diffusione e le caratteristiche della variante Delta consigliavano di "rivedere le condizioni di rilascio del c.d. certificato verde" e, in particolare, "la scelta operata dal legislatore di dare titolo all'ottenimento del certificato ai soggetti che hanno effettuato solo prima dose dei vaccini a doppia dose". Il nuovo contesto "potrebbe, infatti, consigliare di allineare le condizioni previste su scala nazionale a quelle che caratterizzano il rilascio del GP europeo"[50]. La discrasia non era stata sanata e, con il passare dei mesi, con l'evolvere della crisi e il susseguirsi di provvedimenti modificativi dei meccanismi di funzionamento dello strumento, questa si è andata accentuando. A partire dal primo di febbraio 2022, la durata del Green Pass italiano è portata a sei mesi dall'ultima vaccinazione (c.d. *booster*)[51], mentre, a partire dalla medesima data, il Certificato verde europeo avrà validità per nove mesi a partire dalla conclusione del ciclo primario di vaccinazione (prima e seconda dose), mentre non è, attualmente, previsto alcun termine per quanto riguarda il richiamo (terza dose)[52]. Il periodo di validità di nove mesi (*rectius* 270 giorni) è stato stabilito in base alle indicazioni espresse dal Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, che raccomanda di somministrare dosi di richiamo al più tardi sei mesi dopo il completamento del ciclo di vaccinazione primario. Il lasso temporale aggiuntivo di tre mesi, si giustifica come periodo di "tolleranza" volto a consentire l'adeguamento delle campagne di vaccinazione nazionali e l'accesso dei cittadini alle dosi di richiamo. Quanto a queste ultime, invece, la Commissione si limita a rilevare l'assenza di studi specifici relativi alla loro efficacia e a concludere, quindi, per l'impossibilità di fissare un periodo definito di accettazione dello strumento (lasciandosi aperta,

[49] Verbale n. 16 del 3 marzo 2020.

[50] Verbale n. 32 del 2 luglio 2021.

[51] Decreto-legge n. 221 del 2021.

[52] Regolamento delegato (UE) 2021/2288 della Commissione del 21 dicembre 2021 che modifica l'allegato del Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda il periodo di accettazione dei certificati di vaccinazione rilasciati nel formato del certificato COVID digitale dell'UE comprovanti il completamento del ciclo di vaccinazione primario. Il Regolamento UE 2021/953 fissa la propria durata in 12 mesi (Considerando 58) e conferisce alla Commissione il potere di adottare atti delegati sempre per 12 mesi a decorrere dal 1 luglio 2021 (art. 12.2).

peraltro, la possibilità di proporre un periodo di accettazione adeguato "sulla base di nuove prove scientifiche")[53].

Al netto della diversa finalità dei due strumenti – quello nazionale, che condiziona l'esercizio pieno di un numero crescente di libertà, e quello europeo, volto a garantire precipuamente la libertà di circolazione nello spazio UE –, è evidente come questa differenza – che il CTS già aveva segnalato – lasci qualche perplessità. Il rischio è quello di un indebolimento degli strumenti dal punto di vista della loro legittimità e legittimazione. È possibile, da un lato, che la disomogeneità fra i due strumenti, che l'Unione vorrebbe sostanzialmente sovrapponibili e "interoperabili"[54], crei dei cortocircuiti che possono determinare differenze di trattamento rispetto a "imprese e (…) cittadini" che si trovino "in un'ampia gamma di situazioni divergenti"[55], con rischi principalmente connessi al mutuo riconoscimento dei certificati. Il Regolamento, infatti, chiarisce che "Qualora uno Stato membro abbia adottato o adotti, in forza del diritto nazionale, un sistema di certificati COVID-19 a fini nazionali, esso dovrebbe garantire, per il periodo di applicazione del presente regolamento, che i certificati che costituiscono il certificato COVID digitale dell'UE possano essere utilizzati e siano accettati anche per fini interni, in modo da evitare che coloro che si recano in altri Stati membri avvalendosi del certificato COVID digitale dell'UE siano obbligati a ottenere un certificato COVID-19 nazionale"[56]. Discrepanze nelle "caratteristiche tecniche" di questi strumenti mettono palesemente a repentaglio il conseguimento di un siffatto obiettivo. Dal punto di vista della legittimazione, d'altro canto, optare per soluzioni così significativamente differenti, per strumenti che – seppure orientati al conseguimento di finalità specifiche proprie – rispondono allo stesso razionale, rischia di minare la credibilità scientifica degli stessi, generando una pericolosissima crisi nella fiducia in essi riposta. Nell'incertezza relativa al momento della fine della pandemia e della contestuale riespansione delle norme comuni, un saldo ancoraggio alle indicazioni della scienza – o una onesta ammissione delle sue incertezze – rappresentano una condizione essenziale per garantire la tenuta di

[53] Si v. il comunicato stampa del 25 novembre 2021, accessibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6186, dove si legge che: "The Commission will closely monitor newly emerging scientific evidence on this issue. On the basis of such evidence, the Commission may, if needed, propose an appropriate acceptance period also for vaccination certificates issued following a booster".

[54] Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19. In Italia, in effetti, lo strumento "materiale" è unico, recando il certificato la doppia denominazione di Certificazione verde COVID-19 e EU Digital COVID Certificate.

[55] Considerando 9, Regolamento delegato (UE) 2021/2288.

[56] Considerando 49, Regolamento delegato (UE) 2021/2288.

una solida catena di fiducia.

L'individuazione di un limite di durata del Green Pass nazionale, concesso in seguito a somministrazione del richiamo, appare – in assenza di dati di lungo periodo – arbitraria e non potrà che andare incontro a revisione. In effetti, proprio nel momento in cui si scrive, il governo sta valutando la possibilità di allineare finalmente lo strumento nazionale a quello europeo, almeno in riferimento alla durata (temporaneamente) illimitata della certificazione attestante avvenuta somministrazione della dose di richiamo. Rispetto a tale indicazione, peraltro, non si trova traccia di discussione nelle sedute del CTS (sempre fino al 17 dicembre), che si era espresso, a novembre, in maniera favorevole al fatto che la durata della certificazione verde attestante la somministrazione della dose di richiamo (terza dose), "nel rispetto del principio di precauzione" [57].

Se è vero, come si diceva già in precedenza, che le conoscenze scientifiche sono per natura stessa soggette a revisione, sarebbe opportuno anticipare questa flessibilità, modulando adeguatamente le misure introdotte (così come ha fatto il citato Regolamento (UE) 2021/2288[58]), piuttosto che procedere a improvvisi cambi di rotta, più difficilmente giustificabili agli occhi del grande pubblico.

Si possono infine considerare alcune ipotesi nelle quali le decisioni del governo non sono state in alcun modo supportate dalle indicazioni rese dall'organo di consulenza tecnico-scientifica. L'esempio più recente – e certamente il più significativo – è quello dell'estensione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 ai cittadini italiani e ad alcune categorie

[57] Verbale n. 54 del 24 novembre 2021.

[58] Si legge, infatti, al Considerando 13: "Come rilevato dal Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, negli studi disponibili, il periodo di monitoraggio successivo alla somministrazione della dose di richiamo è breve e occorre monitorare ulteriormente i dati per determinare la durata dell'immunità, nei confronti dell'infezione, della malattia lieve e di quella severa, successiva alla somministrazione della dose di richiamo. A tutt'oggi non esistono studi che analizzino espressamente l'efficacia dei richiami per quanto riguarda la trasmissione del SARS-CoV-2 e per il momento non è quindi possibile stabilire un periodo di accettazione per i certificati comprovanti la somministrazione delle dosi di richiamo. Tuttavia, i dati emergenti sull'efficacia delle dosi di richiamo nel ripristinare un'elevata protezione contro l'infezione indicano che è probabile che esse incidano notevolmente anche sulla limitazione della trasmissione. Si può ragionevolmente prevedere che la protezione fornita dalla somministrazione di dosi di richiamo possa durare più a lungo rispetto a quella risultante dal ciclo di vaccinazione primario. Di conseguenza, in questa fase non dovrebbe applicarsi alcun periodo di accettazione ai certificati comprovanti la somministrazione di una dose di richiamo, indipendentemente dal fatto che la dose di richiamo sia stata somministrata durante il periodo di accettazione di 270 giorni valido per i certificati comprovanti il completamento del ciclo di vaccinazione primario oppure successivamente". Inoltre, al Considerando 15, si esplicita come occorra "sorvegliare e riesaminare periodicamente l'approccio relativo al periodo di accettazione per valutare l'eventuale necessità di adeguamenti sulla base di nuove evidenze scientifiche emergenti, anche in relazione al periodo di accettazione dei certificati comprovanti la somministrazione di una dose di richiamo".

di stranieri che abbiano compiuto il cinquantesimo anno di età[59]. Il provvedimento, più nello specifico, prevede in capo ai lavoratori il dovere di esibire una delle certificazioni verdi COVID-19 di vaccinazione o di guarigione, pena l'essere considerati "assenti ingiustificati, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro, fino alla presentazione della predetta certificazione, e comunque non oltre il 15 giugno 2022". Per la violazione dell'obbligo è prevista una sanzione amministrativa dell'ammontare di €100. È significativo notare la natura della motivazione posta a fondamento della misura che dovrebbe tendere a "tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza". Su questo punto, la politica pare aver deciso da sola, non essendo rinvenibile alcuna indicazione nei verbali delle riunioni del CTS (almeno fino al 17 dicembre 2021) precedenti all'adozione del decreto. Il provvedimento, che dal punto di vista dell'efficacia pare aver funzionato bene per un periodo iniziale, per poi perdere progressivamente la sua spinta propulsiva[60], oltre ad alcune problematiche rispetto alla narrativa dell'introduzione di un vero e proprio obbligo (limitato sostanzialmente ai lavoratori e con una sanzione minima), potrebbe prestare il fianco ad alcune obiezioni dal punto di vista della tenuta scientifica. In particolare, senza il supporto di un parere del CTS, da un lato, non è del tutto chiara la causa giustificativa dell'individuazione della soglia dei cinquanta anni e, dall'altro, la misura potrebbe produrre effetti concreti solo in estate, quanto la circolazione del virus si sarà – auspicabilmente – di molto attenuata.

Guardando alle macro-tendenze, infine, si rileva un evidente progressivo diradarsi delle sedute del CTS, solo in parte spiegabile con la riduzione della pressione dell'emergenza, visto che negli ultimi mesi del 2021 e nei primissimi del 2022 sono state prese decisioni ancora molto significative.

Il rischio, quindi, è che il meccanismo di "informazione scientifica" dei processi decisionali affermatosi negli scorsi due anni rimanga inquadrato come strumento emergenziale, utile a rafforzare la legittimazione di provvedimenti estremamente urgenti, e che, nella fase della "normalizzazione", l'esperienza maturata resti tanto modulata sui caratteri dell'emergenza da non riuscire ad affermarsi quale preziosa eredità in grado, magari, di migrare dal circuito decisionale governativo a quello parlamentare.

3.3 Il grado di politicità dei pareri del CTS

Un ultimo punto di osservazione dal quale è possibile guardare ai contenuti dei

[59] Decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore, art. 1.

[60] Si vedano i contenuti del database Covid-19 Opendata Vaccini, che raccoglie i dati in formato aperto relativi ai vaccini contro il CoViD-19.

pareri resi in questi due anni di crisi è quello del grado di politicità degli stessi.

In quest'ottica le indicazioni si possono "ordinare" su una scala di politicità crescente. Nel corso dei mesi, infatti, il CTS, soprattutto nella prima fase dell'emergenza, ha restituito un ampio novero di indicazioni di natura meramente tecnica, legate, per esempio alla "validazione" di diversi dispositivi medico-sanitari (come i ventilatori e le mascherine) o alle dichiarazioni di equivalenza fra gli stessi. Più interessanti sono quei pareri "ibridi", la cui natura si colloca a cavallo fra scienza e politica. Può trovare collocazione in questa "categoria" di indicazioni quella a favore dello slittamento del richiamo dei vaccini AstraZeneca e Moderna da 21/28 giorni dopo la prima somministrazione, a 42; questa modifica è stata motivata non solo sulla base del fatto che lo slittamento non avrebbe in alcun modo inficiato l'efficacia del vaccino e che la protezione risultava comunque sufficientemente elevata già con la prima dose, ma anche sulla base della necessità di dare priorità alla prima dose. Questo secondo argomento ha una caratterizzazione anche "politica", radicandosi in una strategia di sanità pubblica volta a proteggere dal rischio grave la maggior parte della popolazione.

Si possono infine individuare alcuni pareri con forte connotazione politica. Si pensi all'intervento del CTS in materia di concessione del Green Pass ai soggetti che abbiano partecipato alle sperimentazioni dell'azienda Reithera per l'approvazione di un vaccino contro il CoViD-19, bloccate dalla Corte dei conti nel maggio 2021[61]. Al riguardo il CTS aveva espresso il convincimento che a coloro che avevano ricevuto il placebo o una sola somministrazione del vaccino fosse garantito gratuitamente l'ottenimento del diverso titolo alla certificazione verde costituito dal tampone diagnostico, mentre a coloro che avevano ricevuto due dosi, fosse garantita un'esenzione ai fini dell'ottenimento del Green Pass e del suo utilizzo in ambito nazionale[62]. Le ragioni addotte dal CTS, a sostegno di tale orientamento, hanno natura tutt'altro che tecnico-scientifica, essendo richiamate la "meritoria situazione" dei soggetti coinvolti nella sperimentazione, il "particolare favore" con il quale va considerata la loro scelta e

[61] Il 20 maggio 2021 la Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato della Corte dei conti ha deliberato la ricusazione del visto e della conseguente registrazione del decreto del Ministero dello sviluppo economico con cui è stato approvato l'accordo di sviluppo sottoscritto il 17 febbraio 2021 dal Mise, dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. – Invitalia e dalla società ReiThera. L'Accordo prevedeva un progetto di investimento finalizzato all'ampliamento dello stabilimento produttivo sito in Castel Romano e un progetto di ricerca industriale e sviluppo sperimentale destinato a completare la sperimentazione clinica (studi clinici di fase 2 e 3) del vaccino anti Covid-19. Secondo la Corte il progetto produttivo proposto aveva finalità troppo generali e riguardava l'intero complesso aziendale e non, come richiesto dalla normativa vigente, un progetto specifico e determinate "unità produttive" (si v. la Deliberazione n. SCCLEG/10/2021/PREV).

[62] Sarebbe stato invece necessario un intervento normativo dell'Unione europea per conferire a tale certificato l'efficacia, quale titolo di circolazione, prevista dal Regolamento (UE) 2021/1953.

l'esigenza di "non scoraggiare future sperimentazioni"[63]. Si tratta quindi dell'applicazione di una logica "premiale" a fronte della scelta di esporsi a un rischio per fini di solidarietà sociale. La natura tutt'altro che tecnica della raccomandazione emerge con chiarezza dall'appunto del CTS che ritiene di sottolineare esplicitamente che "queste ragioni non implicano in alcun modo l'esistenza di evidenze che supportino un giudizio di equivalenza, dal punto di vista della copertura immunologica (…)" e di raccomandare "che questa precisazione venga esplicitata ai diretti interessati"[64]

Un ulteriore esempio, particolarmente problematico, è rappresentato dal parere favorevole alla proposta di somministrare ai migranti che giungono sul territorio nazionale (in particolare sulle isole di Lampedusa e Pantelleria, sulle coste calabresi, della Puglia e della Sardegna, oltre che sui territori del Friuli-Venezia Giulia di confine con la Slovenia) il vaccino Janssen. A rendere critica questa soluzione è il fatto che il vaccino monodose di Johnson&Johnson ha una raccomandazione preferenziale per l'impiego nella popolazione over 60. Questa indicazione, secondo il CTS, potrebbe ammettere un'eccezione in ragione della "precarietà" della condizione di queste persone (cd. popolazioni *hard to reach*) che, considerate le criticità relative alla logistica e alle tempistiche della somministrazione di un ciclo vaccinale a due dosi, potrebbe rendere favorevole il rapporto beneficio/rischio della somministrazione[65].

Rispetto a questa proposta si possono svolgere un paio di osservazioni, La prima è che, nonostante l'effettiva praticità del ricorso al vaccino monodose per certe popolazioni in condizioni di marginalità sociale (soluzione che era stata suggerita anche dalla Società Italiana Medicina delle Migrazioni insieme alle altre organizzazioni aderenti al Tavolo Immigrazione e salute già nel febbraio 2021[66]), la disapplicazione, in deroga, della raccomandazione d'uso per una certa classe d'età sembra comportare una relativizzazione della tutela del diritto alla salute. Per esempio, infatti, la complessità della raccolta anamnestica in fase prevaccinale potrebbe comportare il rischio di non identificare condizioni morbose o premorbose ostative alla somministrazione di un vaccino. Dall'altro – e si viene qui alla seconda considerazione – bisogna osservare come, in via generale, nel momento in cui aveva previsto la possibilità di impiego del vaccino Jansen in via eccezionale per persone sotto i 60 anni, allorquando fossero "evidenti le condizioni di vantaggio della singola somministrazione", il CTS aveva richiesto l'approvazione del comitato etico territorialmente competente. Nel caso dei migranti, invece, tale requisito viene esplicitamente

[63] Verbale 38 del 30 luglio 2021 e verbale n. 39 del 5 agosto 2021.

[64] Verbale n. 39 del 5 agosto 2021.

[65] Verbale 42 del 27 agosto 2021.

[66] Si veda la nota della SIMM Nota su circ. min. 18/6/21 e criticità vaccinali, reperibile online: https://www.simmweb.it/.

superato. Ciò implica, da un lato, l'assenza di un soggetto in grado di valutare i limiti dell'applicazione della deroga e la concreta assenza di possibili alternative. Dall'altro, il richiamo alla volontarietà della somministrazione che dovrebbe avvenire "previo ottenimento del consenso informato in una lingua comprensibile al soggetto interessato, ovvero attraverso un mediatore linguistico che possa illustrare compiutamente al medesimo le caratteristiche del trattamento sanitario proposto"[67], rende evidente come il CTS, individuando garanzie a presidio del processo del consenso (probabilmente applicabili a una minoranza di casi), diverga dalle considerazioni di natura propriamente scientifica per addentrarsi nel terreno delle valutazioni di opportunità politica (seppure di politica sanitaria) di certe scelte.

A completare il garbuglio, in novembre, il CTS è tornato sulla questione, dopo che è emersa l'opportunità, indipendentemente dall'età, di somministrare, a chi abbia ricevuto la dose unica, una dose booster eterologa con vaccino a mRNA a partire da 6 mesi dalla prima dose. Nel confermare la strategia di vaccinazione delle popolazioni migranti espresso nella seduta del 27 agosto 2021, il CTS «fatta salva la disponibilità di dosi e l'implementazione delle più opportune strategie per il richiamo dei soggetti sottoposti alla prima dose in modo tale da garantire compiuto completamento del ciclo vaccinale, (…) ritiene considerabile e proponibile per il futuro anche l'offerta alle popolazioni migranti di vaccini a mRNA»[68], dimenticando – forse – che la deroga fosse inizialmente prevista non solo a fronte di evidenti condizioni di vantaggio, ma anche "in assenza di altre opzioni"[69].

4. Conclusioni. I processi di consulenza tecnico-scientifica fra univocità e dissenso

La mappatura trasversale dei pareri del CTS in materia di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia (o almeno una lettura ragionata di quanto traspare dai verbali delle sedute) fa emergere la figura di un organo alla ricerca di una fisionomia definita e di un centro stabile di gravità. Il modello "sperimentale" di un organo di consulenza tecnico-scientifica, incaricato di un mandato piuttosto vago, privo di quei requisiti espliciti di indipendenza che caratterizzano molti suoi omologhi in giro per il mondo e condizionato, nel suo operato (oltre che nella sua esistenza[70]) dal permanere della situazione emergenziale, vive numerose criticità. La prima, evidentemente, è quella di districarsi tra le esigenze di *neutralità* delle indicazioni fornite (elemento che

[67] Verbale 42 seduta 27 agosto 2021.
[68] Verbale n. 51 del 5 novembre 2021.
[69] Verbale n. 27 dell'11 giugno 2021.
[70] In quanto struttura straordinaria istituita per il contrasto alla pandemia, l'organo dovrebbe cessare le sue funzioni con lo stato di emergenza.

condiziona la legittimità dell'agire dell'organo, in termini di credibilità dello stesso) e quelle legate alla loro concreta *utilità* (dato imprescindibile soprattutto in un contesto di crisi).

Quel che è certo è che la pandemia che ha investito il mondo ha messo un punto fermo sulla questione della perimetrabilità degli ambiti della scienza e della politica. Il modello teorico "separatista", che vede i due poli come distaccati e risolve le loro interazioni nella possibilità che la scienza sia asservita agli scopi della politica o, viceversa, che il diritto sia un mero recettore acritico delle prove scientifiche, in grado di "speak truth to power"[71], non convince. L'enormità della crisi ha mostrato come la domanda iniziale – apparentemente tecnico-scientifica – relativa a come sviluppare strategie per controllare e mitigare la pandemia si sia dimostrata, in realtà, una questione profondamente politica, di natura anche estesamente socioeconomica[72]. In una logica di interdipendenza, dunque, l'elaborazione di politiche pubbliche non può prescindere dalla considerazione della scienza (che si fonda, soprattutto in emergenza, sul rigore del metodo più che sulla "verità" dei contenuti) e la scienza, a sua volta, senza ergersi a criterio risolutore universale, deve ammettere e riconoscere la natura complessa delle questioni da risolvere e non pretendere di comprimere il margine di discrezionalità della decisione politica[73].

Questa inevitabile convivenza, però, rende ineludibile la tensione di fondo fra l'esigenza "politica" di un messaggio univoco e l'importanza "scientifica"

[71] Sulle difficoltà di concepire la scienza come scevra da qualunque connotazione valoriale: S. JASANOFF, *Contested Boundaries in Policy-Relevant Science*, in *Social Studies of Science*, 17/1987 e H.E. DOUGLAS, *Science, Policy, and the Value-free Ideal*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 2009.

[72] Si pensi al richiamo al concetto di "sindemia", elaborato dall'antropologo medico Merrill Singer, al quale ricorre Richard Horton in un editoriale della rivista The Lancet nel settembre 2020, mettendo in evidenza come la crisi non sia determinata solo dalla diffusione del virus SARS-CoV-2, ma dall'interazione con altri stati patologici e – soprattutto – dal loro innestarsi in un contesto di marcate disparità socio-economiche. L'interazione di fattori biologici e sociali provoca un impatto asimmetrico della pandemia, il cui contrasto richiede un "more nuanced approach" che dedichi "far greater attention to [non-communicable diseases] and socioeconomic inequality than has hitherto been admitted" (R. HORTON, *Offline: COVID-19 is not a pandemic*, in *The Lancet*, 10255/2020, p. 874). Si tratta, più in generale, delle questioni della "trans-science" che richiedono proprio una integrazione della prospettiva scientifica con quella politica (si v. A.M. WEINBERG, *Science and trans-science*, in *Minerva*, 10/1972, p. 209-222.

[73] Si deve alla ricerca nel campo degli Science and Technology Studies (STS) e, in particolare, a S. Jasanoff, l'elaborazione dell'inestricabile legame tra conoscenza scientifica e valutazioni normative nei termini un modello di "coproduzione", secondo il quale ciò che avviene nelle moderne società della conoscenza è una costruzione comune e bidirezionale di ordine naturale e ordine sociale. Si v., in particolare, S. JASANOFF, *States of Knowledge: The Co-production of Science and the Social Order*, Routledge, London, 2004, ma anche M. TALLACCHINI, *Scienza, politica e diritto: il linguaggio della coproduzione*, in *Sociologia del diritto*, 1/2005, p. 75-106 e S.O. FUNTOWICZ, *Models of science and policy. From expert demonstration to participatory dialogue*, in A. SANTOSUOSSO, C. A. REDI, G. GENNARI (eds.), *Science, law and courts in Europe*, Ibis, Torino, 2004.

del dibattito e del dissenso[74].

Che il ruolo interpretato dal CTS nei due anni trascorsi dall'inizio della crisi sanitaria sia stato stretto proprio all'interno di questa tensione emerge, oltre che da tutto quel che si è già detto, da un altro elemento puntuale, di natura metodologica. L'analisi condotta, infatti, consente di osservare come, nella totalità dei casi, le indicazioni del CTS siano proposte all'unanimità: i verbali, infatti, danno conto, in alcuni casi, della circostanza che vi sia stata discussione interna all'organo, ma non fanno mai emergere né le posizioni contrapposte in fase di confronto, né eventuali punti di dissenso in quanto alle conclusioni raggiunte.

Questa unidirezionalità e coesione delle indicazioni fornite, da un lato, rappresenta un elemento positivo e una scelta in parte condivisibile, soprattutto in un contesto emergenziale, all'interno del quale urgono risposte operative e indicazioni il più possibile univoche rispetto a come orientare significativamente la decisione politica. Dall'altro, però, in un momento in cui la scienza è in fase di progressiva acquisizione di dati e graduale costruzione di punti fermi (come si è detto, sempre rivalutabili), si rischia che l'organo di consulenza tecnico-scientifica debba rivedere, con una sorta di *overruling*, le proprie raccomandazioni. Il pericolo, come si è visto, è che simili movimenti possano restituire un'immagine incerta della scienza e, di conseguenza, incidere negativamente sulla fiducia del pubblico, elemento che ha evidentemente rappresentato una chiave essenziale nella gestione della pandemia, se si pensa che tutte le strategie di contenimento e prevenzione si fondano, prima ancora che sulla coercizione, su forme di adesione spontanea alle misure proposte. Oltre ai meccanismi, ai quali si è fatto cenno (le clausole di rivalutabilità delle raccomandazioni fornite), sarebbe importante ragionare sul valore dell'esternazione dei dubbi della scienza e dell'emersione del dissenso, come elementi necessari a garantire la leggibilità delle decisioni assunte e la conseguente possibile individuazione delle responsabilità coinvolte.

Se è stato invitabile familiarizzare con i contenuti della scienza, che negli ultimi anni dovrebbero aver integrato il patrimonio culturale di ciascuno, ancora più essenziale – soprattutto per il giurista – pare la sfida relativa all'"avvicinamento" al metodo della scienza, alle sue complessità e ai suoi limiti.

Di fronte a quella che ci è stata prospettata come "l'era delle pandemie"[75],

[74] L'esigenza di "coniugare" incertezze della scienza e pressioni dei processi decisionali è al centro degli studi di S. JASANOFF, ed è bene sintetizzata nel suo *The Fifth Branch. Science Advisers as Policymakers*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1990, p. 8.

[75] Si sono espressi in questi termini gli esperti coinvolti nel Global Health Summit, svoltosi a Roma il 21 maggio 2021, secondo i quali: "Efforts today to address COVID-19 should include investments and response measures that have the greatest potential for sustainably improved global health threat prevention, preparedness and response as the world is likely entering an "age of pandemics" (Science and Innovation for a Safer World, Report of the Global Health Summit Scientific Expert Panel, p. 3).

l'auspicio (insieme a quello – forse un po' *naïf*– che ci si stia sbagliando) è che, di fronte agli interrogativi della scienza "post-normale"[76], lo strumento della consulenza tecnico-scientifica non sia relegato fra gli arnesi della normazione emergenziale, ma possa trovare – anche nell'ordinamento italiano – una sua "normalizzazione", all'interno dell'inarrestabile moto di collisione fra scienza e diritto di cui si è detto in apertura.

[76] Quella che si rivolge a situazioni in cui «i fatti sono incerti, le poste in gioco elevate, i valori in conflitto e le decisioni urgenti» (S. FUNTOWICZ, J. RAVETZ, *Post-normal science: a new science for new times*, in *Scientific European*, 2/1990).

IL COMITATO TECNICO-SCIENTIFICO E LA MATERIA ELETTORALE, OVVERO DELL'APPARENTE NEUTRALITÀ DI DECISIONI CHIAVE PER LA FORMA DI STATO*

MATTEO GIANNELLI**

Sommario

1. Introduzione. Il dirompente impatto della pandemia sul diritto di voto – 2. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico riguardo alla fissazione della data delle consultazioni elettorali. – 3. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella determinazione delle modalità di svolgimento delle operazioni elettorali. – 4. La sostanziale continuità di soluzioni nelle consultazioni elettorali del 2021. – 5. Indicazioni del Comitato-tecnico scientifico e affluenza al voto. Un'ipotesi ricostruttiva. – 6. Quali indicazioni per il futuro? Il diritto elettorale dell'emergenza e il rinvio delle elezioni politiche.

Abstract

The containment and management of the SARS-CoV-2 health emergency spared almost none of the individual and collective freedoms or social rights provided for in the Constitution. The right to vote has also been restricted by numerous measures that have generally postponed electoral appointments for several months, giving rise to a series of circumstances that are completely unprecedented for the Italian constitutional system. This contribution will focus on the measures adopted regarding electoral issue, referring to the experience of the Technical Scientific Committee. In conclusion, some hypotheses will be formulated on the relationship between the postponement of elections and electoral abstentionism, and on the case of the postponement of general elections.

Suggerimento di citazione

M. GIANNELLI, *Il Comitato tecnico-scientifico e la materia elettorale, ovvero dell'apparente neutralità di decisioni chiave per la forma di stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: matteo.giannelli@unifi.it.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione. Il dirompente impatto della pandemia sul diritto di voto

Le misure di contenimento e gestione dell'emergenza sanitaria da SARS-CoV-2 non hanno risparmiato quasi nessuna delle libertà individuali e collettive o dei diritti sociali previsti in Costituzione[1]. Anche il diritto di voto è stato limitato da numerosi provvedimenti che hanno operato un rinvio generalizzato di diversi mesi degli appuntamenti elettorali, dando luogo a una serie di circostanze del tutto inedite per l'ordinamento costituzionale italiano[2].

Nel presente contributo ci si concentrerà sulle misure adottate riguardo alla materia elettorale, avendo come punto di riferimento l'esperienza del Comitato tecnico-scientifico e, in particolare, il ruolo da questo assunto nel contesto pandemico[3]. Tra gli obiettivi di questo studio vi è, innanzitutto, quello di operare un confronto tra i pareri dell'organo e le decisioni che si sono tradotte negli atti normativi del Governo per verificare eventuali consonanze a livello contenutistico. Ciò non solo in termini di mero recepimento delle osservazioni del Comitato ma anche in termini di aderenza o meno alle indicazioni formulate.

I pareri resi dal Comitato tecnico-scientifico rilevanti ai fini di un'analisi in materia elettorale risultano essere sette in totale[4]: non molti, specie se

[1] Per una ricognizione panoramica cfr., per tutti, R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, III/2020, 513 ss., spec. 542-543, e, con specifico riferimento al diritto di voto come caso paradigmatico, P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 43.

[2] Sul rinvio delle scadenze elettorali vedi, tra i molti, V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 6 ss.; G. MAESTRI, *Urne rinviate per virus: la soluzione di (inattesi) conflitti tra diritto al voto e diritto alla salute*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, 293 ss.; M. SICLARI, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2/2020, 1 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Il rinvio delle elezioni in tempo di Coronavirus nell'ottica delle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, 936 ss.; L. SPADACINI, *I diversi bilanciamenti tra principio democratico, libertà di voto e diritto alla salute nei rinvii delle scadenze elettorali a causa della situazione pandemica*, in *Consulta Online*, II/2021, 616 ss.

[3] Sui rapporti tra politica e scienza nel contesto pandemico e sull'esperienza dell'organo istituito con l'art. 2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020 cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, 119 ss., F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi*, n. 20/2021, 127 ss., e S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia.* Rule of law *nella società digitale*. Vol. II. *Comunicazione, etica e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2021, 59 ss.

[4] Si riporta l'elenco dei verbali rilevanti delle riunioni del Comitato tecnico-scientifico con indicazione, tra parentesi, dei punti all'odg. 1. Verbale n. 77 del 19 maggio 2020 (Elezioni regionali e amministrative del 2020); 2. Verbale n. 95 del 16 e 20 luglio 2020 (Modalità di svolgimento delle consultazioni elettorali del 20 e 21 settembre 2020); 3. Verbale n. 97 del 30 luglio 2020 (Misure di prevenzione

raffrontati ad altri ambiti di intervento. Il mero dato numerico, tuttavia, non deve trarre in inganno e indurre a una generale valutazione di scarsa rilevanza degli interventi su questo terreno. Come si cercherà di evidenziare nel presente contributo, infatti, nonostante la materia elettorale sia spesso trattata in maniera neutra se non addirittura affrettata, come se presentasse un grado di politicità limitato, l'impatto dei pareri resi spinge a dare ampio rilievo agli interventi del Comitato. Ciò risulta evidente se si tiene presente la circostanza che il periodo della pandemia ha, infatti, riproposto alcune questioni cruciali: tra queste, in particolare, come già anticipato, vi è quella della centralità della periodicità del voto, un principio che, non solo all'interno del nostro sistema istituzionale[5], si riteneva ormai consolidato e, in qualche misura, addirittura scontato.

Nell'ottica di un'analisi che sarà basata sulle fonti del diritto elettorale dell'emergenza, la centralità delle determinazioni del Comitato tecnico-scientifico è testimoniata, innanzitutto, dalla parziale fungibilità dei contenuti dei decreti-legge e dei provvedimenti attuativi. Una circostanza che, a sua volta, rende evidente un fenomeno che è stato efficacemente rappresentato in termini di «circolarità» del diritto elettorale dell'emergenza[6]: un caso di indubbio interesse e di non poca problematicità perché, come noto, quella elettorale costituisce una materia coperta da riserva di legge, sebbene nella prassi non siano

dal rischio di infezione da SARS-CoV-2 per lo svolgimento delle elezioni referendarie, suppletive, regionali e comunali del 20-21 settembre 2020); 4. Verbale n. 98 del 5 agosto 2020 (Misure di prevenzione dal rischio di infezione da SARS-CoV-2 per lo scrutinio delle schede elettorali provenienti dalla circoscrizione estero relative allo svolgimento delle consultazioni referendarie del 20-21 settembre 2020); 5. Verbale n. 139 del 29 dicembre 2020 (Esperimenti elettorali previsti nell'anno 2021); 6. Verbale n. 145 del 15 gennaio 2021 (Esperimenti elettorali previsti nell'anno 2021); 7. Verbale n. 36 del 21 luglio 2021 (Audizione dei rappresentanti del Ministero dell'interno e del Ministero della salute in merito alle modalità di svolgimento delle prossime consultazioni elettorali). I documenti sono consultabili al link: https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico, dove, come noto, la pubblicazione dei verbali avviene dopo 45 giorni dalla data della riunione. Sulle vicende relative alla trasparenza e alla pubblicità delle decisioni del Comitato e, in particolare, sul contenzioso di fronte al giudice amministrativo che ne è scaturito, cfr. A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, 3/2020, 3287-92.

[5] Il tema come noto si presta anche a una trattazione comparatistica e internazionalistica. Cfr., tra i molti, A. DE GUTTRY, *Diritto di voto e pandemia: le norme internazionali e gli interventi degli organismi sovranazionali*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, v ss. e R. BORRELLO, *L'incidenza della pandemia di Covid-19 sulle votazioni pubblicistiche: alcune riflessioni di diritto interno e comparato*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2020, 1 ss. Tra i principali documenti internazionali si rinvia al *Protocollo Addizionale n. 1* alla CEDU e al *Codice di buona condotta in materia elettorale*, adottato dalla Commissione di Venezia nel corso della 52ª sessione (18-19 ottobre 2002): entrambi inseriscono tra i principi del patrimonio elettorale europeo anche quello della regolarità delle scadenze elettorali e della periodicità delle elezioni.

[6] Così all'esito della ricostruzione effettuata da G. TARLI BARBIERI, *Il "diritto elettorale dell'emergenza" tra decretazione d'urgenza e linee guida*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 187 ss., spec. 195 ss.

mancati atti regolamentari, non solo di mera esecuzione, e anche atti atipici, quali circolari e istruzioni ministeriali[7].

L'impatto dell'emergenza sanitaria in tale ambito ha, infatti, imposto l'adozione di misure contenute in decreti-legge che hanno tradotto indicazioni del Comitato tecnico-scientifico e che, successivamente, sono state attuate da «atti di incerta qualificazione ma sostanzialmente paranormativi»[8], a loro volta di recepimento di linee guida contenute nei pareri resi dallo stesso Comitato. Tra questi atti, in particolare, occorre segnalare le copiose *Circolari* del Ministero dell'Interno e i *Protocolli sanitari e di sicurezza per lo svolgimento delle elezioni* adottati congiuntamente da Ministero dell'Interno e Ministero della Salute[9].

Una circolarità che, a differenza di altri ambiti materiali affrontati nei contributi destinati a questo *Speciale*, non presenta significative discontinuità tra le tornate elettorali del 2020 e del 2021: in entrambe le occasioni, infatti, le indicazioni del Comitato sono rimaste sostanzialmente inalterate, nonostante le modifiche nella composizione e gli effetti che ne sono derivati[10].

I principali temi affrontati nei pareri sono sostanzialmente due: la fissazione della data delle consultazioni elettorali, successiva al loro rinvio, e la durata delle stesse, da un lato; la dislocazione delle sezioni elettorali e le concrete modalità di svolgimento delle operazioni elettorali con riferimento all'organizzazione dei seggi, agli adempimenti connessi all'espressione del voto e allo scrutinio, dall'altro. Una serie di aspetti che, è bene chiarirlo, hanno riguardato la sola legislazione elettorale in senso stretto e non quella di contorno[11] e su cui si soffermerà nel proseguo del contributo.

[7] Sul punto G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2018, spec. 41 ss. Di recente, anche in ottica comparata, cfr. R. IBRIDO, *Le riserve di legge in materia elettorale nel quadro comparato: quali indicazioni per il caso italiano?*, in *Federalismi*, n. 28/2021, 76 ss., spec. 92 ss.

[8] Ancora G. TARLI BARBIERI, *Il "diritto elettorale dell'emergenza" tra decretazione d'urgenza e linee guida*, cit., 203.

[9] Consultabili al link https://dait.interno.gov.it/elezioni.

[10] Vicenda calabrese e il loro recepimento negli atti governativi (emblematica, in tal senso, è la vicenda relativa al rinvio delle elezioni regionali in Calabria, cfr. pareri del 29 dicembre 2020 e 15 gennaio 2021, e, più in generale, la sostanziale riproposizione delle medesime osservazioni per le elezioni del 2021, cfr. parere del 21 luglio 2021).

[11] Anche se è necessario precisare che in alcune circostanze, cfr. pagina 2 del verbale n. 139 del 29 dicembre 2020, si fa riferimento a questioni come la raccolta delle sottoscrizioni o il deposito delle candidature, senza tuttavia esprimere indicazioni in merito. Intervengono su questi aspetti alcuni decreti leggi come, da ultimo, il n. 25 del 2021 che, all'articolo 2, dispone la riduzione a un terzo del numero delle sottoscrizioni per la presentazione delle liste e delle candidature nelle elezioni comunali. Analoghe disposizioni sono previste per altre consultazioni elettorali.

2. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico riguardo alla fissazione della data delle consultazioni elettorali

Nel nostro ordinamento, come noto, non è prevista alcuna disciplina di carattere generale sul rinvio delle consultazioni elettorali a livello nazionale, regionale e locale. Anzi, come si avrà modo di dire anche in seguito, con riferimento alle elezioni politiche l'art. 61, comma 1, della Costituzione delinea una finestra una temporale tassativa per cui «le elezioni delle nuove Camere hanno luogo entro settanta giorni dalla fine delle precedenti», con l'unica eccezione, prevista dall'art. 60, comma 2, che consente una proroga soltanto in caso guerra e sulla base di una legge[12].

Fino ad oggi si è proceduto al rinvio delle elezioni attraverso apposite previsioni contenute in decreti-legge, nel caso di consultazioni rientranti nella competenza esclusiva dello Stato. Con riferimento, invece, alla scadenza relativa alle Regioni a statuto ordinario si è optato, sempre con decreto-legge, per la proroga della durata dei Consigli, alla luce del complesso riparto di competenze legislative in materia[13]. Come osservato in dottrina, in entrambe queste ipotesi ci si è trovati in una di quelle circostanze tali da ritenere inevitabile il ricorso al decreto-legge, quale strumento costituzionalmente previsto a tal fine e utilizzato «forse mai come attualmente […] in senso proprio ed effettivo»[14].

La prima consultazione elettorale a esser stata interessata dall'emergenza sanitaria è stata, come noto, il referendum costituzionale relativo alla riduzione del numero dei parlamentari che il Presidente della Repubblica aveva indetto con proprio decreto del 28 gennaio 2020[15], fissandone la data di svolgimento per la giornata di domenica 29 marzo 2020. Tuttavia, tale atto è stato revocato con il successivo d.P.R. 5 marzo 2020, adottato in seguito al d.P.C.M. 4 marzo

[12] V. *infra* par. 6.

[13] L'art. 122, co. 1, Cost. prevede, come noto, una competenza concorrente in materia di sistema di elezione del Presidente e dei consiglieri regionali, che la Corte costituzionale ha interpretato in senso estensivo, comprensivo cioè «nella sua ampiezza, di tutti gli aspetti del fenomeno elettorale», essendo quindi riferito «anche alla disciplina del procedimento elettorale [...], nonché a quella che attiene, più in generale, allo svolgimento delle elezioni (sistema elettorale in senso ampio)» (sent. n. 151 del 2012). La stessa Corte aveva in precedenza affermato che ricade nella competenza regionale l'indizione delle elezioni regionali (sent. n. 196 del 2003). Tuttavia, lo stesso art. 122, co. 1, Cost. assegna alla competenza esclusiva statale l'individuazione della durata degli organi regionali, peraltro non comprensiva dell'istituto della prorogatio che ricade nella competenza statutaria delle Regioni ordinarie (sempre sent. n. 196 del 2003) e che pertanto non può essere oggetto di una disciplina da parte di fonti statali. Sul punto, diffusamente, S. DE NARDI, *Sulla proroga della durata degli organi elettivi regionali*, in *Le Regioni*, 2020, 1329 ss.

[14] Così M. SICLARI, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, cit., 6. In termini più ampi sul tema v. G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 351 ss.

[15] Indizione del referendum popolare confermativo della legge costituzionale, recante *Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*, approvata dal Parlamento.

2020 con il quale era stato definito in modo unitario per tutto il territorio nazionale il quadro degli interventi e delle misure attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6[16]. Con il d.P.R. richiamato, inoltre non è stata fissata una nuova data del referendum che è stato pertanto rinviato a data da destinarsi: sul punto, successivamente, è intervenuto l'art. 81 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, che ha disposto il rinvio all'autunno 2020 del referendum costituzionale, in deroga all'art. 15 della l. n. 25 maggio 1970, n. 352[17].

Nella fase iniziale della pandemia, coincidente con il vero e proprio *lockdown* della primavera 2020 imposto dalle prime misure di contenimento e gestione dell'emergenza sanitaria, il neoistituito Comitato tecnico-scientifico, in assenza di richieste sul punto da parte del Governo, non ha riservato alcuna attenzione alla questione del rinvio del referendum costituzionale di cui si è appena fatto cenno e, più in generale, alla materia elettorale.

È, invece, nella cd. "fase 2" dell'emergenza – quella inaugurata con il d.P.C.M. 26 aprile 2020 che, per la prima volta, attenua le misure precedentemente previste[18] – che il Comitato si inizia a occupare dell'ambito oggetto del presente contributo, nel quadro di un più generale mutamento ed evoluzione del suo ruolo che lo porta a ricevere un ampio spettro di richieste di parere e ad affrontare questioni che non sono più direttamente collegate alle sole misure di contenimento e gestione ad effetto "immediato"[19].

Il primo atto normativo su cui si concentra l'attenzione del Comitato è il decreto-legge 26 aprile 2020, n. 26, che contiene alcune previsioni riferite a tutte le consultazioni che avrebbero dovuto svolgersi nella primavera del 2020 – mentre altre attengono a singole elezioni, in particolare a quelle regionali e comunali – e che ha come oggetto principale la posticipazione delle consultazioni elettorali la cui disciplina ricade nella competenza normativa statale[20]. In

[16] Una circolare, n. 17 del 6 marzo 2020, della Direzione centrale per i servizi elettorali del Viminale ha poi sospeso le operazioni connesse al procedimento referendario «con effetto immediato, con riserva di successive indicazioni».

[17] Tale disposizione ha fissato il termine ultimo per l'indizione del referendum costituzionale in 240 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza della Cassazione, anziché nei 60 giorni previsti dall'art. 15 citato «in considerazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

[18] Per una completa ricostruzione dei provvedimenti, e delle disposizioni *ivi* contenute, susseguitisi nella primavera del 2020 cfr., senza pretesa di esaustività, A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile* contro *le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020, 313 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 109 ss.; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, I/2020, 208 ss.; P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, cit., 37 ss.

[19] Cfr. la sottolineatura di questo passaggio che opera G. MOBILIO nel contributo raccolto in questo *Speciale.*

[20] Su cui vedi quanto già detto in apertura del presente paragrafo.

questo frangente l'intervento del Comitato si ha durante la fase di conversione del decreto-legge: i contenuti del parere reso, come si dirà *infra*, sono stati in larga parte recepiti in sede di conversione, avvenuta ad opera della legge 19 giugno 2020, n. 59.

Nella riunione del 19 maggio 2020 il Comitato si sofferma sulla richiesta avanzata dal Ministero dell'Interno e degli Affari regionali in ordine all'impatto che la contingenza pandemica potrebbe avere sulla popolazione durante lo svolgimento delle elezioni regionali ed amministrative e sulle misure necessarie per consentire la più ampia e libera partecipazione degli elettori[21]. Dopo aver acquisito le informazioni sul numero degli elettori[22], il Comitato formula il seguente responso: «la circolazione dei coronavirus nella popolazione è osservata in aumento durante i periodi dell'anno caratterizzati dalle basse temperature rispetto alla riduzione dell'incidenza delle affezioni registrata a carico delle vie aree nella stagione calda. Sebbene le conoscenze scientifiche del virus SARS-CoV-2 non forniscano, al momento, chiare indicazioni sulle modalità di contagio nei periodi estivi, analogamente a quanto osservato per gli altri coronavirus e nel rispetto del principio di massima precauzione, il CTS indica, quale scelta più plausibile tra le diverse opzioni rappresentate dai Ministri, l'effettuazione delle consultazioni elettorali all'inizio del mese di settembre p.v.». Nel testo si specifica, inoltre, che la data «dei c.d. ballottaggi per le elezioni amministrative dei sindaci potrebbe avvenire, compatibilmente con le modalità organizzative del Ministero dell'Interno, comunque entro il mese di settembre p.v., anche queste organizzate, eventualmente, su due giornate di voto al fine di distribuire in maniera più omogenea la fruizione dei seggi elettorali ed evitare, in questo modo, eventuali picchi di affluenza».

Si tratta di una vicenda in cui le interlocuzioni maggiori si sono avute con riferimento alle elezioni regionali, anche per effetto di una dura presa di posizione della Conferenza delle Regioni e delle province autonome che in un documento del 7 maggio 2020 chiedeva lo svolgimento delle elezioni già a partire dalla seconda settimana di luglio sulla base della considerazione «che la c.d. "fase 2", prevedendo la riapertura di diritti anche fondamentali, quali il diritto al lavoro e il diritto alla mobilità sul territorio nazionale, potrebbe comunque includere la possibilità di esercitare il diritto di voto»[23].

[21] Cfr. verbale n. 77 del 19 maggio 2020, 2-4.

[22] Individuati in circa 18 milioni per le elezioni dei presidenti delle giunte regionali (Liguria, Veneto, Marche, Toscana, Campania, Puglia) e in circa 6 milioni per le elezioni amministrative di 1134 comuni.

[23] Cfr. *Documento della conferenza delle regioni e delle province autonome relativo all'articolo 1 del decreto-legge n.26 del 20 aprile 2020* (documento 20/72/CR4bis/C1) della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 7 maggio 2020.

Successivamente, come anticipato, le indicazioni del CTS riferite al periodo di svolgimento sono state recepite in sede di conversione del decreto-legge n. 26 del 2020 pur con una leggera differenza tra l'inizio del mese, richiesta dal Comitato, e la formulazione finale con cui si dispone che «le elezioni dei consigli comunali e circoscrizionali previste per il turno annuale ordinario si tengono in una domenica compresa e nel lunedì successivo compresi tra il 15 settembre e il 15 dicembre 2020», facendo coincidere tale arco temporale con quello delle elezioni regionali[24].

Inoltre, relativamente alle novità introdotte in sede conversione del citato decreto-legge, è importante menzionare gli articoli 1-*bis* e 1-*ter*.

Con la prima disposizione è stato inserito un riferimento all'applicazione del principio della concentrazione delle scadenze elettorali (cd. *election day*), anche al referendum sul testo di legge costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari[25]. L'art. 1-*ter* ha previsto che «al fine di prevenire il rischio di contagio da COVID-19, le consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020 si svolgono nel rispetto delle modalità operative e precauzionali di cui ai protocolli sanitari e di sicurezza adottati dal Governo». Su quest'ultima novità si tornerà *infra* per i riflessi che comporta sulle modalità di svolgimento delle operazioni elettorali[26].

Ciò su cui, invece, è importante soffermarsi in chiusura di questo paragrafo è proprio la questione dell'applicazione del principio della concentrazione delle scadenze elettorali anche al referendum costituzionale. L'art. 1-*bis*, comma 3, richiama l'articolo 7 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, e ne prevede l'applicazione al referendum ex art. 138 Cost. Tuttavia, la disposizione cui si fa rinvio non include le consultazioni referendarie tra quelle da svolgere contestualmente: con riferimento a queste, infatti, la disposizione prevede soltanto che nel «caso in cui, nel medesimo anno, debba tenersi più di un referendum abrogativo, la convocazione degli elettori […] avviene per tutti i referendum abrogativi nella medesima data»[27].

Ci troviamo di fronte a una soluzione di per sé problematica che, come noto – dopo l'individuazione da parte del Consiglio dei ministri del 14 luglio 2020 dei giorni 20 e 21 settembre 2020 come data per lo svolgimento di tutte le

[24] Cfr., in particolare, art. 1, co. 1, lett. b) e d), del decreto convertito in legge.

[25] Cfr., in particolare l'art. 1-*bis*, co. 3, per cui «per le consultazioni elettorali di cui all'articolo 1 del presente decreto resta fermo il principio di concentrazione delle scadenze elettorali di cui all'articolo 7 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, che si applica, altresì, al referendum confermativo del testo di legge costituzionale recante *Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 240 del 12 ottobre 2019».

[26] V. *infra* par. 3.

[27] Così il comma 3 dell'articolo 7 citato.

consultazioni elettorali precedentemente rinviate – ha avuto un seguito nei quattro conflitti di attribuzioni sollevati di fronte alla Corte costituzionale, poi dichiarati inammissibili[28]. Tali conflitti hanno riproposto la questione del "tempo" di indizione di un *referendum* costituzionale che è assai delicata sul piano istituzionale, come osservato in dottrina[29], e che è rimasta ai margini del dibattito sia tecnico che politico che si è avuto in occasione del rinvio delle consultazioni elettorali del 2020. Un dibattito che si è concentrato prevalentemente sulle elezioni regionali: peraltro, anche in quest'ultimo caso, rimane l'impressione di una vicenda che non sembra priva di aspetti criticabili, sul piano dell'opportunità e forse anche della legittimità costituzionale, in una materia in cui la cooperazione tra lo Stato e le Regioni appare essenziale[30].

3. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella determinazione delle modalità di svolgimento delle operazioni elettorali

Con riferimento alle concrete modalità di svolgimento delle operazioni elettorali, occorre richiamare, anzitutto, l'art. 1-*ter*, inserito in sede di conversione del d.l. n. 26 del 2020, il quale ha previsto che «al fine di prevenire il rischio di contagio da COVID-19, le consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020 si svolgono nel rispetto delle modalità operative e precauzionali di cui ai protocolli sanitari e di sicurezza adottati dal Governo».

La *ratio* di tale disposizione, come si legge nel parere del Comitato tecnico-scientifico del 30 luglio 2020, è quella di bilanciare «due diritti costituzionalmente garantiti: il diritto di voto del singolo individuo e il diritto alla salute individuale e della intera collettività», partendo comunque dall'assunto che il

[28] Cfr. Corte cost. ordinanze nn. 195, 196, 197 e 198 del 2020. I quattro ricorsi per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sono stati sollevati, rispettivamente, dal Comitato promotore del referendum, dalla Regione Basilicata, dal senatore Gregorio De Falco e dall'Associazione +Europa e hanno riguardato, non solo l'abbinamento tra referendum costituzionale ed elezioni regionali ma anche altre modalità di svolgimento del referendum. Per un commento L. SPADACINI, *I diversi bilanciamenti tra principio democratico, libertà di voto e diritto alla salute nei rinvii delle scadenze elettorali a causa della situazione pandemica*, cit., 639-640.

[29] P. CARNEVALE, *Ma la data di svolgimento del referendum costituzionale è davvero liberamente disponibile?*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Edizioni Plus, Pisa, 2005, 75 ss. Inoltre, G. FONTANA, *Il referendum costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 175 ss.

[30] Cfr. il contributo di M.A. GLIATTA, raccolto in questo *Speciale*. Sulle dinamiche del rapporto Stato-Regioni in termini più ampi cfr. E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 377 ss.; G. SCACCIA, *I rapporti tra Stato e autonomie territoriali alla prova dell'emergenza Covid-19*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE, (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia.* Rule of law *nella società digitale. Vol. I. Problemi di governo*, Il Mulino, Bologna, 2021, 247 ss.; G. Di COSIMO, *Le forme della collaborazione al tempo della pandemia*, in *Le Regioni*, 3/2021, 543 ss.

primo non può essere limitato se non nei sole ipotesi menzionate dall'art. 48, comma 4, Cost.[31].

Una disposizione, inserita sulla scia del parere del Comitato del 19 maggio, che trova ulteriore specificazione proprio nel parere del 30 luglio, il quale si dilunga nell'individuare le misure da adottare a tutela della salute collettiva nello svolgimento delle operazioni elettorali, anche operando ampi riferimenti alle esperienze di paesi europei ed extraeuropei[32].

Il parere del Comitato, adottato in seguito a numerose interlocuzioni con il Ministero dell'Interno – testimoniate anche dal rinvio del punto all'ordine del giorno della seduta precedente[33] – si riferisce *in primis* ad alcuni interventi che sono considerate indispensabili[34]. In seguito, sono elencate una serie di specifiche misure di «sistema, organizzative, di prevenzione e protezione, igieniche e comunicative declinate con specifico riferimento al processo elettorale,

[31] Cfr. verbale n. 97 del 30 luglio 2020, pag. 22.

[32] Cfr. le pagine 14-21 dove si dà puntuale riscontro delle elezioni rinviate e svolte sino a quel momento – nella sezione «Le operazioni di voto nel mondo nel contesto della pandemia da SARS-CoV-2» – sulla base dei dati raccolti dall' International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) «risultano essere almeno 67 i Paesi che a partire dal 21 febbraio 2020 hanno deciso di rinviare le elezioni nazionali, subnazionali e territoriali a causa dell'epidemia da COVID-19. Sono, invece, almeno 48 i Paesi che hanno deciso di organizzare le elezioni nazionali, subnazionali e territoriali come inizialmente previsto, nonostante le preoccupazioni relative alla pandemia, e 13 i Paesi che hanno tenuto le elezioni inizialmente rinviate».

[33] Nel verbale n. 95 delle sedute del 16 e 20 luglio 2020, nel punto relativo alle modalità di svolgimento delle consultazioni elettorali del 20 e 21 settembre 2020, può infatti leggersi che «per analizzare al meglio la complessa tematica, è stata organizzata una videoconferenza con il Vice Capo del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno con la condivisione delle principali criticità nelle attività di voto relativamente ai membri dei seggi elettorali e dei plessi identificati quali sedi elettorali, nonché della possibilità di garantire l'espressione di voto ai soggetti in quarantena ed in isolamento fiduciario che attualmente assommano a circa 30000 cittadini». Inoltre, «data la complessità della tematica, il CTS, dopo ampia discussione, rimanda ad un'ulteriore valutazione complessiva prevista in una delle prossime sedute, all'esito di una nuova interlocuzione del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno» (pag. 4).

[34] Nel verbale alle pagine 13-14 può leggersi quanto segue: «al fine di garantire lo svolgimento delle consultazioni elettorali e referendarie, che interesserà complessivamente circa 51.000.000 di elettori e circa 61.000 sezioni elettorali, tenuto anche conto della normativa generale in materia elettorale, si propone il presente documento tecnico con l'obiettivo di fornire elementi informativi e indicazioni operative per la tutela della salute e della sicurezza sia dei membri dei seggi elettorali sia dei cittadini aventi diritto al voto». Inoltre «alla luce dell'evoluzione epidemiologica, il CTS rinnova ed integra quanto approvato durante la richiamata seduta n. 77 del Comitato tecnico-scientifico, alla luce di una approfondita analisi della tematica e sugli attuali indici epidemiologici rilevati. Tenuto conto da un lato che il diritto di voto è costituzionalmente tutelato e insopprimibile, dall'altro che l'attuale situazione di emergenza sanitaria connessa alla pandemia da SARS-CoV-2 pone un serio problema di salute pubblica che richiede la previsione di misure idonee a proteggere la salute dei cittadini, le indicazioni qui fornite non potranno che essere di carattere generale per garantire la coerenza con le misure essenziali al contenimento dell'epidemia, rappresentando un elenco di criteri guida di cui tener conto nelle singole situazioni».

tenendo presente i criteri già individuati dal CTS per i protocolli, anche facendo riferimento ai documenti di indirizzo prodotti da ISS e INAIL»[35].

Tra queste è possibile annoverare[36]: a) il rispetto delle corrette prassi igieniche, garantendo la disponibilità e l'utilizzo presso le sezioni elettorali di mascherine e guanti (ad esempio, per poter maneggiare le matite copiative per l'espressione delle preferenze); b) il distanziamento sociale per i membri del seggio elettorale; c) l'areazione frequente degli ambienti sedi dei seggi elettorali; d) il distanziamento sociale superiore ad un metro tra elettore e membri della seggio in tutti i casi in cui, per motivi legati alla identificazione dell'elettore, appaia necessaria la rimozione temporanea della mascherina (che deve comunque essere ridotta al minimo); e) la fornitura in ciascun seggio di prodotti per la sanificazione, necessari anche per le attività di identificazione degli elettori; f) l'effettuazione dello spoglio delle schede con i guanti.

Altre misure sono qualificate come necessarie; tra queste: a) il divieto di assembramenti anche da parte dei rappresentanti di lista, a cui comunque avrebbe dovuto essere assicurata la funzione istituzionale di assistere alle operazioni di voto e scrutinio; b) il potenziamento del personale delle forze di polizia e di quelle armate presso le sedi elettorali, per contenere ed impedire eventuali assembramenti all'interno e all'esterno delle sedi di seggio; c) il distanziamento sociale e obbligo di utilizzare le mascherine durante lo spoglio delle schede; d) il ripiego e inserimento nell'urna della scheda elettorale direttamente da parte dell'elettore, senza toccare l'urna; e) l' individuazione di modalità operative e organizzative che evitassero il contatto con l'urna ovvero impiego, al di sopra di essa, di una lamina in plastica o di plexiglass o in altro materiale analogo che consentisse una periodica e agevole sanificazione della superficie e della feritoia dell'urna medesima; f) una frequente sanificazione dei servizi igienici.

Infine, è ritenuto auspicabile: a) l'ingresso nel seggio elettorale di un elettore alla volta; b) l'identificazione, quando tecnicamente possibile, di percorsi di ingresso e uscita dai seggi elettorali separati e contrapposti.

Sulla base di questi contenuti si acuisce la sensazione che il già citato art. 1-*ter* del decreto-legge n. 26 del 2020, come inserito in sede di conversione, abbia operato una sorta di delegificazione in favore di una serie di atti di incerta qualificazione giuridica e in ambiti potenzialmente rilevanti: il dubbio non sembra privo di rilevanza, nella misura in cui lo stesso Comitato tecnico-scientifico ha ritenuto, da un lato che «spetta al decisore politico la valutazione della

[35] Così si legge a pag. 22 del verbale n. 97 del 30 luglio 2020. A conclusione della rassegna delle misure è inoltre riportata una bibliografia di documenti di istituzioni nazionali e internazionali sulla situazione epidemiologica ritenuti rilevanti (cfr. pag. 33).

[36] Sul punto v. diffusamente G. TARLI BARBIERI, *Il "diritto elettorale dell'emergenza" tra decretazione d'urgenza e linee guida*, cit., 196.

fattibilità e delle misure decisionali necessarie per l'attuazione delle raccomandazioni tecniche di seguito rappresentate a tutela della salute di tutti i soggetti coinvolti»[37]; dall'altro, è sembrato presupporre che il successivo protocollo deroghi alla legislazione vigente, quantomeno con relativamente alla possibilità che i votanti ripongano personalmente la scheda nell'urna, sottraendo questo compito al Presidente di seggio; alla possibilità di abbassare il limite di 200 posti letto per l'attivazione dei seggi ospedalieri; alla raccolta del voto a domicilio; alla disciplina del voto dei soggetti in quarantena e in isolamento fiduciario[38]. Più in generale, merita attenzione il riferimento finale che il Comitato opera a «eventuali "procedure d'emergenza" per la gestione di ogni possibile fenomeno contingente che possa minare il diritto all'esercizio del diritto di voto dei cittadini»[39].

Successivamente in data 7 agosto si è data attuazione all'art. 1-*ter* con l'adozione del *Protocollo sanitario e di sicurezza per lo svolgimento delle consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020*, sottoscritto dal Ministro dell'interno e dal Ministro della salute, che ha di fatto ha recepito il parere del Comitato, con alcune precisazioni, alcune peraltro ripetitive della normativa vigente[40], altre probabilmente dettate da un eccessivo scrupolo[41], in ogni caso non apportando deroghe alla legislazione vigente in materia.

In seguito, a riprova della «circolarità» di cui si faceva menzione, tutte queste misure sono state «legificate»[42] nel decreto-legge 14 agosto 2020, n. 103, recante *Modalità operative, precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020*[43]. Pochi giorni dopo, a dimostrazione della fungibilità degli strumenti attuativi, una circolare del

[37] V. pag. 25 del verbale citato.

[38] Cfr. pagine 28-32 del verbale citato.

[39] Rinvenibile a pagina 32 del verbale citato.

[40] Così l'imposizione dell'uso della mascherina per gli elettori e per ogni altro soggetto avente diritto all'accesso alla sezione elettorale.

[41] Come la tripla igienizzazione delle mani da parte degli elettori, all'ingresso, dopo l'identificazione e dopo l'esercizio del voto.

[42] G. TARLI BARBIERI, *Il "diritto elettorale dell'emergenza" tra decretazione d'urgenza e linee guida*, cit., 207.

[43] Al fine di tutelare la salute dei componenti dei seggi elettorali e dei cittadini, il decreto-legge si soffermava, in deroga alla normativa vigente, la deposizione nell'urna delle schede votate direttamente da parte dell'elettore. Inoltre, introduceva una disciplina speciale relativa alla costituzione delle sezioni elettorali ospedaliere nelle strutture sanitarie che ospitavano reparti COVID-19, deputate a svolgere, oltre alle operazioni di raccolta del voto, anche quelle di spoglio delle schede votate. Individuava, infine, la procedura per l'esercizio domiciliare del voto per gli elettori sottoposti a trattamento domiciliare o in condizioni di quarantena o di isolamento fiduciario. È importante notare, peraltro, che il d.l. n. 103 del 2020 è stato lasciato decadere ma i suoi effetti sono stati salvati in un emendamento alla legge di conversione del "decreto Agosto" successiva allo svolgimento delle elezioni (art. 1, comma 2, l. n. 126 del 2020). Su queste peculiari vicende da un punto di vista delle fonti del diritto cfr. E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 641 ss.

Ministero dell'interno, n. 41 del 20 agosto 2020[44], ha ulteriormente integrato le prescrizioni del Comitato intervenendo, in particolare, sul distanziamento delle cabine elettorali; sulla predisposizione di dispositivi di distribuzione di detergenti all'ingresso e all'esterno del seggio; sulla vigilanza sull'obbligo per tutti gli elettori di recarsi al voto muniti di mascherina e di indossarla nel rispetto delle normative vigenti, sulla raccomandazione dell'utilizzo della mascherina da parte degli scrutatori e dei Presidenti di seggio, con la specifica precisazione della loro sostituzione ogni 4-6 ore.

In questa molte di atti, peraltro, non risultavano chiare le conseguenze per eventuali trasgressioni – sia da parte dei componenti del seggio o degli elettori: si pensi, ad esempio, all'ambiguo passo del protocollo sanitario nel quale si rimette «alla responsabilità di ciascun elettore il rispetto di alcune regole basilari di prevenzione quali: evitare di uscire di casa e recarsi al seggio in caso di sintomatologia respiratoria o di temperatura corporea superiore a 37.5°C; non essere stati in quarantena o isolamento domiciliare negli ultimi 14 giorni; non essere stati a contatto con persone positive negli ultimi 14 giorni»[45].

In sintesi, si tratta di atti, almeno di natura paranormativa, che si intersecano con altri atti altrettanto dubbi sul piano della loro qualificazione giuridica, dello Stato ma anche delle Regioni[46].

4. La sostanziale continuità di orientamenti e soluzioni nelle consultazioni elettorali del 2021

Le tendenze analizzate nei paragrafi si sono riproposte anche dopo lo svolgimento delle elezioni del settembre 2020, in occasione delle consultazioni fissate per il 2021. Con una serie di disposizioni contenute in decreti-legge, in alcuni casi intervenuti su altri decreti adottati nella prima fase dell'emergenza pandemica, il rinvio delle elezioni è avvenuto in due fasi temporali distinte.

In una prima fase, tra dicembre 2020 e gennaio 2021, si è deciso il rinvio di numerosi appuntamenti elettorali, tra questi: le elezioni regionali in Calabria, a una data compresa tra il novantesimo e il centocinquantesimo giorno successivo alla data in cui si sono verificate le circostanze che rendono necessario il

[44] Reperibile al link https://dait.interno.gov.it/documenti/circ-041-servelet-20-08-2020.pdf

[45] In questa parte, peraltro, il protocollo mutua quasi letteralmente le indicazioni contenute a pagina 27 del parere reso dal Comitato tecnico-scientifico nella seduta del 30 luglio 2020.

[46] Sul punto cfr. G. TARLI BARBIERI, *Il "diritto elettorale dell'emergenza" tra decretazione d'urgenza e linee guida*, cit., 200, per il caso di un'ordinanza del Presidente della Giunta Regionale Toscana (9 settembre 2020, n. 84) che si sovrappone alle linee guida statali citate in tema di voto domiciliare e nelle strutture sociosanitarie.

rinnovo[47]; le elezioni suppletive per i seggi della Camera e del Senato resisi vacanti entro il 28 febbraio 2021, a una data non ulteriore al 31 maggio 2021[48].

In seguito, sempre a seguito di un parere del Comitato tecnico-scientifico[49], è intervenuto il decreto-legge n. 25 del 2021 che prende le mosse dell'aggravamento del quadro epidemiologico e, come si può leggere nel preambolo, dall'esigenza di assicurare che le consultazioni elettorali «si svolgano in condizioni di sicurezza per la salute dei cittadini, tenendo conto della campagna vaccinale in corso» e di evitare che nello svolgimento delle procedure elettorali «si determinino fenomeni di assembramento di persone e condizioni di contiguità sociale al di sotto delle misure precauzionali adottate, ai fini del contenimento alla diffusione del virus». Con tale atto è stato previsto che le elezioni dei Sindaci e dei Consigli comunali e circoscrizionali previste per il turno annuale ordinario si tengano tra il 15 settembre e il 15 ottobre 2021 e che in questo stesso turno si svolgano altresì le altre elezioni già rinviate dalle disposizioni sopra riportate, ivi comprese le elezioni regionali calabresi, che quindi hanno avuto luogo a quasi un anno di distanza dal decesso della Presidente della Giunta Regionale.

Dalla lettura di questi atti emerge che la posticipazione sia considerata una scelta necessitata alla luce del preoccupante quadro epidemiologico, ritenuto incompatibile con lo svolgimento di consultazioni coinvolgenti milioni di elettori[50]. È importante segnalare che, diversamente da quanto avvenuto con riferimento alle elezioni indette per il 20 settembre 2020 – specie nel caso delle elezioni regionali e delle frizioni verificatesi – in questi casi il Governo ha dato seguito sin da subito alle indicazioni rese dal Comitato tecnico-scientifico. Tale organo già nella seduta del 29 dicembre 2020 aveva manifestato chiare perplessità in ordine al svolgimento delle elezioni calabresi, anche sottolineando, a integrazione dal parere del maggio 2020, «la necessità di considerare il rischio derivante non solo dalle procedure di voto nelle giornate dedicate alla consultazione elettorale, ma anche tutte le attività propedeutiche necessarie al corretto svolgimento delle elezioni (raccolta, sottoscrizione e deposito delle candidature, comizi elettorali, ecc.)»[51]. Inoltre, nella successiva riunione del 15

[47] Cfr. art. 8, d.l. n. 150 del 2020, convertito, con modificazioni dalla l. n. 181 del 2020.

[48] Cfr. art. 4, comma 1, lett. a, del d.l. n. 2 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 29 del 2021.

[49] Cfr. Verbale n. 145 del 29 gennaio 2021.

[50] Le elezioni comunali interessavano poco meno di 1.300 Comuni e, tra questi, alcuni dei più popolosi quali Roma, Milano, Napoli, Torino.

[51] Cfr. pagina 2 del verbale n. 139 del 29 dicembre 2020, dove può leggersi che «In relazione ai quesiti pervenuti dal Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie (allegato) e dalla Direzione Centrale per i Servizi Elettorali del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno (allegato) concernenti l'esperimento delle consultazioni elettorali dell'anno 2021, in particolare, per le elezioni del Presidente della Giunta della Regione Calabria, il CTS rinvia alle

gennaio 2021 lo stesso Comitato ha auspicato la posticipazione delle elezioni regionali e di altre elezioni amministrative in considerazione del «peggioramento degli indici epidemiologici […] richiamando l'effetto e la verifica delle misure di contenimento e di mitigazione al fine di garantire al territorio un'adeguata capacità di tracciamento e monitoraggio dell'epidemia»[52]. Occorre sottolineare come in questa vicenda l'intervento del CTS sia stato invocato anche dal Presidente facente funzione della Giunta Regionale calabrese, con una richiesta di parere formulata al Governo nel «rispetto del principio di leale collaborazione […] e al fine di garantire il regolare svolgimento delle consultazioni elettorali»[53]

Sul versante, invece, dello svolgimento delle operazioni elettorali occorre ricordare che l'articolo 4, comma 2, del decreto-legge 17 agosto 2021, n. 117, recante *Disposizioni urgenti concernenti modalità operative, precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali dell'anno 2021*, ha stabilito che «le operazioni di votazione di cui al presente decreto si svolgono nel rispetto delle modalità operative e precauzionali di cui ai protocolli sanitari e di sicurezza adottati dal Governo». Al riguardo, in tale provvedimento sono formulate alcune indicazioni circa le misure di prevenzione che occorre adottare in occasione dello svolgimento delle elezioni in aderenza ai provvedimenti già adottati nel 2020: a testimonianza di questa continuità può esser citata la sostanziale identità di contenuti del *Protocollo sanitario e di sicurezza per lo svolgimento delle consultazioni elettorali dell'anno 2021*, risalente al 25 agosto 2021 con riferimento a quello siglato in data 7 agosto 2020.

L'adozione di tali atti è preceduta dalla riunione del Comitato del 21 luglio 2021 in cui vengono auditi i rappresentanti del Ministero dell'interno e del Ministero della salute in merito alle modalità di svolgimento delle consultazioni elettorali[54]. Nel corso dell'incontro viene discussa la bozza di decreto-legge – «ricevuta in visione, alla viglia della seduta odierna» e poi allegata al verbale – relativa agli aspetti di prevenzione sanitaria che dovranno caratterizzare le successive consultazioni elettorali al fine di scongiurare «i rischi di contagio nonché assicurare il pieno esercizio dei diritti civili e politici». È lo stesso Comitato a osservare che la bozza trasmessa riproduce, nella sostanza, la disciplina del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 103, e per questo, nel formulare parere favorevole, osserva che «i protocolli a suo tempo elaborati conservino in larga parte

indicazioni già fornite durante le sedute n. 77 del 19/05/2020, n. 95 del 16 e 20/07/2020, n. 97 del 30/07/2020 in occasione delle consultazioni elettorali e referendarie dello scorso mese di settembre che hanno registrato, in loro concomitanza, l'insorgenza di alcuni focolai di contagio da SARS-CoV-2»

[52] Cfr. pagina 6 del verbale n. 145 del 15 gennaio 2021.

[53] Cfr. lettera del 28 dicembre 2020, allegato 1 al verbale n. 145 del 29 gennaio 2021, pagine 6-7.

[54] Cfr. Verbale n. 36 del 21 luglio.

validità» e «esprimendo apprezzamento per la novità costituita dalla istituzione di seggi speciali che provvedano alla raccolta del voto degli elettori sottoposti a trattamento domiciliare o in condizioni di quarantena o di isolamento fiduciario per COVID-19»[55]. In conclusione, ci si sofferma sulla circostanza che «la disponibilità dei vaccini consente di raccomandare che tutti gli operatori addetti a tali seggi speciali siano selezionati tra soggetti che abbiano completato il processo di vaccinazione»[56], con una disposizione che sarà ripresa dall'articolo 2, comma 6, del citato decreto-legge n. 117 del 2021[57].

5. Indicazioni del Comitato-tecnico scientifico e affluenza al voto. Un'ipotesi ricostruttiva

Sebbene la posticipazione delle scadenze elettorali implichi «un'alterazione rispetto all'ordinario svolgersi dei mandati delle assemblee elettive ed al rispetto dei tempi prescritti per lo svolgimento delle consultazioni referendarie»[58] e quindi incida sulla fruibilità stessa del diritto di voto, il rinvio delle elezioni è apparso a larga parte della dottrina tutto sommato contenuto nel tempo e in linea di principio giustificabile alla stregua dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, con particolare riferimento «ai tempi effettivi o prevedibili della cessazione dell'emergenza in atto e della possibilità di ripristino delle condizioni per poter effettuare la consultazione prevista nel pieno rispetto delle garanzie per l'espressione di un voto libero e consapevole»[59].

Tuttavia, vi è chi ha opportunamente rilevato che «lo spostamento di queste scadenze elettorali è, in fin dei conti, avvenuto senza che si ponessero troppe

[55] Verbale n. 36 del 21 luglio, pag. 5.

[56] *Ibidem*.

[57] La questione del possesso della certificazione verde per i componenti delle sezioni elettorali verrà riproposta nel dibattito pubblico in seguito all'obbligo di possesso della stessa sui luoghi di lavoro, pubblici e privati, a partire dal 15 ottobre. Tuttavia, sul punto è intervenuta la circolare del Ministero dell'Interno n. 86 del 15 ottobre 2021 con cui si è precisato che per assicurare «la continuità delle funzioni svolte» (rispetto al primo turno) dei componenti delle sezioni e dei rappresentanti di lista non occorre il possesso del cd. green pass, salvo il caso già richiamato di cui all'art. 2, comma 6, del decreto-legge n. 117 del 2021.

[58] Così M. SICLARI, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, cit., 4-5.

[59] *Ibidem*. Nello stesso senso G. TARLI BARBIERI, *Il "diritto elettorale dell'emergenza" tra decretazione d'urgenza e linee guida*, cit., 193, e L. SPADACINI, , *I diversi bilanciamenti tra principio democratico, libertà di voto e diritto alla salute nei rinvii delle scadenze elettorali a causa della situazione pandemica*, cit., 647-649, secondo il quale «al rinvio delle scadenze si è addivenuti non attraverso un provvedimento organico concernente tutte le elezioni durante il periodo emergenziale (peraltro ancora in corso) ma attraverso singoli provvedimenti periodici. Si tratta di un *modus procedendi* condivisibile, perché strettamente funzionale allo svolgimento delle consultazioni elettorali durante il periodo emergenziale. Una diversa ottica, sulla base della quale la difesa della salute e la valorizzazione della libertà di voto avrebbe richiesto una sospensione delle scadenze elettorali per tutto il periodo pandemico, avrebbe comportato invece un eccessivo sacrificio del principio democratico per come costituzionalmente sancito e per come riconosciuto dalle istituzioni internazionali rilevanti».

questioni, dando sostanzialmente per scontata la totale prevalenza della tutela del diritto alla salute su quella di esercizio del diritto di voto»[60]. Rispetto al rinvio delle elezioni politiche, come già ricordato, la Costituzione prevede l'impossibilità di procedervi nell'eventualità in cui le Camere giungano a scadenza naturale. Infatti, in questa ipotesi, la proroga può essere prevista dalla legge solo in caso di guerra – attraverso una tipizzazione che sembra escludere interpretazioni sistematiche[61] – con la conseguenza che, ferma restando la possibilità di fissare la data fino al settantesimo giorno successivo allo scioglimento, al rinnovo si dovrebbe procedere anche nel mezzo di una pandemia, con inevitabili ricadute sul confronto elettorale[62].

In definitiva, quindi, i diritti politici sono stati tra quelli che più hanno sofferto, ma rispetto ai quali sembra esserci stata minore preoccupazione, non solo nel dibattito scientifico. Un livello di preoccupazione che, per quanto di maggiore interesse in questa sede, non sembra emergere nelle richieste di parere formulate dal Governo e nelle decisioni del Comitato tecnico-scientifico, anche di fronte alla proposta di adozione di una serie di atti, quali quelli di rinvio, che sono stati efficacemente definiti come «gravissimi ma inevitabili»[63].

La questione relativa all'esercizio dei diritti politici – non solo, dunque, del diritto di voto – durante la pandemia si collega a un tema di carattere generale: il contesto emergenziale ha, infatti, costituito un'ulteriore occasione per diminuire gli spazi di partecipazione, favorendo quella «verticalizzazione» del

[60] A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *Rivista del Gruppo di Pisa. Forum Emergenza Covid e Organi costituzionali*, n. 2/2020, 14.

[61] Cfr. la proposta, presentata come «extrema ratio» in dottrina, da A. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto,* Special Issue 1/2020, 61 ss. Sul punto, inoltre, A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi, Modena, 2020, 60-61, secondo il quale «per il corona virus si sarebbe potuto applicare proprio l'art. 78 Cost., attraverso una lettura estensiva ed evolutiva della nozione di 'guerra' rispetto alla emergenza sanitaria, con un intervento di indirizzo del Parlamento e con il conseguente conferimento dei poteri necessari». Diversamente A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, 7 ss., spec. 9, suggerisce di mutuare a tal fine la disciplina della dichiarazione di stato di guerra ex art. 78 Cost, pur ricordando in maniera assai opportuna che «i tentativi di interpretazione estensiva di questo concetto [lo stato di guerra] non sono mai arrivati ad immaginare situazioni come quella in atto».

[62] Cfr. ancora A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, cit., 14, che considera «la inevitabile sovraesposizione della maggioranza di governo in simili frangenti» e V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, cit., spec. 14 ss.

[63] Si riprende qua l'espressione di G. Azzariti pronunciata in occasione del seminario *La legislazione elettorale in Italia ai tempi del Coronavirus* Promosso dal Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" in collaborazione con la Fondazione "Paolo Galizia Storia e Libertà" e svoltosi il 14 maggio 2020 la cui registrazione è disponibile al link *https://www.radioradicale.it/scheda/605412/la-legislazione-elettorale-in-italia-ai-tempi-del-coronavirus*.

potere che caratterizza da decenni le dinamiche della nostra forma di governo[64]. A ciò si accompagna il dilagare delle disuguaglianze economiche e sociali, acuite dagli effetti pandemici[65], che rischiano di vanificare l'affermazione del principio di eguaglianza anche sul piano sostanziale, intimamente collegato alla partecipazione democratica degli aventi diritto al voto[66].

Queste brevi considerazioni sembrano trovare conferma nel dato dell'astensione registrato in occasione delle consultazioni elettorali che si sono avute nel contesto pandemico: nel 2020, in occasione del referendum costituzionale, è andato a votare solo il 51,12% degli aventi diritto, mentre nel 2021, in coincidenza con le elezioni amministrative del 3-4 ottobre, il 54,7% degli aventi diritto, dato che ha registrato un ulteriore calo nei i ballottaggi del 17-18 ottobre con un affluenza media pari a circa il 43%. Ciò nonostante, è bene ricordarlo, la possibilità di recarsi alle urne sia nella consueta giornata di domenica che fino alle ore 15 del lunedì.

Il risultato della astensione all'esercizio di un diritto fondamentale quale il diritto di voto non può, tuttavia, essere attribuito solamente a una generale disaffezione rispetto alle vicende politiche e alla partecipazione alla vita pubblica. Il dato deve allarmare perché appare direttamente conseguenziale al divario economico e sociale che si sta acuendo tra la popolazione, soprattutto dopo le vicende pandemiche.

Valutare l'incidenza su un contesto così ricostruito delle decisioni prese dal CTS potrebbe apparire velleitario se non, in qualche modo, fuori luogo. Tuttavia, la scarsa rilevanza data al diritto di voto nel bilanciamento con il diritto alla salute nel contesto dell'emergenza pandemica e, in misura più rilevante, le difficoltà regolatorie che si sono avute tra i diversi livelli di governo possono sicuramente aver inciso su un aspetto chiave come quello dell'affluenza alle consultazioni elettorali. In altre parole, le incertezze sanitarie legate alla sicurezza di un momento chiave come quello elettorale, unite alle difficoltà della comunicazione pubblica e dell'intero sistema informativo[67] potrebbero aver

[64] Tra i molti contributi, con riferimento all'esperienza della pandemia cfr. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di covid-19. Tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo*, 1/2021, 1 ss., spec. 27 ss. Inoltre, F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, spec. 337 ss., e A. PAJNO, *Democrazia e governo nella pandemia*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE, (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia.* Rule of law *nella società digitale. Vol. I. Problemi di governo*, cit., 31 ss.

[65] Cfr. L. BUSATTA, *Regionalismo e diseguaglianze: i limiti strutturali del welfare italiano alla prova della pandemia* in A. PAJNO, L. VIOLANTE, (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia*. Rule of law *nella società digitale. Vol. I. Problemi di governo*, cit., 285 ss.

[66] Così M. ROSPI, *La tutela del diritto di voto come argine alle diseguaglianze dopo l'emergenza pandemica*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, Vol. IX, Fascicolo 2, 2021, 227 ss.

[67] Sulla vicenda si vedano le riflessioni di G.E. VIGEVANI, *Sistema informativo e opinione pubblica al tempo della pandemia*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 779 ss.

contributo ad acuire un fenomeno di per sé già rilevante quale quello dell'astensionismo elettorale.

6. Quali indicazioni per il futuro? Il diritto elettorale dell'emergenza e il rinvio delle elezioni politiche

L'ipotesi avanzata in conclusione del paragrafo precedente si lega alla frustrazione del principio di responsabilità politica dei rappresentanti che si è realizzato a seguito del rinvio di diversi mesi delle consultazioni[68]. Una circostanza connessa direttamente al principio democratico, che costituisce uno dei cardini della forma di stato e che tra i principi fondamentali della nostra Carta è giustamente ritenuto «il più comprensivo perché li riassume tutti, in quanto racchiude in sé, in germe, gli altri, i quali pertanto ne sono, in certo modo, esplicazione e svolgimento»[69]. Tale principio, in particolare, presuppone il rispetto delle scadenze elettorali, che, come si detto *supra*[70], per loro stessa natura devono essere prestabilite a intervalli regolari – essendo volte ad assicurare l'espressione della volontà popolare cui si riferisce l'art. 1 Cost. – e, più specificamente, il periodico e tempestivo rinnovo degli organi elettivi.

Sulla base di questa considerazione si intende sottolineare che alcune delle decisioni analizzate nel presente contributo, con riguardo alla materia elettorale e all'esercizio del diritto di voto durante l'emergenza pandemica, siano state assunte senza tenere in adeguata considerazione i valori sottesi a tali scelte e, per questa ragione, abbiano dimostrato una concezione dei rapporti tra diritto, politica e scienza che deve esser ripensata sotto molteplici profili: sia con riferimento alle sedi in cui questo dialogo può avvenire[71], sia con riguardo alla circostanza che una nuova fase di questo rapporto si è aperta. Una fase in cui, come sottolineato in dottrina, la decisione politica non è più «basata sulla scienza, *science-based* o *science-related*, ma *science driven*, guidata dalla scienza»[72].

A proposito dell'ipotesi di cui si discute è certamente vero che la libertà di voto sancita dall'art. 48 Cost. non possa dirsi effettivamente assicurata dal

[68] Cfr. P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, cit., 43.

[69] Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975, 149.

[70] Cfr. *supra* par. 1.

[71] Cfr. S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, cit., 62.

[72] Così A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., p. 120, nel sottolineare «la svolta epocale (anche) nei rapporti fra diritto e scienza» determinata dal fatto che le misure di contenimento e gestione dell'epidemia sono state adottate, in quasi tutti i paesi del mondo, sulla base di valutazioni formulate dalla scienza. Dello stesso A. v. ID., *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, *passim*, spec. 134 ss.

rispetto della sola tempistica delle elezioni, intesa come garanzia della loro periodicità, richiedendo anche che sia garantito il concreto esercizio delle libertà che ne consentono l'espressione libera, uguale e consapevole. Tuttavia, è importante sottolineare come tale valutazione debba effettuata caso per caso, e non in maniera generalizzata, poiché il bilanciamento che si deve effettuare registra alcune peculiarità in relazione alle singole scadenze elettorali.

Per questo si ritiene utile, in questa sede, spendere alcune riflessioni conclusive sull'ipotetico rinvio delle elezioni politiche. La Costituzione, come noto, assicura la continuità di funzionamento delle Camere e il loro regolare rinnovamento, vietando ogni proroga delle stesse se non per legge e nel caso specifico e del tutto eccezionale dello stato di guerra di cui all'art. 60, comma 2, con l'esclusione di altre fattispecie di emergenza, come quella sanitaria.

Quest'ultima circostanza non era stata presa in considerazione dai costituenti, i quali hanno limitato il riferimento all'eventualità appena menzionata ed è, allo stesso tempo, difficile sostenere un'interpretazione adeguatrice della formulazione dell'articolo citato, volta a far coincidere il concetto di guerra con quello di emergenza[73].

In relazione a tale tipologia di elezione, peraltro, il bilanciamento tra i principi è già compiuto a livello costituzionale, per cui il legislatore ordinario, nell'ambito del ristretto campo di discrezionalità di cui dispone, è chiamato a porre in essere le condizioni organizzative attraverso cui gli altri principi e diritti costituzionali coinvolti possano trovare la massima espansione ma non dispone della facoltà di rinviare le elezioni oltre i settanta giorni previsti dall'articolo 61, comma 1.

La rilevanza dell'articolo 60 fu sottolineata da Costantino Mortati già in sede di Seconda Sottocommissione dell'Assemblea costituente, secondo il quale era necessario «disciplinare anche il caso di proroga della legislatura per eventi eccezionali perché, data la natura rigida della Costituzione, qualora essa mantenesse il silenzio sull'argomento, diverrebbe impossibile provvedervi con legge comune»[74]. Sul punto, tuttavia, la Costituente fu netta sulla tassatività dell'ipotesi introdotta e non approvò un emendamento presentato da Mortati che avrebbe consentito il ricorso alla proroga, oltre che nel caso di guerra, anche al verificarsi «di eventi di eguale gravità, tali da rendere impossibile la convocazione dei comizi»[75].

La limitazione della proroga all'ipotesi bellica rende assai problematica la posticipazione delle elezioni politiche in presenza di una circostanza, come una

[73] Tentativo che nel contesto emergenziale si è avuto nei casi ricordati *supra* alla nota 61.

[74] Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, 6 novembre 1946, res. somm., 451.

[75] Assemblea costituente, 9 ottobre 1947, res. sten., 1065 ss.

pandemia, che, peraltro, potrebbe rendere anche fattualmente impossibile lo svolgimento della consultazione[76].

È appena il caso di osservare che l'insieme di questi problemi sarebbe emerso in tutta evidenza se l'emergenza sanitaria fosse sopraggiunta nella parte finale della legislatura e avesse posto il problema di trovarsi a dover adottare provvedimenti di grande rilevanza sul piano istituzionale, come l'approvazione di una legge costituzionale, in un momento così delicato.

Scongiurata questa ipotesi, tuttavia, appare assolutamente criticabile che non sia stata nemmeno avviata, se non in termini del tutto vaghi, una riflessione sulla prospettiva di una semplificazione, normativa e amministrativa, relativa ai procedimenti elettorali. Una riflessione che potrebbe giovarsi, dopo un'attenta e scrupolosa valutazione, delle possibilità offerte dalle nuove tecnologie[77].

[76] Analizza i problemi legati all'utilizzo del decreto-legge come fonte e al differimento delle elezioni dopo il settantesimo giorno dalla fine delle precedenti G. TARLI BARBIERI, *Il rinvio delle elezioni in tempo di Coronavirus nell'ottica delle fonti del diritto*, cit., 947-948.

[77] Aspetto su cui sia consentito rinviare a E: CATERINA, M. GIANNELLI, *Il voto ai tempi del* Blockchain*: per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico*, in *Rivista AIC*, 4/2021, 1 ss.

LA SCUOLA NELL'EMERGENZA: L'INFLUENZA DELLE VALUTAZIONI TECNICO-SCIENTIFICHE SUL BILANCIAMENTO TRA DIRITTO ALL'ISTRUZIONE E DIRITTO ALLA SALUTE NEL PERIODO PANDEMICO*

ANDREA GIUBILEI**

Sommario

1. Premessa. – 2. Politica e tecnica davanti all'avvento inaspettato della pandemia di Covid-19: il caso della scuola. – 3. La ricerca di un equilibrio nella difficile "convivenza" con il virus. – 3.1. L'accesso ai dati sul contagio negli istituti scolastici. – 3.2. La stratificazione delle fonti e delle valutazioni tecnico-scientifiche: le ordinanze regionali per la gestione del virus nelle scuole. – 3.2.1. Segue. Il fondamento scientifico delle ordinanze regionali sul contenimento del Coronavirus nella giurisprudenza amministrativa. 4. Un (opportuno) "sbilanciamento": alcune considerazioni conclusive sulla priorità alla scuola in presenza.

Abstract

The essay analyzes how the Education sector dealt with the limitations imposed by the Covid-19 pandemic in order to guarantee the right to health of students and their families. The analysis shows the strong influence of the technical-scientific assessments on policies adopted for carrying out distance learning activities in schools, in particular those produced by the "Technical Scientific Committee" set up ad hoc to support the Government's activities. The sacrifice imposed on the right to education has raised relevant collateral problems: first, the inability to access to data on infections in schools to ensure greater transparency and effectiveness on public decisions; secondly, the overlap between national and regional measures that are often conflicting with each other. The essay concludes with a reflection on the priority of carrying out in-person school activities, in line with the positions taken by the Government in the current 2021-2022 school year.

Suggerimento di citazione

A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza: l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra diritto all'istruzione e diritto alla salute nel periodo pandemico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi "Roma Tre".
Contatto: andrea.giubilei@uniroma3.it.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

«Il Governo ha la priorità che la scuola sia aperta, in presenza. […] Non ha senso chiudere la scuola prima di aver chiuso tutto il resto». Queste affermazioni, che potevano riecheggiare in qualche piazza riempita da studenti in protesta contro la didattica a distanza, sono state pronunciate dal Presidente del Consiglio dei ministri Mario Draghi durante la presentazione delle nuove misure di contenimento del virus SARS-CoV-2 che hanno anticipato la ripresa delle attività didattiche nel 2022[1]. Certamente il rientro a scuola in presenza dopo l'interruzione natalizia, nel pieno della terza ondata del Covid-19 e con picchi di contagi ancora sconosciuti all'Italia dall'avvento della pandemia, non è stato così lineare come quelle dichiarazioni potevano far sperare.

Tuttavia, in una riflessione sulle misure adottate per contrastare il diffondersi del virus *nella* scuola e *tramite* la scuola (o meglio: tramite la sua chiusura), può essere interessante partire proprio da quelle parole del Presidente del Consiglio, che rappresentano il tentativo, da parte della politica, di dare nuovamente al diritto all'istruzione quella centralità persa nel periodo pandemico. L'esercizio di tale diritto, infatti, sin dalle prime notizie sull'arrivo del Coronavirus in Italia, si è ritrovato in contrapposizione con le restrizioni imposte per proteggere il diritto alla salute, nell'ambito di un bilanciamento dalle caratteristiche inedite, che ha caratterizzato questo e molti altri settori dell'ordinamento[2]. La vera peculiarità, rispetto a quanto di consueto accade nella relazione tra diritti, è che in questo caso, ancor di più, l'ago della bilancia ha subìto il peso decisivo di valutazioni di natura tecnico-scientifica, in grado di condizionare in maniera particolarmente pervasiva le soluzioni adottate dal legislatore[3].

[1] Il contenuto integrale della conferenza stampa del 10 gennaio 2022 è reperibile sul sito istituzionale della Presidenza del Consiglio dei ministri al seguente link: *https://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-del-presidente-draghi/18950*.

[2] La dottrina in materia di bilanciamento tra diritti all'epoca del Covid-19 è estremamente vasta. Sul tema si vedano, almeno, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020, III ss.; C. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, 13 ss.; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, 16 ss.; D. DE LUNGO, *Il "lato oscuro" del bilanciamento. Note sulla tutela giurisdizionale dei diritti e delle libertà individuali in tempo di pandemia*, in F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, 117 ss.; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 315 ss.; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 71 ss.; F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/202, 82 ss.

[3] Sul punto si veda, tra tutti, A. IANNUZZI, *Leggi "*science driven*" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 119 ss. Più in generale, per quanto riguarda l'intreccio tra tecnica e diritto, specie per le ripercussioni sul sistema delle fonti

Tale circostanza è frutto del tentativo di "istituzionalizzare" l'apporto di competenze tecniche degli esperti all'interno del circuito pubblico che, con l'avvento dell'emergenza sanitaria, ha portato all'introduzione di un Comitato tecnico-scientifico (d'ora in avanti più semplicemente "CTS") a supporto delle attività del Governo per fronteggiare l'emergenza epidemiologica e destinato ad avere un impatto determinante sull'attività normativa e, di conseguenza, sulla vita dei cittadini[4].

Che l'attuale contesto emergenziale – al netto delle sue più gravose conseguenze – stia mettendo a dura prova la tenuta del sistema delle fonti del diritto disegnato dalla Costituzione è stato ampiamente messo in luce dalla dottrina[5]. Tuttavia, ciò che rileva maggiormente in questa sede, è che si è registrata (e si registra tuttora) una forte compressione della discrezionalità del legislatore e, più in generale, degli operatori pubblici, considerata l'influenza determinante che esercitano le valutazioni degli esperti sull'adozione di norme giuridiche[6].

Il presente contributo, dunque, intende approfondire come ciò abbia coinvolto il settore della scuola, analizzando gli esiti ondivaghi del citato bilanciamento tra diritto all'istruzione e diritto alla salute, alla luce dell'intreccio tra le valutazioni del CTS e le soluzioni normative che hanno riguardato la vita di studenti, insegnanti e genitori. Com'è noto, la scuola ha rappresentato uno degli ambiti colpiti più incisivamente dalle misure di contenimento del virus, il

del diritto, cfr. ID., *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 143 ss.

[4] In particolare, il Comitato tecnico scientifico è stato istituito con decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020, con il fine dichiarato di svolgere attività di consulenza e di supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del Coronavirus.

[5] I contributi della dottrina costituzionalistica che hanno approfondito l'impatto della gestione della pandemia sul sistema delle fonti del diritto sono ormai davvero numerosissimi. Si vedano, senza pretesa di esaustività, AA. VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid*-19, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec. 2020, 291 ss.; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, 1 ss.; L. DELL'ATTI – G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 135 ss.; A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, n. 3/2020, 3277 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 109 ss.; N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2020, 121 ss.; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020; C. PINELLI, *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE online*, n. 3/2020, 4263 ss.; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 531 ss.; A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 161 ss.

[6] Cfr. L. DEL CORONA, *op. ult. cit.*, 71, secondo cui «che il sapere scientifico possa porsi in rapporto di strumentalità rispetto al soddisfacimento e alla tutela di diritti fondamentali è infatti cosa nota, meno chiaro è invece come tale rapporto di strumentalità debba incidere sul modo di procedere e sulla discrezionalità del decisore pubblico».

che impone un approfondimento altrettanto rigoroso sul fondamento – tecnico-scientifico, prima che politico – delle soluzioni adottate.

2. Politica e tecnica davanti all'avvento inaspettato della pandemia di Covid-19: il caso della scuola

Nell'ambito della scuola e del diritto allo studio l'influenza del CTS sulle scelte governative per la gestione della pandemia può dividersi in più fasi. La prima è senz'altro quella rappresentata dal diffondersi inaspettato del virus sul territorio nazionale.

Come forse era inevitabile, questa fase si è aperta con un evidente sbilanciamento verso soluzioni di natura più "politica", tramite l'introduzione di misure di contenimento del virus adottate in autonomia dal Governo. Tuttavia, sin dai suoi primi interventi, le valutazioni del CTS hanno mostrato tutto la loro (potenziale) influenza[7]. Emblematico, in tal senso, è stato il primo parere, in termini assoluti, del CTS, adottato proprio in tema di istruzione. Nella sua prima riunione del 7 febbraio 2020[8], infatti, il Comitato si è limitato a valutare positivamente le misure precedentemente adottate – in autonomia – dal Ministero della Salute sulla gestione del settore scolastico per gli studenti rientranti dalla Cina, contenute nella prima circolare adottata in materia (1° febbraio 2020, n. 3187). D'altronde, non poteva essere diversamente, dal momento che l'istituzione del CTS è di qualche giorno successiva rispetto all'adozione di detta circolare. È interessante notare, però, come quest'ultima sia stata poco dopo aggiornata, proprio alla luce delle considerazioni del CTS contenute nel suo citato primo parere. Con una nuova circolare, infatti, il Ministero ha raccomandato, per gli studenti rientranti dalle aree della Cina colpite dall'(allora) epidemia, una sorveglianza domiciliare attiva quotidiana per la valutazione dell'eventuale febbre ed altri sintomi nei 14 giorni successivi all'uscita dalle aree a rischio[9]. Proprio come aveva raccomandato il CTS.

[7] Sul punto, cfr. I. MASSA PINTO, *op. ult. cit.*, che riscontra nella fase iniziale di risposta normativa alla pandemia un'«eclissi della politica», che costituisce «al medesimo tempo la causa e l'effetto del fenomeno: lo stato comatoso nel quale si trova la politica alimenta le tendenze segnalate e a loro volta queste tendenze mortificano ulteriormente la politica». Secondo l'Autrice, tale situazione sarebbe il riflesso (anche) della nomina del CTS e del ruolo assunto dai tecnici, quali «ispiratori delle decisioni via via adottate»; tutto ciò, infatti, avrebbe avuto un peso determinante, «anche alla luce del dibattito che ha visto gli scienziati confrontarsi in una vivace dialettica sull'interpretazione del fenomeno in atto e sulle strategie per contrastarlo».

[8] Il verbale di tale riunione del CTS – così come gli altri che verranno citati ed analizzati nel corso del presente lavoro – è consultabile sul portale istituzionale del Dipartimento della protezione civile al seguente link: *https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico*.

[9] Tali valutazioni del CTS sono poi effettivamente confluite – quasi testualmente – nella nuova circolare del Ministero della Salute 8 febbraio 2020, n. 4001.

Questo primo intreccio tra regolazione delle limitazioni per contrastare il Coronavirus e valutazioni di natura tecnico-scientifica ha una portata senz'altro limitata rispetto a quanto accaduto con le altre misure che sono state adottate a causa della pandemia, ma consente di fare già una prima considerazione. Nell'esercizio del suo potere normativo, l'Amministrazione ha tutelato l'interesse collettivo della salute tentando di limitare la diffusione del virus con misure fortemente limitative dei diritti degli studenti, *in primis* proprio del diritto all'istruzione, stante la sostanziale impreparazione del settore scolastico nel fronteggiare l'avvento inaspettato della pandemia e assicurare forme di didattica alternativa e a distanza. Da un raffronto tra la circolare di aggiornamento del Ministero della Salute e il precedente parere del CTS (più volte richiamato dalla stessa circolare), emerge un'aderenza pressoché integrale alle valutazioni e alle soluzioni individuate dal Comitato, palesando, già con il primo intervento, la sua capacità di incidere in maniera determinante sulle limitazioni introdotte dal legislatore[10].

Tuttavia, questo approccio non è stato certamente l'unico tenuto nel corso della pandemia. Anzi, dalla lettura dei pareri del CTS e dei successivi atti normativi adottati risulta alquanto difficile riscontrare un atteggiamento costante del legislatore che, al contrario, ha oscillato frequentemente nella sua adesione alle valutazioni tecnico-scientifiche degli esperti. Come, d'altronde, è emerso già dai primi interventi di contrasto all'emergenza sanitaria.

Nel settore dell'istruzione, in particolare, uno degli interventi fondamentali è stato previsto ad opera d.p.c.m. 4 marzo 2020 che, per la prima volta, ha esteso a tutto il territorio nazionale l'interruzione delle attività didattiche[11], con "possibilità" di svolgerle a distanza tramite l'utilizzo di piattaforme informatiche[12]. Ebbene, questa scelta del Governo è stata presa nonostante il CTS – in

[10] Sul punto può già anticiparsi quanto si vedrà più approfonditamente *infra*, par. 3.1, ovvero che le deliberazioni del CTS, pur avendo condizionato le decisioni politiche adottate per fronteggiare il diffondersi della pandemia, «sono state caratterizzate dall'assenza delle imprescindibili garanzie di trasparenza e pubblicità che avrebbero reso possibile ai cittadini il controllo e la verifica sulla logica di determinate valutazioni alla base dalle misure restrittive delle libertà da parte del Governo»; così F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 126 ss., spec. 134.

[11] Alcune limitazioni avevano già interessato esclusivamente le prime zone colpite dal virus, come avvenuto nel caso delle misure adottate con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 che – tra le altre possibili misure di contenimento per le regioni ivi indicate – aveva introdotto la «sospensione del funzionamento dei servizi educativi dell'infanzia, delle istituzioni scolastiche del sistema nazionale di istruzione e degli istituti di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza».

[12] Su quest'ultimo punto, v. G. MATUCCI, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, in *Quad. cost.*, n. 3/2021, 623 ss., spec. 628. L'Autrice evidenzia come, nella prima fase, a fronte dell'avvento di un virus sostanzialmente sconosciuto, «l'uso della tecnologia non può essere considerato, in tutto e per tutto, una scelta biasimevole. Non v'è dubbio, infatti, che l'impiego degli

risposta al quesito del Ministro della Salute in merito all'utilità di una chiusura generalizzata delle scuole – avesse dato parere essenzialmente negativo. Infatti, nella riunione del 4 marzo 2020, il cui verbale è espressamente richiamato nelle premesse del d.p.c.m. citato[13], il CTS aveva evidenziato come non vi fossero dati in grado di dimostrare l'utilità di chiudere tutte le scuole, a prescindere dalla situazione epidemiologica locale, attestando, quindi, un'efficacia solo limitata di una simile misura per contenere la diffusione del virus; tanto che nel parere successivo, del 5 marzo 2020, quella della chiusura generalizzata delle scuole si considera ancora come una semplice misura di «ulteriore precauzione».

Tuttavia, in questa fase iniziale, il discostamento dal parere degli esperti può forse annoverarsi nell'ambito di quelle scelte sbilanciate più sul versante "politico" che – per l'appunto – su quello "tecnico" che il Governo ha dovuto adottare perseguendo un fine di massima precauzione, derivante dal trovarsi di fronte ad una minaccia dai contorni non ancora sufficientemente nitidi[14].

Le settimane successive, invece, sono state caratterizzate da una maggiore conoscenza del virus, a cui ha corrisposto una maggiore stabilità delle misure di contenimento. Questa fase – che si è aperta subito dopo l'avvento della pandemia – è stata cadenzata da numerosissime circolari e note protocollari contenti indicazioni operative per le istituzioni scolastiche ed educative, a dimostrazione di una notevole autonomia del Governo e del Ministero

strumenti informatici abbia consentito, almeno nell'immediato, di assicurare una *continuità* all'erogazione del servizio». In tal senso, si veda anche S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, 1 ss., che evidenzia come la sospensione dell'attività scolastica disposta sul territorio nazionale non si sia tradotta in una «sospensione dell'attività di istruzione», proprio grazie alla continuazione dell'insegnamento mediante lezioni a distanza (a differenza di quanto avvenuto per i servizi della prima infanzia, ove la sospensione dell'attività in presenza ha determinato contestualmente anche l'interruzione del servizio).

[13] Come osserva A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3290, i verbali del CTS «risultano tutti ritualmente citati nelle premesse di diversi DPCM che si sono convulsamente succeduti, seguendo il procedimento atipico tratteggiato dall'art. 2 del d.l. n. 19/2020». Quest'ultimo, infatti, ha stabilito che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020».

[14] Cfr. T. GROPPI, *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, n. 1/2020, 192 s. Secondo l'Autrice, alcune delle decisioni politiche finalizzate a garantire il diritto alla salute, in particolare «quelle volte a ridurre il rischio di contagio, ispirate al principio di precauzione (cioè di prevenzione o mitigazione delle conseguenze negative di una situazione di fatto)», potevano essere valutate solo in relazione a conoscenze scientifiche che, in principio, erano contraddittorie e ancora limitate. In tal senso, si vedano, altresì, F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, n. 32/2020, 182 ss. e A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, 1 ss.

dell'Istruzione nell'adozione delle misure concrete per conciliare il prosieguo della didattica con l'impossibilità di svolgere le attività in presenza; atti che, detto in altri termini, hanno rappresentato il tentativo di bilanciare il diritto all'istruzione con quello alla salute.

Considerato l'andamento dei contagi, in tale fase, il contributo del CTS sul settore dell'istruzione è stato estremamente contenuto, anzi, limitato all'unico parare del 9 aprile 2020 in cui il Comitato ha semplicemente raccomandato di prorogare la chiusura delle scuole. Valutazione a cui il Governo sembrerebbe comunque essersi pienamente adeguato, dal momento che nel d.p.c.m. 10 aprile del 2020 (nelle cui premesse il parere del 9 aprile viene espressamente richiamato), viene prorogata la didattica a distanza, la cui attivazione e pianificazione – inevitabilmente – non è più qualificata come mera "possibilità" ma come un obbligo incombente sui Dirigenti scolastici.

La chiusura di questa fase è segnata dall'adozione, da parte del CTS, di un fondamentale documento di analisi sui dati epidemiologici per valutare una rimodulazione delle misure di contenimento del contagio allora in atto. Tale documento è contenuto nel verbale del 22 aprile 2020 ed è caratterizzato da un'analisi particolarmente approfondita dei dati sanitari e (anche) scolastici, che si conclude con una considerazione particolarmente netta su un possibile ritorno alla didattica in presenza, laddove si afferma che «la sola riapertura delle scuole potrebbe portare allo sforamento del numero di posti letto in terapia intensiva attualmente disponibili a livello nazionale».

Non a caso, richiamando espressamente le valutazioni contenute in tale verbale, con l'adozione del successivo d.p.c.m. 10 aprile del 2020 il Governo ha deciso di prorogare la sospensione delle attività didattiche in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado su tutto il territorio nazionale.

3. La ricerca di un equilibrio nella difficile "convivenza" con il virus

Sulla scia di questa maggiore centralità delle valutazioni tecnico-scientifiche, la fase immediatamente successiva, di transizione verso l'anno scolastico 2020/2021, è stata caratterizzata da una forte influenza del CTS sulle scelte normative in ambito scolastico. Nei mesi estivi del 2020, infatti, il dibattito pubblico e politico si è incentrato quasi esclusivamente sul rientro a scuola e sul tentativo di abbandonare – almeno parzialmente – la didattica a distanza.

Nel perseguimento di tale obiettivo, tutte le soluzioni governative e, più in particolare, ministeriali sembrano ruotare attorno ad un unico principale documento: il «*Documento tecnico sull'ipotesi di rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico*», adottato dal CTS nell'ambito della riunione del 28 maggio 2020.

Gli esperti del Comitato muovono dalla consapevolezza circa le criticità dello svolgimento delle attività didattiche a distanza, come emerge dalla

considerazione secondo cui l'aggregazione di studenti – pur rappresentando un fattore di rischio in termini di diffusione del virus – rappresenta al tempo stesso «la forza e l'energia propulsiva del sistema educativo; la sospensione delle attività scolastiche e il successivo isolamento hanno determinato una significativa alterazione della vita sociale e relazionale dei bambini e ragazzi determinando al contempo una interruzione dei processi di crescita in autonomia, di acquisizione di competenze e conoscenze, con conseguenze educative, psicologiche e di salute che non possono essere sottovalutate»[15].

Nella ricerca di un giusto contemperamento tra tali esigenze e la necessità di continuare a contrastare il diffondersi della pandemia, il CTS ha individuato diverse misure di contenimento destinate ad essere poi applicate nei mesi successivi. Tra di esse primeggia, anzitutto, il distanziamento fisico, da assicurare anche a costo dell'impatto «sul "modo di fare scuola"» e che, pertanto, deve essere pensato e proporzionato in relazione all'età dei singoli studenti coinvolti. Per le medesime ragioni, viene raccomandata la rimodulazione dei banchi, dei posti a sedere e degli arredi scolastici per garantire il distanziamento interpersonale di un metro. Viene prevista, poi, l'adozione – «in virtù dell'autonomia scolastica» – di misure organizzative di alternanza, turnazione e di didattica a distanza proporzionate all'età degli alunni e al contesto educativo complessivo[16]. Infine, si raccomanda l'utilizzo della mascherina per tutta la durata della lezione.

Al di là delle singole misure e della loro effettiva introduzione da parte degli istituti scolastici, ciò che rileva maggiormente in questa sede è che il contenuto del citato documento del CTS sia stato poi ripreso – testualmente e/o con meri rinvii – da numerosi atti di natura normativa adottati nel periodo estivo da parte del Ministero, che hanno caratterizzato, in concreto, le misure introdotte per la ripresa in presenza delle attività didattiche.

Tra questi, può prendersi in considerazione, a titolo esemplificativo, il decreto 26 giugno 2020, n. 39 del Ministero dell'Istruzione, sulla pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative di tutte le istituzioni del sistema

[15] Il «*Documento tecnico sull'ipotesi di rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico*», consultabile come allegato del verbale n. 82 del 28 maggio 2020 della riunione del CTS, è stato pubblicato anche sul portale istituzionale del Ministero dell'Istruzione ed è reperibile al seguente link: *https://www.istruzioneer.gov.it/2020/05/28/scuola-indicazioni-del-comitato-tecnico-scientifico-per-settembre/documento-tecnico-sullipotesi-di-rimodulazione-delle-misure-contenitive-nel-settore-scolastico/*.

[16] Le espressioni citate sono riprese dal «*Documento tecnico sull'ipotesi di rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico*» (v. *supra*, nota precedente). Sul punto, G. MATUCCI, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, cit., 634 s., osserva come queste misure rappresentino il tentativo di passare da una sospensione generalizzata delle attività in presenza, che ha coinvolto *tutti* gli studenti, ad «una risposta *graduale* e proporzionata», non solo per quanto riguarda il livello di rischio sul singolo territorio, ma anche per le peculiarità delle diverse fasce d'età e i bisogni specifici degli alunni più fragili, nel perseguimento di una maggiore inclusione scolastica.

nazionale di istruzione, in vista dell'avvio nuovo anno scolastico (2020/2021). Qui il Ministero ha testualmente stabilito che: «per ciò che concerne le misure contenitive e organizzative e di prevenzione e protezione da attuare nelle singole istituzioni scolastiche per la ripartenza, si fa esclusivo rinvio al Documento tecnico del CTS del 28 maggio 2020 e ai successivi aggiornamenti […]. In particolare, con riferimento alle indicazioni sanitarie sul distanziamento fisico, si riporta di seguito l'indicazione letterale tratta dal verbale della riunione del CTS tenutasi il giorno 22 giugno 2020: "il distanziamento fisico (inteso come 1 metro fra le rime buccali degli alunni), rimane un punto di primaria importanza nelle azioni di prevenzione"». Il rinvio integrale alle valutazioni del CTS riguarda, inoltre, il rispetto delle misure igienico sanitarie relative al personale e agli ambienti. Le scuole sembrano mantenere un ampio margine di discrezionalità, invece, rispetto alla concreta organizzazione delle attività didattiche, in coerenza con l'autonomia costituzionale delle istituzioni scolastiche, salvaguardata dall'art. 117, comma 3, Cost.[17]; margine che, in fin dei conti, lo stesso CTS aveva comunque contemplato nelle proprie valutazioni. Si prevede, ad esempio, la possibilità di una diversa modulazione settimanale del tempo scuola, l'aggregazione delle discipline in aree o ambiti disciplinari, una frequenza a turni differenziati o, ancora, una riconfigurazione della classe in più gruppi di alunni[18]. Il minimo comun denominatore richiesto per tali soluzioni organizzative differenti è quello di garantire – con una buona dose di ottimismo – che ciascun alunno goda della medesima offerta formativa.

Anche in questo caso può facilmente riscontrarsi come la disciplina del rientro a scuola dopo l'interruzione estiva sia stata adottata in piena adesione alle previe valutazioni di natura tecnico-scientifica del Comitato, al punto da sfociare nell'inserimento – in atti considerabili, in senso lato, normativi – di interi virgolettati ripresi dai pareri del CTS e dai documenti ad essi allegati. Ciò ad ulteriore conferma di come, rispetto alle fasi iniziali in cui la pandemia ha fatto il suo ingresso sullo scenario nazionale, l'influenza del CTS sulle scelte normative sia stata via via più incisiva.

Di certo ciò non ha impedito che l'anno scolastico si aprisse in un contesto di estrema confusione. Dal punto di vista organizzativo, la pandemia ha messo in luce i già noti e numerosi divari che caratterizzano il settore scolastico:

[17] Sul punto, si vedano, fra tutti, A. IANNUZZI, *Norme generali sull'istruzione e riserva di legge*, in *federalismi.it*, n. 24/2010, 7 ss.; A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Le Regioni*, n. 4/2002, 771 ss.; F. SAITTA, *L'autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta»?*, in *federalismi.it*, n. 6/2019, 1 ss.

[18] Le misure contenuto nel Piano scuola 2020-2021 sono analizzate da F. DI LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *federalismi.it*, n. 4/2021, 89 ss., spec. 100 ss.

territoriale, economico, sociale e digitale[19]; divari su cui ha sicuramente pesato l'ampio rinvio – forse inevitabile – all'autonomia scolastica[20]. Tuttavia, su un piano più generale, rispetto all'esercizio del diritto all'istruzione l'adesione alle valutazioni del CTS sembra aver celato un obiettivo ambizioso.

A differenza di quanto accaduto nella prima fase, in cui la soluzione più semplice e immediata per il Governo è stata quella della chiusura generalizzata delle scuole, l'anno scolastico 2020/2021 si è aperto all'insegna di un maggiore equilibrio tra la tutela del diritto alla salute e quella del diritto allo studio, tentando di garantire – nei limiti concessi da una pandemia – lo svolgimento delle attività didattiche in presenza. Come anticipato, infatti, in principio la politica sembrerebbe aver agito con maggiore autonomia, sacrificando ampiamente l'esercizio del diritto all'istruzione; per di più discostandosi da quelle che erano le valutazioni degli esperti del CTS, che avevano raccomandato una chiusura localizzata, limitata esclusivamente alle zone colpite maggiormente dal virus.

Dopo mesi di difficile convivenza con la pandemia, si è tentato, invece, di valorizzare maggiormente il contributo del Comitato, nella ricerca di un bilanciamento ragionevole tra i due diritti che l'emergenza sanitaria ha posto in contrapposizione. Nei mesi successivi, dunque, le attività didattiche sono state

[19] Cfr. S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, cit., 5 s., che osserva come tra gli alunni più colpiti vi siano «non solo coloro che hanno difficoltà economiche e familiari, ma anche coloro che già avevano piani di apprendimento differenziati, laddove non è concretamente possibile garantire assistenza, supporto, mediazione linguistica e culturale. L'avere completamente pretermesso ogni intervento per la fascia zero-tre ha determinato ulteriori disuguaglianze, su base territoriale, considerato il necessario intervento dell'ente locale, per ovviare a tale mancanza». Per quanto riguarda, più in particolare, il diverio relativo al possesso delle competenze digitali, cfr. P. ZUDDAS, *Covid-19 e* digital divide*: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 285 ss., spec. 291 s., il quale evidenzia come le reti di telecomunicazione – pur avendo consentito di continuare a svolgere alcune imprescindibili funzioni pubbliche – abbiano messo in luce che «chi era già attrezzato sul piano tecnologico e culturale per sostenere un uso più intenso delle tecnologie digitali ha affrontato l'emergenza con minori disagi, mentre coloro che non disponevano di risorse tecniche e cognitive adeguate hanno visto peggiorare gravemente la propria condizione». In queste circostanze – prosegue l'Autore – «i soggetti più penalizzati dal divario digitale non sono stati in grado di ricevere quell'ausilio che gli avrebbe consentito di superare in parte le limitazioni imposte dal *lockdown* al godimento di fondamentali diritti sociali, quali il diritto alla tutela della salute, il diritto all'istruzione (e, per certi versi, il diritto al lavoro)». In tal senso, si veda anche R. CALVANO, *L'istruzione, il Covid-19 e le diseguaglianze*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, 57 ss., spec. 79 ss.

[20] Sul punto, v. F. DI LASCIO, *op. ult. cit.*, 103, secondo cui le concrete modalità di configurazione della didattica a distanza «sono apparse condizionate a monte dallo specifico livello di dotazione e di orientamento digitale alla didattica e, allo stesso tempo, definite sulla base di decisioni dirigenziali adottate in assenza di linee guida statali nonché di standard minimi di livello nazionale». Dunque, tra gli effetti negativi del ricorso a tale tipologia di didattica, vi sarebbe anche quello di aver favorito l'emergere di profonde differenze tra scuole e tra classi di una medesima scuola. Secondo l'Autrice, questa eterogeneità troverebbe giustificazione proprio «nell'esercizio dell'autonomia scolastica» che «ha in verità messo a rischio il rispetto del principio di pari opportunità degli studenti nell'accesso alle prestazioni educative».

programmate e si sono svolte nella costante ricerca di tale bilanciamento, realizzato anche grazie al contributo del Comitato. Difatti, conducendo un'analisi parallela tra gli atti normativi del Governo e i pareri del CTS, emerge costantemente la capacità di quest'ultimo di incidere sulla disciplina concreta dello svolgimento delle attività didattiche.

Un caso evidente è rappresentato dal d.p.c.m. 24 ottobre 2020. Qui, anzitutto, si registra un'evidente penetrazione delle valutazioni del CTS contenute nel citato «*Documento tecnico sull'ipotesi di rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico*», poiché si prevede che le istituzioni scolastiche di secondo grado[21] debbano adottare forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica, secondo quanto disposto dal c.d. Piano scuola per l'anno scolastico 2020/2021 adottato con d.m. 26 giugno 2020, n. 39, che – come visto sopra – prevede un'adesione pressoché integrale al Documento tecnico adottato dal CTS.

Non solo. Il d.p.c.m. 24 ottobre 2020, infatti, è stato adottato quando il Paese iniziava ad attraversare un secondo ed allarmante aumento dei contagi. Per tale ragione, il decreto ha disposto che le attività didattiche fossero realizzate «incrementando il ricorso alla didattica digitale integrata, per una quota pari almeno al 75 per cento delle attività». Ebbene, il riferimento a tale ampia quota di didattica a distanza è frutto del mero recepimento di un vero e proprio "emendamento" apportato dal CTS. Nelle premesse del d.p.c.m. in esame, infatti, vengono richiamati i verbali delle riunioni del Comitato svoltesi il 18 e 24 ottobre 2020: nella prima, il Governo aveva sottoposto agli esperti la bozza di d.p.c.m. sulle nuove misure da adottare per il contenimento del virus in cui, nella parte relativa alla scuola, si prevedeva solo di incrementare il ricorso alla didattica digitale integrata, considerata semplicemente come «complementare alla didattica in presenza»; nel restituire le proprie valutazioni, nel corso della seconda riunione del 24 ottobre, il riferimento alla natura complementare della didattica a distanza rispetto alla didattica in presenza viene letteralmente cancellato dal CTS e sostituito con il riferimento all'incremento del ricorso alla didattica digitale integrata «per una quota pari al 75 per cento delle attività». Come visto, il Presidente del Consiglio dei ministri inserirà, poi, testualmente tale nuovo inciso all'interno del proprio decreto.

A ben vedere, in casi come questi, il contributo delle valutazioni a contenuto tecnico-scientifico sulla gestione del virus hanno avuto un peso più che

[21] Sono lasciate fuori, per il momento, le attività didattiche e educative svolte per il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia, che continuano a svolgersi in presenza. Alcune considerazioni sull'importanza di una simile esclusione e sulle misure limitative che sono state adottate, anche per tali fasce di età, tramite le ordinanze contingibili e urgenti di alcune regioni, verranno svolte *infra*, par. 3.2.

determinante sulla disciplina delle attività didattiche, mostrando tutta la loro potenziale incisività sull'esercizio del diritto all'istruzione.

Tale circuito avviato tra i pareri del CTS e l'attività normativa del Governo ha continuato a influenzare lo svolgimento delle attività didattiche anche nei mesi successivi, a partire dall'adozione del d.p.c.m. 3 novembre 2020 che, a causa dell'andamento dei contagi, ha reintrodotto l'obbligo per tutte le istituzioni scolastiche di svolgere il 100% delle attività tramite il ricorso alla didattica digitale integrata – salvo alcune eccezioni[22] – trasformando, ancora una volta, «il diritto a un'istruzione pubblica in un diritto usufruibile *on line*»[23]. Tale regime è proseguito fino alla fine dell'interruzione delle attività didattiche per il periodo natalizio dell'anno scolastico 2020/2021, al termine del quale il Governo – come precedentemente disposto dal d.p.c.m. 3 dicembre 2020[24] – ha previsto lo svolgimento delle attività didattiche in presenza per il 75% della popolazione studentesca e a distanza per la restante parte. Al rientro nelle scuole, tuttavia, è stato necessario correggere il tiro con una parziale (ed eventuale) riduzione delle attività in presenza, introdotta dal d.p.c.m. 14 gennaio 2021. Quest'ultimo, infatti, ha previsto che, «a decorrere dal 18 gennaio 2021, almeno al 50 per cento e fino a un massimo del 75 per cento della popolazione studentesca delle [istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado] sia garantita l'attività didattica in presenza. La restante parte dell'attività didattica è svolta tramite il ricorso alla didattica a distanza. […] L'attività didattica ed educativa per i servizi educativi per l'infanzia, per la scuola dell'infanzia e per il primo ciclo di istruzione continua a svolgersi integralmente in presenza».

[22] Come si vedrà anche più avanti, vi sono due principali ordini di eccezioni previsti dall'art. 1, comma 1, lett. *s*), del d.p.c.m. 3 novembre 2020. Anzitutto, viene disposto che «l'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza». In secondo luogo, viene prevista «la possibilità di svolgere attività in presenza qualora sia necessario l'uso di laboratori o in ragione di mantenere una relazione educativa che realizzi l'effettiva inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con bisogni educativi speciali, […] garantendo comunque il collegamento on line con gli alunni della classe che sono in didattica digitale integrata». Questa opportuna esclusione mira a tutelare gli studenti più fragili che subirebbero, nel regime di didattica a distanza, una forte limitazione della possibilità di "socializzazione". Quest'ultima – com'è stato messo in luce da attenta dottrina – rappresenta «il cuore della tutela costituzionale delle persone con disabilità» e, nella configurazione di tale "meta-diritto" alla socializzazione, il riconoscimento del diritto all'istruzione costituisce il pilastro principale. In tal senso, cfr. C. COLAPIETRO – F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 139 ss. Per quanto riguarda, in particolare, l'inclusione scolastica delle persone con disabilità, cfr. G. MATUCCI, *Il diritto/dovere all'inclusione scolastica*, n. 1/2019, 37 ss. e ID., *Costituzione e inclusione scolastica: origini e prospettive di sviluppo della «scuola aperta a tutti»*, in M. FERRARI – G. MATUCCI – M. MORANDI, *La scuola inclusiva dalla Costituzione a oggi. Riflessioni tra pedagogia e diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2019, 97 ss.

[23] Così M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, cit., 29.

[24] Tale decreto, infatti, aveva mantenuto ferma la didattica a distanza al 100%, per poi passare, a decorrere dal 7 gennaio 2021, alla garanzia dell'attività didattica in presenza per il 75% della popolazione studentesca.

Ciascuno di questi interventi ha come fondamento un'interlocuzione con il CTS, i cui specifici pareri di riferimento sono sempre richiamati nelle premesse degli atti normativi del Governo, mettendo in luce una costante adesione alle valutazioni tecnico-scientifiche degli esperti. E lo stesso approccio verrà mantenuto nei mesi successivi, fino alla conclusione dell'anno scolastico 2020/2021; mesi in cui, com'è noto, la vita scolastica e quella dell'intera collettività sono state segnate – oltre che dal passaggio ad un nuovo Governo – dalla decisione di prevedere contemporaneamente regimi diversi per le misure di contenimento del virus, a seconda della sua diversa incidenza sulle popolazioni locali. È stato introdotto, così, un sistema flessibile, differenziato per regione e, di volta in volta, identificato tramite l'attribuzione di un colore corrispondente alla gravità del rischio sulla base di un'ordinanza del Ministro della Salute.

L'atto normativo di riferimento è il d.p.c.m. 2 marzo 2021 che, rispetto alle scuole, non ha previsto alcuna particolare limitazione delle attività didattiche in presenza nell'ambito delle cc.dd. "zone bianche", se non quelle genericamente previste a livello nazionale sull'igiene personale e dei locali, il distanziamento interpersonale e l'utilizzo di dispositivi medici di protezione. Le prime forme di limitazione iniziano ad essere previste all'interno delle cc.dd. "zone gialle", ove ritorna il regime misto, con la garanzia delle attività didattiche in presenza per una quota compresa tra il 50% e il 75% della popolazione studentesca. Le misure più stringenti sono previste dall'art. 43 del d.p.c.m. 2 marzo 2021, ove si stabilisce che, all'interno delle cc.dd. "zone rosse", «le attività scolastiche e didattiche delle scuole di ogni ordine e grado si svolgono esclusivamente con modalità a distanza».

3.1 L'accesso ai dati sul contagio negli istituti scolastici

Dall'analisi condotta fino ad ora emerge chiaramente la capacità delle valutazioni espresse dal CTS di influenzare a fondo l'attività normativa sulla gestione dell'emergenza sanitaria.

Ciò ha posto – specie nell'ambito del settore scolastico – l'ulteriore problema legato alla trasparenza dell'attività del Comitato e, più in generale, dei dati relativi al monitoraggio dei contagi all'interno delle scuole. Com'è evidente, infatti, i dati sull'andamento dell'emergenza sanitaria hanno rappresentato il fondamento su cui il Comitato ha potuto elaborare le proprie valutazioni, dando avvio a quella concatenazione che li ha condotti ad incidere indirettamente sulla stessa produzione normativa. È sulla base dei dati disponibili, infatti, che il Comitato ha potuto esprimersi in merito alle possibili misure di

contenimento del virus da attuare ed è sulla base dei pareri espressi dal Comitato che il legislatore ha effettivamente disciplinato tali misure[25].

I dati sanitari, dunque, hanno rappresentato il vero motore propulsore dell'attività di regolazione dell'emergenza sanitaria.

Per tale ragione, in un contesto in cui i dati sono stati individuati quale fondamento ultimo delle stringenti limitazioni subite dalla popolazione nel corso della pandemia, si è posta l'esigenza di garantire un controllo diffuso sull'operato delle istituzioni tramite l'accesso al patrimonio informativo relativo all'andamento della pandemia[26]. D'altronde, su un piano più generale, una corretta informazione rappresenta una condizione fondamentale per «elevare il tasso di democraticità del sistema» ed assicurare la formazione di un'opinione pubblica completa e imparziale[27], scongiurando, così, le criticità derivanti dalla formazione di convincimenti fondati su mere percezioni personali e la conseguente adozione di comportamenti individuali contrari al perseguimento dell'interesse collettivo.

Può richiamarsi, in tal senso, la recente decisione con cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito come «il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso, in modo – come è stato efficacemente detto – da

[25] Specularmente, come evidenziato da I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit., i dati scientifici hanno offerto la possibilità «di valutare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate rispetto agli scopi perseguiti». Sul punto, si vedano anche C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *App di* contact tracing *e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 772 ss., spec. 774, che – partendo dall'esperienza dell'app Immuni e dalla centralità dei dati per contrastare la diffusione del Covid-19 – evidenziano che, «attraverso la raccolta e l'analisi dei dati, si può consentire alle istituzioni pubbliche di assumere le migliori decisioni, nonché di progettare le azioni più efficaci e di fornire servizi sempre più rispondenti ai bisogni ed alle necessità di cittadini ed imprese».

[26] D'altronde, come osservato da C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 18, un potere invisibile è un potere discrezionale «che può trasmodare in vero e proprio arbitrio in dispregio delle garanzie poste dall'ordinamento a tutela dei diritti e delle libertà».

[27] Così P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2017, 397 ss. Sulla centralità dell'informazione e della trasparenza come strumento di partecipazione democratica, cfr. C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*, 57 s. e, più recentemente, ID., *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *federalismi.it*, n. 14/2020, 63 ss., spec. 69.

"contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza […] a manipolare i dati di realtà"»[28].

Ebbene, l'accesso al patrimonio informativo in possesso alla Pubblica amministrazione ha rappresentato proprio lo strumento grazie al quale numerose organizzazioni della società civile e testate giornalistiche hanno tentato – con esiti spesso differenti – di accedere ai dati sulla gestione dell'emergenza sanitaria, a partire da quelli utilizzati dal CTS[29].

Per quanto riguarda i dati sulla circolazione del Coronavirus nelle scuole, il Ministero dell'Istruzione ha dichiarato più volte, a partire dall'ottobre del 2020, di condurre un monitoraggio con la collaborazione dei Dirigenti scolastici, i cui risultati sono stati poi condivisi con l'Istituto Superiore di Sanità. Tali dati sono stati oggetto di alcune istanze di accesso rivolte al Ministero dell'Istruzione, tra cui primeggia quella effettuata dalla rivista giornalistica *Wired Italia*, che ha poi contribuito alla loro diffusione al grande pubblico[30]. Dalla lettura di tali dati[31] – relativi, tuttavia, solamente alle prime settimane dalla ripresa della attività didattiche dopo l'interruzione estiva, ove l'andamento dei contagi era generalmente ancora contenuto – è emerso un ruolo in fin dei conti marginale

[28] Così Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 2 aprile 2020, n. 10, par. 36.5. Nell'ultimo passaggio, i giudici di Palazzo Spada richiamano testualmente le considerazioni di M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, n. 3/2019, 453 ss., spec. 455.

[29] Per una ricostruzione su alcune delle principali istanze di accesso presentate in relazione ai dati sulla gestione della pandemia, si vedano, tra tutti, F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, cit., 147 ss. e F. RICCIULLI, *Il FOIA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, 29 ottobre 2020, in *https://www.e-lex.it/it/il-foia-alla-prova-della-pandemia-gestione-dellemergenza-e-insegnamenti-per-il-futuro/*. Entrambi gli Autori concentrano la propria analisi partendo da alcune istanze di accesso ai verbali del CTS, tra cui, in particolare, quella presentata dalla Fondazione Luigi Einaudi, che si è conclusa con un diniego opposto dal Dipartimento della protezione civile. Sul punto, il T.A.R. Lazio si è pronunciato accogliendo il ricorso della Fondazione e dichiarando l'obbligo per il Dipartimento della protezione civile di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia della documentazione richiesta. A tal riguardo, il T.A.R. ha chiarito che tale decisione si fonda – per l'appunto – «[sulla] natura degli atti chiesti in visione nonché [sulle] finalità dello strumento dell'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, che oltre a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ha anche finalità di promuovere, come nel caso in esame, la partecipazione al dibattito pubblico» (così T.A.R. Lazio, sez. I-*quater*, sentenza 22 luglio 2020, n. 8615, par. 5).

[30] Cfr. *https://www.wired.it/attualita/scuola/2020/11/30/scuola-coronavirus-contagi-italia/*.

[31] A distanza di pochi mesi dall'istanza di accesso, *Wired Italia* è tornata ad occuparsi dell'andamento dei contagi nelle scuole, con la condivisione dei dati ottenuti, aggiornati al 30 novembre 2020; cfr. *https://www.wired.it/attualita/scuola/2021/02/03/scuola-coronavirus-dati-30-novembre/*. Tali dati – forniti in formato aggregato e suddivisi a livello regionale, con indicazione delle ipotesi di positività o quarantena, tra studenti, docenti e personale – sono consultabili al seguente link: *https://drive.google.com/file/d/1icXTw_9Fhs0cXWTjDFfGlqOi_zb_Njcj/view*. Ad essi, si aggiunge anche la nota del di accompagnamento del Ministero, consultabile al seguente link: *https://images.wired.it/wp-content/uploads/2021/02/01211141/Lettera-ministero-istruzione.pdf*.

dell'apertura in sicurezza delle scuole quale contributo ad un possibile aumento dei contagi, per di più fortemente diversificato sul piano territoriale.

In ogni caso, tale vicenda ha consentito di sollevare in maniera concreta il tema della trasparenza sui contagi nelle scuole, palesando diverse criticità nel sistema di raccolta e accesso ai dati, *in primis* in termini di affidabilità[32]. In particolare, il sistema di monitoraggio all'interno degli istituti scolastici ha fatto sempre affidamento sulla spontanea collaborazione dei Dirigenti scolastici nella comunicazione dei dati, dal momento che tale compito non è mai stato previsto in termini di obbligatorietà.

Non sono mancate, dunque, richieste di accesso che hanno riguardato singoli istituti scolastici o gruppi di scuole, aggregate per territorio. L'esito di una di tali istanze di accesso ha portato il Garante per la protezione dei dati personali a pronunciarsi favorevolmente nei confronti della decisione degli istituti di negare l'accesso alle informazioni. Ci si riferisce, in particolare, al parere del 23 aprile 2021, avente ad oggetto un'istanza di accesso civico generalizzato rivolta a diversi istituti scolastici da parte di un comitato costituito da famiglie, professionisti della scuola e studenti attivi nella società civile, volta a rendere piena trasparenza sullo stato di diffusione del Covid-19 nelle scuole della Provincia di Modena. Come evidenziato dal Garante, tali richieste sarebbero state legittimamente negate dagli istituti coinvolti perché «l'ostensione del complesso delle informazioni richieste, anche se private dei dati direttamente identificativi dei soggetti interessati, "laddove combinati con informazioni verbali facilmente acquisibili soprattutto in realtà scolastiche contenute", possono consentire di risalire all'identità dei soggetti coinvolti» e, dunque, al loro stato di salute[33].

Il parere del Garante si conclude con una riflessione che torna sul già citato tema dell'affidabilità dei dati riguardanti la presenza del Covid negli istituti scolastici (da intendersi in senso ampio, anche rispetto alle misure di contenimento e monitoraggio messe in atto nelle scuole). In particolare, si evidenzia

[32] Sul punto, si vedano le considerazioni – sviluppate in tempi non ancora particolarmente sospetti – di J. P.A. IOANNIDIS, *A fiasco in the making? As the coronavirus pandemic takes hold, we are making decisions without reliable data*, 17 marzo 2020, *https://www.statnews.com/2020/03/17/a-fiasco-in-the-making-as-the-coronavirus-pandemic-takes-hold-we-are-making-decisions-without-reliable-data/*.

[33] Così il Garante per la protezione dei dati personale, prov. n. 157 del 23 aprile 2021. A tal riguardo, è comunque necessario tenere a mente quanto messo in luce da C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *App di* contact tracing *e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, cit., 801, secondo i quali sarebbe da contestare con decisione l'esistenza di un *trade-off* tra salute e privacy, due diritti fondamentali tra cui non vi dovrebbe essere rapporto di esclusione: «la composizione fra i due valori» – osservano gli Autori – «è sempre possibile attraverso un'operazione di ragionevole bilanciamento anche se in taluni casi può risultare particolarmente gravosa. La tirannia dei valori è estranea alla nostra Costituzione, come più volte messo in luce dalla Corte costituzionale». In tal senso, si veda anche G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 5 maggio 2020, 8 ss.

come tali istituti non siano «i soggetti competenti all'elaborazione dei "dati ufficiali", che è invece rimessa agli enti deputati alla sorveglianza sanitaria. Di conseguenza i dati richiesti, di diversa tipologia riferiti agli alunni […], da essi eventualmente detenuti anche incidentalmente (ad esempio perché trasmessi dai genitori o da altri soggetti) possono essere non integri o incompleti; e la relativa comunicazione o diffusione potrebbe, a seconda dei singoli casi, porsi in contrasto con il principio generale di "esattezza dei dati", sancito dall'art. 5, par. 1, lett. *d*), del RGPD»[34].

Tali considerazioni – pur condivisibili in riferimento al caso di specie, circoscritto a piccole realtà scolastiche locali – testimoniano la generale condizione di opacità che ha contraddistinto il patrimonio informativo sulla diffusione del virus nelle scuole e che si è protratta fino alla conclusione dell'anno scolastico 2020/2021, segnando altresì l'avvio di quello successivo. Difatti, nell'autunno del 2022, vi sono state ulteriori istanze rivolte al Ministero dell'Istruzione che si sono concluse con una sostanziale negazione dell'accesso ai dati, opposto, ancora una volta, sia per ragioni di privacy e per il rischio di identificazione dei soggetti coinvolti, sia per la perdurante mancanza di un obbligo in capo ai Dirigenti scolastici di condividere le informazioni sui contagi nei propri istituti, che – come visto – potrebbe tradursi nel consentire l'accesso a dati non accurati e inaffidabili[35].

Recentemente, il Governo ha tentato di assicurare una maggiore trasparenza sull'andamento della pandemia di Covid-19 nelle scuole, con la pubblicazione di un monitoraggio settimanale, avviato dal gennaio del 2022 ed effettuato, anche in questo caso, grazie al contributo e alla condivisione dei dati da parte dei Dirigenti scolastici dei singoli istituti; i report, in ogni caso, danno conto dell'estensione del campione di riferimento[36].

[34] Così, ancora, si legge nel prov. n. 157 del 23 aprile 2021 del Garante per la protezione dei dati personali.

[35] Si veda, in tal senso, la seconda richiesta di accesso effettuata dalla rivista *Wired Italia*, che si è conclusa con un rifiuto da parte del Ministero dell'Istruzione: *https://www.wired.it/article/covid-19-scuola-ministero-nega-dati/*.

[36] I report settimanali sono consultabili sul portale istituzionale del Ministero dell'Istruzione al seguente link: *https://www.istruzione.it/iotornoascuola/monitoraggi.html*. Può considerarsi, in tal senso, l'ultimo monitoraggio pubblicato – relativo al periodo 7-12 febbraio 2022 – riferito al 75,6% di tutte le istituzioni scolastiche statali. Uno dei dati più interessanti, soprattutto se paragonato con la situazione relativa all'anno scolastico precedente, è che il 99,7% delle classi censite risultano svolgere attività didattica in presenza, a cui si accompagna un numero particolarmente elevato di alunni che effettivamente partecipano alle lezioni in classe, corrispondente al 94,4% degli alunni che hanno partecipato alla rilevazione. Difatti, prendendo come riferimento gli istituti secondari di primo e secondo grado, sul totale degli alunni rilevati solo il 5,4% risultano positivi o in quarantena.

3.2 La stratificazione delle fonti e delle valutazioni tecnico-scientifiche: le ordinanze regionali per la gestione del virus nelle scuole

Nell'evolversi del contesto sopra descritto, le incertezze organizzative non sono mai venute meno e hanno portato alla luce un ulteriore problema collaterale. Ci si riferisce alla coesistenza tra discipline di contenimento poste da diversi livelli di governo e, alle volte, contrastanti tra loro, principalmente derivanti dall'autonomia regionale nell'adozione di soluzioni *ad hoc* per conciliare la tutela del diritto alla salute con quella del diritto allo studio sul proprio territorio[37]. Il punto è di particolare interesse, poiché le misure governative che si sono succedute nel tempo, allentando gradualmente le limitazioni sul piano nazionale, hanno comunque fatto salve le prerogative regionali di introdurre disposizioni più rigide e restrittive, sulla base delle condizioni del sistema sanitario regionale e della circolazione del virus nel proprio contesto territoriale. Una simile possibilità è stata prevista sin dall'adozione del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 che, nel prevedere una serie di misure di contenimento, tra cui la proroga della sospensione delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, faceva salva la possibilità, per le regioni, di adottare misure ulteriormente restrittive in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento[38].

Non sempre, nel regolare l'evolversi della pandemia, il legislatore nazionale ha espressamente previsto la possibilità di introdurre misure derogatorie

[37] Come evidenziato da S. TROLIO, *Il diritto allo studio fra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, n. 9/2012, 1 ss., spec. 24 ss., a seguito della riforma del Titolo V, le Regioni possono esercitare la propria competenza concorrente in materia di istruzione – nel rispetto, come già anticipato, dell'autonomia delle istituzioni scolastiche – e la propria potestà residuale in materia di garanzia del diritto allo studio e formazione professionale. Tuttavia, non mancherebbero, nelle normative regionali adottate dopo il 2001, «profili collegati ad una visuale più aggiornata, rivolta ora a favorire non più solo l'accesso e la frequenza delle attività scolastiche e formative, ma anche la riqualificazione e l'arricchimento dell'offerta formativa complessiva». Inoltre, come nota M. BENVENUTI, *"La scuola è aperta a tutti?" Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *federalismi.it*, n. 4/2018, 98 ss., le «norme generali sull'istruzione» di cui all'art. 117, comma 2, lett. *n*), Cost., e i principi fondamentali in materia di istruzione, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., sono indicati «quali ambiti competenziali rispetto ai quali è consentito, ai sensi e per gli effetti dell'art. 116, comma 3, Cost., attribuire a singole Regioni "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia"»; strada che risulta già percorsa da diverse Regioni. Sul tema, si vedano anche R. CALVANO, *Una crisi gattopardesca non allontana le prospettive dell'autonomia differenziata: i rischi in materia di istruzione*, in *Diritti regionali*, n. 3/2019, 1 ss. e A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Le Regioni*, n. 4/2002, 771 ss.

[38] A tal riguardo, vi è chi, come S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., 531 ss., individua nel ruolo assunto dalle regioni nel periodo pandemico, specie da parte dei loro Presidenti, un effetto non desiderabile della "torsione monocratica" della forma di governo; sebbene – osserva ancora l'Autore – debba considerarsi che l'eccesso di ruolo dei Presidenti sia «largamente ascrivibile alle debolezze del decisore centrale, che avrebbe avuto tutti gli strumenti istituzionali per contrastarlo, ma non li ha adoperati».

rispetto a quelle previste per l'intero territorio nazionale[39]. Tuttavia, il quadro normativo di riferimento, a livello generale, contempla espressamente la possibilità per le regioni di adottare ordinanze contingibili e urgenti per far fronte a situazioni di emergenza sanitaria. Si tratta di quanto disposto dall'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, sull'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, in base al quale, in materia di igiene e sanità pubblica, possono essere «emesse dal Presidente della Giunta regionale o dal Sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale».

Così, richiamandosi proprio a tale potere di ordinanza, tra la fine del 2020 e l'inizio del 2021 diverse regioni hanno deciso di introdurre misure derogatorie rispetto a quanto previsto dal legislatore nazionale[40]; misure che, nei casi più discussi, hanno riguardato proprio il settore dell'istruzione.

In tal senso, può considerarsi anzitutto l'ord. n. 79 del 15 ottobre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Campania. Si tratta della prima di una serie di ordinanze con cui il governo locale campano ha disposto un graduale inasprimento delle misure di contenimento del virus, in cui si inserisce anche la generale sospensione delle attività didattiche ed educative in presenza. Il problema sorge in considerazione del fatto che l'ordinanza in questione si

[39] A tal riguardo, come osserva A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, 367 ss., spec. 373, «molti, studiosi e specialmente operatori (a partire dai Presidenti delle Regioni Lombardia e Veneto) hanno prontamente deplorato una indebita incisione del riparto costituzionale delle competenze tra centro e periferia conseguente all'intraprendenza del Governo. Il punto è, però, che davanti al dilagare del contagio si è resa necessaria l'avocazione al centro delle opportune determinazioni al riguardo. È pur vero che l'accentramento delle decisioni non esclude, in via di principio, l'adozione concordata delle stesse. Ad ogni buon conto, il modello vincente, soprattutto nelle situazioni di emergenza, non è (e non può essere) quello, ingenuo ed infecondo, della separazione delle competenze bensì l'altro della cooperazione di tutte le istituzioni operanti nel territorio coordinate in modo efficace dal centro». Sul punto, tuttavia, vi è chi, come C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Diritti comparati*, n. 2/2020, 45 ss., spec. 51 ss., mette in luce proprio la mancanza di politiche coordinate tra i diversi territori e gli organi centrali: «una frammentazione di interventi regolatori che in casi di emergenza non determina solo sperequazioni fra cittadini in ragione della loro residenza, ma riduce notevolmente la portata dell'azione di governo». In tal senso, v. anche F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 33 ss., spec. 40 ss.

[40] Come messo in luce da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 130 ss., quello delle ordinanze regionali rappresenta «il terreno sul quale la confusione, purtroppo, è massima e insoddisfacente è la cooperazione interistituzionale». A tal riguardo, l'Autore – sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in materia – osserva come l'avvento della pandemia non abbia implicato la necessità di proteggere solamente la salute, «ma anche di evitare il collasso del sistema economico e l'impoverimento di vastissimi strati sociali, ormai a rischio indigenza. Ogni aumento del tasso di protezione della salute che comporti una compressione delle attività produttive fatalmente si risolve in un pregiudizio per altri primari interessi collettivi, il cui apprezzamento complessivo non può non essere affidato allo Stato».

collocava in un contesto normativo nazionale in cui non era stato ancora previsto il ritorno alla frequenza a distanza. E le divergenze non sono venute meno anche quando, a causa del graduale innalzamento dei contagi, il legislatore nazionale ha disposto una graduale sospensione delle attività in presenza, con l'adozione del d.p.c.m. 3 novembre 2020. Quest'ultimo, infatti, ha espressamente escluso le scuole dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e i servizi educativi per l'infanzia, per i quali continuava a prevedersi lo svolgimento delle attività in presenza. Invece, contrariamente a quanto previsto a livello nazionale, la Regione Campania ha comunque continuato a prevedere la sospensione delle attività in presenza per *tutte* le scuole, primarie e secondarie, anche per le scuole dell'infanzia, come previsto dalla successiva ord. n. 89 del 5 novembre 2020.

Una simile scelta, sebbene a prima vista coinvolga un ambito limitato del settore dell'istruzione, ha avuto un peso estremamente rilevante, per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché per i bambini e gli alunni più piccoli lo svolgimento delle attività educative e didattiche in presenza può rappresentare l'unica alternativa valida ad assicurare un effettivo percorso di crescita e di formazione, essendo senz'altro più difficile, in questo caso, bilanciare il sacrificio imposto al diritto all'istruzione con la tutela dell'interesse collettivo alla salute[41]. In secondo luogo, perché la permanenza di tali alunni nelle proprie abitazioni per la fruizione delle attività a distanza ha comportato anche forti limitazioni allo svolgimento delle attività lavorative da parte dei genitori, rendendo più complesso il contemperamento tra i diritti e gli interessi in gioco.

Tra l'altro, la Regione Campania non è stata l'unica ad aver adottato simili misure, divergenti da quelle previste a livello nazionale. Possono menzionarsi, in tal senso, le seguenti ordinanze, adottate sempre ai sensi dell'art. 32, comma 3, della l. n. 833 del 1978: l'ord. n. 44 del 15 novembre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Basilicata con cui, a causa dell'andamento dei contagi nella Regione, si è previsto per tutte le istituzioni scolastiche che «il cento per cento delle attività sia svolta mediante il ricorso alla didattica digitale integrata»; l'ord. n. 87 del 14 novembre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Calabria, con cui si è disposto, «sull'intero territorio regionale, la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado, con ricorso alla didattica a distanza»; o, ancora, l'ord. n. 407 del 28 ottobre 2020 del

[41] Sul punto, cfr. G. LANEVE, *In attesa del ritorno* nelle *scuole, riflessioni (in ordine sparso)* sulla *scuola, tra senso del* luogo *e prospettive della* tecnologia, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 410 ss., spec. 414, secondo cui, «anche prima dell'obbligo scolastico, nel percorso dell'infanzia, la scuola mostra una dimensione ulteriore, quale luogo privilegiato per coltivare, riconoscere e valorizzare la propria intelligenza emotiva, cioè la capacità di motivare se stessi, di persistere nel perseguire un obiettivo nonostante le frustrazioni, di controllare gli impulsi e rimandare la gratificazione, di modulare i propri stati d'animo».

Presidente della Giunta regionale della Puglia (anch'essa, come si evince, antecedente rispetto all'adozione del d.p.c.m. 3 novembre 2020), cha ha previsto che «le Istituzioni Scolastiche di ogni ordine e grado […] adottano la didattica digitale integrata».

Simili ordinanze hanno continuato a susseguirsi anche nelle successive settimane, spostando via via l'orizzonte temporale del pieno ritorno alle attività didattiche in presenza, fino a giungere alle prime settimane del 2021, coincidenti con il possibile rientro a scuola dopo l'interruzione natalizia. Ciò ha determinato il continuo riscontrarsi di vistose divergenze tra la disciplina nazionale e regionale (oltre che tra regioni) sullo svolgimento dell'attività didattica. Soprattutto ove si consideri che, con il già anticipato d.p.c.m. 3 dicembre 2020, il Governo aveva previsto, a partire dal 7 gennaio 2021, il ritorno alle attività didattiche in presenza per il 75% della popolazione studentesca e a distanza per la restante parte. È in tale contesto che, ad esempio, si inserisce l'ord. n. 676 dell'8 gennaio 2021 del Presidente della Giunta regionale della Lombardia che, disattendendo quanto previsto a livello nazionale, ha disposto il ricorso alla didattica a distanza per il 100% della popolazione studentesca delle istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado.

Sono principalmente tre gli elementi che accomunano queste tipologie di ordinanze. Il primo, di natura sostanziale, consiste nel fatto che mediamente esse propendono per un maggiore sacrificio del diritto allo studio, a beneficio di una – auspicata – maggiore protezione del diritto alla salute; come visto, infatti, a fronte dei risultati delle attività di monitoraggio e dell'evidente aumento dei contagi sul territorio, i governi locali hanno risposto discostandosi dalla disciplina nazionale sul ritorno alle attività didattiche in presenza, prediligendo quelle a distanza. In secondo luogo, tali ordinanze condividono quale fondamento una valutazione, giustificabile ma sommaria, sulla situazione epidemiologica generale e sul riscontro di un aumento dei contagi; manca – tranne per il caso della Regione Campania, che si analizzerà a breve – un richiamo puntuale a valutazioni di natura tecnico-scientifica che giustifichino il sacrificio del diritto all'istruzione e diano conto dell'impossibilità di un più ragionevole contemperamento tra tale diritto e quello alla salute. Infine, gli interventi normativi sopra analizzati hanno dato il via ad un ricco filone giurisprudenziale, che ha visto diversi Tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato pronunciarsi sulla legittimità degli interventi normativi locali, tentando di fare maggiore chiarezza, non solo sulla legittimità della stratificazione normativa che ha disciplinato l'esercizio del diritto all'istruzione nel territorio locale, ma anche sull'incidenza delle molteplici valutazioni a contenuto tecnico-scientifico sull'attività normativa esercitata dai diversi livelli di governo.

Gli ultimi due profili risultano particolarmente intrecciati nell'ambito della vicenda normativa e giurisprudenziale relativa alla Regione Campania che, pur

avendo delle sue peculiarità, può essere presa in considerazione a titolo esemplificativo.

Come anticipato, il Presidente della Giunta regionale della Campania ha adottato una serie di ordinanze con cui sono state introdotte misure gradualmente più restrittive sullo svolgimento delle attività didattiche in presenza. Tuttavia, quella che potrebbe apparire *prima facie* come una conflittualità "politica" tra le decisioni locali e quelle centrali, cela, in realtà, una conflittualità (anche) tecnico-scientifica. A differenza di quanto avvenuto in altre regioni, infatti, la Campania si è avvalsa di una propria Unità di crisi regionale, istituita con decreto del Presidente della Giunta regionale 6 marzo 2020, n. 45, con il compito di svolgere attività operative di protezione civile inerenti alla definizione della catena di comando e controllo, del flusso delle comunicazioni e delle procedure da attivare in relazione allo stato di emergenza determinato dal diffondersi del Coronavirus. In altri termini, tale Unità è stata chiamata ad effettuare valutazioni tecniche sulle misure da adottare per contrastare la pandemia, in linea con i compiti previsti, a livello nazionale, in capo al CTS.

Ebbene, nelle ordinanze sopra citate della Regione Campania, vi è un costante riferimento all'attività e alle valutazioni dall'Unità di crisi, come si evince, ad esempio, dall'ord. 79 del 2020, ove si afferma testualmente che «all'esito dell'istruttoria svolta dall'Unità di Crisi, nonché alla luce delle previsioni relative al numero dei nuovi contagi previsti sul territorio nel breve-medio periodo, quale rilevato anche in seno alla Cabina di regia nazionale di monitoraggio Covid in data odierna, emerge la necessità di adottare le misure proposte dall'Unità di crisi, *più restrittive* rispetto a quelle contenute nel DPCM 13 ottobre 2020» (corsivi aggiunti).

Le misure – salvi minimali correttivi – sono state poi ribadite in numerose altre ordinanze, tra cui la già citata ord. n. 89 del 2020 che, a differenza di quanto previsto a livello nazionale, ha sospeso le attività didattiche in presenza anche per le scuole dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia. Anche in questo caso, l'ordinanza premette un'ampia valutazione svolta dall'Unità di crisi, di cui vengono riportate – testualmente – le conclusioni.

In particolare, all'esito di una specifica istruttoria svolta con riferimento alle misure già adottate nell'ambito del settore dell'istruzione, l'Unità di crisi ha formulato le seguenti conclusioni: «dall'apertura delle scuole (private e pubbliche) si è avuto un progressivo incremento dei casi positivi nelle varie fasce di età interessate, con una correlazione positiva con il numero di casi in età adulta, a dimostrazione dell'effetto moltiplicatore dei contagi connesso a positività nelle fasce in età scolare. […] Per tale ragione è derivata nelle ultime settimane la necessità di applicare ordinanze che rendessero meno facile la diffusione del virus attraverso momenti di aggregazioni sociale nei quali potesse

esservi appunto commistione, cercando pertanto di ridurre la frequentazione delle scuole, in modo da limitare anche l'impatto sulla mobilità e prevenire ulteriore momento di contagio in ambiente intra ed extra scolastico».

Alla luce delle motivazioni sopra esposte, l'Unità di Crisi ha ritenuto di dover prevedere, «in aggiunta alle disposizioni di cui all'articolo 1 del nuovo d.p.c.m. 3/11/2020», una proroga delle misure già assunte in tema di attività scolastiche, «anche relativamente alle scuole dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado». Anche in questo caso, dunque, è evidente la consapevolezza di porsi al di là delle misure previste a livello nazionale.

3.2.1 Segue. Il fondamento scientifico delle ordinanze regionali sul contenimento del Coronavirus nella giurisprudenza amministrativa

Come già anticipato, le ordinanze regionali che hanno previsto misure limitative e di contenimento della pandemia diverse da quelle nazionali sono state oggetto di numerosi ricorsi davanti al giudice amministrativo, che è stato chiamato ad accertare la loro legittimità e a pronunciarne, eventualmente, l'annullamento[42]. Per ragioni espositive, si continuerà ad analizzare il caso della Regione Campania (considerato che è forse tra i più emblematici dell'intero filone), nella consapevolezza che sono state numerosissime le altre pronunce sulla legittimità degli atti in questione[43].

Già a pochi giorni dalla loro adozione, le prime ordinanze del Presidente della Giunta regionale della Campania sulla sospensione delle attività didattiche in presenza sono state impugnate davanti al T.A.R. Campania - Napoli per ottenerne l'annullamento e, nelle more del giudizio, la sospensione

[42] Per un'analisi sui "conflitti" tra le misure nazionali e regionali inerenti al settore dell'istruzione dinnanzi al giudice amministrativo, cfr. F. DI LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 108 ss. Sul punto, l'Autrice evidenzia come le divergenze tra normativa nazionale e regionale in ambito di istruzioni non riguardino solamente lo svolgimento delle attività didattiche in presenza. Vengono in rilievo, in tal senso, alcune misure di monitoraggio e contenimento del virus, come la misurazione della temperatura, l'obbligo di indossare dispositivi di protezione e/o le valutazioni da adottare durante la didattica a distanza.

[43] Nel medesimo orizzonte temporale che ha interessato la Regione Campania e per quanto riguarda, più specificatamente, le decisioni sulle misure regionali relative al settore dell'istruzione, possono considerarsi, senza pretesa di esaustività: T.A.R. Calabria, sez. I, decr. 23 novembre 2020, n. 609; T.A.R. Basilicata, sez. I, decr. 24 novembre 2020, n. 272; T.A.R. Piemonte – Torino, sez. I, decr. T.A.R. Puglia - Lecce, sez. II, decr. 6 novembre 2020, n. 695; T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, decr. 13 gennaio 2021, n. 32. Parte della dottrina ha messo in luce come, tuttavia, anche tali decisioni dei giudici amministrativi si siano contraddistinte per orientamenti tra loro divergenti; in tal senso, si vedano, fra tutti, L. DELL'ATTI, *Bilanciare istruzione e salute. Considerazioni brevi su strumenti unitari e leale collaborazione a partire da talune ordinanze regionali in materia di sospensione della didattica "in presenza"*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2021, 87 ss., spec. 96 ss.; G. DI COSIMO, *Stato, Regioni e didattica: troppa distanza?*, in *Le Regioni*, n. 6/2020, 1267 ss.; F. DI LASCIO, *op. ult. cit.*, 108 ss.; M. PIERRI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei "Governatori": il caso della Puglia*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, 121 ss.

dell'efficacia ai sensi dell'art. 56 c.p.a. Quest'ultimo, com'è noto, prevede la possibilità per il ricorrente, in casi di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, di chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie.

Il destino delle misure introdotte dalla Regione Campania, dunque, in molti casi è dipeso da alcuni decreti presidenziali del T.A.R. territorialmente competente, che hanno inseguito l'incessante adozione di ordinanze con cui, di volta in volta, le limitazioni alla didattica in presenza venivano inasprite e prorogate. Inizialmente, in più occasioni, il T.A.R. ha respinto le istanze cautelari, soffermandosi su due principali profili: quello del fondamento scientifico delle misure introdotte con l'ordinanza impugnata e quello, strettamente correlato, della ragionevolezza del sacrificio per il diritto allo studio previsto per tutelare in maniera più efficace il diritto alla salute.

Per quanto riguarda il primo profilo, nell'ambito di uno dei primi decreti adottati, relativo alla citata ord. n. 79 del 2020, si evidenzia come la Regione Campania abbia «esaurientemente documentato l'istruttoria sulla base della quale ha inteso emanare la gravosa misura sospensiva; dando conto, in particolare, quanto alla idoneità della misura adottata, della correlazione tra aumento dei casi di positività al Covid-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente "indotti" dalla didattica in presenza), nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo e, quanto alla proporzionalità della stessa, della progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario».

Anche rispetto al bilanciamento degli interessi posto in essere dalla Regione e alla verifica rigorosa dei presupposti di "estrema gravità e urgenza" da porre a fondamento dell'eventuale concessione della invocata tutela cautelare, il T.A.R. chiarisce di dover dare prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato. Ciò in ragione del fatto che «tale interesse pubblico espressamente affonda nell'esigenza di tutelare il diritto primario alla salute, messo in pericolo dalla pure evidenziata scarsità delle risorse; […] la lamentata compromissione degli altri diritti involti non sembra affatto assoluta, in ragione della assicurata continuità delle attività scolastiche mediante la pur sempre consentita didattica digitale a distanza, nonché della non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori»[44].

[44] I passaggi sopra citati sono tratti da T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, decr. 19 ottobre 2020, n. 1921.

Se è vero che, in tale fase, le decisioni del T.A.R. relative alle successive ordinanze regionali si sono concluse sempre nel senso del rigetto delle istanze cautelari, una prima (e parziale) inversione di tendenza si è riscontrata a partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato sull'ord. 89 del 2020 della Regione Campania. Quest'ultima, come visto nel precedente paragrafo, era stata adottata per includere nel regime di sospensione delle attività didattiche in presenza anche le scuole dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado, rispetto alle quali il legislatore nazionale continuava a prevedere, invece, lo svolgimento ordinario delle attività didattiche ed educative.

Ci si riferisce, in particolare, al decreto 10 novembre 2020, n. 6453 del Consiglio di Stato, con cui quest'ultimo si è pronunciato in appello sul ricorso promosso per la riforma della decisione del T.A.R. Campania[45] che aveva escluso la sospensione, in via cautelare, dell'ordinanza sopra citata[46]. Anche in questo caso, la decisione del Consiglio di Stato analizza due profili differenti: la completezza dei dati medico-scientifici posti a base dell'ordinanza impugnata e la ragionevolezza della ponderazione comparata degli interessi in contrasto. Su quest'ultimo punto il Consiglio di Stato evidenzia come non siano stati forniti dagli appellanti elementi decisivi in favore della irragionevolezza della misura contestata, volta «alla più rigorosa prevenzione della salute pubblica nell'ambito territoriale di competenza» e si conferma, «in presenza di istruttoria conforme ai principi di attualità e completezza, il potere di ciascun presidente regionale di adottare provvedimenti più restrittivi rispetto a quanto il D.P.C.M. prevede per la "zona di rischio" in cui la Regione è inserita»[47].

[45] Com'è noto, la possibilità per il Consiglio di Stato di pronunciarsi in appello sui decreti monocratici adottati ai sensi dell'art. 56 c.p.a., nell'attesa che si tenga l'udienza camerale dinnanzi al T.A.R., rappresenta un tema particolarmente controverso e la stessa giurisprudenza amministrativa tende ad escluderlo, se non a limitate condizioni. A tal riguardo, la stessa pronuncia in esame chiarisce che a fronte degli interessi in gioco nel caso di specie, «tutti riferiti a valori costituzionalmente tutelati, vi è l'interesse/dovere di prevenzione e tutela della incolumità e salute pubblica, specialmente nell'attuale fase pandemica, che anch'esso trova diretto fondamento nella Costituzione, e sul quale la Regione ha fondato la propria ordinanza impugnata». Pertanto, in tali circostanze, «ricorre uno dei limitatissimi casi per i quali il Consiglio di Stato, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del c.p.a., ammette l'istanza in appello, visto il pericolo affermato di irreversibile lesione di interessi che trovano diretto fondamento nella Carta» (così Cons. Stato, sez. III, decr. 10 novembre 2020, n. 6453). Più in generale, sull'appellabilità d dei decreti monocratici adottati ai sensi dell'art. 56 c.p.a, cfr. A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, 59 ss.

[46] Difatti, l'ord. n. 89 del 2020 della Regione Campania inizialmente è stata oggetto di una pronuncia con cui il T.A.R. territorialmente competente ha rigettato l'istanza cautelare che mirava ad ottenere immediatamente la sospensione. Le argomentazioni sono analoghe rispetto a quelle riportate nel decr. 19 ottobre 2020, n. 1921, specialmente ove si ribadisce che tali misure trovano fondamento in un'istruttoria aggiornata alla luce dell'andamento del contagio su scala regionale e che esse sono non irragionevolmente motivate «sul rilievo della persistente emergenza sanitaria, sul verificato "effetto moltiplicatore dei contagi connessi a positività nelle fasce in età scolare" e sul prevedibile "impatto sul SSR"» (T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, decr. 9 novembre 2020, n. 2025).

[47] Cons. Stato, sez. III, decr. 10 novembre 2020, n. 6453.

Per quanto riguarda, invece, il fondamento scientifico delle decisioni regionali, gli appellanti lamentano la presenza di alcuni profili di contraddittorietà e la natura non aggiornata dei dati utilizzati, oltre alla mancanza di documentazione scientifica circa l'impatto della chiusura della scuola sulla diffusione del contagio. Ebbene, a tal riguardo il Consiglio di Stato afferma che «le relazioni dell'Unità di crisi regionale, ancorché idonee in questa fase di delibazione sommaria ad evidenziare che una attività istruttoria è stata compiuta, non esauriscano il dovere dell'Amministrazione di rendere conoscibili – per le parti ed ai fini del sindacato giurisdizionale (consentito, come la stessa Regione conferma) sulla eventuale illogicità, ragionevolezza e contraddittorietà dell'atto impugnato e delle valutazioni ad esso presupposte – i dati scientifici nella loro interezza, con gli aggiornamenti giornalieri e con le indicazioni scientifiche prognostiche del minor impatto-contagio dovuto alla sospensione "in presenza" dell'attività didattica»[48]. Per tali ragioni, pur respingendo l'istanza cautelare ed escludendo, dunque, la sospensione dell'ordinanza impugnata, il Consiglio di Stato conclude disponendo l'acquisizione agli atti del giudizio della documentazione integrale contenente i dati medico-scientifici utilizzati dalla Regione.

Se questa è stata la posizione del giudice amministrativo fino agli ultimi mesi del 2020, le valutazioni sono profondamente cambiate con l'inizio del 2021 e la ripresa delle attività didattiche dopo l'interruzione natalizia. In tale fase, il Presidente della Giunta regionale della Campania è nuovamente intervenuto con due diverse ordinanze, la n. 1 del 7 gennaio e la n. 2 del 16 gennaio 2021. Se, come visto sopra, il legislatore nazionale aveva cominciato a prevedere un graduale ritorno allo svolgimento delle attività didattiche in presenza, specie per gli alunni nelle fasce d'età minori, il governo campano ha ribadito, nella sostanza, l'operatività delle misure autunnali, disponendo lo svolgimento delle attività didattiche a distanza anche per i servizi educativi e la scuola dell'infanzia – oltre che per le classi successive – fino al 24 gennaio 2021.

Tali ordinanze sono state oggetto di un nuovo decreto presidenziale del T.A.R. Campania (decr. 20 gennaio 2021, n. 142), ove, sin dalle prime battute della parte motiva, si comprende l'intenzione del giudice di tornare sui propri passi e rivedere la giurisprudenza consolidatasi nei mesi precedenti, laddove viene chiarito che la perdurante e perpetuata sospensione dell'attività didattica in presenza, protrattasi per diversi mesi con una serie di misure concatenate, impone una rivalutazione dell'intero quadro[49].

[48] *Ibidem*.

[49] Tale soluzione è in linea con quanto messo in luce da G. MATUCCI, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, cit., 624, secondo cui «l'emergenza che, per sua stessa definizione, nasce come fenomeno *transeunte*, di durata limitata nel tempo, ha imposto sin da subito risposte immediate, capaci di contenere il diffondersi della pandemia, anche a costo di inibire in tutto o in parte l'esercizio di alcuni diritti fondamentali: nondimeno, il prolungarsi della situazione, occasionato

Al vaglio del T.A.R. vi è la solidità scientifica dei provvedimenti adottati dalla Regione. Sul punto, il giudice amministrativo osserva come gli interventi normativi del Governo, contraddetti dalle ordinanze regionali, individuassero «uno strumentario di misure, qualificate idonee a fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, alla luce di continue attività di monitoraggio di rischio sanitario […] e di valutazioni tecniche operate dal Comitato tecnico-scientifico. […] La valutazione di idoneità e proporzionalità delle indicate misure è stata dunque operata già a livello statale, con un grado di attualità che non risulta messo in dubbio»[50].

In tale contesto, fermo il potere di ordinanza di cui all'art. 32, comma 3, delle l. n. 833 del 1978, la possibilità di discostarsi dalle misure nazionali potrebbe ammettersi solo all'avverarsi di precise condizioni, tra cui primeggia l'acquisizione di dati attuali, pertinenti e rilevanti sulla quantificazione del contagio e dell'idoneità delle misure individuate. «Particolarmente rigoroso» – prosegue il T.A.R. – «si prospetta lo scrutinio di proporzionalità-congruità della scelta compiuta dall'Autorità amministrativa, in astratto e tanto più in concreto, a fronte del sopra rappresentato quadro di protezione già apprestato dal Governo, al quale si potrebbe derogare solo ove risultino verificati eventi effettivamente contingibili, di durata limitata, non previsti e non regolati da altri atti, che impongano la necessità della nuova misura pur a fronte di altre misure già apprestate o apprestabili, concretamente idonea a fronteggiare il pericolo; inoltre, proporzionata, e dunque imposta anche a sacrificio di altri diritti e interessi, ma nella misura, temporale e contenutistica, strettamente necessaria a fronteggiare il pericolo e meno impattante per le situazioni contrapposte»[51].

Sulla base di tali premesse, il decreto si sofferma, poi, sulle valutazioni dell'Unità di crisi regionale e sulla legittimità delle misure stabilite alla luce

fra l'altro dalle difficoltà connesse agli sviluppi della ricerca, l'ha, di fatto, trasformata in una condizione durevole, palesando l'insufficienza e l'inefficienza di queste stesse risposte».

[50] T.A.R. della Campania - Napoli, sez. V, decr. 20 gennaio 2021, n. 142.

[51] *Ibidem*. Sul punto, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 134 s., che, ripercorrendo i primi interventi normativi con cui il legislatore ha fronteggiato l'avvento della pandemia, evidenzia come la possibilità per le regioni di prevedere *standard* di protezione più elevati fosse consentita solo "nelle more" degli interventi normativi del Governo centrale. Secondo l'Autore, «il senso di questa previsione era chiaro: le ordinanze regionali potevano essere emanate solo "prima" delle ordinanze statali di protezione civile ed erano destinate a perdere efficacia al loro sopravvenire. Sostenere che la formula "nelle more" sarebbe inadeguata, in quanto consentirebbe a un Presidente di Regione di emanare ordinanze anche "subito dopo" l'intervento statale, perché si sarebbe "nelle more" di possibili ulteriori ordinanze statali, così come affermare che "il periodo di mora terminerà soltanto nel momento in cui l'emergenza si sarà conclusa, ossia quando sarà stato adottato l'ultimo DPCM", è un abile esercizio retorico, ma non corrisponde all'evidente *ratio* della norma e nemmeno alla sua lettera (visto che questa si riferisce alla prima ordinanza statale che intervenga a tutela della salute, bilanciandola con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti)».

delle valutazioni espresse da quest'ultima. Quello che non tornerebbe, ad avviso del T.A.R., è la divergenza di soluzioni adottate a livello centrale e a livello locale nonostante la sostanziale contemporaneità tra gli atti normativi del Governo e le ordinanze della Regione, a cui corrisponde, di conseguenza, il medesimo contesto epidemiologico di riferimento. Difatti, è già l'Amministrazione centrale che valuta l'inserimento di un determinato territorio nell'ambito di quelli per cui prevedere misure più rigorose, in base alla sopra citata individuazione di zone identificate con colori diversi a seconda del rischio. Eppure, le valutazioni dell'Unità di crisi regionale hanno portato a conclusioni diverse da quelle espresse degli organi tecnici centrali, suggerendo la previsione di limitazioni più severe da quelle individuate dai decreti governativi delle prime settimane di gennaio 2021; limitazioni che, nel caso di specie, hanno portato ad un maggiore compressione del diritto allo studio per gli studenti campani.

Come già anticipato, simili circostanze denotano la possibile insorgenza di una conflittualità tra valutazioni tecnico-scientifiche, in grado di riflettersi sulla sovrapposizione di diversi fonti normative, al cui interno inevitabilmente si dissolve la percezione circa la ragionevolezza delle limitazioni subite. Il che può tradursi – e nei fatti si è tradotto – non solo in vistose difficoltà organizzative per gli istituti e le famiglie, ma anche in una delegittimazione del sacrificio imposto agli studenti, derivante dal senso generale di minore affidabilità nei confronti della scienza e nella sua idoneità ad individuare le misure più opportune per fronteggiare la pandemia.

Anche il T.A.R. Campania sembra essere consapevole di tali criticità, evidenziando i limiti delle valutazioni operate a livello regionale. In particolare, l'istruttoria svolta dall'Unità di crisi regionale non avrebbe dato conto di un'effettiva attività di rilevazione sul territorio che giustificasse la misura restrittiva incidente sul diritto all'istruzione, specie in considerazione del fatto che, dai dati acquisiti, era emerso come i contagi continuassero a crescere anche con la chiusura delle scuole (come avvenuto durante le vacanze natalizie), rendendo dubbie l'idoneità e la proporzionalità delle misure introdotte. Per tali ragioni, differentemente da quanto avvenuto nelle ipotesi precedenti, la decisione si conclude con l'accoglimento dell'istanza cautelare e la conseguente sospensione delle ordinanze regionali impugnate[52].

Eppure, il "braccio di ferro" tra il legislatore regionale e quello nazionale è proseguito a lungo e, una volta concluso l'anno scolastico 2020/2021, la

[52] Il che si è tradotto – data la natura autoesecutiva del decreto – nel consentire il rientro a scuola in presenza per gli alunni delle classi più grandi degli istituti già aperti e nel prevedere una graduale riapertura di quelli ancora chiusi; sul punto il T.A.R. evidenza come l'accoglimento debba intendersi «nel senso che non possa essere reiterata analoga ordinanza soprassessoria disponente ulteriore sospensione delle attività didattiche in presenza oltre il 24 gennaio 2021» (T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, decr. 20 gennaio 2021, n. 142).

medesima stratificazione di fonti di contenuto opposto si è ripresentata a seguito del rientro a scuola dopo le interruzioni natalizie, nel gennaio del 2022. Questa volta, però, ciò è avvenuto in un contesto normativo ed emergenziale profondamente diverso e la vicenda che ha visto coinvolta, ancora una volta, la Regione Campania può essere utile per effettuare alcune riflessioni conclusive sull'attuale assetto del bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute.

4. Un (opportuno) "sbilanciamento": alcune considerazioni conclusive sulla priorità della scuola in presenza

L'anno scolastico attualmente in corso (2021/2022) si è aperto con la piena consapevolezza circa la pesante compressione del diritto all'istruzione subita dagli studenti e dalle studentesse nei primi due anni di gestione della pandemia. Il ricorso predominante alla didattica a distanza poteva certamente giustificarsi nella fase iniziale dell'emergenza, caratterizzata da una sostanziale mancanza di consapevolezza circa i meccanismi di diffusione del virus e il possibile andamento della pandemia. Non c'è dubbio, infatti, che tale forma di didattica possa senz'altro rivelarsi uno strumento prezioso per un contesto emergenziale e provvisorio, poiché consente comunque di garantire l'esercizio del diritto all'istruzione, se pur nel suo contenuto essenziale.

Tuttavia, l'elemento di criticità rispetto a ciò che è avvenuto negli anni scolastici precedenti, consiste nel fatto che il ricorso alla didattica distanza si è protratto troppo a lungo, a causa di una catena di interventi normativi – come visto sopra, non solo ad opera del governo centrale – che l'hanno privata dei caratteri della eccezionalità e della provvisorietà[53], rendendola forma ordinaria e, in fin dei conti, permanente di svolgimento delle attività didattiche. La DAD, in questo modo, ha subìto una profonda metamorfosi, passando da strumento di garanzia a strumento di compressione del diritto all'istruzione[54].

[53] Sul punto, si veda, fra tutti, GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 223 ss., che individua proprio nella *provvisorietà* uno dei profili di maggiore rilievo degli atti di natura urgente. Nel ripercorrere la giurisprudenza costituzionale in materia, l'Autore rileva il ruolo ambivalente della provvisorietà, quale "anello di congiunzione" tra altri due principali profili dell'urgenza: quello temporale e quello della necessità di fronteggiare un bisogno. Difatti, «la provvisorietà si lega, senz'altro, con la "non rinviabilità" […], nella misura in cui una "misura urgenziale" è lecita fintantoché essa è utile per conseguire il risultato cui è preposta in modo tempestivo. Quando, però, il risultato è stato conseguito, essa viene privata della sua region d'essere e deve dunque lasciar spazio al diritto "ordinario". Da qui la provvisorietà dell'atto urgente. Ma, allo stesso tempo, la provvisorietà è resa (costituzionalmente) indispensabile dal fatto che la misura urgenziale comporti degli effetti "derogatori" rispetto al diritto "ordinario". Effetti derogatori che possono essere tollerati dall'ordinamento giuridico fintantoché necessari per conseguire le finalità – e, dunque, i "bisogni" – ai quali la "misura urgente" è preposta».

[54] Cfr. R. CALVANO, *L'istruzione, il Covid-19 e le diseguaglianze*, cit., 80, che – pur non disconoscendo le potenzialità dell'*e-learning* anche in tempi diversi da quelli pandemici – evidenzia come sia

Forse proprio per tale ragione, l'avvio delle attività didattiche dopo l'interruzione estiva del 2021 è stato segnato da un intervento normativo con il quale il Governo ha inteso affermare nettamente un principio di rottura con la precedente amministrazione dell'emergenza sanitaria nel settore dell'istruzione. Con l'art. 1, comma 1, del d.l. 6 agosto 2021, n. 111, infatti, ha previsto che, «nell'anno scolastico 2021-2022, al fine di assicurare il valore della scuola come comunità e di tutelare la sfera sociale e psico-affettiva della popolazione scolastica, sull'intero territorio nazionale, i servizi educativi per l'infanzia […] e l'attività scolastica e didattica della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado sono svolti in presenza».

La stessa linea è stata mantenuta anche al rientro dall'interruzione natalizia, quando il Governo ha adottato il d.l. 7 gennaio 2022, n. 1, in un contesto epidemiologico particolarmente gravoso, derivante dalla capillare diffusione della c.d. variante "*Omicron*" del virus SARS-CoV-2, a cui ha corrisposto un notevolissimo innalzamento dei contagi rispetto a quanto sperimentato in passato. Ebbene, tale decreto non ha disposto nulla rispetto ad una possibile sospensione delle attività in presenza, nel tentativo di continuare a perseguire i principi sopra enunciati. Vengono disciplinate solamente alcune misure contingenti e di breve durata nel caso in cui, all'interno di singole classi, emerga la presenza di uno o più alunni positivi; misure che, in ogni caso, si caratterizzano per un evidente tentativo di scongiurare il più possibile il ricorso alla DAD.

Non a caso, è proprio in tale contesto che si inseriscono le parole del Presidente del Consiglio Mario Draghi – citate in apertura del presente lavoro – con cui, nel presentare alla stampa l'introduzione delle nuove misure, è stata ribadita chiaramente la *priorità* per il Governo di mantenere la scuola aperta e di far svolgere le attività didattiche ed educative in presenza. È evidente, dunque, l'intento del Governo di orientare l'azione normativa ed amministrativa verso il perseguimento di un fine ben preciso, nell'esercizio della propria discrezionalità politica.

Solo quest'ultima ha potuto consentire di effettuare un bilanciamento tra diritto alla salute e diritto all'istruzione che, forse per la prima volta dall'avvento dell'emergenza sanitaria, tendesse più verso il secondo. Quel marginale sacrificio del diritto alla salute – comunque ben ponderato alla luce delle maggiori conoscenze sul Covid-19 e temperato dal consolidamento della campagna vaccinale – derivante da una maggiore circolazione del virus a causa dello

stato ampiamente riconosciuto quanto «i processi di apprendimento siano fortemente legati all'interazione che si instaura tra due individui, il docente e il discente», ragione per cui «l'insegnamento in presenza sarà sempre da ritenere preferibile, oltre che fondamentale per lo sviluppo della personalità del bambino, a causa del rapporto con l'insegnante e con gli altri alunni, non sostituibile per la sua evoluzione psichica e cognitiva». In tal senso, v. anche G. LANEVE, *In attesa del ritorno* nelle *scuole, riflessioni (in ordine sparso)* sulla *scuola, tra senso del* luogo *e prospettive della* tecnologia, cit., 419 s.

svolgimento delle attività didattiche in presenza, rappresenta il frutto della libera determinazione del legislatore sulle modalità attraverso le quali perseguire due interessi generali, entrambi meritevoli di tutela. Non vi è dubbio che, nei mesi precedenti, l'esercizio di tale discrezionalità sia stato fortemente compromesso dall'adesione – spesso cieca – alle opinioni degli esperti operanti a supporto delle attività del Governo.

A conferma di tale conclusione può considerarsi il contributo sempre più sfumato del CTS nel contrasto alla pandemia. Non solo per la drastica diminuzione delle riunioni e dei pareri rilasciati, ma anche per l'influenza sui singoli atti normativi del Governo; nei decreti-legge da ultimo citati, ad esempio, manca qualsiasi riferimento alle valutazioni del CTS.

Alcune spinte in senso opposto si sono riscontrate, ancora una volta, a livello regionale. Diversi Presidenti, infatti, colpiti maggiormente dal forte aumento dei contagi sul proprio territorio, hanno provato a sospendere nuovamente lo svolgimento delle attività didattiche in presenza. Può considerarsi, in continuità con la vicenda analizzata nei paragrafi precedenti, il caso dell'ord. n. 1 del 7 gennaio 2022 del Presidente della Giunta regionale della Campania, che ha disposto la sospensione delle attività in presenza dei servizi educativi per l'infanzia e dell'attività scolastica e didattica in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado. A differenza del mutamento avvenuto a livello nazionale, l'ordinanza regionale in questione effettua un ampio rinvio ai risultati dell'attività istruttoria svolta dagli esperti della propria Unità di crisi che, riscontrando un preoccupante aumento dei contagi proprio tra i più giovani, ha incluso la chiusura delle scuole tra le misure straordinarie da applicare per scongiurare il tracollo del sistema sanitario regionale.

Per contenere simili spinte centrifughe sono intervenuti, anche in questo caso, i giudici amministrativi. L'ord. 1 del 2022 della Regione Campania, infatti, è stata oggetto di un nuovo decreto presidenziale del T.A.R. Campania – il decr. 10 gennaio 2022, n. 19 – adottato a seguito di un ricorso presentato per ottenere l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dell'ordinanza regionale citata. La posizione del T.A.R. è ancora più netta di quella manifestata l'anno precedente, ponendosi pienamente nel solco della mutata prospettiva del legislatore sulla didattica a distanza.

Il T.A.R. sviluppa le proprie considerazioni partendo dalla dettagliata disciplina approvata dal legislatore nazionale per assicurare lo svolgimento delle attività didattiche in presenza (in particolare, ad opera del d.l. n. 111 del 2021 e n. 1 del 2022). Si tratta – come evidenzia il giudice amministrativo – di una normativa di rango primario e, dunque, sovraordinata rispetto all'eventuale esercizio del potere amministrativo. Essa disciplina in maniera specifica la gestione dei servizi e delle attività didattiche in costanza di pandemia, «al fine di

"prevenire il contagio" e di garantire, nel contempo, il loro espletamento "in presenza", il che esclude che possa residuare spazio, nei settori considerati, per l'emanazione di ordinanze contingibili che vengano a regolare diversamente i medesimi settori di attività e che, stante la loro astratta natura "contingibile", presuppongono che non sia possibile individuare una diversa "regola" della concreta fattispecie, regola, invece, effettivamente, come visto, già esistente, allo stato, in diritto positivo»[55].

Di conseguenza, in virtù della minuziosa disciplina nazionale sull'attività scolastica sopra richiamata, «la scelta del livello di tutela dell'interesse primario alla salute, individuale e collettiva, e il punto di equilibrio del bilanciamento tra diversi valori (concretati in diritti e interessi dei soggetti dell'ordinamento) già è stata operata, appunto, a livello di normazione primaria, dal legislatore nazionale»[56]. Il T.A.R., dunque, conclude accogliendo l'istanza cautelare e sospendendo l'esecutività dell'ordinanza impugnata.

Dai profili sopra analizzati, si comprende come il settore scolastico offra una chiave di lettura fondamentale sull'impatto della scienza e della tecnica sulle fonti del diritto e, più in generale, sulla tutela dei diritti. In contesti emergenziali come quello in esame, preannunciati come sempre più frequenti dalla comunità scientifica, le valutazioni di natura tecnica sono destinate ad avere un ruolo sempre più preponderante nella dinamica normativa.

Non vi è dubbio che il contesto determinato dall'emergenza sanitaria abbia richiesto necessariamente un'adeguata valorizzazione delle competenze scientifiche e rapidità nell'adozione delle contromisure – normative e amministrative – per arginare gli effetti pregiudizievoli della diffusione del virus, a tutela della salute pubblica. Ma quella in esame rappresenta un'ulteriore riprova di come sia necessario tentare di sfruttare gli intrecci più virtuosi che possono derivare dal connubio tra scienza e politica.

Come visto nel corso del presente lavoro, non sempre la mera adesione alle valutazioni del Comitato tecnico-scientifico istituito per supportare il Governo nella gestione della pandemia ha consentito un bilanciamento ragionevole tra il diritto all'istruzione e diritto alla salute. Al contrario, stante l'urgenza di tutelare al meglio quest'ultimo, le limitazioni introdotte dal legislatore spesso si sono tradotte in un sacrificio eccessivo per gli studenti e le loro famiglie; "eccessivo" soprattutto ove si consideri la mancanza di una piena consapevolezza, anche da parte della comunità scientifica, sull'effettivo contributo dell'apertura scuole alla diffusione del virus, che spesso si è tradotta in una mancanza di proporzionalità tra i sacrifici imposti e i benefici ottenuti.

[55] Così T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, decr. 10 gennaio 2022, n. 19.
[56] *Ibidem*.

Ciò mette in luce uno dei problemi principali – quantomeno a parere di chi scrive – derivanti dal connubio tra diritto e scienza, ossia quello della forte compressione che, direttamente o quale forma di influenza indiretta, subiscono i decisori politici. Perché ordinariamente, quando si tratta di disciplinare fattispecie *non* attinenti ad ambiti strettamente tecnico-scientifici – circostanza al giorno d'oggi sempre più remota – la soluzione normativa individuata non è altro che esercizio della discrezionalità legislativa, quale scelta tra plurime alternative astrattamente possibili.

Quando, invece, scienza e tecnica sembrerebbero "imporre" l'adozione di una certa soluzione normativa, il legislatore è posto dinnanzi ad un bivio: dare seguito a tale circostanza, con il rischio di introdurre una disciplina che risulti meramente "piegata" alle valutazioni tecnico-scientifiche, effettuando, di fatto, una scelta non più discrezionale, ma vincolata[57]; oppure disattendere tali valutazioni per far prevalere esigenze di ordine diverso, più aderenti al proprio indirizzo politico. Il rischio che si cela dietro questa seconda alternativa, però, è quello di de-legittimare il proprio intervento normativo, poiché nelle società contemporanee, governate dalla tecnica[58], può risultare assai arduo per i decisori politici distaccarsi da quella che viene posta come la soluzione migliore suggerita dagli esperti ed assumere, conseguentemente, la responsabilità politica della propria decisione. Più semplice, in fin dei conti, aderire alla valutazione tecnico-scientifica, che può essere usata come forma di legittimazione del proprio operato da parte delle istituzioni rappresentative[59].

Tuttavia, quando viene in rilievo il bilanciamento con altri diritti fondamentali, come avvenuto nel periodo pandemico tra diritto alla salute e diritto

[57] Non vi è dubbio che anche la funzione legislativa possa ritenersi, per certi versi, "vincolata", nel senso che il suo esercizio deve essere necessariamente conforme ai fini al cui perseguimento essa è deputata, che, in tal caso, sono individuabili all'interno della Costituzione (sulla natura vincolata della funzione legislativa, in quanto volta al perseguimento dei fini positivamente posti dalla Costituzione, si veda, fra tutti, F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II: Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, spec. 343 ss.). Tuttavia, deve ritenersi diverso l'impatto delle valutazioni tecnico-scientifiche sull'attività legislativa, dal momento che esse non individuano un fine da perseguire, ma indicano in modo preciso e puntuale le modalità e gli strumenti attraverso i quali raggiungere il fine.

[58] Sul punto si vedano, fra tutti, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, 67 ss.; ID., *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN – D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 1ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA. VV., *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale dell'AIC. Salerno, 22-24 novembre 2012*, Jovene, Napoli, 2014, 43 ss.

[59] Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "*science driven*" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 121. D'altronde, come prosegue l'Autore, «la democrazia ha i suoi tempi e le sue necessarie liturgie decisionali, per cui è più semplice per uno scienziato, che fornisce una risposta unicamente in chiave sanitaria, affermare che bisogna imporre il lockdown e il distanziamento sociale, non dovendo contemperare né il rispetto delle libertà fondamentali, come il lavoro, la libertà personale, la circolazione, la riservatezza, né la tenuta del sistema economico».

all'istruzione (e non solo), è bene tenere a mente l'insegnamento della Corte costituzionale, secondo la quale «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. […] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»[60].

L'avvento dell'emergenza sanitaria ha senz'altro rischiato di concretizzare questo scenario. Il diritto alla salute, infatti, è stato posto in un'evidente e necessaria posizione di superiorità, anche grazie all'incolpevole contributo della comunità scientifica, che ha consentito ai governanti e alla società civile di avere sempre più familiarità con il nuovo virus e le sue regole.

Questa condizione, pur giustificabile dinnanzi all'avvento inaspettato della pandemia, nel lungo periodo ha messo in luce gli importanti sacrifici imposti agli altri diritti tutelati dalla Costituzione, come nel caso del diritto all'istruzione[61]. Non a caso, negli ultimi mesi si è riscontrato un atteggiamento diverso del legislatore, che si è riappropriato di alcuni margini di discrezionalità perduti nel primo periodo dell'emergenza sanitaria, assicurando agli studenti e alle studentesse di poter ricominciare a fruire, in maniera più consistente, della didattica in presenza, considerata l'unica seriamente aderente ai dettami costituzionali sul diritto allo studio. Alcune scelte che potevano sembrare inconcepibili agli inizi del 2020 oggi non rappresentano altro che il risultato di un più ragionevole bilanciamento tra diritti che il Coronavirus ha posto in contrapposizione.

Allora, in un contesto in cui la decisione politica non è più semplicemente «basata sulla scienza, *sicence-based* o *science-related*», ma rischia di risultare «*science driven*, guidata dalla scienza»[62], si fa sempre più stringente l'esigenza di individuare una terza via rispetto all'alternativa, poco sopra individuata, tra cieca adesione e netto discostamento dalle valutazioni della comunità

[60] Così Corte cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85, par. 9 del *Cons. dir.*

[61] Cfr. G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020, che, sin dalle prime settimane dall'avvento della pandemia, ammoniva circa la necessità di introdurre misure di contrasto alla diffusione del virus dalla natura temporalmente delimitata. Difatti, pur ritenendo che le soluzioni normative del legislatore siano (temporaneamente) legittime, perché adottate in stato di necessità per tutelare il bene supremo della vita dei consociati, le limitazioni imposte, per rimanere conformi alla Costituzione, non potrebbero protrarsi oltre lo stretto necessario. Secondo l'Autore, infatti, se «si dovesse pensare di poter stabilizzare, in via ordinaria, una drastica riduzione della socialità, un esponenziale aumento dell'individualismo, un aggravamento della paura dell'altro e dell'ignoto, allora al rischio sanitario conseguirebbe un nefasto regresso culturale che ci allontanerebbe anni luce dalla prospettiva di libertà e di progresso garantita dalla Costituzione».

[62] Così A. IANNUZZI, *op. ult. cit.*, 120.

scientifica. È necessario, infatti, che il legislatore fondi le proprie scelte su tali valutazioni senza sacrificare del tutto l'esercizio della propria discrezionalità, adottando, al contrario, quella che risulti la soluzione normativa migliore alla luce del connubio tra scienza e diritto.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2022

DECISIONI DEL COMITATO TECNICO-SCIENTIFICO, DISCREZIONALITÀ E RISPETTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL SETTORE GIUSTIZIA DURANTE L'EMERGENZA DA COVID-19*

SIMONE BARBARESCHI**

Sommario

1. Introduzione. Il numero esiguo di pareri del CTS in tema di amministrazione della giustizia e processo telematico. – 2. Le quattro fasi della giustizia durante l'epidemia da Covid-19 e il potere dei capi degli Uffici giudiziari. La sentenza n. 140/2021 della Corte costituzionale. – 3. Riflessioni sulla lesione dei principi di pubblicità e oralità. – 4. Quale giustizia dopo la pandemia? Considerazioni conclusive.

Abstract

This essay focuses on the impact of the Technical-Scientific Committee (CTS) decisions on Italian justice during the Covid-19 pandemic and analyzes the main opinions expressed on this sector. In particular, the chosen point of view concerns the role played by CTS and its compliance with the rule of law. Furthermore, the essay develops the theme concerning the decisions taken by some procedural actors in balancing the right to defence and the right to collective health.

Suggerimento di citazione

S. BARBARESCHI, *Decisioni del Comitato tecnico-scientifico, discrezionalità e rispetto del principio di legalità nel settore giustizia durante l'emergenza da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.

Contatto: simone.barbareschi@uniroma3.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione. Il numero esiguo di pareri del CTS in tema di amministrazione della giustizia e processo telematico

L'amministrazione della giustizia rappresenta uno dei principali settori dell'azione pubblica; anzi, si può dire che costituisca l'essenza stessa del potere statale: se è possibile – ma non sempre auspicabile – procedere a forme di privatizzazione dei servizi pubblici, non è pensabile che la risoluzione delle controversie, di interesse collettivo ovvero strettamente personale, venga demandata a soggetti privati[1]. Non è un caso che sin dalla prima elaborazione teorica del costituzionalismo moderno, quella di Thomas Hobbes, il *Leviatano* sia descritto come creatore di ordine, di certezza, nei rapporti tra gli individui e che la stipula del *pactum subiectionis* comporti la rinuncia a farsi giustizia da sé[2].

Nel corso della pandemia da Covid-19, però, proprio la legittimazione delle istituzioni statali è sembrata ad alcuni minata dall'intervento degli organismi tecnici e scientifici – primo fra tutti il Comitato tecnico-scientifico[3] – nelle decisioni politiche; da qui, la continua rievocazione della deriva tecnocratica, della «medicalizzazione della politica»[4], congiuntamente all'enunciato

[1] Il tema della giustizia privata è al centro dell'intenso dibattito sulla regolamentazione delle piattaforme digitali, su cui si rinvia, *ex multis,* a P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *federalismi.it*, n. 11/2020, p. 280 ss.; R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, spec. p. 1389 ss.; P. BIANCHI, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Consulta online. Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 10 febbraio 2020; G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, in *www.garanteprivacy.it*; A. GIUBILEI, *Il nuovo Oversight Board istituito per il controllo dei contenuti su Facebook alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d'espressione*, in A. LO CALZO, L. PACE, G. SERGES, C. SICCARDI, P. VILLASCHI (a cura di), in *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità*, *Rivista del Gruppo di Pisa – Quaderno* n. 3, p. 179 ss.; E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" dal titolo *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, 18-19 giugno 2021, rinvenibile sul sito *www.gruppodipisa.it*.

[2] Cfr., *ex multis*, M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 51 ss.; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Rivista AIC*, 17 luglio 2006; C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 2016 (trad. di Vittorio de Caprariis), p. 151 ss.; F. BARRA, *Le regole vogliono sacrifici*, in S. ANASTASIA, P. GONNELLA, *I paradossi del diritto. Scritti in onore di Eligio Resta*, in Roma Tre-*press*, Roma, 2019, p. 220.

[3] Istituito con decreto del Capo del Dipartimento della Protezione civile del 5 febbraio 2020.

[4] A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, p. 497. Si vedano anche le posizioni di C. DELLA GIUSTINA, *Quel che resta della Costituzione italiana dopo l'emergenza sanitaria COVID-19. Riflessioni in materia di regionalismo differenziato e tecnocrazia*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 1571 ss., nonché le tesi radicali di Giorgio Agamben espresse in molteplici recenti scritti, tra cui *Stato di eccezione e stato di emergenza*, in *Quodlibet*, 30 luglio 2020; *Biosicurezza e politica*, in *Quodlibet*, 11 maggio 2020.

schmittiano per cui «sovrano è colui che decide sullo stato d'eccezione»[5].

A questo proposito, si deve constatare che anche in tempi ordinari la dimensione tecnico-scientifica esercita un'influenza sui settori di azione dello Stato costituzionale di diritto, ossia sulla funzione legislativa, su quella di indirizzo politico ed esecutiva, nonché sul potere giudiziario, inducendo una più ampia riflessione sulla tenuta dei pilastri del costituzionalismo contemporaneo. Tuttavia, con l'irrompere dell'emergenza «la tentazione di affidare alla scienza anche la selezione del contenuto discrezionale delle scelte politico-istituzionali da operare aumenta, comportando il rischio – *quantomeno a livello percettivo* – di una sostituzione o surrogazione dei metodi, delle forme e dei contenuti dei processi decisionali tipici della democrazia rappresentativa con modalità tecnocratiche di svolgimento dei medesimi»[6]. Allo stesso tempo, come è stato acutamente sostenuto, l'appello alle posizioni degli uomini di scienza rischia di produrre un annacquamento – fortuito o talvolta anche intenzionale – della responsabilità politica[7].

Alla luce di queste premesse, allora, un'analisi dei pareri resi dal Comitato tecnico-scientifico in tema di amministrazione della giustizia assume un valore paradigmatico e costituisce un angolo di visuale privilegiato per esaminare il rapporto tra politica e scienza durante la pandemia.

Inoltre, si deve premettere che il rapporto tra diritto e tecnica nella gestione dell'emergenza da Covid-19 può essere declinato anche intendendo, più in generale, come tecnici coloro che sono dotati di un specifica competenza sapienziale, tale da differenziarli dai politici[8]. In questo modo, si esce dalla rigida

[5] C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 33 ss. Sul punto si rinvia alle recenti riflessioni di TORQUATO G. TASSO, *Tra ordine e caos. Lo stato di eccezione in Carl Schmitt*, in *Giustizia insieme*, 20 ottobre 2021.

[6] S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*. Volume II. Etica, comunicazione e diritti, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 60 ss. (corsivo aggiunto), il quale comunque esclude che durante la pandemia da Covid-19 si sia assistito ad una «delega in bianco agli esperti coinvolti». Per una più approfondita disamina del tema della ridefinizione dei paradigmi giuridici e di quelli della politica, già prima degli eventi eccezionali della pandemia, si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 2 ss., il quale pone l'accento sull'impatto del fattore scientifico-tecnologico in generale sulle scienze umane e in particolare sul diritto.

[7] Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, SI1/2020, p. 130.

[8] Non a caso B. CROCE, *Il ricorso ai "competenti" nelle crisi storiche*, in *Quaderni della critica*, 1948, 89, affermava che nei momenti di difficoltà della società si ripropone «quel "ricorso ai competenti", "agli uomini del Pensiero", "agli uomini della scienza" [...] e si moltiplicano da parte di gente di buone intenzioni "questionarii", come li chiamano, proposti a personaggi che hanno acquistato nome come matematici, fisici, filosofi, storici, artisti, letterati, affinché indichino le vie da seguire e i mezzi da adoperare per salvare il mondo dai pericoli presenti e ricondurlo alla vita di pace e di lavoro», indicando quindi con la qualifica di *tecnici* un ampio numero di soggetti specializzati chiamati nei momenti

equivalenza tra periti e scienziati, risultando possibile indagare la tenuta dei principi costituzionali che presiedono la materia del processo[9].

Tutto ciò posto, però, un dato significativo che emerge dallo studio dei pareri resi dal 7 febbraio 2020 al 3 dicembre 2021[10], è costituito dal numero esiguo di volte in cui il Comitato tecnico-scientifico è stato chiamato a pronunciarsi sulle modalità di esercizio delle competenze del Ministero della giustizia.

In particolare, solo dieci volte il Comitato si è espresso su tematiche attinenti all'amministrazione della giustizia: in sei occasioni il CTS ha affrontato il problema della limitazione del contagio da Covid-19 nei contesti di esecuzione penale[11], mentre nelle restanti quattro l'organo ha espresso delle valutazioni sullo svolgimento delle prove di esame per l'abilitazione alla professione forense e per l'accesso in magistratura.

Nello specifico, su istanza del Ministero della giustizia, nel verbale dell'8 novembre 2020 (n. 124) il CTS si esprime sull'organizzazione degli esami di abilitazione alla professione di avvocato programmati per i giorni 15, 16 e 17 dicembre 2020. La stringata risposta del Comitato al quesito risulta di particolare interesse sotto il profilo argomentativo: nello sconsigliare lo svolgimento delle prove non si motiva solo facendo riferimento alle diverse centinaia o migliaia di candidati che dovrebbero spostarsi verso le sedi delle Corti di Appello, all'impossibilità di prevenire assembramenti e alla lunga durata delle prove, ma

di crisi. Il passo di Croce è riportato anche da A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit. Seppur all'interno di un'analisi del rapporto tra amministrazione e indirizzo politico si veda A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, in Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 11, che con riferimento all'incidenza del c.d. "paradigma tecnologico" sull'amministrazione afferma si tratti di «un profilo in parte diverso rispetto alla questione del rapporto tra tecnica e politica nell'esercizio delle funzioni governative in quanto il concetto di tecnologia non è certo sussumibile in quello della tecnica. Ma non va, a mio avviso, neppure del tutto trascurato, in quanto investe la stessa idea della politica, delle sue forme e della ridefinizione dei suoi spazi»; nonché P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, ivi, p. 81, per cui «sia "tecnica" che "politica" sono termini polisemici».

[9] A tal proposito, si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., p.128 ss., sulla giurisprudenza costituzionale relativa alle deroghe al principio di legalità laddove vengano in rilievo competenze tecniche. In particolare, sulla scorta dell'impostazione cristallizzata nella sent. n. 31/2001 si può affermare, in via generale, che se le regole tecniche non danno luogo a delle limitazioni dell'autonomia politico-amministrativa dell'ente «il principio di legalità può dirsi soddisfatto dall'esistenza di norme legislative abilitative di organi del potere esecutivo, dotati di specifiche attitudini».

[10] Reperibili sul sito del Dipartimento della Protezione civile all'indirizzo *https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico.*

[11] Su cui si veda il contributo di C. STORACE in questo numero. Più in generale sul tema della tutela dei diritti dei detenuti durante la pandemia si vedano, *ex multis*, G.L. GATTA, *Carcere e coronavirus: che fare?*, in *Sistema penale*, 12 marzo 2020; A. LORENZETTI, *Il carcere al tempo del Coronavirus*, in *Osservatorio AIC,* 3/2020, p. 48 ss.; G. CHIOLA, *Il coronavirus e la rivolta nelle carceri italiane*, in *federalismi.it* – Osservatorio emergenza Covid-19, 1 aprile 2020; C. STORACE, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nel periodo di emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, p. 12 ss.

si mette in risalto innanzitutto la vigenza del DPCM del 3 novembre 2020, il cui art. 1, comma 9, lett. z) sospendeva le procedure concorsuali e di abilitazione professionali, salvo che non si svolgessero tramite la sola valutazione dei titoli o in modalità telematica[12].

A tal proposito, non può non sottolinearsi la singolarità del richiamo di un atto normativo da parte di un gruppo di esperti, con un'indubbia «conoscenza dei fenomeni epidemiologici [anche] dal punto di vista burocratico ed amministrativo», ma chiamato – prima di tutto – ad esercitare una funzione di consulenza scientifica[13]. In particolare, viene da chiedersi se l'indicazione all'interno del parere della normativa in vigore (frutto di una scelta politica, per quanto necessitata) costituisca una mera clausola di stile ovvero rafforzi l'opinione negativa rispetto alle prove scritte. In questo secondo caso, infatti, si avrebbe un "ribaltamento" della prospettiva da cui, in questi mesi, è stato raccontato il rapporto tra tecnica e politica[14], portando finanche a ritenere che vi possa essere un'influenza del politico sulla decisione scientifica[15].

Parimenti, assumono rilievo i pareri del 24 febbraio (n. 158) e del 5 marzo (n. 162) del 2021, sempre in tema di abilitazione alla professione forense, sia perché mostrano un'apertura del CTS anche a quesiti provenienti da soggetti

[12] Si legge, infatti, nel parere dell'8 novembre 2020 che «il CTS sottolinea l'attuale vigenza dell'art. 1, comma 9, lett. z) del DPCM 03/11/2020». Questa disposizione prevedeva la sospensione dello «svolgimento delle prove preselettive e scritte delle procedure concorsuali pubbliche e private e di quelle di abilitazione all'esercizio delle professioni, a esclusione dei casi in cui la valutazione dei candidati sia effettuata esclusivamente su basi curriculari ovvero in modalità telematica, nonché ad esclusione dei concorsi per il personale del servizio sanitario nazionale, ivi compresi, ove richiesti, gli esami di Stato e di abilitazione all'esercizio della professione di medico chirurgo e di quelli per il personale della protezione civile, ferma restando l'osservanza delle disposizioni di cui alla direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione n. 1 del 25 febbraio 2020 e degli ulteriori aggiornamenti. Resta ferma la possibilità per le commissioni di procedere alla correzione delle prove scritte con collegamento da remoto».

[13] Cfr. S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, cit., p. 76 ss., il quale, nel raffrontare la struttura e le modalità operative del CTS con l'omologo francese, sottolinea che l'esperienza «attualmente in corso nell'ordinamento italiano appare concepita e progettata per fronteggiare una situazione emergenziale, risultando più difficile ipotizzarne – alla luce delle caratteristiche evidenziate – una eventuale normalizzazione per tempi ordinari». Sul punto si veda pure M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 2/2020, p. 287 ss., il quale richiama il decreto istitutivo del CTS, ove si parla di «autorevoli esperti» del settore sanitario.

[14] Su cui si veda quanto detto poc'anzi circa la "deriva tecnocratica", da più parti inopinatamente evocata.

[15] A tal proposito, giova rilevare che lo stesso DPCM del 3 novembre non richiama alcun parere o interlocuzione con il Comitato tecnico-scientifico. Inoltre, non sembra scalfire le perplessità indicate nel corpo del testo il fatto che il decreto del Ministro della giustizia del 10 novembre 2020, con cui si rinviano le date di esame, richiami espressamente il parere del Comitato tecnico-scientifico dell'8 novembre, poiché appare meramente esecutivo della precedente decisione del Consiglio dei ministri.

non istituzionali, sia in ragione dell'impatto delle risposte fornite dal Comitato sulle decisioni politiche del Governo.

Con riferimento al primo profilo, è necessario sottolineare che i due pareri sono stati adottati, l'uno, su sollecitazione di due associazioni di praticanti avvocati[16] e, l'altro, su richiesta del Ministero della giustizia. Il contenuto di queste due richieste era pressoché identico: in entrambe si portava all'attenzione del CTS l'impossibilità di applicare il Protocollo di sicurezza per lo svolgimento delle prove concorsuali adottato dal Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio in data 3 febbraio 2021[17].

Riguardo invece alle posizioni espresse dal Comitato tecnico-scientifico, se nel primo parere ci si limita a rilevare che «la previsione del numero anche di diverse centinaia o migliaia di candidati che contemporaneamente dovrebbero spostarsi verso le sedi di esame, con la potenziale impossibilità di prevenire assembramenti e la lunga durata prevista delle prove di esame costituiscano, nella contingenza attuale della pandemia, criticità molto rilevanti», rimettendo al Ministero della giustizia l'individuazione delle modalità organizzative più idonee per la prevenzione del contagio, nel secondo atto si esclude del tutto la possibilità di svolgere l'esame di abilitazione nei giorni del 13, 14 e 15 aprile 2021, in ragione dell'incremento dell'indice RT e dell'insorgenza di numerose varianti virali.

Dopo aver rinviato le prove scritte[18], il Governo ha modificato le modalità di abilitazione con il d.l. n. 31/2021 e un decreto del Ministro della giustizia del 13 aprile 2021, prevedendo la nuova forma di esame con il doppio orale.

Con riferimento a questa vicenda, il sospetto è che non fosse davvero necessario un parere del CTS per procedere al rinvio delle prove e, di seguito, ad una ridefinizione dell'esame di abilitazione forense durante la pandemia e, quindi, che – *a contrario* rispetto alla situazione precedente – le posizioni degli esperti abbiano supportato una scelta politica innovativa e sotto molti aspetti virtuosa.

Altrettanto interessante è il parere del 23 aprile 2021 (n. 11), sul «Progetto organizzativo» per il concorso come magistrato ordinario[19], poiché il CTS – oltre a richiedere che le previsioni del protocollo predisposto dal Ministero

[16] La richiesta è stata presentata congiuntamente dall'Unione Praticanti Avvocati (U.P.A.) e dall'Associazione Italiana Praticanti Avvocati (A.I.P.A.V.V.).

[17] Il Protocollo per lo svolgimento delle prove concorsuali era stato adottato dal Dipartimento della Funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio sulla base delle indicazioni fornite dallo stesso Comitato tecnico-scientifico (verbale del 29/01/2021, n. 150). Tra le diverse previsioni del protocollo vi era anche quella per cui si poteva procedere alle prove concorsuali solo se presenti un numero massimo di trenta persone nello stesso ambiente.

[18] Con una nota del Ministro della Giustizia ai Presidenti delle Corti di Appello del 5 marzo 2021.

[19] Lo svolgimento del Concorso in magistratura durante l'emergenza pandemica è stato regolato dal decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44.

assumessero valore cogente (come ad esempio quella relativa alla presentazione di un referto attestante la negatività al virus) – rileva una criticità nello spostamento dei candidati di alcune regioni del sud sino a Milano, consigliando di individuare un'ulteriore sede più vicina, oltre a quella di Bari, per l'espletamento delle prove. Tuttavia, il Decreto ministeriale del 25 maggio 2021 disattende del tutto questa indicazione, confermando la città pugliese come l'unica del meridione per lo svolgimento degli scritti.

In ogni caso, il dato più significativo che emerge dall'analisi dell'intera documentazione prodotta dal CTS risiede nel fatto che il tema dell'esercizio dell'attività giudiziaria compare una sola volta e segnatamente all'interno di un parere adottato nella primissima fase della pandemia, ossia nel verbale dell'7 marzo 2020 (n. 21). In questa seduta il Comitato tecnico scientifico propone due livelli di misure di contenimento del Covid-19[20]: il primo si applica alle zone con una maggiore diffusione del virus, il secondo invece all'intero territorio nazionale.

Con riferimento a quest'ultimo ambito, pur confermandosi l'utilità delle misure a carattere nazionale individuate dal DPCM del 4 marzo 2020, si indicano ulteriori strumenti di contenimento, tra i quali ai nostri fini certamente rileva «la sospensione delle attività svolte dai tribunali, salvo quelle strettamente necessarie»[21].

In sostanza, quindi, il tema della gestione del processo – e più in generale dell'attività giudiziaria – non è stato oggetto di valutazione da parte del Comitato tecnico-scientifico. Allo stesso tempo, come si vedrà meglio nel prosieguo, sin dai primi atti normativi di rango primario adottati dal Governo si rinvengono delle indicazioni in materia di sospensione dei termini e rinvio delle udienze.

Alla luce di tale quadro, allora, si dovrebbe concludere che, quantomeno nel settore della giustizia, non si sia verificata alcuna sostituzione tecnica alla decisione politica e che, anzi, la disciplina tramite fonti di rango primario di una materia fondamentale per l'*agere pubblico* sia da valutare positivamente. Ciononostante, dall'analisi degli atti normativi adottati sembrerebbe emergere l'espandersi della discrezionalità di altri soggetti – non tecnici in senso stretto, ma dotati di una certa specializzazione – come le associazioni di categoria, i

[20] Lett. i) delle misure di contenimento da applicarsi sull'intero territorio nazionale. Sulla divisione in zone del territorio statale si veda il contributo di L. PACE in questo numero della Rivista.

[21] Secondo chi scrive, tra l'altro, in questo caso il CTS sembrerebbe procedere ad un' "estensione" della previsione contenuta nell'art. 10 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, sull'esercizio dell'attività giudiziaria nei comuni maggiormente colpiti dal virus. Un ulteriore profilo del parere del 7 marzo 2020 da tenere in considerazione concerne la sua giustificazione scientifica, ossia se la limitazione dei servizi presso i tribunali e gli altri organi giurisdizionali abbia trovato un adeguato basamento scientifico. Secondo chi scrive, la posizione del CTS pare trovare un'idonea motivazione nei dati epidemiologici forniti dall'Istituto superiore di sanità, richiamati in apertura del parere.

difensori e i capi degli uffici giudiziari, nonché la frizione con alcune garanzie costituzionali in materia processuale.

Alla luce di queste premesse, nelle pagine che seguono ci si soffermerà soprattutto sul rispetto, durante la pandemia, dei principi fondamentali alla base del processo, ossia del principio di eguaglianza (art. 3) e dell'esercizio della giurisdizione mediante il giusto processo regolato da legge (art. 111 Cost)[22].

2. Le quattro fasi della giustizia durante l'epidemia da Covid-19 e il potere dei capi degli Uffici giudiziari. La sentenza n. 140/2021 della Corte costituzionale

La situazione emergenziale da Covid-19 ha comportato un mutamento dell'estetica della giurisdizione, grazie ad una massiccia smaterializzazione dell'attività giudiziaria e un'espansione del "processo a distanza".

Nello specifico, il «minimo comun denominatore» delle disposizioni emergenziali che hanno impattato sui diversi settori della giustizia è rappresentato dalla possibilità di procedere alla celebrazione delle udienze da remoto[23]. A tal proposito, si deve notare che dall'analisi dell'evoluzione della normativa in materia di processo durante la pandemia emerge immediatamente che «la tecnica del legislatore emergenziale italiano (…) [è] stata molto diversa da quella dei suoi omologhi»: a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti, non è stato adottato un unico provvedimento (o al più due), contenente delle norme *ad hoc* per la celebrazione da remoto, ma sono stati approvati una pluralità di atti, tentando di volta in volta di adattare le previsioni normative alla curva dei contagi[24] ovvero alle esigenze di prevenzione[25].

[22] Sul punto si rinvia per una trattazione generale, *ex multis*, a A. GAITO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale alla luce dei princìpi costituzionali*, in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 4 ss.; G. CONSO, *Introduzione*, in ID., V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2014, p. LII ss.

[23] Cfr. J. FERRACUTI, *L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica 'da remoto'. Profili di costituzionalità*, in *Nomos*, 3/2021, p. 16, il quale rileva comunque che non si tratta di una novità assoluta per l'ordinamento italiano, rinvenendosi già nel settore penale alcune disposizioni che consentivano la trattazione a distanza; tuttavia, rileva l'A., questa modalità di trattazione è stata considerata la più dirompente, probabilmente a causa della previsione quasi sistematica del pubblico alle udienze.

[24] Cfr. J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica, Processo penale e giustizia*, 1/2021, il quale, con riferimento al settore penale, evidenzia la scelta del legislatore italiano è stata molto diversa da quella effettuata in altri Stati, europei e non. In particolare, in Italia non sono state adottate delle norme speciali rispetto agli artt. 146-bis e 147-bis disp. att. – introdotte alla fine degli anni '80 nel nostro ordinamento al fine di tutelare i collaboratori di giustizia attraverso la loro partecipazione a distanza –, bensì una molteplicità di atti, nel tentativo di adattare la normativa al mutamento dei contagi. Tuttavia, pur riconoscendo la razionalità in questi interventi, l'A. sottolinea che le «previsioni approvate a questo riguardo sono risultate affette da un'approssimazione tecnica davvero preoccupante, di modo che il susseguirsi continuo di novelle ha dato vita a una disciplina ben più oscura e cervellotica di quella delineata negli ordinamenti esteri esaminati».

[25] Difatti, la legge 17 luglio 2020, n. 77 pur implementando, come si vedrà, la trattazione da remoto è stata adottata in un momento di diminuzione del contagio.

In particolare, è possibile individuare quattro fasi della normativa emergenziale in tema di processo e, specie nel settore penale, quattro modelli di processo a distanza[26]. Ai nostri fini, però, rileva soprattutto che solo dalla fine di aprile del 2020 il legislatore dell'emergenza inizia a dettare una disciplina per lo svolgimento da remoto delle udienze, per mezzo dell'introduzione di apposite previsioni all'interno dell'art. 83 del d.l. n. 18/2020. In particolare, con il d.l. n. 28/2020, il Governo innesta i commi da 12-*bis* a 12-*quinquies* nell'art. 83, andando a regolare alcuni profili essenziali del processo a distanza: l'indicazione dei presupposti e dei procedimenti in cui si applica, la competenza del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati (DGSIA) nell'individuazione delle piattaforme per i collegamenti, le garanzie delle parti nel processo, nonché numerosi altri aspetti, come quelli concernenti le modalità di attestazione dell'identità delle parti[27].

Ciò vuol dire che dal 9 marzo al 28 aprile 2020, invece, nel silenzio dei dd.ll.

[26] Cfr. G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *Cassazione penale*, 2/2021, p. 698 ss., la quale con riferimento al settore penale distingue tra: a) il modello "consensuale", relativo alla primissima fase emergenziale; b) il modello "a smaterializzazione diffusa", che ha operato tra fine aprile 2020 e fine giugno dello stesso anno; c) il modello "a smaterializzazione generalizzata"; d) il modello "del distanziamento sociale 2.0"; con riferimento al processo civile si veda G. FICHERA, *Le quattro fasi del processo civile al tempo della pandemia*, in *Judicium. Il giudizio civile in Italia e in Europa*, 2 febbraio 2021; per una ricostruzione efficace, sino al maggio 2020 si vedano A. CARRATTA, G. COSTANTINO, *Giustizia civile ed emergenza Coronavirus. Quadro d'insieme della legislazione d'emergenza*, in *Giur. it.*, 8-9/2020, p. 2044 ss.; G. RUFFINI, *Emergenza epidemiologica e processo civile*, in *Questione giustizia*, 2021; con riferimento al processo amministrativo si veda per una ricostruzione di sintesi A. MANZIONE, *I giudici e la pandemia*, in *federalismi.it,* Paper-12 gennaio 2022, 4-8, nonché, *ex multis*, C. VOLPE, *Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, in *Giust.Amm.it*, 2020; M. CRISCI, *La spinta della pandemia alla telematizzazione completa del processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 17/2021, p. 53 ss.; F. FRANCARIO, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *federalismi.it,* Osservatorio emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; M.A. SANDULLI, N. POSTERARO, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Primissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedimentali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103 d.l. n. 18 del 2020*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 27 marzo 2020; P.A.G. DI CESARE, *Il processo amministrativo nell'emergenza. Oralità, pubblicità e processo telematico,* in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[27] Sul punto si veda G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future,* cit., par. 4, la quale sostiene che con il decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, si introduce nel nostro ordinamento il modello a "smaterializzazione diffusa", che ha trovato applicazione dal 29 aprile al 30 giugno 2020. In particolare, con il decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 il legislatore ha introdotto i commi 12-*bis*, 12-*quater*, 12-*quinquies*, 12-*quater* 1 e 12-*quater* 2, prevedendo espressamente la possibilità di celebrare da remoto i processi. Di particolare importanza è la previsione contenuta nell'art. 83, comma 12-*bis*, con la quale il legislatore ha previsto la possibilità che venissero celebrate alcune udienze penali da remoto, mediante gli strumenti individuati con provvedimento del DGSIA, purché nel corso dell'udienza venisse salvaguardato il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Come vedremo a breve l'A. evidenzia che, a differenza di quanto avvenuto nella primissima fase della pandemia, nel modello a smaterializzazione diffusa «il principio di legalità processuale è rispettato, almeno da un punto di vista formale».

nn. 9/2020, 11/2020 e della prima versione del d.l. n. 18/2020 (c.d. Cura Italia), la regolamentazione delle udienze non rinviabili[28], e quindi eventualmente del processo a distanza, è stata demandata a dei protocolli di intesa stipulati tra i Tribunali, i Consigli dell'Ordine e le Camere penali del luogo[29]. Queste

[28] L'art. 83 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 prevedeva che «1. Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020. 2. Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto. Si intendono altresì sospesi, per la stessa durata indicata nel primo periodo, i termini per la notifica del ricorso in primo grado innanzi alle Commissioni tributarie e il termine di cui all'articolo 17-bis, comma 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546. 3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non operano nei seguenti casi: a) cause di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati, ai minori allontanati dalla famiglia ed alle situazioni di grave pregiudizio; cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona; procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione nei soli casi in cui viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori e sempre che l'esame diretto della persona del beneficiario, dell'interdicendo e dell'inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute; procedimenti di cui all'articolo 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833; procedimenti di cui all'articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194; procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari; procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea; procedimenti di cui agli articoli 283, 351 e 373 del codice di procedura civile e, in genere, tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti. In quest'ultimo caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause gia' iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile; b) procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo, procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'articolo 304 del codice di procedura penale, procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive e, quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda, altresì i seguenti: 1) procedimenti a carico di persone detenute, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative, ai sensi dell'articolo 51-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354; 2) procedimenti in cui sono applicate misure cautelari o di sicurezza; 3) procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono disposte misure di prevenzione. c) procedimenti che presentano carattere di urgenza, per la necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di cui all'articolo 392 del codice di procedura penale. La dichiarazione di urgenza è fatta dal giudice o dal presidente del collegio, su richiesta di parte, con provvedimento motivato e non impugnabile».

[29] Cfr. G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future,* cit., par. 3, la quale evidenzia che l'art. 83, comma 7, prevedeva il potere dei capi degli uffici giudiziari di adottare delle linee guida vincolanti per la fissazione e trattazione delle udienze (lett. d), nonché la possibilità di disporre la celebrazione a porte chiuse delle udienze ai sensi dell'art. 472, comma 3,

previsioni rifluivano poi nelle linee guida adottate dai Capi degli Uffici giudiziari.

Non si può non rilevare, allora, che durante la primissima fase della pandemia si è assistito ad una sorta di "delega di bilanciamento"[30] a favore delle intese tra gli attori processuali; una delega che si è posta in contrasto con il rispetto del principio di legalità in materia processuale (di cui all'art. 111, comma 1, Cost.)[31] e in frizione con il principio di eguaglianza, in quanto la legislazione emergenziale non ha previsto né specifiche norme per il processo a distanza, né più in generale la possibilità di procedere alla trattazione da remoto delle udienze penali[32], rimettendo ai singoli uffici la definizione di alcuni aspetti essenziali del rito.

A tal proposito, allora, viene da chiedersi se l'adozione – sin dall'insorgere dell'emergenza pandemica – di una normativa statale in tema di processo telematico, magari supportata da un parere del CTS (che a più riprese si era espresso favorevolmente all'esercizio in via telematica dell'azione pubblica) non potesse giovare al rispetto del principio di legalità in materia processuale.

Tra l'altro, il tema del bilanciamento da parte di soggetti che presentano un certo livello di "tecnicità" e "discrezionalità", come i Capi degli Uffici giudiziari, è stato oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale nella sentenza del 25 maggio 2021, n. 140, sebbene con riferimento all'annoso problema della sospensione della prescrizione. Com'è noto, nell'ordinamento

c.p.p. (lett. e). L'A. rileva che in questo frangente la scelta se autorizzare la trattazione da remoto delle udienze era rimessa ai capi degli uffici giudiziari, sentiti il consiglio dell'ordine degli avvocati e le camere penali. Inoltre, l'A. ritiene possibile distinguere diverse ipotesi all'interno della normativa: nel caso di persona sottoposta alla misura della custodia cautelare ovvero in stato di detenzione, il comma 12 dell'art. 83 disponeva, «ove possibile» la partecipazione mediante videoconferenza ovvero attraverso collegamenti da remoto, secondo le modalità individuate dal DGSIA. Nel caso, invece, di persona arrestata i protocolli d'intesa disponevano l'istaurazione del collegamento dall'interno della casa circondariale ovvero nel caso di arresti domiciliari dal più vicino ufficio di polizia attrezzato per la videoconferenza. Per gli imputati liberi tanto la normativa emergenziale, quanti i protocolli disponevano il rinvio delle udienze. Sul tema della regolazione pattizia si veda anche L. GIORDANO, Il *processo penale a distanza ai tempi del coronavirus,* in *Dir. pen. e processo*, 7/2020, par. 4, ove, tra le altre cose, si evidenzia che «dalla partecipazione al giudizio a distanza delle persone detenute, cui fa riferimento l'art. 83, comma 12, del D.L. n. 18 del 2020 (...) si è passati ben presto a quella anche del difensore, del pubblico ministero e degli agenti o ufficiali di polizia giudiziaria che hanno provveduto all'arresto o al fermo».

[30] Cfr. F. RUGGIERI, *Il processo penale al tempo del Covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in *Legislazione penale,* 18 maggio 2020, il quale rileva che «nella "concertazione" con gli enti territoriali, gli organismi della sanità pubblica e, soprattutto, i diversi consigli dell'ordine, avvocati e magistrati hanno anche creato nuove norme processuali».

[31] Su tale principio, più in generale, si veda O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Criminalia*, 2016, p. 329 ss.; C. VALENTINI, *Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, in *Archivio penale*, 2/2018, p. 24 ss.

[32] Cfr. G. BARONE, cit., par. 3.

costituzionale italiano la disciplina della prescrizione non ha natura processuale, bensì sostanziale, rispondendo quindi al principio di legalità in materia penale previsto dall'art. 25 Cost.[33]

In particolare, la citata decisione risulta di indubbio interesse, soprattutto se raffrontata con il precedente n. 278/2020, in cui il giudice delle leggi ha affermato la non fondatezza della questione – sollevata da diversi tribunali italiani – sulla compatibilità con il dettato costituzionale della sospensione della prescrizione prevista dalla normativa emergenziale nelle ipotesi di rinvio *ex lege* delle udienze e di interruzione dei termini processuali[34].

Nella sentenza n. 140/2021, invece, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 83, comma 9, del decreto-legge n. 18/2020, nella parte in cui prevedeva la sospensione della prescrizione per il tempo in cui – ai sensi del comma 7, lett. g) – i Capi degli Uffici giudiziari disponessero, in ragione di specifiche esigenze sanitarie e organizzative dell'ufficio, il rinvio dei procedimenti fissati dal 12 maggio al 30 giugno 2020 ad una data successiva a quest'ultima[35]: la disposizione legislativa risultava incostituzionale in quanto «nel prevedere una fattispecie di sospensione del termine della prescrizione, rinvia a una regola processuale, recante la sospensione del processo, il cui contenuto è definito integralmente dalle misure organizzative del capo dell'ufficio giudiziario, così esibendo un radicale *deficit* di determinatezza della fattispecie, per legge, con conseguente lesione del principio di legalità»[36].

[33] Sul punto si vedano l'ord. n. 24/2017 e la sent. n. 115/2018 della Corte costituzionale relative alla c.d. Saga Taricco. Sulla natura sostanziale della prescrizione si rinvia, *ex multis,* ai contributi di D. PULITANÒ, *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, in *Criminalia*, 2017, p. 411 ss.; A. MACCHIA, *Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare*, in *Questione giustizia*, 1/2017; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6/2018.

[34] Nello specifico, i Tribunali ordinari di Siena, Roma e Spoleto avevano sollevato una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 83, comma 4, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, dubitandone la compatibilità con l'art. 25, comma 2, della Costituzione. La disposizione indubbiata disponeva la sospensione della prescrizione dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020 in tutti i procedimenti in cui operava la sospensione dei termini per il compimento degli atti processuali, ai sensi dell'art. 83, comma 2, dello stesso decreto-legge. Sulla decisione si vedano i commenti di D. MARTIRE-T. PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*, *in Osservatorio costituzionale*, 3/2021, p. 166 ss.; G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sistema penale*, 26 dicembre 2020; R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema dell'irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid. Considerazione a margine di Corte cost., sentenza 23 settembre 2020, n. 278*, in *Sistema penale*, 8 febbraio 2021.

[35] *Amplius* sulla decisione L. SOTTILE, *Nel dedalo del principio di legalità durante l'emergenza epidemiologica. Brevi note a margine della sent. n. 140/2021*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2021, p. 411 ss.

[36] Corte cost., sent. n. 140/2021, *Considerato in diritto* n. 16. A tal proposito, si deve rilevare che

In sostanza, quindi, il giudice delle leggi arriva ad una declaratoria di illegittimità perché l'assenza di determinatezza della previsione avrebbe consentito una valutazione *case by case* da parte dei capi ufficio, con inevitabili divergenze di trattamento – e quindi ricadute in tema di prescrizione – tra i procedimenti e gli Uffici giudiziari.

Infine, si deve evidenziare un ulteriore profilo, attinente soprattutto allo studio delle fonti del diritto: l'art. 83, comma 7, lett. d), d.l. n. 18/2020 dispone che, al fine di contenere la diffusione del virus e gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, i Capi degli Uffici giudiziari possono adottare delle «linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze».

A tal proposito, è interessante notare che il legislatore, attraverso la previsione della loro vincolatività, sembrerebbe aver attribuito alle linee guida un vero e proprio carattere normativo, nonché una forza equiparabile a quella delle fonti di rango secondario, piuttosto che quella tipica delle fonti sub-secondarie (come, ad esempio, le circolari) e della *soft-law*[37]. Inoltre, non si può non rilevare che a questi atti dalla natura ibrida si sono venuti affiancando una

nei confronti dell'art. 83, comma 9, del d.l. n. 18 del 2020 sono state sollevate plurime questioni di legittimità costituzionale, evocando innanzitutto come parametro l'art. 3 Cost., in quanto secondo uno dei giudici *a quibus* si veniva configurando una violazione del principio di ragionevolezza ed eguaglianza, poiché la sospensione della prescrizione sarebbe la conseguenza dell'adozione di misure organizzative – di natura esclusivamente eventuale e discrezionale – da parte dei singoli capi degli uffici giudiziari. Parimenti, i giudici rimettenti denunciavano la violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., poiché la disposizione censurata avrebbe introdotto una causa di sospensione della prescrizione – collegata al rinvio delle udienze di cui all'art. 83, comma 7, lett. g), del d.l. n. 18 del 2020, senza una previsione precisa e tassativa dei processi da rinviare, in ragione dell'incidenza delle differenti ragioni organizzative dei singoli uffici e del carico del ruolo del magistrato giudicante (cfr. *Considerato in diritto* n. 1).

[37] Pur ponendosi l'accento sul carattere non vincolante delle linee guida, sull'uso delle stesse durante la pandemia da Covid-19 si vedano E. D'ORLANDO-F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, spec. p. 57 ss., secondo i quali con l'insorgere dell'emergenza sanitaria si sarebbe ulteriormente palesato il fenomeno della "fuga dal regolamento", che già autorevole dottrina aveva indicato come fattore evolutivo di quello che va sotto il nome di "fuga dalla legge". Tuttavia, in questo caso si sarebbe assistito non soltanto alla proliferazione di atti atipici di diritto secondario ovvero di ordinanze contingibili e urgenti, bensì a strumenti di diritto terziario, connotati da un'efficacia precettiva flessibile e non vincolante. Inoltre, poco dopo, si evidenzia che «le linee guida rappresentano un chiaro segnale della volontà di affidare la regolazione di una serie estremamente varia di rapporti e attività a norme speciali, non cogenti, flessibili nell'applicazione, soggette ad aggiornamenti continui e connesse tanto all'evoluzione del- le conoscenze scientifiche, quanto delle sue conseguenze sul sistema politico, economico e sociale». Più in generale sul tema delle linee guida si veda anche C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, p. 872 ss.; G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017, p. 10 ss.; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto* soft law, *con particolare riguardo alle linee guida ANAC*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2020. Con riferimento al tema dell'obsolescenza scientifica della normazione si vedano le riflessioni di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione,* cit., p. 20 ss. e F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021, spec. p. 1169 ss.

pluralità di provvedimenti dal carattere particolare, come numerose circolari ministeriali, dirette soprattutto a fornire delle indicazioni operative per prevenire il contagio negli uffici giudiziari[38], e delle linee guida del Consiglio Superiore della Magistratura, con un contenuto sostanzialmente esplicativo della normativa statale[39].

3. La lesione dei principi del giusto processo e il dilemma dei difensori

Tutto ciò posto, con riferimento alla disciplina del processo (civile, penale e amministrativo) che si è venuta delineando a partire dal d.l. n. 28/2020, ci si deve anche chiedere se questa contrasti con i principi generali dell'ordinamento sull'attività giurisdizionale, ossia con l'oralità e la pubblicità dell'udienza[40].

La frizione con il principio di pubblicità è di palese evidenza se solo si tiene conto che per più di un anno, e nella persistente vigenza di alcune previsioni contenute nell'art. 23 del d.l. n. 137/2020[41], la partecipazione del pubblico alle

[38] Reperibili sul sito del Ministero della giustizia all'URL *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8.page?selectedNode=0_62.*

[39] Si vedano in particolare le *Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19* del 26 marzo 2020, reperibili all'indirizzo *https://www.csm.it/documents/21768/5144806/Linee+guida+agli+Uffici+Giudiziari+in+ordine+all%27emergenza+COVID+19+integralmente+sostitutive+delle+precedenti+assunte+%28delibera+Csm+26+marzo+2020%29/1779426b-f984-a08b-0dce-11107f1f7c05.*

[40] Cfr. J. FERRACUTI, *L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica "da remoto". Profili di costituzionalità*, cit., p. 3 ss. (nonché p. 16 ss.), il quale evidenzia che, pur non essendovi un espresso riferimento nelle disposizioni costituzionali, vi è unanime consenso nel ritenere che «il principio di pubblicità delle udienze (…) rappresenti il precipitato logico del principio di democrazia dello Stato»; tra le disposizioni che secondo l'A. vanno a comporre la costellazione da cui si desume il principio in questione vi sono gli artt. 128, comma 1, c.p.c., 471, comma 1, c.p.p. e 87, comma 1, c.p.a. Allo stesso tempo, anche la normativa che regola i procedimenti davanti alla Corte costituzionale prevede come principio generale quello della pubblicità delle udienze (art. 15 della legge n. 98 dell'11 marzo 1953). Tuttavia, come si desume dalle disposizioni citate e dalla giurisprudenza costituzionale sul tema, si tratta di un principio dal carattere relativo. L'A. svolge poi analoghe considerazioni in ordine al principio di oralità (p. 9 ss.). Cfr. G. BARONE, cit., par. 2, la quale altresì sottolinea la riconducibilità del principio di pubblicità agli artt. 1 e 111 Cost., nonché all'art. 6, par. 1, CEDU.

[41] Per quanto attiene al processo penale, oltre a prevedere apposite disposizioni per la fase delle indagini preliminari (comma 2), l'art. 23, comma 3, del d.l. n. 137/2020 dispone che «le udienze dei procedimenti civili e penali alle quali è ammessa la presenza del pubblico possono celebrarsi a porte chiuse, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 128 del codice di procedura civile e dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale». Il successivo comma 4 dell'art. 23 prevede che la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, è assicurata – ove possibile – tramite il ricorso a videoconferenze ovvero con strumenti individuati tramite provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Di particolare rilievo è poi il comma 5 ove si legge che «le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private, dai rispettivi difensori e dagli ausiliari del giudice possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza avviene con modalità idonee a salvaguardare

udienze è stata fortemente limitata[42]. A tal proposito, è stato condivisibilmente osservato che il principio di pubblicità si sarebbe potuto (e tutt'ora si potrebbe) garantire abbastanza agevolmente, ad esempio mettendo a disposizione della collettività un *link* alla stanza virtuale dell'udienza oppure le riprese dell'attività giudiziaria svolta ovvero, ancora, predisponendo una piattaforma di trasmissione in *streaming*[43].

Inoltre, un'ulteriore previsione della normativa emergenziale in tema di processo che colpisce particolarmente risiede nel fatto che da circa due anni, e sino alla fine del 2022, «la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto»[44].

In sostanza, sulla base di questa disposizione, la modalità ordinaria di celebrazione delle udienze di convalida dell'arresto e del fermo è diventata quella da remoto. Tale situazione dovrebbe far riflettere poiché un passaggio procedurale, che trova finanche una regolazione all'interno dell'art. 13 della Costituzione italiana, viene dematerializzato e ogni rapporto tra giudice ed arrestato viene filtrato da uno schermo[45].

il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione giorno, ora e modalità del collegamento. I difensori attestano l'identità dei soggetti assistiti, i quali, se liberi o sottoposti a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, partecipano all'udienza solo dalla medesima postazione da cui si collega il difensore. In caso di custodia dell'arrestato o del fermato in uno dei luoghi indicati dall'articolo 284, comma 1, del codice di procedura penale, la persona arrestata o fermata e il difensore possono partecipare all'udienza di convalida da remoto anche dal più vicino ufficio della polizia giudiziaria attrezzato per la videoconferenza, quando disponibile. In tal caso, l'identità della persona arrestata o fermata è accertata dall'ufficiale di polizia giudiziaria presente».

[42] A tal proposito, si tenga presente che in virtù dell'art. 16 del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228, adottato dal Governo nelle more della pubblicazione del presente contributo, i commi 2, 4, 6, 7, 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, 8-bis, primo, secondo, terzo e quarto periodo, 9, 9-bis e 10, e agli articoli 23-bis, commi 1, 2, 3, 4 e 7, e 24 del decreto-legge 28 ottobre 2020 n. 137 continuano a rimanere in vigore sino al 31 dicembre 2022.

[43] Cfr. J. FERRACUTI, cit., 26. Sul punto si veda anche G. BARONE, cit., par. 3.

[44] Secondo quanto attualmente statuito dall'art. 23, comma 4, del d.l. n. 137/2020. A tal proposito, si deve che rilevare che l'art. 16, comma 1, del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228 ha previsto che le disposizioni dell'articolo 23, commi 2, 4, 6, 7, 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, 8-bis, primo, secondo, terzo e quarto periodo, 9, 9-bis e 10, e agli articoli 23-bis, commi 1, 2, 3, 4 e 7, e 24 del decreto-legge 28 ottobre 2020 n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176 continuano ad applicarsi sino al 31 dicembre 2022.

[45] A tal proposito, si deve tener in considerazione che durante l'udienza di convalida è possibile procedere al giudizio direttissimo e che in tale contesto si possono applicare le misure cautelari, così che – con l'attenuarsi della crisi sanitaria – è auspicabile una riduzione del ricorso a tale strumento. Sul punto si vedano anche le osservazioni di alcuni magistrati, condensate sul sito dell'associazione Area Democratica della Giustizia (reperibili al link *www.areadg.it/speciali/emergenza-e-nuove-prospettive/il-processo-penale*), ove si legge «una tale soluzione innovativa, che abbiamo verificato e utilizzato positivamente nell'emergenza, non appare tuttavia modello da replicare in modo generalizzato una volta ritornata la normalità. Si tratta di un momento molto delicato, che vede il cittadino nella

Quanto appena detto si lega alla lesione, o comunque alla deroga, di un ulteriore principio cardine del processo, ossia quello di oralità e immediatezza, che presuppone – se così si può dire – una relazione corporea tra le parti (basti pensare alla sua massima estrinsecazione: la c.d. *cross examination* dei testimoni)[46].

Se quanto esposto è vero, come è vero, ossia che il giudizio a distanza può porsi in frizione con alcuni principi fondamentali del processo, non si può neanche sottovalutare un altro profilo, che ci riporta al tema delle scelte che alcuni "soggetti tecnici", diversi dal CTS, sono stati chiamati a prendere durante la pandemia. Si tratta del tema dell'attivazione del processo penale a distanza: secondo quanto previsto dalle previsioni dell'art. 23, commi 2, 5 e 8, e dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 137/2020, in vigore fino al 31 dicembre 2022[47], l'attivazione del giudizio da remoto dipende sostanzialmente da una scelta difensiva, laddove si tratti di procedimento a carico di imputato libero.

Il che vuol dire che spetta al difensore «il delicato compito di effettuare un bilanciamento», o comunque di contribuire allo stesso mediante il parere reso alla parte assistita, «tra le garanzie difensive e i diritti fondamentali contrapposti», a partire ovviamente dal diritto alla salute: accettare che il processo si svolga da remoto significa sostanzialmente rendere recessivo il diritto alla salute rispetto al diritto di difesa, e viceversa[48].

4. Quale giustizia dopo la pandemia? Considerazioni conclusive

Poiché i momenti di crisi rappresentano delle opportunità di cambiamento e progresso, appare a questo punto necessario soffermarsi sul rapporto tra stra-

disponibilità delle forze di polizia che lo hanno arrestato e, quindi, in una fase di restrizione della libertà personale che precede l'intervento dell'autorità giudiziaria. La presenza fisica in udienza del difensore, del giudice e dello stesso pubblico ministero in occasione della convalida dell'arresto rappresentano esse stesse una garanzia che va preservata nel tempo ordinario e la cui deroga è giustificata solo dall'emergenza sanitaria in atto».

[46] Cfr. S. RECCHIONE, *L'oralità (ir)riunciabile nel processo penale*, in *Giustizia insieme,* 3 giugno 2020, secondo cui massima espressione del principio di oralità è proprio la *cross examination.* L'A., prendendo le mosse nell'analizzare le disposizioni del d.l. n. 18/2020 – come modificato dal successivo d.l. n. 28/2020 – giunge ad affermare che «l'alternativa proposta dal legislatore del Covid, e rimessa al consenso delle sole parti, non è, infatti, tra processo di carta e processo orale ma tra processo ad oralità remotizzata e processo processo ad oralità piena». Sul punto si veda anche J. FERRACUTI, *L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica "da remoto". Profili di costituzionalità,* cit., p. 22 ss., il quale si sofferma sul sacrificio di tale principio nei diversi plessi della giurisdizione, non riguardando esclusivamente il settore penale.

[47] Sulla proroga degli strumenti emergenziali in tema di processo si veda la nota n. 38.

[48] Si veda M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo*, in *Sistema penale*, 13 gennaio 2021, il quale evidenzia che in questo modo si apre per il difensore un vero e proprio dilemma, in ragione del possibile conflitto tra gli interessi della persona assistita. Sul punto si veda anche G. BORGIA, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2020, p. 184 ss.

ordinarietà degli interventi emergenziali e ordinarietà, ossia sull'eredità delle misure messe in campo in questi mesi.

Certamente la pandemia ha costituito un'occasione unica per l'introduzione di alcune modifiche del sistema giudiziario, che da anni si trova in «una profonda crisi di efficienza, effettività e autorevolezza»[49].

In particolare, tra le finalità del PNRR (*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*) vi è l'abbattimento dei tempi medi di durata dei processi penali e civili. Obiettivo, quest'ultimo, dal quale non solo dipende l'erogazione dei fondi previsti dal Piano, ma che risulta altresì coerente con i principi del giusto processo e in particolare con la sua ragionevole durata (artt. 111 Cost. e 6 CEDU)[50].

Limitando anche in questo caso le riflessioni alla materia penale[51], la l. n. 134/2021, «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari» (c.d. riforma Cartabia), ha previsto degli imponenti interventi che «attraversano tutto il processo penale» (dalle indagini, al sistema sanzionatorio, sino alla giustizia riparativa); tuttavia, certamente gli elementi più significativi in termini di efficientamento risiedono, da un parte, nelle assunzioni straordinarie a tempo determinato destinate all'Ufficio del processo e, dall'altra, nella digitalizzazione che dovrebbe caratterizzare il procedimento penale del prossimo futuro[52].

Tema, quello della digitalizzazione degli atti processuali, a cui sono dedicate alcune disposizioni della legge di delega in materia penale (contenute nel comma 5 dell'art. 1) e che costituisce il perno dei cambiamenti che stanno interessando l'intero settore della giustizia. Si tratta di mutamenti profondi, che riguardano finanche la giustizia costituzionale. Difatti, il 3 novembre 2021 sono state pubblicate sulla Gazzetta ufficiale le nuove modifiche alle norme integrative, dirette – come si legge nel comunicato stampa che ha fatto seguito alla

[49] G. CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sistema penale*, 25 agosto 2021.

[50] Sul punto si veda G.L. GATTA, *Riforma del processo penale: contesto, obiettivo e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sistema penale*, 15 ottobre 2021, il quale sottolinea che gli interventi di riforma sono ispirati dall'esigenza di raggiungere gli obiettivi fissati nel P.N.R.R., concordati dal Governo con la Commissione europea, ossia una riduzione dei tempi del processo nei prossimi cinque anni, pari – nei tre gradi di giudizio – al 25% nel settore penale e al 40% nel civile.

[51] Si tenga presente che la legge di riforma del processo civile è stata approvata il 26 novembre 2021, successivamente quindi alla presentazione della relazione da cui trae origine il presente contributo. (legge 26 novembre 2021, n. 206 «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata»). Sul punto si vedano i numerosi contributi nel fascicolo n. 3/2021 della rivista *Questione giustizia* dal titolo *La riforma della giustizia civile secondo la legge delega 26 novembre 2021, n. 206.*

[52] Cfr. G.L. GATTA, cit.

pubblicazione – ad abbandonare «il vecchio "modello cartaceo"» per passare «alla totale digitalizzazione degli atti processuali» (dagli atti di costituzione e di intervento, sino ai ricorsi per conflitti di attribuzione e a quelli che promuovo questioni di legittimità costituzionale), attraverso la creazione della piattaforma informatica *e-Cost.*

È indubitabile, allora, che la pandemia da Covid-19 abbia reso non più rinviabili alcune riforme processuali, nei diversi plessi della giurisdizione, i cui vantaggi in termini di risparmio di energie e di spesa, da parte degli attori processuali, potranno ancor più essere apprezzati con il ritorno alla normalità.

Certamente, però, tra i più significativi cambiamenti sollecitati dalla crisi pandemica vi è quello della "stabilizzazione" – se così si può dire – del processo a distanza. A tal proposito, si può fare un esempio su tutti: la già citata riforma Cartabia del processo penale delega il Governo a «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza» (art. 1, comma 8, lett. c).

Si può notare che la previsione da parte del legislatore delegato delle ipotesi in cui – una volta finita la pandemia – sarà possibile ricorrere al processo da remoto e il necessario assenso delle parti consentono di superare le principali criticità che hanno connotato la normativa emergenziale. Difatti, così sembrerebbe pienamente rispettato il principio di legalità e alleggerito il compito decisionale gravante sull'imputato e sul suo difensore, non configurandosi più la necessità di un bilanciamento tra la tutela della salute, in un contesto pandemico, e la garanzia del diritto di difesa.

In conclusione, se sulla base dell'analisi dei pareri del CTS e della normativa in materia di giustizia non pare possibile affermare che durante la pandemia si sia verificata una abdicazione della politica in favore di decisioni prese da tecnici, la Riforma Cartabia sembrerebbe invece far fronte ad uno dei punti più dolenti della normativa emergenziale, ossia quello della rimessione di alcune scelte processuali fondamentali a soggetti specializzati, riuscendo a conciliare ragionevolmente i vantaggi derivanti dalla smaterializzazione del giudizio con il rispetto del principio di legalità.

EMERGENZA SANITARIA ED ESECUZIONE PENALE TRA DIRITTO E TECNICA*

CAMILLA STORACE**

Sommario

1. Premessa. – 2. I principali strumenti di contrasto al Covid-19 negli istituti penitenziari. – 3. Comitato tecnico-scientifico ed esecuzione penale. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

This paper will focus on the contribution of the Scientific and Technical Committee in the management of the health emergency in detention centres. In these places of deprivation of liberty, since the first days of March 2020, the risk of the spread of the virus and, consequently, the risk of possible violations of the fundamental rights of prisoners has been felt more acutely. The pandemic emergency in prisons has been triggered by an already extremely critical situation - apart from Covid-19 - due to the dramatic situation of overcrowding, the totally inadequate hygienic and sanitary conditions of the rooms used for overnight stays and, more generally, the existence of obstacles that still prevent the full protection of the right to health.

Suggerimento di citazione

C. STORACE, *Emergenza sanitaria ed esecuzione penale tra diritto e tecnica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Dottoranda di ricerca in Governo e Istituzioni, Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: camilla.storace@uniroma3.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

Le misure adottate per limitare la diffusione del nuovo coronavirus "Sars-CoV-2" hanno portato al centro del dibattito pubblico molteplici questioni riguardanti non solo il rapporto tra le libertà individuali e gli interessi della collettività ma anche gli assetti istituzionali consolidati e il sistema delle fonti[1]. La pandemia ha lasciato riemergere, inoltre, la complessa tematica del ruolo della scienza nella formazione della decisione politica[2].

[1] In dottrina su questi temi v., senza pretesa di completezza: G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.costituzionalismo.it, n. 1/2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo: https://dirittifondamentali.it, n. 1/2020, 590 ss.; C. BUZZACCHI, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona "gialla"*, in *LaCostituzione.info*, disponibile all'indirizzo: *http://www.lacostituzione.info*, 2 marzo 2020; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 10 marzo 2020, 420 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it, 6/2020; P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, disponibile all'indirizzo: http://www.cortisupremeesalute.it, n. 1/2021, 37 ss.; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?,* in BioLaw Journal – *Rivista di BioDiritto*, disponibile all'indirizzo: https://teseo.unitn.it/biolaw, Special Issue n. 1/2020, 315 ss.; F. FILICE, G. M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, disponibile all'indirizzo: *https://www.questionegiustizia.it*, 27 marzo 2020; G. L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, disponibile all'indirizzo: *https://www.sistemapenale.it/it*, 2 aprile 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, disponibile all'indirizzo: *https://www.giurcost.org*, 11 aprile 2020; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi.* Fiat iustitia et pereat mundus *oppure* Fiat iustitia ne pereat mundus?, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020; M. PLUTINO, *I decreti di Conte sul Coronavirus*, in *Il Riformista*, 14 marzo 2020; F. M. STORELLI, *La graduale limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali nella stagione del coronavirus*, in *Ius in itinere*, disponibile all'indirizzo: *https://www.iusinitinere.it*, 28 marzo 2020; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 78 ss.; C. ZUCCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020. In materia si segnala anche il volume collettaneo di F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020.

Occorre inoltre segnalare che numerose riviste hanno creato degli appositi spazi di discussione e di approfondimento in merito alla situazione emergenziale (cfr., a titolo di esempio, il Forum *"Emergenza CoVid-19"* in *Osservatorio costituzionale*; il Focus *"Osservatorio emergenza Covid-19"* in *Federalismi.it*; la Sezione *"Emergenza sanitaria e diritti fondamentali"* in *Dirittifondamentali.it*; lo Special Issue n. 1/2020 in BioLaw Journal – *Rivista di BioDiritto*).

[2] In generale, sul rapporto tra diritto e scienza si vedano, *ex multis*, G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, 2012; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, disponibile all'indirizzo: https://www.rivistaaic.it/it/, n. 4/2015; A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del seminario annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa", Como 20 novembre 2015, Napoli, 2016; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto*

Nel presente contributo ci si soffermerà, in particolare, sull'apporto del Comitato tecnico-scientifico (CTS)[3] nella gestione dell'emergenza sanitaria negli istituti di pena. In tali luoghi di privazione della libertà, fin dai primi giorni di marzo 2020, si è avvertito maggiormente il rischio del propagarsi del virus e, di conseguenza, anche quello di possibili violazioni dei diritti fondamentali delle persone ristrette[4]. In ambito penitenziario l'emergenza pandemica si è, infatti, innestata in una situazione – già di per sé e a prescindere dal Covid-19 – estremamente critica a causa della drammatica realtà del sovraffollamento[5], delle condizioni igienico-sanitarie assolutamente inadeguate dei locali destinati al pernottamento e, più in generale, della sussistenza di ostacoli che ancora oggi impediscono una piena tutela del diritto alla salute[6]. La popolazione detenuta

tecnico-scientifico e Costituzione, Napoli, 2018; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016; A. RUGGERI, *Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in *Consulta Online*, 16 marzo 2020; L. VIOLINI, *Biodiritto e Costituzione italiana*, in BioLaw Journal – *Rivista di BioDiritto*, n. 3/2018, 65 ss.

In particolare, sull'apporto della scienza nelle decisioni adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria cfr., tra i tanti, C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da COVID-19*, in *PA Persona e Amministrazione*, disponibile all'indirizzo: https://journals.uniurb.it/index.php/pea, 2/2020, 270 ss.; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in BioLaw Journal – *Rivista di BioDiritto*, Special Issue n. 1/2020, 71 ss.; A. IANNUZZI, *Leggi* "science driven" *e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in BioLaw Journal – *Rivista di BioDiritto*, Special Issue n. 1/2020, 119 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto emergenza tecnologia*, 2020, 41 ss.

[3] Il Comitato tecnico-scientifico, previsto all'art. 2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020 e istituito con decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020, ha competenza di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus.

[4] A porre in evidenza il rischio che le carceri, ove le persone vivono in stretta vicinanza, diventino luoghi di diffusione del virus è anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità che nel marzo 2020 ha pubblicato una guida relativa alla gestione del Covid-19 nei luoghi di privazione della libertà personale (v. *The World Health Organization (WHO), Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance, 15 March 2020, Introduction*, 1, disponibile all'indirizzo: euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020). Tale guida è stata puntualmente aggiornata nel febbraio 2021 (v. *The World Health Organization (WHO), Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance, 8 February 2021,* disponibile al medesimo indirizzo).

[5] Al 29 febbraio 2020 la popolazione penitenziaria ammontava a 61.230 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di 50.931 (Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria – Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione Statistica. Dati reperibili sul Sito *web* del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it.).

[6] Cfr. F. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria e differimento della pena nelle forme della detenzione domiciliare: il fardello del M. di sorveglianza. Note a Trib. Sorv. Milano, 31.3.20*, in *Giustizia insieme*, disponibile all'indirizzo: *https://www.giustiziainsieme.it/it/*, 11 aprile 2020; M. PALMA, *Il carcere nello specchio di un'emergenza*, in *Giustizia insieme*, 19 marzo 2020.

risulta, peraltro, assai vulnerabile: tale condizione di vulnerabilità è – per così dire – intrinseca alla restrizione della libertà ma è anche e soprattutto riconducibile all'elevato tasso di diffusione tra i detenuti di malattie infettive e croniche[7]. Tale contesto ha dunque reso imprescindibile l'adozione di misure concrete e tempestive finalizzate, da un lato, a porre rimedio alla situazione di sovraffollamento delle carceri e, dall'altro, ad "isolare" l'ambiente penitenziario dal mondo esterno limitando il più possibile gli ingressi di familiari, volontari ed altri operatori. L'obiettivo degli interventi è, chiaramente, quello di preservare il più possibile la salute e la sicurezza dei detenuti oltre che di tutti i soggetti che lavorano all'interno istituti di pena.

Le misure che hanno interessato l'ambito dell'esecuzione penale sono state adottate principalmente tramite tre tipologie di atti: il decreto-legge, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (DAP). Prima di definire il ruolo svolto dalle valutazioni del Comitato tecnico-scientifico nella produzione di tali atti è però necessario ripercorrere, sia pure sinteticamente, i principali interventi cui si è fatto sin dall'inizio ricorso per contrastare la diffusione del virus negli istituti di pena[8].

2. I principali strumenti di contrasto al Covid-19 negli istituti penitenziari

La prima fondamentale misura emergenziale introdotta è stata quella dell'interruzione dei contatti "in presenza" tra la popolazione penitenziaria e le persone esterne al carcere. Tale soluzione ha provocato reazioni violente e proteste in numerose carceri italiane dove l'intensità della crisi che ha drammaticamente attraversato il tessuto sociale, saldandosi con la precarietà e l'incertezza cui i soggetti ristretti sono esposti, ha ingenerato forti tensioni alla cui ricomposizione sono stati chiamati i pubblici poteri[9].

[7] Anche la Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunja Mijatovic, nell'appello del 6 aprile 2020 agli Stati membri, ha affermato che le persone detenute costituiscono una categoria vulnerabile in ragione dell'affollamento degli istituti di pena, dell'intrinseca impreparazione delle Amministrazioni a misurarsi con la pervasività della pandemia e della difficoltà di porre in essere le misure di igiene e di distanziamento sociale. La Commissaria ha posto inoltre l'accento sull'elevato tasso di diffusione nelle carceri di malattie infettive e croniche quali la tubercolosi, il diabete e l'HIV. In merito alla condizione di particolare vulnerabilità delle persone private della libertà cfr. anche il Parere del Sottocomitato per la prevenzione della tortura rivolto agli Stati membri e ai Meccanismi nazionali di prevenzione relativo alla pandemia di Coronavirus (adottato il 25 marzo 2020), disponibile all'indirizzo: ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020.pdf.

[8] Sul tema si veda anche la puntuale ricostruzione di A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, n. 3/2020, 48 ss.

[9] Le proteste hanno avuto inizio il 7 marzo 2020 nella Casa circondariale di Salerno "Antonio Caputo" e si sono estese successivamente in decine di istituti di pena italiani: da Milano a Palermo, da Foggia a Modena, da Napoli a Roma, da Rieti a Prato, da Ferrara a Bergamo, da Genova a Pavia. Il

In particolare, l'interruzione dei colloqui visivi è stata inizialmente disposta dal decreto-legge n. 9 del 2 marzo 2020, il cui art. 10, comma 14 aveva stabilito lo svolgimento a distanza dei colloqui per le persone detenute negli istituti penitenziari ubicati nei comuni all'interno della Regione Lombardia e della Regione Veneto[10]. Successivamente, tale misura, tramite l'art. 2, comma 8 del decreto-legge n. 11 dell'8 marzo 2020 è stata estesa, fino al 22 marzo 2020, a tutti gli istituti penitenziari nazionali: i colloqui visivi sono stati così sostituiti con quelli a distanza da svolgere mediante, ove possibile, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria o mediante corrispondenza telefonica[11]. Anche il d.P.C.M. dell'8 marzo 2020 all'art. 2, comma primo, lett. u), in vigore fino al 3 aprile 2020, ha poi previsto lo svolgimento dei colloqui visivi in modalità telefonica o video anche in deroga alla durata ordinariamente prevista, l'isolamento dei casi sintomatici dei nuovi ingressi previa valutazione della possibilità di misure alternative alla detenzione ed ha raccomandato di limitare i premessi premio e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare[12]. Le previsioni relative ai colloqui a distanza e alla possibilità di sospendere i permessi premio e il regime di libertà vigilata sono state poi ribadite anche nel successivo decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. decreto "Cura Italia")[13]. Nel decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 è stata inoltre confermata la possibilità di limitare

bilancio dei disordini è stato drammatico poiché 14 persone detenute hanno perso la vita. A seguito degli episodi di violenza, inoltre, più di 1500 detenuti sono stati trasferiti in altri istituti penitenziari. Per una ricostruzione delle giornate di rivolta nelle carceri v. L. MANCONI, *I centimetri del carcere,* in *La Repubblica*, 10 marzo 2020; E. MARTINI, *Rivolta nelle carceri: la miccia nei divieti, ma il virus cova da tempo*, in *Il Manifesto*, 10 marzo 2020; A. SOFRI, *Il virus come scintilla per la Caporetto del sistema penitenziario*, in *Il foglio*, 10 marzo 2020.

[10] Il d.P.C.M. del 4 marzo 2020 all'art. 1, comma primo, lett. p) disponeva invece che, «tenuto contro delle indicazioni fornite dal Ministero della Salute, d'intesa con il coordinatore degli interventi per il superamento dell'emergenza coronavirus le articolazioni territoriali del SSN assicurano al Ministero della Giustizia idoneo supporto per il contenimento della diffusione del contagio da Covid anche mediante adeguati presidi idonei a garantire, secondo i protocolli sanitari, i nuovi ingressi negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni con particolare riguardo ai soggetti provenienti dai comuni indicati nell'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020, e successive modificazioni, sino al termine dello stato di emergenza».

[11] A norma dell'art. 2, comma 9 d. l. n. 11 dell'8 marzo 2020, inoltre, la magistratura di sorveglianza può sospendere fino al «31 maggio 2020, la concessione dei permessi premio di cui all'articolo 30-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, del regime di semilibertà ai sensi dell'articolo 48 della medesima legge e del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121».

[12] Nel medesimo articolo è inoltre prevista la possibilità di autorizzare in casi eccezionali il colloquio personale garantendo in modo assoluto una distanza pari a due metri.

[13] Cfr. d.l. 17 marzo 2020, n. 18, art. 83, commi 16 e 17. A norma della disposizione di cui al comma 16 i colloqui dei detenuti con i congiunti e con altre persone si sarebbero dovuti svolgere a distanza fino al 22 marzo 2020.

l'accesso di parenti e visitatori negli istituti penitenziari[14] nel rispetto dei «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso»[15].

Temporalmente, in realtà, le prime misure con le quali si è tentato di arginare il dilagare dell'epidemia sono state disposte tramite le circolari e le note del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria[16]. Attraverso tali provvedimenti il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria – in adesione rispetto alle indicazioni e alle disposizioni del Governo e del Ministero della Salute – ha fin dall'inizio declinato per il contesto penitenziario le misure di prevenzione e le procedure operative, compresi i comportamenti di profilassi igienica-ambientale, per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Il DAP fornisce, dunque, non solo misure attuative delle disposizioni dell'Esecutivo ma anche misure concretamente organizzative e di gestione dei casi di positività al Covid-19, di regolamentazione dei colloqui e della vita detentiva in generale[17].

Il Governo, oltre a tali interventi, ha predisposto, attraverso il già menzionato decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020, un articolato sistema di misure con l'obiettivo di attenuare il sovraffollamento e contrastare così l'emergenza epidemiologica. In particolare, il principale strumento impiegato per ridurre in tempi brevi il numero dei detenuti è stato quello della detenzione domiciliare, più precisamente della particolare forma di detenzione domiciliare disciplinata

[14] Cfr. d.l. 25 marzo 2020, n. 19, art. 1, secondo comma, lett. *cc)*.

[15] D.l. 25 marzo 2020, n. 19, art. 1, secondo comma.

[16] Cfr., in particolare, la circolare DAP del 22 febbraio 2020 ("Raccomandazioni organizzative per la prevenzione del contagio del coronavirus") che aveva ad oggetto i limiti all'accesso agli istituti per gli operatori e le "terze persone" residenti o comunque dimoranti nei comuni della c.d. "zona rossa" e la sospensione delle traduzioni dei detenuti verso e da gli istituti penitenziari rientranti nella competenza dei Provveditorati di Torino, Milano, Padova, Bologna e Firenze; la circolare DAP del 25 febbraio 2020 ("Ulteriori indicazioni per la prevenzione del contagio del coronavirus") contenente una serie di indicazioni specifiche in merito al trattamento dei casi sospetti di infezione da Covid-19 nell'ambito della popolazione detenuta, al controllo sui detenuti che hanno accesso dall'esterno (cc.dd. nuovi giunti) e allo svolgimento delle visite e degli accessi in istituto di persone non appartenenti all'Amministrazione penitenziaria o alla ASL. Con la circolare DAP del 26 febbraio 2020 ("Indicazioni specifiche per la prevenzione del contagio da corona virus – regioni Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige, Emilia Romagna, Marche, Toscana e Sicilia") si è invece raccomandato, con riferimento a tali territori, l'adozione di una serie di provvedimenti volti a limitare le occasioni di possibile contagio o comunque lo sviluppo e la diffusione del virus all'interno degli istituti quali, ad esempio, la sospensione delle attività trattamentali, per le quali sia previsto o necessario l'accesso della comunità esterna, la sostituzione dei colloqui con familiari o terze persone, diverse dai difensori, con i colloqui a distanza mediante le apparecchiature in dotazione agli istituti penitenziari (*Skype*) e con la corrispondenza telefonica, che potrà essere autorizzata oltre i limiti.

[17] Si veda, ad esempio, la circolare adottata il 12 marzo 2020 ("Disposizioni in merito ai colloqui visivi e telefonici dei detenuti") con cui il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha disposto per i detenuti appartenenti al circuito Alta sicurezza la possibilità di usufruire di colloqui telefonici e di videochiamate tramite *Skype* ed ha stabilito che i detenuti sottoposti al regime di 41 *bis* possono continuare a svolgere i colloqui in presenza poiché già precedentemente all'emergenza sanitaria i colloqui si svolgevano per motivi di sicurezza tramite un vetro divisorio.

dall'art. 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199[18]. Nella nuova disciplina introdotta dall'art. 123 del citato decreto-legge n. 18 del 2020 il limite di pena per l'applicabilità della detenzione domiciliare è rimasto inalterato rispetto a quanto previsto dall'art. 1 della legge n. 199 del 2010: ossia, ai fini dell'applicazione della misura, la pena non doveva essere superiore a 18 mesi, anche quando si fosse trattato del residuo di una maggior pena. La misura dell'esecuzione della pena detentiva presso il domicilio (da intendersi come l'abitazione o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza) è stata però in parte ridisegnata: il Governo è infatti ampiamente intervenuto in deroga alla disciplina del 2010 relativamente alle preclusioni, alla procedura per la concessione e agli strumenti di controllo[19]. Nell'ambito della disciplina in esame a destare le maggiori perplessità è senza dubbio la previsione relativa al controllo del condannato mediante il c.d. braccialetto elettronico[20]. In particolare, il terzo comma dell'art. 123 rende obbligatoria l'applicazione della «procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari» nei casi in cui la pena da eseguire sia superiore a sei mesi. In altre parole, la concessione della misura della detenzione domiciliare viene subordinata alla concreta disponibilità nei singoli istituti di braccialetti elettronici. Nel decreto-legge n. 18 del 2020 e nella successiva legge di conversione n. 27 del 24 aprile 2020 non vengono tuttavia stanziate risorse finanziarie aggiuntive per porre rimedio al problema della carenza di tali strumenti elettronici e consentire così di estendere l'applicabilità della misura nei

[18] Parte della dottrina invocava invece il ricorso alla clemenza per ridurre le presenze negli istituti di pena e porre così rimedio alla situazione carceraria di sovraffollamento in tempi di pandemia (v., ad esempio, le considerazioni di P. POMANTI, *La pena nell'emergenza o la pena dell'indifferenza?,* in *Arch. pen.*, disponibile all'indirizzo: https://archiviopenale.it, n. 1/2020 e di A. PUGIOTTO, *Il virus nel carcere e le grazie del Quirinale,* in *disCrimen,* disponibile all'indirizzo: *https://discrimen.it*, 19 aprile 2020).

[19] Così E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto Cura Italia: a mali estremi, timidi rimedi,* in *Sistema penale*, 20 marzo 2020. Alle cause ostative alla concessione della misura già previste nella normativa del 2010 si aggiungono ulteriori preclusioni riguardanti i detenuti sanzionati per infrazioni disciplinari relative a disordini o sommosse in carcere (art. 123 co. 1 lett. *d)*) ovvero i detenuti nei cui confronti sia stato redatto un rapporto disciplinare in relazione ai disordini e alle sommosse verificatisi a partire dal 7 marzo 2020 (art. 123 co. 1 lett. *e)* e ancora i condannati per maltrattamenti contro familiari e conviventi o per atti persecutori (art. 123 co. 1 lett. *a)*). Con l'obiettivo di rendere più rapido l'*iter* per la decisione sull'istanza di ammissione alla detenzione domiciliare, l'art. 123 ha inoltre previsto un'istruttoria semplificata rispetto a quella richiesta dalla legge n. 199 del 2010 (cfr. art. 123 co. 6, d. l. 17 marzo 2020 n. 18).

Parte della dottrina ha ritenuto inadeguata la previsione di cui all'art. 123 del menzionato decreto-legge: si veda, ad esempio, A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria,* in *Sistema penale*, 29 aprile 2020, che ha criticato la scarsa capacità deflattiva della misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio.

[20] Cfr. art. 123, terzo comma, d. l. n. 18 del 17 marzo 2020.

confronti del maggior numero possibile di condannati la cui pena residua sia superiore a sei mesi[21].

A fronte di una situazione sanitaria assolutamente straordinaria nella sua drammaticità sarebbe stato invece opportuno, a nostro avviso, rendere non obbligatorio bensì facoltativo il controllo tramite tali strumenti elettronici[22]. Del resto, anche il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa, nel definire la pandemia come «una prova di carattere eccezionale per le autorità degli Stati membri del Consiglio d'Europa», ha giudicato «imperativo» il ricorso a misure alternative alla privazione della libertà personale, soprattutto in situazioni di sovraffollamento carcerario[23]. Condizionare l'applicazione della misura della detenzione domiciliare alla disponibilità di braccialetti elettronici si rivela dunque irragionevole, proprio in ragione della peculiare situazione pandemica e della condizione di affollamento di numerose carceri italiane[24].

Il decreto-legge "Cura Italia" ha previsto, inoltre, la concessione di licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà[25]. La finalità dell'intervento era, in questo caso, quella di evitare che il detenuto semilibero entrando e uscendo dal carcere divenisse veicolo di contagio nell'ambiente carcerario. Per questa ragione, dunque, è stato dato al condannato semilibero un periodo lungo di licenza all'esterno[26].

[21] V. art. 124, comma 9, d. l. n. 18 del 17 marzo 2020.

[22] In questo senso anche E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto Cura Italia*, cit.

[23] Cfr. *Consiglio d'Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, Principi relativi al trattamento delle persone private della libertà personale nell'ambito della pandemia del coronavirus (COVID-19)*, 20 marzo 2020, disponibile all'indirizzo: rm.coe.int/16809cfda7. Il Comitato, nel raccomandare, inoltre, un'attenzione speciale nei confronti dei bisogni specifici delle persone detenute con particolare riguardo verso quei gruppi vulnerabili o a rischio come le persone anziane e con patologie mediche preesistenti, ha rammentato a tutti gli attori coinvolti la natura assoluta e cogente del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (in questo senso v. anche *The World Health Organization (WHO), Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance, 15 March 2020,* cit., 4 ss.).

Sul particolare significato anche politico del documento del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti v. G. L. GATTA, *Coronavirus e persone private della libertà: l'Europa ci guarda. Le raccomandazioni del CPT del Consiglio d'Europa*, in *Sistema penale*, 21 marzo 2020.

[24] In senso critico sulla previsione del controllo tramite braccialetto elettronico per pene superiori a sei mesi anche C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri: la via del ricorso alla Corte di Strasburgo*, in *Sistema penale*, 15 maggio 2020.

[25] Cfr. l'art. 124 del d. l. n. 18 del 17 marzo 2020 a norma del quale «[f]erme le ulteriori disposizioni di cui all'art. 52 della legge 26 luglio 1975, n. 354, anche in deroga al complessivo limite temporale massimo di cui al comma 1 del medesimo articolo, le licenze concesse al condannato ammesso al regime di semilibertà possono avere durata sino al 30 giugno 2020».

[26] Si tratta di una misura che ha generalmente trovato il favore della dottrina anche perché consente, come sottolineato in F. GIANFILIPPI, *Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020, n. 18*

Tali misure emergenziali sperimentate nel corso della prima "ondata" epidemica, inizialmente in vigore soltanto sino al 30 giugno 2020, sono state poi ulteriormente modificate e la loro vigenza è stata prorogata fino al 31 dicembre 2021[27].

Parallelamente, fin dai primi giorni dell'epidemia, la magistratura di sorveglianza ha provveduto ad interpretare gli istituti già esistenti in chiave – per così dire – conforme alle peculiari esigenze pandemiche (ma, in fondo, anche all'esigenza costituzionale di tutela del diritto alla salute e del principio dell'umanità della pena), specie per quanto riguarda i presupposti di legge previsti per la concessione delle misure alternative alla detenzione[28]. Con l'obiettivo di favorire l'immediata fuoriuscita dal carcere dei detenuti più esposti alle conseguenze del *virus* per età e patologie accertate è stata disposta, ad esempio, la detenzione domiciliare c.d. "umanitaria" (o "in deroga") per soggetti in condizione di grave infermità fisica[29]. L'applicazione di tale misura nei confronti di alcuni detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario ha determinato accesi dibattiti cui hanno fatto seguito – oltre che le dimissioni del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria Francesco Basentini – le modifiche introdotte, tramite due decreti-legge, con riguardo alla procedura di concessione delle misure extradetentive ad autori di reati di criminalità organizzata[30]. È

per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di COVID-19 nel contesto penitenziario, in *Giustizia insieme*, 18 marzo 2020 «di non compromettere i percorsi risocializzanti [...] che una eventuale sospensione del regime di semilibertà altrimenti comporterebbe». Ad apprezzare tale misura sono anche E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto Cura Italia*, cit.

[27] V., da ultimo, decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, art. 6.

[28] D'altronde, nella nota del 1° aprile 2020 avente ad oggetto *"Il Pubblico ministero e la riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza coronavirus"* anche il Procuratore Generale della Corte di Cassazione Giovanni Salvi esortava i Procuratori generali presso le Corti d'appello, ad «incentivare la decisione di misure alternative idonee ad alleggerire la pressione delle presenze non necessarie in carcere: ciò limitatamente ai delitti che fuoriescono dal perimetro presuntivo di pericolosità e con l'ulteriore necessaria eccezione legata ai reati da codice rosso». In particolare, per un'ampia rassegna dei provvedimenti adottati dalla magistratura di sorveglianza per far fronte alla pandemia v. A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, cit.

[29] Cfr. art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, legge 26 luglio 1975, n. 354 ("Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà").

[30] Si fa riferimento al decreto-legge n. 28 del 30 aprile 2020 e al decreto-legge n. 29 del 10 maggio 2020. L'art. 2 del primo decreto modifica la disciplina degli artt. 30-*bis* e 47-*ter* o.p., prevedendo, ai fini della concessione dei permessi *ex* art. 30-*bis* e del rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 o 147 c.p. con applicazione della detenzione domiciliare di cui al comma 1-*ter* dell'art. 47-*ter* o.p. ai detenuti per i reati di cui all'art. 51 c. 3-*bis* e c. 3-*quater* c.p.p. e ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p., la richiesta, da parte dell'autorità competente, di un parere del Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di condanna o ove ha sede il giudice che procede. Nel caso in cui la decisione riguardi invece un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. è necessario anche il parere del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla

appena il caso di sottolineare come le polemiche causate dalla notizia dell'avvenuta scarcerazione – per ragioni di salute connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19 – di detenuti che ricoprivano posizioni apicali all'interno di associazioni di stampo mafioso sia espressione di una ormai prevalente narrativa che, in netto contrasto rispetto ai principi costituzionali di umanizzazione e di rieducazione (art. 27, c. 3, Cost.), identifica il carcere in un luogo non solo di "correzione", ma anche di "vendetta sociale" nei confronti dei mafiosi[31].

3. Comitato tecnico-scientifico ed esecuzione penale

Per comprendere la natura e la portata del ruolo svolto dal Comitato tecnico-scientifico nell'ambito dell'esecuzione penale occorre prendere in esame i pareri che tale organo ha espresso in materia nel corso della sua attività[32].

pericolosità del soggetto. Gli artt. 2 e 3 del d.l. 10 maggio 2020 n. 29 (poi abrogati ma nella sostanza trasfusi all'interno degli artt. 2-*bis* e 2-*ter* del d.l. n. 28 del 30 aprile 2020 introdotti dalla legge di conversione n. 70 del 2020) prevedono, per i detenuti sottoposti al regime *ex* art. 41-*bis* e per i condannati e gli internati per una serie di gravi delitti indicati agli artt. 2-*bis* e 2-*ter* del d.l. n. 28 del 30 aprile 2020 cui sono state concesse misure extracarcerarie per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19, una valutazione specifica in merito alla permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile.

Per un commento a tali misure v., tra gli altri, G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema penale*, 19 maggio 2020; V. MANCA, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma*, in *Giurisprudenza penale web,* disponibile all'indirizzo: https://www.giurisprudenzapenale.com, n. 5/2020; M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare,* in *Sistema penale*, 1° maggio 2020; ID., *Il d.l. antiscarcerazioni alla Consulta: c'è spazio per rimediare ai profili di illegittimità costituzionale in sede di conversione*, in *Sistema penale*, 5 giugno 2020.

[31] Come è stato autorevolmente messo in luce, è ormai diffusa la tendenza di leggere ogni intervento normativo – e, più in generale, ogni tematica afferente al carcere – esclusivamente attraverso la "lente della lotta alla criminalità organizzata" (cfr. *La situazione nelle carceri. Parla Mauro Palma*, Intervista dell'8 maggio 2020 al Presidente del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Treccani, reperibile all'indirizzo: www.treccani.it/magazine/atlante/societa/La_situazione_nelle_carceri). In merito alla distorsione nella percezione "dall'esterno" del carcere (e delle condizioni detentive) e alle ripercussioni di tale distorsione sulle scelte del legislatore penitenziario sia consentito rinviare alle considerazioni già espresse in C. STORACE, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nel periodo di emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2020, 31 ss. Sul tema v. anche la Relazione al Parlamento 2021 del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, 33, reperibile all'indirizzo: https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/.

[32] In generale, sul ruolo del CTS si vedano A. IANNUZZI, *Leggi* "science driven" *e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 119 ss.; F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021, 127 ss.; G. MINGARDO, *Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, 27 marzo 2020, in BioLaw Journal – *Rivista di BioDiritto*, Special Issue n. 1/2020, 89 ss.; M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra* tecnica *e* politica *nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal*

A venire in considerazione è, innanzitutto, il verbale n. 33 della riunione tenutasi il 20 marzo 2020 presso il Dipartimento della Protezione Civile[33]. In quell'occasione il CTS era stato interpellato dal DAP per un chiarimento in merito alla regolamentazione dei colloqui negli istituti penitenziari. Il d.P.C.M. 9 marzo 2020, nel disciplinare le "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale", aveva esteso all'intero territorio nazionale le misure di cui all'art. 1 del d.P.C.M. 8 marzo 2020 che, fino al 3 aprile, prevedeva di evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori indicati, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. Il decreto-legge n. 18 del 2020, all'art. 83, comma 16 imponeva lo svolgimento a distanza dei colloqui dei detenuti con i familiari sino alla data del 22 marzo 2020. Il DAP ha quindi inoltrato un apposito quesito al CTS circa la possibilità per i familiari dei detenuti di recarsi, a far data dal 23 marzo 2020, presso gli istituti di pena per effettuare i colloqui. Tale quesito attiene dunque all'eventualità di far rientrare il colloquio visivo con il parente detenuto tra le "situazioni di necessità" che giustificano lo spostamento. Il CTS, nel rispondere al quesito, ha chiarito che il divieto di spostamento generale, valido per tutti i cittadini, deve considerarsi applicabile anche allo spostamento per far visita ai detenuti. In questo modo il Comitato ha sostanzialmente precluso ai familiari di soggetti *in vinculis* la possibilità di spostarsi sul territorio per recarsi presso gli istituti penitenziari[34].

La vicenda appena esposta pone in risalto due fondamentali aspetti problematici: il primo riguarda la chiarezza e l'intellegibilità dei pareri del CTS mentre il secondo attiene, più in generale, alla crescente importanza assunta dai "tecnici" in ambito politico.

Con riferimento al primo aspetto, il parere appena richiamato risulta paradigmatico rispetto alle modalità con cui soprattutto i primi verbali sono redatti: il CTS non riporta il quesito che gli viene posto e la risposta appare, nella sua sinteticità, di difficile comprensione. Questi elementi rendono chiaramente ancora più complessa la ricostruzione dei termini dell'interlocuzione tra la

Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020.

[33] I verbali delle riunioni del Comitato tecnico-scientifico sono ora disponibili al seguente indirizzo: https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico.

[34] Come chiarito nella Circolare del DAP del 21 marzo 2020 ("Colloqui detenuti con i propri familiari").

politica e la scienza[35]. Nella prima fase dell'emergenza, d'altronde, i verbali del CTS non venivano neppure pubblicati[36]. Nonostante i verbali siano stati successivamente resi disponibili, solo di recente essi sono stati resi pienamente accessibili grazie all'introduzione sul Sito del Dipartimento della Protezione civile della possibilità di consultare tali atti anche tramite la funzione della ricerca testuale. Se si confrontano i pareri espressi dal Comitato tecnico-scientifico nel 2020 con quelli rilasciati, invece, a partire dai primi mesi dell'anno successivo non si può fare a meno di notare un netto miglioramento nella redazione dei verbali: il CTS ha iniziato ad argomentare in modo più chiaro e completo le risposte. La ragione di tali mutamenti sembra possa essere ricercata non solo nel trascorrere del tempo che ha permesso all'organo in questione di affinare le modalità di scrittura dei pareri, modulando la sua azione all'evolversi delle esigenze connesse all'emergenza sanitaria, ma anche nella più recente modifica dell'assetto del Comitato tecnico-scientifico ad opera dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 751 del 17 marzo 2021.

Con riguardo invece al secondo aspetto, ciò che è emerso dalla lettura dei verbali delle riunioni in cui sono state affrontate tematiche relative all'ambito dell'esecuzione penale è che in molti casi il CTS è stato chiamato ad intervenire per dirimere questioni non tanto di natura tecnica o scientifica ma più che altro politica. In altri termini, sembra quasi che il Comitato non abbia solamente il compito di offrire un supporto tecnico-scientifico al legislatore ma che tenda ormai a prendere posizione, in modo sempre più incisivo, su aspetti e questioni la cui regolamentazione dovrebbe essere rimessa alla discrezionalità politica. Nel caso del quesito sopra menzionato, la cui risposta è contenuta nel verbale n. 33 del 2020, il CTS, a fronte di una situazione emergenziale in cui in rapida successione sono stati adottati numerosi provvedimenti, talvolta non pienamente coerenti gli uni con gli altri, si è espresso su un dubbio in merito all'interpretazione delle previsioni introdotte e, più in particolare, al significato da attribuire a determinati divieti imposti. Interventi di questo tipo si rivelano fuori fuoco rispetto a quelle che dovrebbero essere le competenze legittimamente spettanti al Comitato tecnico-scientifico.

Un caso in cui, invece, il rapporto tra il Ministero della Giustizia ed il CTS è stato strutturato in maniera corretta è quello affrontato nella riunione dell'8 novembre 2020 e inserito nel verbale n. 124. Il quesito posto dal Ministero

[35] Come autorevolmente sostenuto da A. IANNUZZI, *Leggi* "science driven" *e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 124 ss., infatti, l'Italia «sconta la mancata maturazione di una cultura della trasparenza nell'interlocuzione fra politica e scienza».

[36] Sulla questione dell'accesso ai verbali del Comitato tecnico-scientifico si vedano in particolare le considerazioni espresse da F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19*, cit.

della Giustizia riguardava la bozza di una circolare relativa al monitoraggio dei casi di Covid-19 in ambito penitenziario e alle nuove misure da adottare per evitare che l'eventuale comparsa di plurimi casi di positività all'interno di un medesimo istituto potesse determinare il diffondersi massivo del virus all'interno dello stesso. Questa circolare ha introdotto, per limitare il contagio, un sistema di soglie di positività: sostanzialmente al raggiungimento di uno specifico numero di contagi nella medesima struttura vengono adottate una serie di restrizioni che diventano via via più incisive all'aumentare dei casi di positività al virus. Tali misure restrittive attenevano alla socialità, alle attività scolastiche, sportive, culturali e ricreative, alle celebrazioni religiose, alle camere di pernottamento ecc. Il CTS, dopo aver svolto una serie di considerazioni generali ed aver dato un giudizio tutto sommato positivo sulle misure che erano state pensate dal DAP, ha fornito alcune raccomandazioni e indicazioni specifiche[37]: in sostanza ha suggerito all'Amministrazione l'espunzione di alcuni termini ed espressioni ed ha altresì indicato al DAP le disposizioni da inserire nella Circolare. Dalla lettura della Circolare definitiva del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria emerge una quasi totale corrispondenza rispetto alle raccomandazioni del CTS[38]. In questo caso la richiesta del DAP è motivata dalla necessità di acquisire un parere tecnico sull'adeguatezza delle misure predisposte rispetto all'obiettivo della limitazione della diffusione del virus all'interno delle carceri. È proprio la natura del quesito a giustificare l'intervento del CTS, il cui apporto si rivela fondamentale ai fini dell'individuazione di misure di contenimento idonee a contrastare la diffusione del Covid-19 nelle strutture penitenziarie. Le indicazioni del Comitato tecnico-scientifico nell'ambito dell'esecuzione penale si dimostrano dunque essenziali per la regolamentazione di aspetti concreti della vita detentiva nel periodo di emergenza pandemica. Il CTS è, insomma, in grado di fornire un imprescindibile *supporto* tecnico al decisore politico ma non deve *sostituirsi* al legislatore nelle scelte di ponderazione fra beni, interessi e principi costituzionali[39]. In effetti, «il rischio di delegare surrettiziamente la guida della società alla scienza può produrre anche la conseguenza di annacquare il regime della responsabilità, civile,

[37] Cfr. il Verbale n. 124 della riunione tenuta, presso il Dipartimento della Protezione civile, il giorno 8 novembre 2020.

[38] Cfr. la Circolare DAP del 10 novembre 2020 ("Monitoraggio dei casi di Covid-19 e nuove misure da adottare").

[39] Tanto più che, generalmente, «il necessario fondamento nella "ragionevolezza scientifica" non esclude, ma anzi presuppone un ambito di apprezzamento da parte del legislatore» (A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, cit., 47). Infatti, le acquisizioni tecnico-scientifiche pongono limiti alla discrezionalità legislativa ma «non sono da considerarsi un dogma indiscutibile» (così R. BALDUZZI, *La tensione tra il principio di indispensabilità della vita umana ed il principio di autodeterminazione*, in P. MACCHIA (a cura di), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, 2012, 54).

penale e politica, del decisore politico a fronte di colpevoli errori e di macroscopiche sviste. In altre parole, può accadere che il supporto tecnico-scientifico possa fungere da vello per celare responsabilità che sono, invece, della politica»[40].

A testimoniare l'importanza assunta dalle valutazioni del Comitato tecnico-scientifico è anche la vicenda relativa alla ripresa dei colloqui in presenza. Il Capo del DAP, infatti, prima di reintrodurre la possibilità dei colloqui visivi tra i detenuti e i loro congiunti ha interpellato il CTS. A tale organo è stato richiesto «di voler fornire indicazioni orientative di carattere generale, volte a contemperare la ripresa dei colloqui con i detenuti con l'esigenza della massima prevenzione del rischio del contagio negli istituti penitenziari, anche nell'ottica di garantire una tendenziale uniformità da parte delle Direzioni penitenziarie»[41]. Nel parere, il Comitato tecnico-scientifico ha suggerito di disciplinare i colloqui anche sulla base del numero di vaccinati presenti nei singoli istituti: per i casi in cui detenuto e visitatore siano vaccinati, il CTS ha ipotizzato la possibilità di prevedere un aumento del numero dei visitatori per detenuto e della frequenza delle visite e la diminuzione del distanziamento interpersonale. Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha quindi riportato testualmente nella circolare le indicazioni di carattere generale date dal CTS[42]. Di conseguenza, il compito di tradurre tali indicazioni orientative in misure organizzative concrete è stato interamente demandato alle singole direzioni. Questa soluzione, tuttavia, non è pienamente condivisibile in quanto appare suscettibile di determinare ripercussioni di non poco momento in termini di uniformità nella garanzia di un diritto – quale quello al mantenimento dei contatti con i familiari – che costituisce uno dei fondamentali elementi del trattamento penitenziario[43]. Data la speciale rilevanza del diritto in questione, sarebbe stato più opportuno, a nostro avviso, prevedere una regolamentazione delle visite "in tempi di Covid-19" omogenea su tutto il territorio nazionale,

[40] A. IANNUZZI, *Leggi* "science driven" *e CoViD-19*, cit., 130. Tale tendenza è segnalata, tra gli altri, anche da C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative*, cit., 275. Cfr. anche A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, cit., 42 ss. il quale muovendo dall'assunto secondo cui «oggi la politica, soprattutto a livello governativo, sembra quasi avere dismesso il proprio ruolo di decisore, rimettendo le scelte fondamentali ai tecnici e agli scienziati, le cui decisioni costituiscono fondamento di misure che incidono in modo importante su diritti fondamentali, al fine di garantire un adeguato contrasto del virus, a tutela della vita e della salute delle persone» sottolinea come il riferimento alla scienza e ai comitati tecnico scientifici non debba tradursi in un'abdicazione della politica al proprio ruolo.

[41] Cfr. il Verbale n. 28 della riunione tenuta presso il Dipartimento della Protezione Civile il giorno 16 giugno 2021.

[42] Cfr. la Circolare DAP del 22 giugno 2021 ("Monitoraggio dei casi Covid-19 e misure da adottare anche in tema di colloqui").

[43] Cfr. art. 15, c. 1 o.p.

ferma restando, comunque, la possibilità di adattare la disciplina dei colloqui al variare del tasso di positività registrato nei singoli istituti.

4. Brevi considerazioni conclusive

Come si è tentato di porre in risalto, i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e i decreti-legge hanno rappresentato i principali strumenti normativi di contrasto all'emergenza pandemica nelle carceri. Tramite tali atti si è riusciti a ridurre il numero di detenuti presenti negli istituti di pena rallentando così la diffusione del contagio in tali luoghi di privazione della libertà. Nonostante in materia di esecuzione penale il CTS sia intervenuto in rare occasioni, le modalità con cui si è svolta l'interlocuzione con gli organi di natura tecnico-scientifica hanno fatto emergere alcune criticità attinenti, dal punto di vista formale, tanto all'intellegibilità dei pareri quanto alla trasparenza dei verbali e, dal punto di vista sostanziale, agli aspetti su cui il Comitato è stato chiamato a pronunciarsi. Se, infatti, l'apporto che può essere fornito dal Comitato tecnico-scientifico appare pressoché indiscutibile quando il quesito ha ad oggetto, in concreto, le misure da attuare per evitare la propagazione del contagio, maggiori perplessità, suscita, invece, la richiesta di pareri in merito a questioni di natura più strettamente politica. In tal caso al CTS sarebbero direttamente attribuiti compiti che non dovrebbero competergli quali, ad esempio, quello di ponderare e di bilanciare interessi contrapposti o di chiarire il significato da attribuire ad una o più disposizioni, talvolta in aperto contrasto tra loro. D'altra parte, anche nel complesso settore dell'esecuzione penale il legislatore non può più rinunciare all'apporto della scienza. Ad ogni modo, si ha la convinzione che per affrontare le emergenze e le sfide che la società tecnologica pone non sia sufficiente la mera istituzione di comitati tecnici e *task force*, ma sia invece necessario, a monte, impostare correttamente il rapporto tra la discrezionalità politica e le valutazioni tecniche. Tale rapporto deve essere improntato, sin dall'inizio, alla trasparenza e all'imparzialità: a tal fine è preferibile che i comitati tecnici non vengano istituiti *ad hoc* al momento dell'insorgere dell'emergenza ed è altresì essenziale la pubblicazione in tempo reale di tutti i pareri resi. Il ruolo della scienza deve essere quello di offrire un supporto tecnico per la successiva disciplina legislativa di determinate tematiche e – soprattutto quando a venire in rilievo sono i diritti di soggetti la cui libertà è ristretta – occorre scongiurare il rischio che le operazioni di bilanciamento tra beni costituzionalmente rilevanti siano rimesse ai tecnici.

Per la verità, le considerazioni espresse nelle pagine che precedono lasciano scorgere, sullo sfondo, anche un altro profilo problematico che merita di essere messo in luce. Nell'ambito di un settore profondamente complesso quale è quello penitenziario si nota, ormai da diverso tempo, la tendenza ad un utilizzo sempre più esteso delle circolari amministrative. Nel periodo di emergenza

sanitaria il ruolo assunto dalle circolari è cresciuto ancora di più. Tramite tali strumenti l'Amministrazione penitenziaria si è spinta ben oltre la mera interpretazione delle disposizioni normative e la disciplina dell'organizzazione interna degli istituti e degli uffici. La regolamentazione della vita detentiva, infatti, è ormai sempre più spesso demandata alle circolari che sembrano assumere, in sostanza, il valore di fonti effettive di livello para-normativo. È indubbio che tale sviluppo sia stato favorito dalla natura flessibile di questi atti: l'assenza di contraddittorio nell'emanazione rende la circolare uno strumento prezioso per la sua agilità. Le circolari, nel tradurre la disciplina normativa in misure applicative concrete, hanno infatti permesso di parametrare gli interventi alle diverse fasi dell'emergenza sanitaria. Allo stesso tempo, non si può fare a meno di evidenziare il forte impatto che tale atto – per come è oggi impiegato – provoca sulla vita e sui diritti delle persone private della libertà. Per altro verso, sono proprio le caratteristiche tipiche della circolare a non consentire un effettivo consolidamento delle disposizioni introdotte e dei risultati raggiunti. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di svolgere i colloqui con i familiari a distanza. Come si è visto, in tempi di pandemia, decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri hanno sostituito i colloqui visivi con le video-chiamate; sono state, tuttavia, le circolari a regolare lo svolgimento dei colloqui a distanza e – migliorata la situazione sanitaria – a favorire l'utilizzo, anche in seguito alla ripresa dei colloqui in presenza, di tali modalità di comunicazione. La possibilità di intrattenere conversazioni con i congiunti tramite *Skype* e altre simili piattaforme si è rivelata preziosa per i detenuti e per le loro famiglie e meriterebbe dunque di essere mantenuta anche in tempi non più emergenziali. È preferibile che l'istituzionalizzazione di tale modalità di comunicazione avvenga per legge, ossia tramite una modifica dell'ordinamento penitenziario o, quantomeno, del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario[44]. Al contrario, continuando a rimettere alle circolari del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria la disciplina generale dei colloqui a distanza, si assoggetta l'esercizio del diritto al mantenimento dei legami familiari ai cambiamenti nella composizione del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

Nella concreta regolamentazione della vita penitenziaria in tempi di pandemia un ruolo fondamentale è stato assunto, inoltre, dalle fonti sovranazionali.

[44] D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230. La necessità di inserire in tale Regolamento una specifica previsione che ammetta i colloqui a distanza anche per evitare che gli stessi siano considerati nel numero complessivo dei colloqui ammessi in presenza dalla vigente disciplina (art. 18 o.p.) è stata espressamente inclusa tra le proposte per il miglioramento della quotidianità penitenziaria formulate nella Relazione finale del 17 dicembre 2021 dalla Commissione, presieduta dal Prof. Marco Ruotolo, per l'innovazione del sistema penitenziario (d.m. 13 settembre 2021). La Relazione è disponibile al seguente indirizzo: www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_RUOTOLO_relazione_finale_17dic21.pdf.

Le linee guida formulate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e i principi espressi dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti hanno rappresentato una risorsa preziosa per il legislatore e per il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

In particolare, le linee guida dell'OMS specificamente dedicate ai contesti di privazione della libertà hanno costituito una solida base su cui il DAP ha potuto strutturare il sistema di *screening* di detenuti, visitatori e personale penitenziario e impostare le regole sulla valutazione e sulla gestione del rischio di contagio e dei casi sospetti e conclamati di Covid-19[45]. Nella versione aggiornata della Guida, l'Organizzazione Mondiale della Sanità non ha mancato di sottolineare, inoltre, l'importanza, anche nei contesti detentivi, del rispetto del principio di eguaglianza e non discriminazione nell'accesso alla vaccinazione contro il virus. In altri termini, anche nelle strutture penitenziarie l'ordine di priorità deve essere identico a quello valevole per tutta la popolazione: gli operatori sanitari, gli anziani e le persone maggiormente a rischio a causa di comorbilità hanno diritto a ricevere per primi il vaccino anti Covid-19[46]. Le indicazioni dell'OMS in materia di esecuzione penale si sono tradotte in prassi operative e norme di comportamento concrete che il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e le singole direzioni hanno potuto recepire per tentare di contenere l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Anche le raccomandazioni del CPT, indirizzate alle autorità degli Stati membri, si sono rivelate di primaria importanza ai fini della gestione della pandemia negli istituti penitenziari. I principi formulati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti hanno costituito, infatti, un forte impulso, sia nei confronti del legislatore che nei confronti dell'autorità giudiziaria, ad un più ampio ricorso alle misure alternative alla detenzione. L'azione di "pressione" esercitata a livello sovranazionale ha insomma favorito l'adozione, da parte delle autorità statali, di un sistema di strumenti finalizzato ad attenuare la "densità umana"[47] all'interno delle carceri. Le misure emergenziali introdotte si sono tuttavia rivelate – soprattutto a causa delle condizioni estremamente restrittive di applicabilità della nuova forma di detenzione domiciliare[48] – inadeguate a fronteggiare in maniera efficace il fenomeno dell'emergenza epidemiologica. Un'emergenza che ha assunto una connotazione ancora più drammatica in strutture troppo spesso insalubri come le carceri.

[45] Cfr. *The World Health Organization (WHO), Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance, 15 March 2020,* cit., 8 ss.

[46] Cfr. *The World Health Organization (WHO), Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance, 8 February 2021,* cit., 24.

[47] Così M. PALMA, *Il carcere nello specchio di un'emergenza*, cit.

[48] V. *supra* § 2.

La pandemia sembra aver amplificato quelle criticità e quelle carenze "endemiche" che caratterizzano il settore dell'esecuzione penale e che attengono alla problematica del sovraffollamento, alla scarsa igiene ma soprattutto, e più in generale, alla ancora incompleta garanzia dei principi costituzionali di umanizzazione delle pene e di rieducazione del condannato. È proprio da tali principi che occorrerà partire per ridisegnare in senso costituzionale il sistema penitenziario.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2022

I VERBALI DEL COMITATO TECNICO-SCIENTIFICO E LE LIMITAZIONI DELL'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA*

JACOPO FERRACUTI**

Sommario

1. Introduzione: l'emergenza Covid-19 e il Comitato tecnico-scientifico. – 2. Limiti e garanzie dell'iniziativa economica privata. – 3. Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata del periodo emergenziale. – 4. I verbali del Comitato tecnico-scientifico e il fondamento motivazionale delle limitazioni. – 5. Il parere n. 850 del 13 maggio 2021 del Consiglio di Stato. – 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

The essay focuses on the issue of the limitations introduced to the freedom of private economic initiative during the Covid-19 emergency. In particular, starting from a short reconstruction of the role played by the Technical-Scientific Committee together with the analysis of the limits and guarantees of freedom in speech descending from art. 41 of the Constitution, the paper, also trough the aid of some concrete examples, intends to highlight the important role played by the minutes of the aforementioned Committee in the context of the broader discussion connected to the constitutionality of the limiting measures introduced by the Government. In fact, in relation to the matter concerning the respect of the implicit law reserve derived from the Constitutional Court from the c. 2 of the aforementioned constitutional provision, the intent is to highlight how the Government's compliance with a "reinforced" motivational burden may be assessed mainly by analyzing the minutes of the technical consultancy body.

Suggerimento di citazione

J. FERRACUTI, *I verbali del Comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: jacopo.ferracuti@uniroma3.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione: l'emergenza Covid-19 e il Comitato tecnico-scientifico

La pandemia dovuta al Covid-19 e l'effetto dirompente delle limitazioni introdotte per contenerne la diffusione hanno determinato l'apertura di nuovi scenari.

All'interno di essi si è calata la dottrina costituzionalistica, per lo più impegnata a confrontarsi sulla compatibilità delle misure di contrasto al virus adottate dal Governo con il sistema delle fonti del diritto[1].

Ciascun ordinamento nazionale, come è normale che sia, ha affrontato diversamente la situazione di emergenza, sfruttando gli strumenti messi a disposizione dal relativo diritto costituzionale[2].

In Italia, la trama di intervento privilegiata, e di cui molto si è discusso[3], è consistita nell'adozione di decreti-legge con i quali si è provveduto ad attribuire

[1] Sin da subito, infatti, ossia sin dai primi provvedimenti adottati dal Governo nei primi mesi del 2020, successivamente alla dichiarazione dello stato di emergenza, è sorto un dibattito in dottrina circa il rapporto formale tra fonti del diritto e provvedimenti emergenziali. Per una prima ricognizione delle varie tesi al riguardo sostenute, si può rinviare, senza pretesa di esaustività, a: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Il diritto pubblico della pandemia*, in Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, Genova, 2010, II; A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del COVID-19*, in *La legislazione penale*, 18 maggio 2020; B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 6, 2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. la produzione del diritto al cospetto della pandemia*, *Rivista AIC*, 2, 2020; M. CAVINO, *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, *Osservatorio Emergenza Covid-19*; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioDiritto*, 18 marzo 2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, 5/2020, 2; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *ASTRID Rassegna*, 5/2020; ID., *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE online*, 3/2020; C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema di amministrazione extra ordinem*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021.

[2] Una esaustiva disamina di come i differenti Stati hanno affrontato lo stato di emergenza è offerta da F.S. MARINI, G. SCACCIA, *Introduzione*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), 2020, XV ss. Sempre sul punto, si veda anche AA.VV., *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, *Atti del Seminario del Dottorato in Scienze giuridiche "Teoria dei diritti fondamentali, Giustizia costituzionale, Comparazione giuridica"*, *Università di Pisa – 8 maggio 2020*, R. TARCHI (a cura di), in *Rivista Gruppo di Pisa*, Quaderno n. 1, Fascicolo speciale monografico, 2020, nonché AA.VV., in L. CUOCOLO (a cura di), I *diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 5 maggio 2020.

[3] Nello specifico, la questione principalmente affrontata – più sopra anticipata, *sub* nota n. 1 – ha riguardato la legittimità di simile *modus procedendi* di Parlamento e Governo. Diverse sono state le tesi espresse sul punto.

al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di introdurre, con propri atti, misure di contenimento e gestione del virus, limitative dei diritti e libertà fondamentali sanciti in Costituzione[4].

La rapida diffusione dei contagi ha reso, infatti, imprescindibile l'adozione di misure straordinarie con il fine di contenere la propagazione della malattia e tutelare la salute dei cittadini, nell'ambito di un quadro emergenziale, derogatorio rispetto alla ordinaria gestione della cosa pubblica, volto a consentire l'adozione di strumenti più flessibili ed efficaci nella lotta al virus.

Ne è scaturito un ampio insieme di misure di contrasto all'epidemia, che hanno fortemente inciso, in negativo, su tutti i settori dell'attività umana.

Tra questi, è stata ovviamente interessata dalle misure governative emergenziali anche la libertà di iniziativa economica privata, il cui esercizio è stato, infatti, variamente e fortemente limitato nel corso del tempo.

Ad esempio, infatti, a sostegno della piena legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio, in quanto previsti da una fonte primaria (i decreti-legge, per l'appunto), si è espresso, tra gli altri, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo*, cit., 100.

All'opposto, v'è stato, però, anche chi ha ritenuto non fosse possibile dare attuazione al decreto-legge con un atto amministrativo, posto che, secondo la Costituzione, la fonte primaria deve dettare norme di immediata applicazione: in questo senso, si veda L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» *e* «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo* extra ordinem, *con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per* tacer *d'altri*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, 20.

Come ricorda A. SAITTA, *Il codice di protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *ConsultaOnline*, 3/2021, 841 ss., la diade decreto-legge/d.P.C.M. «alla fin fine ha funzionato e fino ad oggi ha superato indenne le ricorrenti censure che sono state poste all'attenzione di varie istanze di controllo, politico-costituzionale e giudiziario, da ultimo con la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021», tanto che «Anche la dottrina che ha studiato questo inedito micro-sistema delle fonti normative dell'emergenza pandemica ha man mano attenuato le prime più aspre critiche» (il riferimento è a M. BELLETTI, *La "confusione nel sistema delle fonti ali tempi della gestione dell'emergenza da Covid- 19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 189 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza COVID-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2020, 366 ss.; C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze*, cit., 96; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021).

[4] Sul meccanismo che vede l'intervento di decreti-legge e d.P.C.M. sono state espresse considerazioni, tra gli altri, da P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico, in Corti supreme e salute*, 1/2021, 37 ss.; A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia, in Osservatorio sulle fonti,* 2020; T. E. FROSINI, *Il lascito della pandemia costituzionale (a proposito di un recente libro)*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 21 aprile 2021. Si vedano anche i vari contributi sullo specifico tema raccolti in AA.VV., *Fascicolo speciale 2020 – Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020.

Nelle pagine seguenti ci si soffermerà proprio su tale libertà fondamentale, al fine di verificare la tenuta del sistema rispetto alle relative limitazioni introdotte.

Il compito, evidentemente, non è agevole, attesa la notoria moltitudine ed eterogeneità delle restrizioni al riguardo introdotte dal Governo[5], con misure molto spesso distinte a seconda del "colore" dei vari territori[6].

Per tale ragione, il taglio specifico che si è scelto di dare al presente elaborato attiene a un profilo del tutto peculiare, largamente incidente sulle valutazioni inerenti alla costituzionalità delle limitazioni introdotte: quello della motivazione dei provvedimenti governativi con cui sono state disposte le misure di contenimento della libertà sancita dall'art. 41 Cost.

Ciò al fine di dimostrare che nell'ottica di tale discorso sembra considerevole il rilievo che deve essere assegnato ai verbali del Comitato tecnico-scientifico.

L'organo in questione, va, a tal proposito, ricordato, è stato istituito con ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020[7].

[5] Di cui, con particolare riguardo a quelle adottate nel corso del 2020, offre una rapida, ma esaustiva, ricognizione A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 41 ss.

[6] Come noto, infatti, la gestione dell'emergenza sanitaria si è articolata in varie fasi. In particolare, come ben ricorda V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid- 19*, 20 maggio 2020, dopo la c.d. fase 1, caratterizzata dall'instaurazione del regime nazionale d'eccezione e dalla adozione da parte del Governo del c.d. *lock-down*, si è assistito al passaggio a una nuova fase, la fase 2, introdotta con il d.P.C.M. 26 marzo 2020 e caratterizzata da un progressivo "allentamento" delle misure precauzionali precedentemente disposte, ma, soprattutto – ed è questo il punto da evidenziare – dall'adozione di una strategia di contenimento del virus diversificata su base regionale e locale, con assegnazione a ciascuna Regione di un colore basato sull'andamento della curva dei contagi, e applicazione di misure differenziate in base a esso.

[7] Nello specifico, il Comitato tecnico-scientifico ha inizialmente svolto solamente il ruolo di struttura di supporto nella definizione delle misure di protezione civile. Il relativo ambito di competenza è stato, però, quasi immediatamente esteso per effetto dell'art. 2, c. 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, ove del Comitato tecnico-scientifico si inizia a parlare con riferimento al differente compito di elaborare e proporre al Presidente del Consiglio le misure necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, nonché per la ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali economiche e produttive, anche attraverso l'individuazione di nuovi modelli organizzativi, volti a tener conto delle esigenze di contenimento e prevenzione dell'emergenza. Tale norma, in particolare, ha previsto che «per i profili tecnico-scientifici», le misure di contenimento dell'emergenza pandemica dovessero essere adottate con d.P.C.M. «sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico». Da quel momento, pertanto, i vari decreti presidenziali che nel tempo si sono susseguiti per far fronte all'emergenza sanitaria, nelle relative premesse, hanno iniziato – quasi tutti – a richiamare le valutazioni tecnico-scientifiche contenute nei verbali del Comitato.

In dottrina, v'è stato chi, al riguardo, ha parlato di procedimento «atipico»: cfr., in tal senso, A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, 3/2020, 3290.

Le ragioni della sua attivazione devono essere ricercate nell'assenza, al momento del deflagrare della pandemia, di specifici farmaci e rimedi vaccinali con cui contenere il contagio, e, soprattutto, nella rilevata necessità di rivolgersi a esperti in ambito medico-scientifico al fine di poter prendere le migliori decisioni a tutela della salute collettiva[8].

In tal modo, la tecnica è stata chiamata ad assumere un ruolo decisivo nella formazione della decisione politica: come efficacemente evidenziato in dottrina, si è così passati dalle decisioni c.d. *science based* a quelle *science driven*[9].

I verbali delle sedute del Comitato tecnico-scientifico, infatti, ancorché inizialmente inaccessibili alla consultazione[10], sono venuti a costituire le basi delle decisioni governative volte a fronteggiare l'emergenza.

[8] In tal modo ne giustifica l'istituzione G. MINGARDO, *Il ruolo nel Comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19,* in *BioLaw Journal*, 1/2020. Un differente punto di vista è espresso sulla specifica questione da L. CASTELLANI, *L'ingranaggio del potere*, 2020, 45, per cui il Governo lo avrebbe istituito, al fine di non assumersi la piena responsabilità di decisioni dall'impatto assai gravoso.

[9] L'aspetto è stato ben messo in evidenza da A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, 3/2020, 120. In argomento, circa la legittimità/opportunità di adottare decisioni politiche fondate su valutazioni di carattere tecnico-scientifico, si vedano: A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, ove si dà conto, in prospettiva, dell'evoluzione del processo di assunzione delle decisioni politiche basate su dati tecnici e scientifici, avviato dalla pandemia, e sui relativi effetti, nonché E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza*, cit., 729 ss.; A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, 2020; C.A. COCCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da COVID-19*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2/2020; A. RUGGERI, *Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in *ConsultaOnline*, 16 marzo 2020; A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *ConsultaOnline*, 2020; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal*, 1/2020; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 5 maggio 2020.

[10] Di «velo di incertezza» rispetto a essi parla E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2020, in part. 731 ss.

Sul punto occorre, invero, ricordare come, inizialmente, rispetto ai pareri del Comitato tecnico-scientifico, si sia dato luogo a una forma di compressione del diritto di accesso civico e del diritto di accesso documentale, per effetto di talune previsioni contenute nel decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. In particolare, a fronte del rigetto manifestato dal Dipartimento di Protezione civile alle istanze di accesso civico presentate da alcuni cittadini a cinque verbali del Comitato tecnico-scientifico, si è aperto un contenzioso dinanzi alla magistratura amministrativa, approfonditamente descritto e ricostruito, anche negli esiti, da A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico*, cit., 3290/3292, e F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-*

Già da quanto sottolineato emerge allora un dato di sicuro interesse, rappresentato dall'elemento dell'imputabilità della decisione finale.

Essa, infatti, per quanto fondata sul supporto della scienza, deve comunque essere adottata dal decisore politico, con assunzione di responsabilità in ordine alle misure da adottarsi, nonché alla relativa legittimità ed effetti[11].

Le determinazioni limitative, in altre parole, per quanto possano fare riferimento sotto il profilo motivazionale alle considerazioni dei tecnici, e teoricamente giustificarsi alla luce di esse, devono comunque provenire dalla politica, dal momento che essa «non può porsi in una posizione di volontaria subalternità alla scienza, neanche nello stato di eccezione»[12].

2. Limiti e garanzie dell'iniziativa economica privata

Al fine di effettuare l'indagine di cui si è dato conto, è comunque imprescindibile prendere le mosse dalla considerazione dei limiti e delle garanzie della libertà di iniziativa economica privata[13].

In particolare, quanto ai primi, occorre specificamente soffermare l'attenzione su quelli di cui al c. 2 dell'art. 41 Cost., per cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'«utilità sociale», o in maniera da recare danno alla «sicurezza».

Infatti, come è stato ben chiarito in dottrina – e si vedrà nel prosieguo – si tratta di limiti «di centrale importanza in relazione al contesto che ha dato vita alla normativa emergenziale adottata a seguito del diffondersi della pandemia da Covid-19»[14].

scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza, in *federalismi.it*, 20/2021, in part. 147/152, il quale evidenzia anche come, comunque, ancora oggi, i verbali non risultino ancora pienamente accessibili, per questioni di carattere squisitamente tecnico, «in quanto pubblicati sotto forma di scansione dei documenti cartacei e non in altro formato, che ne renda più agevole la consultazione anche attraverso la ricerca testuale e altre funzioni. Benché appaia solo una questione di forma, in realtà ciò incide anche sulla sostanza, dal momento che tali modalità tecniche rappresentano un ostacolo alla possibilità di informarsi dei cittadini».

[11] In particolare, secondo C. ACOCCELLA, *Ancora su diritto e tecnica*, cit., 284/285, la decisione finale sulla valutazione del rischio deve essere rimessa al decisore politico, al fine di non «"diluire" la responsabilità democratica – in termini di legittimazione del potere esecutivo che rimonta al controllo politico esercitato dal Parlamento, ma anche, ed in misura qualificante, alla protezione dei diritti della collettività – e di non incoraggiare uno "scivolamento" verso una legittimazione (esclusivamente e anche solo prevalentemente) scientifica delle decisioni adottate».

[12] In questi termini si esprime A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19*, cit., in part. 132/133.

[13] Su cui, cfr., per tutti, R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 851/852.

[14] Così, M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 61, nonché in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), 2020, 161.

Nel dettaglio, passando a esaminarli, va ricordato come del concetto di «sicurezza» siano state individuate molteplici dimensioni costituzionali[15].

Si tratta di una categoria di *genus* nell'ambito del quale si fa pacificamente rientrare, quale *species*, anche il concetto di "incolumità pubblica", ossia di tutti i cittadini.

L'accezione costituzionale di «sicurezza», in altre parole, non rinviene beneficiari specifici, ma ha un campo di applicazione che si estende alla generalità dei consociati (di cui garantisce l'incolumità).

Ben più sfocato, invece, è il concetto di «utilità sociale»[16].

A causa della sua «irriducibile poliedricità»[17], infatti, e ancorché ne sia stata messa in evidenza la qualificazione come «principio-valvola» dell'ordinamento che ne consente l'adattamento al mutare dei fatti sociali[18], non è agevole pervenire a una esatta delimitazione del relativo significato.

A venire in soccorso, però, è la giurisprudenza costituzionale.

È stato, infatti, osservato che «se una precisa definizione di utilità sociale si rivela inaccessibile, è comunque possibile rintracciare, al fondo delle decisioni in tema una «logica comune» corrispondente al principio «secondo cui sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione», che coincidano cioè con altri interessi o diritti costituzionalmente tutelati»[19].

Tra questi ultimi rientra, evidentemente, anche il fondamentale diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., di particolare rilievo in riferimento alla situazione emergenziale in corso[20].

[15] Di cui, più di recente, ha offerto una completa e ricca ricostruzione G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, 2021, e ID., *Sicurezza (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche – VIII aggiornamento*, Milano, 2021. Secondo l'Autrice, infatti, sono «Diverse e dal contenuto eterogeneo le sfumature di significato che assume il concetto di sicurezza. Indubbiamente, esso evoca l'esigenza di tutelare l'integrità psico-fisica dei lavoratori, ma anche di coloro che usufruiscono della prestazione lavorativa e, in accezione ancor più ampia, dell'onnicomprensiva categoria dei consumatori. Estendendo a tal punto i confini della propria operatività, la sicurezza, quale valore primario – insieme alla salute e alla dignità – è indubbiamente ed efficacemente in grado di comprimere, in molte occasioni, la libertà di iniziativa economica, concepita quale «diritto non essenziale della persona»».

[16] Sui fondamenti teorici del concetto in questione, si veda il contributo di A. VACCARI, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 22 settembre 2017.

[17] Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica, cit.,* 603.

[18] Si veda M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel diritto costituzionale*, Padova, 1983, 117.

[19] Cfr., in questi termini, R. NIRO, *Art. 41*, cit., 855. Come ricorda M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata*, cit., 62, alla nota n. 7, nello stesso senso si esprime pure L. CASSETTI, *Articolo 41*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2018, 268.

[20] Non a caso, infatti, assai di recente, dopo l'approvazione del Senato del 3 novembre 2021, anche la Camera dei deputati (il giorno 8 febbraio 2022) ha approvato definitivamente la proposta di legge costituzionale A.C. 3156-B (recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di

In generale, dunque, nel bilanciamento con l'incolumità pubblica («sicurezza») e con il diritto alla salute (*ex se* considerato, nonché in quanto ricompreso nella nozione di «utilità sociale»), il libero dispiegarsi della libertà di iniziativa economica privata ben può rinvenire i propri (legittimi) limiti[21].

L'operatività di tali limiti – va a questo punto evidenziato – è garantita in materia in forza di una riserva di legge implicita[22], che, come chiarito dalla Consulta, deriva dai «principi generali informatori dell'ordinamento democratico secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura»[23].

La Corte costituzionale, in altre parole, ha espresso l'avviso[24] – condiviso anche dalla dottrina maggioritaria[25] – per cui, a salvaguardia della libertà

tutela dell'ambiente») che, tra le altre cose, comporta la modifica proprio dell'art. 41 Cost. in materia di esercizio dell'iniziativa economica, rispetto al quale – per quanto d'interesse – si interviene sul c. 2, stabilendo che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in danno alla «salute» (e all'«ambiente»), premettendo tale ulteriore limite a quelli già vigenti, ovvero la «sicurezza», la «libertà» e la «dignità umana».

Alla luce di tale novella legislativa può, dunque, essere dissipato ogni dubbio in ordine alla legittima possibilità di frapporre dei limiti all'esercizio della libertà sancita dall'art. 41 Cost. a salvaguardia del concetto di «salute».

[21] Con specifico riferimento al concetto di «sicurezza» e alla delicata operazione di bilanciamento con i diritti e le libertà fondamentali operata dal decisore pubblico per fronteggiare l'emergenza da Covid-19, approfondite riflessioni sono state spese da G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica*, cit., Milano, 2021, in part. 74/109.

[22] Riserva il cui impatto garantista per la libertà individuale in materia economica è sottolineato da G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990.

[23] Cfr. la sentenza 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, VII, 3155 ss., che, sullo specifico punto, riprende un indirizzo già affermato con le sentenze 13 aprile 1957, n. 50, 8 luglio 1957, n. 103 e 12 dicembre 1957, n. 129 (rispettivamente in *Giur. cost.*, 1957, II, 621 ss.; 976 ss.; 1220 ss.) e ribadito successivamente anche con la sentenza 14 febbraio 1962, n. 5, in *Giur. cost.*, 1962, VII, 40 ss. *Contra*, si veda C. ESPOSITO, I *tre commi dell'art. 41 della Costituzione, in Giur. cost.*, 1962, 33, secondo cui tale operatività si esplica, piuttosto, sulla base di un'immediata precettività della norma.

[24] Cfr. R. NIRO, *Art. 41*, cit., 853/854, il quale rammenta sul punto come la Corte costituzionale, «sin da epoca assai risalente, ha ritenuto di rintracciare, nelle pieghe delle disposizioni costituzionali in materia economica (artt. 41, 42, 43 e 44), «una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante»: costante che sembrerebbe confermata dallo stesso testo dell'art. 41 in esame, il quale, prevedendo espressamente, al 3° co., il necessario intervento del legislatore ordinario per la determinazione dei programmi e controlli opportuni «perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (per la definizione cioè di quelli che sono stati configurati come i limiti «positivi» dell'attività economica privata), si è ritenuto che non possa non esigere egualmente ancorché implicitamente, anche per i limiti negativi di cui al 2° co., il medesimo intervento del legislatore ordinario. E ciò tanto più ove si tenga conto che, fra i predetti limiti «negativi» di cui al 2° co., ve ne è uno, quello del non contrasto con «l'utilità sociale», la cui vaghezza ed indeterminatezza ne rende quanto meno complessa l'immediata operatività, implicando l'opportunità, ove non la necessità, dell'intermediazione del legislatore».

[25] L'esistenza della riserva di legge implicita è stata, infatti, confermata anche da A.M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Foro it.*, LXXXI, 1958, 59; S. FOIS, *Osservazioni*

sancita dall'art. 41 Cost., per effetto della previsione recata al c. 2, deve ritenersi configurata una riserva di legge implicita, il cui rispetto si impone ogni qual volta in cui l'iniziativa economica privata debba essere limitata nel bilanciamento con altri valori e/o diritti[26].

3. Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata del periodo emergenziale

I profili sinora evidenziati rivestono una fondamentale importanza nell'ottica della verifica della legittimità delle misure emergenziali limitative dell'iniziativa economica privata.

Si è detto che le misure introdotte in materia sono state varie e differenziate nel corso del tempo, e sono andate di pari passo (o, quantomeno, questo era l'obiettivo) con l'andamento della curva dei contagi.

Con particolare riguardo all'art. 41 Cost. – al di là, ovviamente, delle chiusure delle attività produttive che hanno caratterizzato il periodo del *lockdown*[27] – non v'è dubbio che le restrizioni più significative siano state quelle introdotte nel corso del periodo autunnale del 2020.

Concretamente, infatti, è proprio a tale periodo che risalgono, ad esempio, il d.P.C.M. 24 ottobre 2020[28] e quello del 3 novembre 2020[29], con i quali, tra

sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost., in *Giur. cost.*, 1958, 23; A. CERRI, *Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica*, in *Giur. cost.*, 1968, 2235 ss. *Contra* si sono espressi, invece, C. ESPOSITO, I *tre commi dell'art. 41*, cit., 33 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica*, cit., 606, secondo cui i tre commi dell'art. 41 Cost. avrebbero oggetti di riferimento diversi, venendo meno la possibilità di una lettura unitaria dell'articolo in questione. I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *federalismi.it*, 8/2020, in part. 77.

[26] In dottrina si è discusso anche sulla questione della natura di tale riserva, contrapponendosi sul punto quanti, come M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, 140 ss., ma non solo, l'hanno qualificata come relativa e chi, *contra*, tende ad attribuirle carattere assoluto, come S. FOIS, *Osservazioni sui limiti*, cit.

[27] Del cui regime tratta F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid- 19*, 6 aprile 2020.

[28] Consultabili online al seguente indirizzo: *https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico*.

[29] Di tale decreto tratta I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 141, mettendo in evidenzia come, sebbene si tratti del primo provvedimento dall'inizio della pandemia che sia stato adottato la base di un previo confronto in Parlamento e tenendo in considerazione almeno alcuni degli atti di indirizzo che sono stati adottati dalle Camere, esso risulta comunque «tra i più controversi della prolungata sequenza», ponendo molteplici interrogativi dal punto di vista del rispetto del principio di legalità. Considerato, infatti, che il decreto, al fine di affrontare la fase critica della seconda ondata, demandava a una ordinanza ministeriale il potere di collocare, per un periodo iniziale di 14 giorni, una Regione all'interno di c.d. zone "rosse" o "arancioni", con una serie di conseguenze in termini di restrizioni delle libertà fondamentali (da quella di circolazione a quelle economiche), secondo l'Autrice «I dubbi sorgono proprio con riferimento al tipo di fonte utilizzata per conferire un potere amministrativo capace di affievolire i diritti costituzionali».

le altre misure adottate, è stato previsto a livello nazionale che «le attività dei servizi di ristorazione (fra cui bar, pub, ristoranti, gelaterie, pasticcerie) sono consentite dalle ore 5.00 fino alle ore 18.00; il consumo al tavolo è consentito per un massimo di quattro persone per tavolo, salvo che siano tutti conviventi; dopo le ore 18,00 è vietato il consumo di cibi e bevande nei luoghi pubblici e aperti al pubblico».

Si tratta di misure assai restrittive, l'adozione delle quali – si vedrà – ha originato un significativo contenzioso giudiziale.

4. I verbali del Comitato tecnico-scientifico e il fondamento motivazionale delle limitazioni

Alla luce di esse, il punto su cui si ritiene di dover ora particolarmente focalizzare l'attenzione è quello evidenziato in apertura, concernente, cioè, l'idoneità dei pareri resi dal Comitato tecnico-scientifico, e quindi delle argomentazioni rinvenibili nei relativi verbali, a fondare le decisioni assunte dal Governo con i provvedimenti emergenziali.

Proprio in quest'ottica, e per rimanere all'esempio fatto, può allora osservarsi come il citato d.P.C.M. 3 novembre 2020 rechi in sede di preambolo la seguente dicitura: «Visti i verbali nn. 122 e 123 delle sedute del 31 ottobre e del 3 novembre 2020 del Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni e integrazioni».

Di essa occorre tener conto.

Se, infatti, si considera che le espresse motivazioni delle restrizioni introdotte con riguardo allo specifico settore dei servizi di ristorazione non vengono indicate nel corpo del decreto, dalle relative premesse può, però, desumersi che il corrispondente fondamento motivazionale debba essere ricercato all'interno dei verbali ivi menzionati.

Eppure, che sia davvero così è, quantomeno, legittimo nutrire qualche dubbio.

Nel richiamato verbale n. 122 del 31.10.2020, infatti, che consta di sole 7 pagine, il Comitato tecnico-scientifico dà solamente conto del fatto che già con il d.P.C.M. 24.10.2020 sono state introdotte differenti e progressive misure di restrizione, di cui l'organo si riserva di valutare gli effetti una volta trascorsi non prima dei quattordici/ventuno giorni dall'adozione delle stesse.

Inoltre, per fornire riscontro alla specifica istanza del Ministero della Salute relativa ai criteri di individuazione delle aree territoriali eventualmente necessitanti di un inasprimento delle misure di contenimento, si dà atto del disposto rinvio della seduta a una successiva riunione del 3.11.2020, nel cui verbale, pertanto, – data la loro assenza nel n. 122 – ci si aspetterebbe a questo punto

di rinvenire le ragioni giustificative delle misure limitative introdotte dall'Esecutivo.

In realtà, nel successivo parere n. 123 (di sole 4 pagine) relativo a tale riunione, si legge solamente che il Comitato tecnico-scientifico «valuta congruo l'impianto generale del DPCM» del 3.11.2020 nel frattempo fatto pervenire in bozza dal Governo, dal momento che le misure ivi previste – si dice – risultano «commisurate alla attuale fase epidemiologica», per descrivere e certificare la quale vengono, quindi, allegati in calce al verbale medesimo più di venti grafici di non immediata lettura, e comunque nessuno dei quali specificamente riferito all'attività economica e al pericolo di contagio legato al suo possibile svolgimento.

Sempre nel citato verbale, poi, il Comitato spende alcune specifiche considerazioni sulle misure relative alla didattica a distanza nelle scuole e sulle disposizioni in materia di navi da crociera e navi di bandiera estere, senza nulla approfondire, invece, in ordine alle attività commerciali e/o, più in generale, alla libertà di iniziativa economica privata.

Alla luce del quadro descritto, pare, dunque, doversi ricavare che la motivazione sottesa alle misure (comunque, fortemente limitative) introdotte in materia di art. 41 Cost. con il citato d.P.C.M. 3.11.2020, vada ricercata nella complessiva valutazione di congruità dell'impianto generale del decreto in questione, che il Comitato tecnico-scientifico esprime nel verbale n. 123.

L'interrogativo che occorre porsi è, quindi, se simile inciso, peraltro di carattere generale, sia sufficiente a costituire l'effettivp fondamento motivazionale delle limitazioni governative adottate in *subiecta materia*.

5. Il parere n. 850 del 13 maggio 2021 del Consiglio di Stato

Proprio sul fatto che tale *modus procedendi* dell'Esecutivo possa essere considerato legittimo sono stati espressi dei dubbi, i quali – come anticipato – sono stati portati anche all'attenzione dei giudici, in special modo del giudice amministrativo: le misure limitative introdotte con riguardo all'art. 41 Cost., infatti, hanno dato luogo a molteplici contenziosi.

Tra le pronunce che ne sono scaturite, ai fini del nostro discorso (ma non solo), è di particolare rilievo e interesse una recente statuizione resa dall'Adunanza della I sez. consultiva del Consiglio di Stato, in sede di espressione del parere per la decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Il riferimento è alla pronuncia n. 850 del 13.05.2021[30], adottata all'esito dell'impugnativa proprio dei d.P.C.M. 24.10.2020 e 3.11.2020 cui si è fatto

[30] Per un primo commento a tale decisione, si vedano A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.? (In margine a Consiglio di Stato parere n. 850 del 13 maggio 2021)*, in *www.giustamm.it*; M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico*, in *Giur. It.*

precedentemente riferimento, con peculiare riguardo alla parte in cui erano state introdotte limitazioni all'attività di ristorazione.

Si tratta di una statuizione di rilievo perché, oltre – si suppone – a orientare le future decisioni del giudice amministrativo su fattispecie analoghe e ancora pendenti, per quanto di maggior interesse, sottolinea la piena legittimità delle limitazioni introdotte all'attività economica, anche sotto il profilo motivazionale[31].

In particolare, tralasciando di affrontare le questioni afferenti al merito delle limitazioni introdotte con i decreti impugnati[32], sono due i punti che, in questa sede, meritano di essere segnalati.

Il primo, conseguenza del secondo, è che il Consiglio di Stato, àncora la valutazione di legittimità dell'istruttoria sottesa ai provvedimenti governativi alla stessa esistenza del Comitato tecnico-scientifico: secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, testualmente, «L'adeguatezza dell'istruttoria tecnico-scientifica a supporto di tutte le misure adottate è stata del resto assicurata dal Comitato Tecnico Scientifico appositamente costituito», di cui, dunque, tra le righe, sembra postularsi, se non proprio l'"infallibilità", quantomeno la sicura idoneità, in quanto organo *ad hoc* costituito e a ciò ontologicamente preposto, a fondare sotto il profilo istruttorio le varie limitazioni introdotte dall'Esecutivo.

Quanto, invece, al secondo aspetto, dal punto di vista dell'onere motivazionale relativo alle misure restrittive introdotte, la pronuncia, nel proprio *iter*, risulta particolarmente significativa.

Il perché è presto detto.

Nel caso scrutinato, infatti, il ricorrente, nella sua qualità di gestore di un ristorante[33], tra le altre censure proposte, aveva impugnato i citati d.P.C.M.

[31] La rilevanza della pronuncia risiede anche nel fatto che, con essa, si afferma con decisione la compatibilità costituzionale con il sistema delle fonti del diritto dei d.P.C.M. adottati dal Governo per fronteggiare la situazione emergenziale. Tema di cui si è recentemente occupata anche la Corte costituzionale con la sentenza 22 ottobre 2021, n. 198.

[32] Nel merito, il Consiglio di Stato ha ritenuto che le misure limitative introdotte con i decreti impugnati abbiano costituito ragionevole applicazione del principio di precauzione, la cui prevalenza sul principio di proporzionalità, in una delicata operazione di bilanciamento, secondo il Collegio, è «ragionevolmente motivata in relazione al presente contesto di emergenza sanitaria, caratterizzato dalla circolazione di un virus sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica, con la logica conseguenza che, non essendo conosciuti, né prevedibili con certezza i rischi indotti da attività lavorative e commerciali potenzialmente pericolose, l'azione dei pubblici poteri ben può e deve tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, a tutela del valore primario della salute».

[33] Una rapida, ma esaustiva, ricognizione del caso oggetto di scrutinio è offerta da M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM*, cit., 5/6.

In pillole, il ricorso straordinario era stato proposto dal gestore di un ristorante, che era risultato destinatario della sanzione amministrativa della chiusura per quindici giorni per violazione dei d.P.C.M. 24.10.2020 e 3.11.2020, in quanto, al fine di effettuare una manifestazione di protesta contro

24.10.2020 e 3.11.2020, anche sotto il profilo del *deficit* di motivazione, e, al riguardo, aveva eccepito il contrasto di tali provvedimenti con l'art. 3 della l. n. 241/1990[34].

Sullo specifico punto, la pronuncia offre spunti di sicuro interesse.

Se, infatti, è vero che il Consiglio di Stato giunge a escludere la fondatezza del vizio in questione sulla scorta del rilievo per cui «Nei decreti impugnati vi è peraltro un espresso rinvio ai verbali delle sedute del Comitato tecnico-scientifico», è, però, altrettanto vero che il Collegio, prima di addurre il riferito argomento della motivazione *per relationem* per mezzo del rinvio ai verbali n. 122 e 123 del 2020 del Comitato[35], oppone alle allegazioni del ricorrente quello della natura dei d.P.C.M. emergenziali quali «atti generali»[36], o comunque, in

le restrizioni imposte dal Governo, aveva tenuto aperta la propria attività anche oltre l'orario di chiusura da essi stabilito, al fine di offrire la cena a novanta persone. Con il ricorso, è stato sostanzialmente eccepita l'illegittimità dei decreti impugnati, in quanto ritenuti in contrasto con la Costituzione, nella misura in cui con essi si è inciso, mediante l'adozione di meri atti amministrativi, sull'esercizio dei diritti fondamentali al lavoro e sull'iniziativa economica privata, nonché per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., che limitano la delega di attività legislativa, non ritenendosi a tal fine sufficienti i vari decreti-legge che si sono susseguiti nel tempo in materia. Veniva, inoltre, eccepito il vizio di difetto di motivazione dei provvedimenti impugnati, spiegate specifiche censure nei confronti del provvedimento del Questore di concreta irrogazione della sanzione, e richiesto il risarcimento del danno patrimoniale in misura pari alla perdita del fatturato giornaliero per ogni giorno di chiusura.

[34] Si tratta, come noto, della disposizione che sancisce l'obbligo generalizzato di motivazione per i provvedimenti amministrativi.

In generale, può ricordarsi come quello dell'inadeguatezza della motivazione dei decreti emergenziali rappresenti un elemento ricorrente, che già la dottrina ha provveduto a mettere in luce: cfr., in questo senso, A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, in part. 153.

[35] Si tratta di un argomento la cui potenziale efficacia è, peraltro, "sopravvenuta" nel tempo rispetto alla fase iniziale di gestione dell'emergenza. Come si è già avuto modo di sottolineare (cfr., *supra*, *sub* nota n. 10), infatti, in un primo momento era stato instaurato un regime di inaccessibilità rispetto ai pareri del Comitato tecnico-scientifico, successivamente venuto meno, anche grazie a talune controversie instaurate dinanzi al giudice amministrativo in materia di accesso civico generalizzato.

Si è pure già accennato nel testo che la tecnica utilizzata per la redazione dei d.P.C.M. è proprio quella della motivazione a mezzo di rinvio ad altri atti amministrativi e/o ai verbali del Comitato tecnico-scientifico.

È noto, però, che affinché tale tecnica di redazione degli atti amministrativi possa essere considerata legittima, tutti gli atti richiamati in motivazione devono essere disponibili a tutti: è in quest'ottica, quindi, che, laddove non si fosse garantita la pubblicità dei verbali dei tecnici, non sarebbe stato possibile parlare di motivazione *per relationem* dei decreti governativi.

[36] Per una ricognizione delle caratteristiche proprie di questi atti, sia di quelli a contenuto normativo che non, sia consentito rinviare, senza pretesa di esaustività, a A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro. it.*, 1954, 10, 218 ss., nonché in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, 449 ss.; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4 ,1076 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 365 ss.

subordine, di «alta amministrazione»[37], per tal via escludendone (nel primo caso) o comunque mitigandone (nel secondo) l'assoggettamento alla regola generale sancita all'art. 3 della l. n. 241/1990.

Tale scelta non appare priva di significato.

Una possibile e plausibile lettura di essa, infatti, è nel senso che se i giudici di Palazzo Spada fossero stati davvero convinti dell'idoneità dei citati pareri del Comitato a fondare sotto il profilo motivazionale le misure di cui ai d.P.C.M. impugnati, avrebbero allora probabilmente addotto dapprima tale argomento, e solamente poi, *ad abundantiam*, avrebbero aggiunto anche quello relativo alla natura giuridica dei decreti presidenziali.

Anche perché, tra le altre cose, su tale ultima specifica (e ormai annosa) questione, l'avviso espresso sul punto si pone in evidente contrasto con l'indirizzo affermato da altre precedenti pronunce rese dallo stesso giudice

[37] Nel caso di tale categoria di atti, il rispetto dell'onere motivazionale è normalmente stemperato. Invero, la natura ampiamente discrezionale che caratterizza la categoria degli atti di c.d. "alta amministrazione" fa sì che il sindacato del giudice amministrativo debba limitarsi al rispetto delle regole procedimentali che presiedono alla loro formazione e alla sussistenza di una adeguata motivazione che dia conto delle ragioni e dei presupposti assunti a giustificazione dell'atto, senza alcuna possibilità di entrare nel merito della scelta operata dalla Amministrazione. In dottrina, cfr. al riguardo M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa : riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, 2009; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti politici e atti di alta amministrazione,* in *Dir. pubbl.,* 1/2009, 101 ss.; C. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, 1 ss.. F. CUOCOLO, *Alta amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani,* Roma, 1991, 1 ss.; G. CREPALDI, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Foro amm. Cons. Stato.,* 12/2003, 3688 ss.; C. TUBERTINI, *Atti politici e atti di alta amministrazione,* in *Diz. dir. pubbl*, vol. I, Milano, 2006, 516 ss.; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di Governo multilivello,* Napoli, 2009; L. FASCIO, *L'attività di alta amministrazione nelle Regioni italiane,* Torino, 2014, 1 ss.

amministrativo[38], dal giudice costituzionale[39], e con la maggioranza degli orientamenti emersi in dottrina[40].

[38] Il riferimento è, ad esempio, alla sentenza del T.A.R. Lazio, n. 8615/2020 – rilevante anche in relazione al differente profilo dell'accessibilità dei verbali del Comitato tecnico-scientifico di cui si è trattato *supra*, *sub* nota n. 10 – con la quale il giudice amministrativo, dopo aver evidenziato che «a tali DDPCM., … non (può) innanzitutto attribuirsi la qualificazione di atti normativi, …, in quanto privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico», ha pure chiarito che «Né può ritenersi, comunque, che si tratti di atti amministrativi generali - con i quali hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari», finendo per qualificarli come atti "atipici" di necessità e urgenza.

[39] In materia occorre, anzitutto, ricordare l'orientamento espresso dal Giudice delle leggi già in tempi risalenti, con la sentenza 2 luglio 1956, n. 8, in *Giur. cost*., 1956, I, 602 ss., secondo cui nell'ambito dell'impianto costituzionale repubblicano, i provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa non possono essere equiparati agli atti legislativi neanche quando siano eccezionalmente autorizzati a provvedere in deroga alla legge. Occorre, tuttavia, dar conto di come della specifica questione della natura giuridica dei d.P.C.M. emergenziali, la Corte si sia recentemente espressa con la già menzionata sentenza n. 198/2021, definendoli "atti amministrativi necessitati a contenuto tipizzato". Sulle motivazioni sottese a tale peculiare qualificazione giuridica cfr. M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *federalismi.it*, 27/2021, in part. 83/84.

[40] La questione legata alla individuazione della natura giuridica dei d.P.C.M. è annosa e dipende in parte anche dalla loro mancata regolamentazione, come ricorda C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Il Mulino, 1992, 155.

Come riferisce, infatti, nel proprio recentissimo contributo M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia*, cit., in part. 187, e venire in evidenza sono atti dalla «natura multiforme e per ampi aspetti indeterminata» (ragion per la quale, secondo l'Autore, non deve stupire che alla disamina della relativa qualificazione giuridica la Corte costituzionale abbia dedicato ampio spazio nella citata sentenza n. 198/2021).

Ad ogni modo, già prima dello scoppio della pandemia da Covid-19, la dottrina si era profusa nello sforzo di rinvenire una risposta al quesito di cui si discorre, con esiti, tuttavia, incerti. Invero, sulla dubbia classificazione dei d.P.C.M., si vedano F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli, 2018, 34 ss.; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *federalismi.it*, 3/2017; V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2016; S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir*., agg. II, 1998.

Dall'esito degli studi posti in essere in materia, si comprende, dunque, come non sia agevole giungere a una classificazione generalizzata della figura del d.P.C.M.: già nella casistica pre-pandemica, infatti, è possibile ravvisare casi di decreti aventi natura di atti amministrativi, a fianco di altri in cui è evidente la natura regolamentare, senza contare quelli aventi atti a contenuto normativo, ma non regolamentare.

La questione deve allora essere focalizzata sui decreti specificamente adottati per far fronte al deflagrare dell'emergenza Covid-19.

Proprio in relazione a essi, occorre ricordare come siano state elaborate varie teorie in dottrina, di cui una ricognizione è offerta da M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia*, cit., in part. 186/187.

A integrazione della stessa, può dirsi che gli orientamenti complessivamente emersi sembrano essere i seguenti:

- *d.P.C.M. come "atti di rango secondario"*: cfr. A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.?*, cit.

- *d.P.C.M. come "atti amministrativi"*: in questo senso, si vedano I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 138; L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» *e* «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale*, cit., 16; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, 149.

Il punto è, comunque, di sicuro interesse, atteso che, nei fatti, l'ordine degli argomenti è stato invertito dal Consiglio di Stato rispetto alla ricostruzione più sopra proposta, allorché si è messa in dubbio l'idoneità della tecnica del "rinvio" ai verbali del Comitato a fornire il supporto motivazionale delle decisioni governative del periodo emergenziale[41].

6. Considerazioni conclusive

Quanto si è cercato sin qui di evidenziare, anche mediante il richiamo, sul profilo d'interesse, alla citata pronuncia n. 850/2021, assume peculiare rilievo in ordine alla questione cui si accennava in apertura: quella della compatibilità costituzionale delle limitazioni introdotte rispetto alla libertà di iniziativa economica privata.

Per poter (almeno tentare di) dare a essa una risposta, è necessario considerare e scrutinare le singole misure restrittive introdotte dal Governo con

- *d.P.C.M. come "atti amministrativi generali"*: cfr. A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, …, cit.*, 153; A. SAITTA, *Il codice di protezione civile e l'emergenza pandemica*, cit., 846.

- *d.P.C.M. come "ordinanze"*: di tale avviso si mostra M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., il quale sottopone ad articolata critica l'impostazione prescelta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 198/2021, escludendo che i decreti in questione possano davvero essere qualificati quali "atti amministrativi necessitati", sia sulla scorta di un argomento letterale che di argomenti di merito, mostrandosi più propenso a ricondurli, per l'appunto, «al *genus* delle ordinanze» (cfr., in tal senso, ID., *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 5, nonché ID., *Comitato per la legislazione e dPCM: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, 401ss.), nonché E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia*, cit., 75, e U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 1/2020.

- *d.P.C.M. come "atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi"*: cfr. M. DE NES, *Emergenza CoViD-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, 316.

- *d.P.C.M. come "atti normativi non regolamentari"*: v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit.

- *d.P.C.M. come "atti normativi regolamentari"*: cfr. G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2020, e ID., *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, 574; A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020, 7

- *ulteriori prese di posizione*: la ricognizione può essere completata mediante riferimento anche al pensiero di M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia*, cit., in part. 197/198, il quale, rilevatane l'assenza di una compiuta regolamentazione, ne propone due possibili classificazioni: la prima consiste nel considerarli alla stregua dei "decreti ministeriali semplici", l'altra invece nel riconoscere loro un peculiare *status* in ragione del ruolo del Presidente del Consiglio e delle funzioni di coordinamento e indirizzo unitario che gli vengono direttamente riconosciute dall'art. 95 Cost., riguardandoli, dunque, alla stregua di un *tertium genus* nell'ambito delle fonti normative del governo.

[41] Per tale ragione, si è, dunque, di avviso opposto rispetto al pensiero di M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM*, cit., in part. 9, che, commentandola, ha evidenziato la marginalità, nella pronuncia di cui si discorre, dello scrutinio inerente al vizio di motivazione sollevato da ricorrente.

peculiare riguardo a quei limiti e a quelle garanzie della libertà in parola che sono esplicitamente e implicitamente previste dall'art. 41, e di cui si è dato conto in precedenza.

Da questo punto di vista, anzitutto, nessuna questione pare poter essere posta in ordine al rispetto dei limiti negativi di cui al c. 2 della citata disposizione costituzionale, in quanto non v'è dubbio che, in un ragionevole bilanciamento tra valori e libertà costituzionali, tanto i decreti-legge, quanto i d.P.C.M. adottati dal Governo, abbiano trovato sicura copertura nell'art. 41 Cost., perché finalizzati alla tutela dell'incolumità pubblica dei cittadini[42] e del diritto alla «salute collettiva»[43].

Ben più complesso è il discorso da farsi, invece, a proposito dell'osservanza della riserva di legge implicita di cui – si è detto – la giurisprudenza costituzionale ha ravvisato l'esistenza proprio a garanzia delle limitazioni di cui al c. 2 dell'art. 41.

In argomento, infatti, sono ravvisabili argomenti e considerazioni differenti che sembrano poter orientare la questione verso esiti diametralmente opposti.

Al riguardo, l'unico aspetto in ordine al quale può ravvisarsi l'unanimità dei consensi è rappresentato dalla violazione che della citata riserva di legge è stata perpetrata da tutti i decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri in attuazione del decreto-legge n. 6/2020[44].

Si fa riferimento al primissimo decreto-legge adottato dal Governo nel periodo emergenziale, le cui criticità devono essere appuntate nell'intervenuta adozione di una disciplina "allargata"[45]: il decreto, infatti, con una sorta di «delega in bianco»[46], per evitare il diffondersi del virus, abilitava le autorità competenti ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, c. 1[47]), recando,

[42] Il concetto di incolumità pubblica, infatti, come visto, rientra in quello di «sicurezza» di cui parla la disposizione costituzionale.

[43] Si è evidenziato, invero, come il diritto alla salute integra un valore costituzionalmente tutelato (dall'art. 32 Cost.), afferendo, per tal via, al concetto di «utilità sociale», oltre a essere stato più recentemente costituzionalizzato quale limite espresso all'art. 41.

[44] In particolare, in attuazione del citato decreto-legge n. 6/2020 sono stati adottati i d.P.C.M. del 23 febbraio 2020, 25 febbraio 2020, 1° marzo 2020, 4 marzo 2020, 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020.

[45] Al riguardo, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia*, cit., in part. 69/70, parla di disciplina «a fattispecie aperta».

[46] L'espressione è di V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile*, cit., in part. 10/11. Similmente, parlano di «norma in bianco» e di «delega in bianco», I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 136 e A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia*, cit., 23.

[47] Nello specifico, la norma, prevedeva simile potere al fine di «evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus». Al riguardo, I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 136, parla di «disposizione perplessa». Perplessità che, peraltro,

peraltro, una indicazione meramente esemplificativa delle misure in concreto adottabili (art. 1, c. 2).

Esso, oggetto di ampia critica in dottrina proprio per la labilità dei contorni entro i quali erano stati delineati i poteri del Presidente del Consiglio e delle fattispecie cui sottoporre i relativi provvedimenti, nonché di quelli delle altre autorità abilitate a intervenire[48], precisamente in relazione a tali aspetti è stato censurato, ancorché implicitamente, anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale[49] e amministrativa[50].

Può, quindi, affermarsi che nella fase primigenia della gestione dell'emergenza, le limitazioni introdotte rispetto alla libertà sancita dall'art. 41 Cost. si siano certamente poste in contrasto con la relativa riserva di legge implicita contenuta al c. 2[51].

aumentano se si ha riguardo all'art. 2, il quale ha pure previsto la residuale possibilità di attuare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia, anche al di fuori dei casi specificamente indicati all'art. 1, c. 1.

[48] Come rammenta G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica*, cit., Milano, 2021, 79, a fronte dell'eccessivo e indeterminato potere riconosciuto al Governo dal decreto-legge in questione, in spregio alle garanzie sottese al principio di legalità, molte sono state le critiche mosse. Sul punto, si può rinviare, tra i tanti, ad A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto*, cit., 571, G. SILVESTRI, *Covid-19*, cit., 5; U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021, 30; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, 1/2020; V.M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il coronavirus*, in *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), 2020, 44 ss.; L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» *e* «principio di legalità» *in tempo di emergenza nazionale*, cit., 13.

[49] Di tale avviso si mostra M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., 83, ancora con riferimento alla sentenza n. 198/2021. Nello stesso senso, cfr. anche M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia: …, cit.*, 185, secondo cui «La Corte compara le misure contenute nel d.l. n. 19 del 2020 con quelle disciplinate dal suo predecessore, di cui censura dunque, implicitamente, l'assenza di tipizzazione e delle necessarie garanzie».

[50] Anche in questo caso ci si riferisce a una pronuncia già citata, ossia il parere n. 850 del 2021 del Consiglio di Stato. Invero, al §6.5. della parte in diritto, si afferma sì che il Governo ha correttamente impostato la sequenza logico-giuridica degli atti-fonte preordinati a fronteggiare la pandemia sullo schema della decretazione d'urgenza attributiva all'Esecutivo di un potere di livello secondario e di provvedimento generale modellato sull'esempio delle ordinanze emergenziali di protezione civile, ma lo ha fatto solo a partire dal successivo decreto-legge n. 19/2020, ossia «Fatta eccezione per il primo dei decreti-legge, che ha iniziato la sequenza sviluppatasi a partire dal mese di marzo del 2020 (ossia il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, la cui struttura logico-giuridica appare diversa rispetto ai successivi interventi normativi)».

[51] Come ricorda M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata*, cit., 72, trattando proprio del decreto-legge n. 6/2020, con specifico riferimento alla libertà di iniziativa economica privata, l'«indeterminatezza della disciplina legislativa ha finito per tradursi nell'assoluta assenza di qualunque criterio orientativo, per il titolare del potere, ai fini della selezione delle attività commerciali e produttive da sospendere o da consentire (con le opportune limitazioni), ossia per l'esercizio in concreto di quello che, in molti casi, sarebbe risultato un vero e proprio *ius vitae ac necis* per la singola attività economica».

Un discorso ampiamente differente va, invece, operato in relazione a tutti gli altri atti di origine governativa successivi al citato decreto-legge n. 6/2020 (le cui criticità sono state corrette da quello adottato immediatamente dopo, ossia il n. 19/2020[52]).

Rispetto a essi, le valutazioni non sono agevoli.

Se, da un lato, infatti – come è stato efficacemente rilevato – anche in relazione al quadro introdotto dal citato decreto-legge n. 19/2020, «sarebbe facile, ma probabilmente troppo semplicistico, considerare insufficientemente "delimitato" il potere governativo e, per ciò solo, violata la garanzia costituzionale della riserva relativa di legge» implicita di cui all'art. 41, c. 2[53], dall'altro, a volerne comunque ammettere l'idoneità a fondare il rispetto della citata riserva, sembrerebbe, però, potersi dire che in situazioni come quella che ha caratterizzato l'emergenza Covid-19, in cui «la disciplina "delegante" di rango primario non [ha potuto] fare a meno di assumere contenuti in qualche modo più "generici" di quanto solitamente si richiederebbe, rimettendosi necessariamente a opzioni "valutative" del potere normativo secondario "delegato", deve ritenersi che la riserva relativa di legge implichi di per sé, come una sorta di "contrappeso", un onere motivazionale più rigoroso in capo al Governo ai fini della dimostrazione – nell'*an* e nel *quomodo* – della riconducibilità degli atti di esercizio di quel potere all'interno del perimetro disegnato dal legislatore primario»[54].

[52] Con esso, infatti, è stata effettuata una più puntuale indicazione dei limiti del potere emergenziale attribuito ai d.P.C.M., con l'indicazione anche di un'elencazione tassativa della tipologia di misure limitative dei diritti e libertà fondamentali in concreto adottabili. Sul punto, invero, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia*, cit., 71, rammenta come con tale provvedimento sia intervenuti a «corregge(re) la criticata generalità della fattispecie aperta» di cui al precedente decreto n. 6/2020. Nello stesso senso si esprime A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia*, cit., in part. 23 ss. In generale, sulle sostanziali differenze tra il quadro delineato dal decreto-legge n. 6/2020 e quello discendente dal successivo decreto-legge n. 19/2020 cfr. M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia*, cit., 178/181, in part. 180/181.

Deve comunque evidenziarsi come, in ogni caso, neppure il sistema delineato dal decreto-legge n. 19/2021 sia andato esente da critiche: in tal senso, cfr. M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19*, cit., in part. 187 ss. e A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto*, cit., 575 ss.

[53] In particolare, criticità rispetto alla tenuta delle riserve di legge previste in Costituzione per effetto della normativa emergenziale sono state espresse da S. MABELLINI, *La problematica tenuta delle riserve di legge nella gestione policentrica*, in *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), 2020, 51 ss., in part. 58.

In materia, si veda anche A. CELOTTO, Necessitas non habet legem*? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, 2020, 45, ove si evidenzia che la forma scelta per la gestione della situazione emergenziale da Covid-19 ha finito con l'influenzare la sostanza, pregiudicando «lo spirito costituzionale della riserva di legge, quale garanzia del confronto pluralistico in Parlamento».

[54] Questo il pensiero di M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata*, cit., 73.

È stato, cioè, condivisibilmente sostenuto che, pur a voler ritenere astrattamente legittima la delimitazione dei poteri emergenziali attribuiti al Presidente del Consiglio di cui al decreto-legge n. 19/2020, in ogni caso, data la specifica peculiarità del contesto emergenziale, ai fini dell'osservanza della riserva di legge implicita *ex* art. 41 Cost., si imponeva a carico del Governo un onere motivazionale rafforzato.

Ciò, è chiaro, nell'evidente tentativo di recuperare "a valle" (nei d.P.C.M.), una garanzia (quella della motivazione) che era mancata "a monte" (nei decreti-legge).

In ordine alle proprie scelte e, quindi, alle limitazioni introdotte, doveva, dunque, ritenersi sussistente a carico del Governo un obbligo rafforzato di motivazione, da esplicitare nell'ambito dei provvedimenti attuativi in concreto adottati, e il cui assolvimento si imponeva indipendentemente dalla qualificazione giuridica che ai d.P.C.M. emergenziali si intenda attribuire.

A deporre in tal senso, del resto, è la fondamentale funzione rivestita dall'obbligo di motivazione, in quanto volto a garantire il controllo sociale sulla non arbitrarietà dell'operato dei pubblici poteri[55].

Controllo che appare tanto più di rilievo in un contesto come quello di cui si discute.

È, infatti, proprio a motivo della peculiarità del quadro normativo dovuto alla eccezionalità della situazione emergenziale – in cui, come detto, la disciplina di cui ai decreti-legge ha assunto contenuti estremamente più "generici" di quella recata dai d.P.C.M. – che il profilo inerente alla natura giuridica dei decreti presidenziali (indipendentemente, cioè, da come li si intende qualificare) non può escludere che, nella valutazione della loro costituzionalità, occorra indagarne il fondamento motivazionale sostanziale.

Ecco il punto: è proprio rispetto a esso e nell'ottica di tale specifica verifica che, a chi scrive, sembra evidente il rilievo da doversi attribuire ai verbali del Comitato tecnico-scientifico.

La domanda che ci si deve, infatti, porre in relazione ai provvedimenti limitativi (nel nostro caso) della libertà di iniziativa economica è la seguente: il descritto onere motivazionale rafforzato è stato davvero osservato dal Governo?

Fornire una risposta certa all'interrogativo posto è compito arduo.

Certo, guardando al caso specifico precedentemente richiamato, ossia quello del d.P.C.M. 3.11.2020, per quanto già evidenziato, potrebbe dirsi che, in effetti, ricercare la base motivazionale delle limitazioni introdotte nei verbali

[55] In tal senso, cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 564. Più in generale, può sottolinearsi la polifunzionalità della motivazione, la quale assolve non solo a una funzione di garanzia del privato nei confronti dell'operato della pubblica amministrazione, ma al tempo stesso integra anche un fondamentale strumento per l'interpretazione e il controllo sull'esercizio del potere amministrativo, nonché per l'accertamento giudiziale dell'atto conseguente.

nn. 122 e 123 del 2020 del Comitato tecnico-scientifico non sia poi così agevole, e ciò, nonostante quanto sul punto affermato dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 850/2021 (alla luce delle riserve e perplessità che, come si è cercato di mettere in evidenza la pronuncia citata suscita sul punto).

Al di là di esso, e potendo ripetere l'analisi anche con riferimento a tutti gli altri decreti presidenziali, si è dell'avviso per cui simile indagine vada realizzata, per l'appunto, "in concreto", ossia caso per caso.

Occorre, cioè, analizzare i singoli d.P.C.M. in combinato con i relativi verbali del Comitato tecnico-scientifico, la cui rilevanza, quindi, sta (anche) nel fatto che, per il tramite dell'esame del loro contenuto, appare possibile fornire una risposta alle questioni poste circa la conformità all'art. 41 Cost. delle limitazioni introdotte in materia di iniziativa economica privata[56].

La considerazione contestuale dei due atti si rende necessaria in quanto, si è detto, i decreti emergenziali hanno un contenuto esclusivamente prescrittivo e non recano l'illustrazione delle ragioni sottese alle misure introdotte.

Pertanto, solo l'esame dei verbali del Comitato tecnico-scientifico di volta in volta resi consente di valutare il rispetto, da parte delle suddette limitazioni, della riserva di legge implicita di cui all'art. 41, c. 2, Cost.

È solo per tal via che, può, quindi, verificarsi se le misure introdotte dall'Esecutivo in materia possano definirsi costituzionalmente legittime, o meno.

Le modalità tecniche di redazione e pubblicazione dei verbali di certo non agevolano il compito in questione[57]: pur tuttavia, essi vanno considerati e analizzati perché rappresentano il fondamentale parametro cui riferirsi per la valutazione in parola.

Il tutto, ovviamente, sempre che si ritenga di aderire alla impostazione, potremmo dire "formalistica", più sopra ricordata, quella, cioè, che fa dipendere il rispetto delle riserve di legge previste in Costituzione dall'assolvimento, da parte del Governo, dell'onere di fornire una più rigorosa illustrazione delle ragioni sottese alle misure da adottare.

[56] Profilo questo che si aggiunge a tutto quanto già evidenziato in dottrina in relazione all'apporto della tecnica alle decisioni politiche (cfr., al riguardo, la nota n. 9)

[57] Sul punto già *supra*, *sub* nota n. 10, si è dato conto della iniziale inacessibilità e della odierna difficoltà di consultazione dei verbali del Comitato tecnico-scientifico, a causa della relativa pubblicazione sotto forma di scansione degli originali documenti cartacei, e connessa impossibilità di esaminarli mediante l'opzione della ricerca testuale.

Si aggiunga ora che, attualmente, i verbali in questione sono resi pubblici nella forma semplici resoconti di carattere stenografico delle sedute dell'organo. Come tali, non contengono una fedele ricostruzione delle differenti posizioni emerse in seno allo stesso e/o delle relative discussioni tra i componenti: si tratta, quindi, di atti "neutri" da questo punto di vista, i quali, anche sotto tale profilo, non agevolano in alcun modo il compito di quanti intendano analizzarli.

Laddove, per contro, dovesse optarsi per una lettura più "sostanzialistica" delle vicende normative che hanno caratterizzato la gestione della pandemia, parrebbe allora doversi concordare con chi, pur ritenendo confliggente con l'impianto costituzionale i decreti presidenziali dell'emergenza proprio a causa «dell'insufficiente garanzia delle riserve di legge poste a tutela dei diritti fondamentali», facendo comunque perno sull'intervenuta approvazione parlamentare del meccanismo di produzione normativa costruito dal Governo, è dell'avviso che «se lo stesso Parlamento non si è "lamentato" di tali violazioni diventa più difficile sostenere - in una lettura sostanzialistica - la radicale incostituzionalità dei DPCM»[58].

[58] Questo è il pensiero di A. CELOTTO, *Che cosa sono i D.P.C.M.?*, cit., il quale, richiamato il ruolo del Parlamento di organo posto a garanzia delle riserve di legge, quale espressione della volontà pluralistica e democratica, osserva che se «proprio il Parlamento, che è stato l'organo più vulnerato dai DPCM, non ha in alcun modo sanzionato il Governo per il ricorso sistematico a tali atti e, anzi, ha puntualmente e regolarmente convertito i DL che hanno scelto di demandare a DPCM le misure sostanzialmente limitative», devono allora essere superate le riserve di chi, come l'Autore, dubita della conformità a Costituzione del modello dei decreti emergenziali del Presidente del Consiglio.

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA FRA GOVERNO E COMITATO TECNICO-SCIENTIFICO: I RIFLESSI DELLA PANDEMIA SUI DIRITTI ALLA CULTURA E ALLO SPORT*

SILVIA TALINI**

Sommario

1. Cultura, sport e Comitato tecnico-scientifico: i confini dell'indagine – 2. Il diritto alla cultura e allo sport nel sistema costituzionale – 3. Il contesto pandemico e la duplice dimensione dell'accesso allo sport e alla cultura – 4. Funzione, tipologie e perimetro di intervento dei pareri espressi dal Comitato tecnico-scientifico nei settori della cultura e dello sport – 5. Pareri degli esperti e provvedimenti adottati in sede locale – 6. Discrezionalità legislativa, scelte normative e conoscenze tecnico-scientifiche: la persistenza di una duplice "fumosità".

Abstract

The article focuses on the issue of limitations introduced to the rights to sport and culture during the Covid-19 emergency and the role played by the Scientific Technical Committee. In particular, starting from an analysis of these rights in the Italian Constitution, the attention focuses on three aspects. The first concerns an analysis of the types of opinions issued by the Technical Scientific Committee on sport and culture, the second focuses on the relationship between the opinions of technicians and the decisions taken at local level, and the third focuses, more generally, on the problems existing in the relationship between legislative discretion, regulatory choices and technical-scientific knowledge.

Suggerimento di citazione

S. TALINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria fra Governo e Comitato tecnico-scientifico: i riflessi della pandemia sui diritti alla cultura e allo sport*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Ricercatrice in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.

Contatto: silvia.talini@uniroma3.it.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Cultura, sport e Comitato tecnico-scientifico: i confini dell'indagine

Come ormai sin troppo noto, alla diffusione del virus Covid-19 ha fatto seguito un profluvio impressionante di provvedimenti e decisioni dall'eterogenea conformazione che hanno prodotto significative limitazioni all'intero novero dei diritti protetti dalla Carta costituzionale e, fra essi, il diritto alla cultura e allo sport[1].

La pandemia, dunque, ha posto nuovamente al centro del dibattito dottrinale le riflessioni concernenti l'annoso rapporto tra conoscenze scientifiche,

[1] È il caso di ricordare come il 30 gennaio del 2020 l'allora Presidente del Consiglio dei Ministri, Giuseppe Conte, abbia dichiarato la sospensione di tutti i voli in arrivo e diretti verso la Cina confermando, contestualmente, i primi casi di contagio da virus Covid-19 in Italia. Il giorno seguente il Consiglio dei Ministri ha deliberato lo stato di emergenza – ai sensi dell'art. 7, c. 1, lett. c) del d.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018 ("Codice della Protezione civile") – per la durata di sei mesi, successivamente più volte prorogato.

A seguito dei citati provvedimenti è immediatamente emersa l'esigenza di trovare un complesso – e mai stabile – punto di equilibrio tra la tutela della salute collettiva (art. 32, primo comma, Cost.) e la garanzia delle libertà costituzionali che ha generato un intenso dibattito in dottrina, sia in ordine alla legittimità delle limitazioni ai diritti protetti dalla Costituzione, sia con riguardo agli effetti sul sistema delle fonti sia, ancora, in ordine al rapporto tra gli attori istituzionali.

In argomento si vedano, *ex plurimis* e senza pretesa di esaustività: G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo: www.costituzionalismo.it, 1, 2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo: www.dirittifondamentali.it, 1, 2020, 590 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 6, 2020; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 6, 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 2, 2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, disponibile all'indirizzo: www.dirittiregionali.it, 21 marzo 2020 e, nella medesima sede, A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato d'emergenza*, 4 aprile 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, disponibile all'indirizzo: www.unicost.eu, 04 ottobre 2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it 2, 2020; F. M. STORELLI, *La graduale limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali nella stagione del coronavirus*, in *Iusitinere*, disponibile all'indirizzo: www.iusinitinere.it, 28 marzo 2020; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo: www.costituzionalismo.it, 1, 2020, 78 ss.

Un'analisi ampia sul tema dell'urgenza e della crisi, nonché sui loro rapporti, è contenuta nel volume di GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, v. spec. il cap. VI in riferimento al concetto di emergenza e il paragrafo conclusivo per quanto concerne i legami tra urgenza e crisi.

Con specifico riguardo al sistema delle fonti e, in particolare, al rapporto tra Parlamento e Governo nella scelta degli strumenti utilizzati per contrastare la pandemia da Covid-19, si rinvia anche ai contributi citati nella successiva nota n. 26 della presente indagine.

Si vedano altresì gli ulteriori lavori pubblicati negli ampi spazi di discussione creati per l'emergenza sanitaria all'interno di diverse riviste: *Focus "Osservatorio emergenza Covid-19"*, in *Federalismi.it*; *Forum "Emergenza CoVid-19"*, in *Osservatorio AIC*; la Sezione *"Emergenza sanitaria e diritti fondamentali"*, in *Dirittifondamentali.it*.

discrezionalità legislativa e scelte normative e – al suo interno – l'urgenza di riflettere sul ruolo assunto dal Comitato tecnico-scientifico (CTS)[2] anche in riferimento alla fruizione dei diritti alla cultura e allo sport.

Le questioni sono molteplici e diversificate. L'attenzione sarà quindi rivolta con particolare riguardo ad alcuni profili posti, inevitabilmente, in un rapporto di forte interdipendenza: prendendo le mosse dall'analisi delle diverse tipologie dei pareri resi dal Comitato in materia di sport e cultura, l'accento sarà posto sul rapporto che intercorre tra le decisioni degli esperti e le scelte adottate anche in sede locale; si tratterà, dunque, di proporre alcune valutazioni d'insieme in ordine al peso che questi atti hanno assunto nell'adozione dei provvedimenti messi in campo dalle forze politiche per far fronte all'emergenza sanitaria e, per altro verso, sulle ragioni e motivazioni scientifiche poste a fondamento dei pareri espressi.

Tuttavia, prima di soffermarsi su tali profili, si ritengono necessarie alcune riflessioni introduttive – propedeutiche alle considerazioni che seguiranno – in

[2] È noto, in effetti, come a seguito della diffusione del Covid-19 sia sorta l'immediata necessità di rivolgersi ad esperti in ambito medico-scientifico al fine di poter adottare i provvedimenti più idonei per tutelare la salute individuale e collettiva. A questo scopo, in Italia, è stato istituito il Comitato tecnico-scientifico (CTS), previsto all'art. 2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020 e formalmente costituito con il successivo decreto del 5 febbraio del Capo dello stesso Dipartimento.

L'ambito di intervento del Comitato è stato in seguito esteso dall'art. 2, c. 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 secondo il quale «per i profili tecnico-scientifici», le misure di contenimento dell'emergenza pandemica devono essere adottate tramite d.P.C.M. «sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico».

In argomento, anche in una prospettiva comparata, v. L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it e, con specifico riferimento al CTS, G. MINGARDO, *Il ruolo del Comitato tecnico scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *Rivista di BioDiritto*, 27 marzo 2020 il quale riflette su diverse questioni, tra cui la composizione del Comitato, il ruolo ad esso assegnato e le modalità di comunicazione degli esperti con l'esterno.

Di recente, ancora sui compiti assegnati al Comitato degli esperti in Italia, v. F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 20, 2021.

Più ampiamente, per un'analisi d'insieme sulle misure adottate durante l'emergenza sanitaria negli altri ordinamenti nazionali, AA.VV. *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato, Atti del Seminario del Dottorato in Scienze giuridiche "Teoria dei diritti fondamentali, Giustizia costituzionale, Comparazione giuridica"*, Università di Pisa, 8 maggio 2020; AA.VV., in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 5 maggio 2020; F.S. MARINI, G. SCACCIA, *Introduzione*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale*, Giappichelli, Torino, 2020, XV ss.; R. TARCHI (a cura di), in *Rivista Gruppo di Pisa*, Quaderno n. 1, fasc. speciale monografico, 2020.

In riferimento al controverso rapporto tra decreto-legge e d.P.C.M. nella gestione dell'emergenza sanitaria si veda la successiva nota n. 26 del presente contributo.

riferimento alla posizione assunta dalla cultura e dallo sport all'interno del più ampio sistema costituzionale.

2. Il diritto alla cultura e allo sport nel sistema costituzionale

La cultura, come noto, trova esplicita protezione all'interno dell'articolo 9 della Costituzione secondo il quale: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica (1 comma). Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione» (2 comma)[3]. È evidente come i Costituenti abbiano accolto una visione "statica", privilegiando un approccio fortemente "materiale" alla cultura confermato, peraltro, dalla stretta correlazione tra protezione del patrimonio storico-artistico e difesa del paesaggio e dell'ambiente tipica del costituzionalismo contemporaneo, quasi a voler ritenere questi principi due volti di un'unica medaglia[4]. Non è presente, al contrario, un riferimento alla cultura nella sua dimensione individuale e collettiva: la prima venne percepita come afferente a una sfera così interna dell'essere umano da risultare insondabile, o comunque, necessariamente sfuggente rispetto all'intervento del legislatore costituzionale, mentre la seconda – ancora carica degli echi del ruolo che aveva giocato all'interno degli Stati totalitari – venne guardata con sospetto e approcciata con circospezione[5].

La visione rigidamente "materiale" della cultura, accolta nella formulazione dell'articolo 9 Cost., è stata tuttavia gradualmente superata grazie all'evoluzione interpretativa: se, in un primo momento, autorevole dottrina aveva fortemente ridotto il suo valore normativo definendola «una "pseudo-

[3] L'articolo 9 Cost. è stato recentemente modificato a seguito della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 ("Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente). A norma del nuovo terzo comma: «[La Repubblica] Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

[4] In questo senso G. CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2019, 21.

L'Autore prosegue specificando come tale approccio "restrittivo", fondato su una visione "statica" e "materiale" della cultura, caratterizzi quasi tutte le Costituzioni europee: ne sono espressione l'art. 23 della Costituzione belga, l'art. 35 della Costituzione ceca, l'art. 22 della Costituzione olandese, l'art. 24 della Costituzione greca, l'art. 11-*bis* della Costituzione lussemburghese, gli artt. 8 e 9 della Costituzione maltese, l'art. 5 della Costituzione polacca, l'art. 9 della Costituzione portoghese, l'art. 44 della Costituzione slovacca e gli artt. 45 e 46 della Costituzione spagnola. Un'importante eccezione nel contesto europeo è rappresentata dall'art. 3 della Costituzione del libero Stato di Baviera (1946), che affianca i due volti della cultura: nel primo comma si afferma che la Baviera è uno Stato di diritto, uno Stato di cultura e uno Stato sociale, mentre il secondo comma sancisce il ruolo delle pubbliche istituzioni nella conservazione del patrimonio culturale che viene, ancora una volta, affiancato al patrimonio naturale (21).

[5] *Idem*, 18.

disposizione" (…) a causa dell'eccessiva indeterminatezza della formulazione»[6], la sua portata normativa è stata progressivamente valorizzata riconoscendo nell'articolo 9 Cost. una «chiara previsione di tipo programmatico» in grado di accogliere una nozione sempre più ampia di cultura[7].

Si è dunque passati da un'iniziale interpretazione letterale e restrittiva, che ne limitava la portata al solo ruolo della Repubblica di curare e promuovere il vasto patrimonio storico, artistico, culturale e paesaggistico presente sul territorio nazionale[8], a un'interpretazione decisamente più ampia, la quale – anche grazie a una lettura sistematica dell'articolo 9 con i successivi artt. 33 e 34 Cost.[9] – attribuisce alle istituzioni pubbliche il compito, ben più ambizioso, di promuovere il progresso culturale di ogni individuo, facendo così emergere un "diritto all'elevazione culturale" della persona.

È percorrendo questo cammino che il modello delineato dalla Costituzione italiana è stato ricondotto a quello dello Stato di cultura[10]: il combinato

[6] V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Cosattini*, XVIII, Università di Trieste, 1948, saggio successivamente ripubblicato, con un significativo mutamento di posizione, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 36.
In riferimento alle ragioni storiche e politiche che hanno condotto al riconoscimento nella Costituzione italiana di una tutela della cultura limitata alla sua accezione più restrittiva, considerando la sola dimensione materiale, si vedano G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 1, 2017, 32; G. SALERNNO, *Identità nazionale e simbolismo costituzionale*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3, 2008, 39 ss. e, nella medesima sede, A. CHIAPPETTI, *Cultura e identità nazionale nella Costituzione italiana*, 51 ss.

[7] Sul punto cfr. M. CECCHETTI, *sub art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 218 e, nello stesso senso, M. BETZU, *sub art. 9*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (fondato da), S. BARTOLE, R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 70. Sia consentito un rinvio alle medesime opere anche in riferimento a una più ampia analisi riguardante l'evoluzione interpretativa dell'articolo 9 Cost. nonché in ordine alle diverse posizioni espresse al riguardo in dottrina.

[8] Sul ruolo dello Stato nella promozione e nella tutela del patrimonio culturale si vedano, *ex plurimis* e senza pretesa di esaustività, M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Giuffrè, Milano, 2015; D. GALLIANI, A. PAPA, *Le basi del diritto della cultura*, Aracne editrice, Roma, 2010; P. BILANCIA (a cura di), L*a valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Franco Angeli, Milano, 2006; F. RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1992 e, dello stesso Autore, *L'arte*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II, Giuffrè, Milano, 2003, 1513 ss.

Sul rapporto tra cultura e democrazia ha molto insistito anche Lorenza Carlassare, v., in particolare, L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, III ed., Cedam, Torino, 2011, 96 ss. La stessa Autrice, in diversa sede, ha recentemente affermato che «La cultura è un mezzo per comprendere la realtà che ci circonda: cultura, istruzione, scuola sono essenziali per la democrazia» (L. CARLASSARE, *Cultura*, in M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione…aperta a tutti*, disponibile all'indirizzo: www.romatrepress.uniroma3.it, II ed., Roma TrePress, 2020, 21-26).

[9] Si tratta, come ben noto, degli articoli che la Costituzione pone a tutela del diritto all'istruzione.

[10] In dottrina è stato osservato come, guardando alle due "componenti" presenti nell'articolo 9 Cost., sarebbe preferibile parlare di uno "Stato di cultura e di scienza" (in questo senso F.G. PIZZETTI, *Sostenibilità culturale e ragionevolezza scientifica nelle scelte "bio-giuridiche": spunti di riflessione*, in P.

disposto degli articoli 9, 33 e 34 Cost. impone la garanzia di un incisivo dovere, quello di promuovere lo sviluppo culturale della società, così delineando uno Stato democratico caratterizzato da una particolare tutela accordata agli istituti e alle formazioni sociali nei quali la cultura viene prodotta e diffusa[11].

Muovendo in questa direzione, i due commi dell'art. 9 Cost. sono stati interpretati, nonostante alcune resistenze da parte del legislatore ordinario[12], in modo da poter tracciare una «traiettoria circolare»[13] in grado di individuarne un «comune contesto rappresentato dal valore estetico-culturale in cui si manifesta l'esigenza di assicurare il progresso culturale della persona umana e della intera comunità civile»[14].

È dunque grazie a questa evoluzione ermeneutica che oggi i valori della tutela del paesaggio e del patrimonio storico, artistico e culturale non possono che legarsi – attraverso un incessante moto osmotico – a quella complessa architettura di diritti posta a fondamento degli orizzonti, anche culturali, della nostra democrazia quali l'eguaglianza, la dignità e il libero sviluppo della persona umana.

Spostando il piano dell'indagine all'ambito sportivo, è noto come il c.d. diritto allo sport – inteso come diritto a svolgere attività fisica, quale elemento fondamentale per l'espressione della personalità, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, nonché per la prevenzione e per il miglioramento della salute

BILANCIA (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, 96).

[11] G. CAVAGGION, *Diritti culturali*, cit., 24.

In questo modo, l'intervento pubblico nella dimensione culturale – ampiamente intesa – è anzitutto volto a rendere effettiva la libertà dell'arte e della cultura. In proposito è stato sostenuto che «a giudizio dei costituenti l'espressione culturale non è libera, senza il supporto dell'amministrazione pubblica; (…) quest'ultima deve quindi provvedere a liberarla dai condizionamenti che gravano sui suoi itinerari e ne comprimono lo sviluppo» (M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Cedam, Padova, 1991, 141).

[12] In questo senso, G. CAVAGGION, *Diritti culturali*, cit., il quale afferma che il «tema della cultura è stato caratterizzato da un'interpretazione della stessa legata alla concezione tradizionale, in cui sono prevalsi per lungo tempo gli aspetti collegati alla tutela, più che alla promozione, del patrimonio culturale» (23).

[13] L'espressione viene utilizzata in M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, cit., 277.

[14] M. CECCHETTI, *sub art. 9*, cit., 221.

In riferimento alla giurisprudenza costituzionale si veda, su tutte, la sentenza n. 239 del 1982.

Una ricostruzione delle decisioni adottate dal Giudice delle leggi in materia di "concretizzazione del diritto alla cultura" è contenuta in G. REPETTO, *Il diritto alla cultura*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, disponibile all'indirizzo: www.gruppodipisa.it, 10 giugno 2016, 27-31.

psico-fisica[15] – non trovi espressa previsione all'interno del testo costituzionale a differenza di quanto avvenuto in altri paesi dell'area europea[16].

Nonostante questo silenzio, grazie – ancora una volta – all'opera di dottrina e giurisprudenza, è ormai pacifico che lo sport rientri all'interno dell'alveo dei diritti inviolabili della persona trovando implicito fondamento in diverse previsioni costituzionali: nel combinato disposto degli artt. 2, 3, come espressione della personalità dell'individuo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali (art. 2), nonché come strumento funzionale al pieno sviluppo della persona umana che i pubblici poteri hanno l'obbligo di garantire e promuovere (art. 3); nell'art. 18, posto a tutela del diritto di associazione; nell'art. 32, come elemento inscindibilmente connesso alla garanzia della salute ampiamente intesa come sfera psicofisica dell'individuo; nell'art. 117, come modificato a seguito della riforma costituzionale del 2001[17], il quale da un lato contempla l'ordinamento sportivo tra le materie oggetto di competenza concorrente (terzo comma); dall'altro vincola l'Italia al rispetto dei plurimi vincoli sovranazionali (primo comma) sottoscritti anche in materia di sport soprattutto come elemento connesso alla garanzia della salute[18].

[15] La definizione è contenuta in E. LUBRANO, *Il diritto allo sport come diritto fondamentale in prospettiva anche costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo: www.dirittifondamentali.it, 2, 2020, 1.

[16] In proposito, è stato affermato che «nel clima, anche di indigenza materiale, in cui è nata la Costituzione, lo sport non abbia assunto agli occhi del Costituente quella rilevanza che oggi, indubbiamente, ha» (F.P. LUISO, *La Giustizia Sportiva*, Milano 1975, 25). Su tale scelta ha certamente influito – come per la dimensione individuale e collettiva della cultura – il ruolo ricoperto dallo sport durante il regime fascista (v. sul punto P. SANDULLI, *Costituzione e Sport*, in *Riv. Dir. Sport*, IV, 2017).

Al contrario, occorre ricordare come lo sport trovi specifica menzione, seppur con spazi più o meno ampi, all'interno di numerose costituzioni moderne dell'area europea tra cui: la Costituzione greca (1975), svizzera (2000), spagnola (1978), portoghese (1976), turca (1982) e ungherese (2011).

Un'analisi comparatistica del diritto allo sport all'interno delle democrazie moderne è contenuta in E. LUBRANO, *Il diritto allo sport*, cit., 241-246 il quale ne propone una classificazione in base alla posizione assunta all'interno del testo costituzionale.

Il medesimo Autore ricorda inoltre come, a differenza di quanto avvenuto nel testo costituzionale italiano, il diritto allo sport ha trovato espressa menzione – anche in tempi risalenti – in diversi atti di normativa primaria. Ne sono esempio la legge n. 91 del 1981 la quale ha riconosciuto il libero esercizio dell'attività sportiva (art. 1) e la legge n. 205 del 2017 che ha espressamente sancito l'esistenza di un vero e proprio diritto allo sport, anche se limitato ai soli minori (art. 1, c. 369, lett. e).

[17] Il riferimento è, naturalmente, alla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001.

[18] In tal senso si vedano, tra gli altri atti, la Carta internazionale per l'educazione fisica, l'attività fisica e lo sport adottata nel 1978 dall'UNESCO la quale individua la pratica dell'educazione fisica come «un diritto fondamentale per tutti» (art. 1), le Raccomandazioni adottate in materia dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e la Carta Olimpica del Comitato Olimpico Internazionale secondo cui «la pratica dello sport è un diritto dell'uomo: ogni individuo deve avere la possibilità di praticare lo sport secondo le proprie esigenze» (art. 1, c. 8).

Con riferimento all'ambito comunitario centrale rilevanza assume l'art. 165 del Trattato dell'Unione Europea il quale sancisce che «l'Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa (…). L'azione dell'Unione è intesa (…) a sviluppare la dimensione

Del resto, il ruolo dello sport come attività a cui deve attribuirsi una specifica funzione sociale è stato altresì posto in luce dalla stessa Corte costituzionale la quale, già a metà degli anni '70, giunse a considerarlo come «un'attività umana cui si riconosce un interesse pubblico tale da richiederne la protezione e l'incoraggiamento da parte dello Stato»[19].

Dunque, al di là del suo mancato e assai dibattuto riconoscimento espresso all'interno del dettato costituzionale[20], è indubbio che il diritto allo sport, al pari del diritto alla cultura, assuma una centrale rilevanza costituzionale facendo gravare in capo ai pubblici poteri il medesimo obbligo di azione nella sua promozione e garanzia in vista del libero sviluppo della persona umana.

3. Il contesto pandemico e la duplice dimensione dell'accesso allo sport e alla cultura

Inseriti sport e cultura all'interno del più ampio sistema costituzionale, e spostando l'attenzione su questioni emerse in tempi più recenti, non v'è dubbio che sia il diritto alla cultura sia il diritto allo sport siano stati profondamente incisi dai molteplici provvedimenti adottati nel corso dell'emergenza pandemica da Covid-19. Si è trattato – e si tratta – di atti dall'eterogenea conformazione che hanno prodotto effetti assai incisivi sulle due dimensioni che sembrano connotare i diritti oggetto della presente indagine.

Il riferimento, *in primis*, è alla dimensione più strettamente "professionale" dello sport e della cultura in cui vengono in rilievo tutte quelle misure

europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi». Tale articolo è stato tradotto in uno specifico intervento con la successiva Risoluzione del Parlamento Europeo del 2 febbraio 2012 la quale ha previsto delle puntali azioni in materia di sport e del suo ruolo sociale.

[19] C. cost., sent. n. 57 del 1976.

[20] Diversi autori si sono interrogati sulla posizione da attribuire allo sport – e al suo ordinamento – all'interno del sistema costituzionale richiamando, soprattutto in tempi più risalenti, la nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. Non essendo questa la sede per ulteriori approfondimenti in materia di ordinamento sportivo si rinvia, *ex plurimis* anche in riferimento all'ampia bibliografia richiamata, a P. SANDULLI, *Costituzione e Sport*, cit.; AA.VV. *Diritto dello sport*, Le Monnier, Firenze, 2008; G. VALORI, *Il diritto nello sport*, Giappichelli, Torino, 2005; V. SANNONER, *La Costituzione italiana e lo sport*, in D. MASTRANGELO (a cura di), *Aspetti giuspubblicistici dello sport*, Cacucci Editore, Bari, 1994, 13 ss.; F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Riv. Dir. Sport*, 1993, 327 ss. e, del medesimo Autore, si vedano altresì le ampie riflessioni contenute in *Legge. Ordinamento giuridico pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, in particolare 236-252 e 283-301.

È solo il caso di ricordare che, di recente, anche la giurisprudenza costituzionale è tornata ad occuparsi dell'ordinamento sportivo nella sentenza n. 160 del 2019.

restrittive che hanno inciso in maniera assai significativa sul diritto al lavoro di coloro che operano – a diverso titolo – nel settore degli eventi sportivi e culturali[21].

In secondo luogo la pandemia, e le misure restrittive ad essa conseguenti, hanno altresì prodotto effetti assai significativi sulla dimensione più diffusamente sociale del diritto alla cultura e allo sport come fondamentali strumenti di aggregazione e promozione della persona umana nei differenti spazi e territori. Il riferimento, in proposito, non è esclusivamente alle diverse attività svolte in ambito culturale e sportivo da parte delle istituzioni pubbliche ma anche ad opera dei soggetti privati: si pensi, ad esempio, alle assai numerose realtà associative che operano nelle diverse aree del territorio nazionale – spesso estremamente svantaggiate –, intente a diffondere cultura e sport come strumenti funzionali a creare e promuovere forme di integrazione, inclusione e riscatto sociale[22].

Purtroppo, come anticipato, i provvedimenti adottati nel corso dell'emergenza pandemica da Covid-19 hanno profondamente inciso su entrambe le dimensioni dello sport e della cultura ed è dunque all'interno di questi contesti che si collocano anche le riflessioni intorno ai pareri espressi dal Comitato tecnico-scientifico in questi settori.

Come anticipato, le questioni – proprio in ragione dell'ampiezza delle due dimensioni a cui si è fatto cenno pocanzi – sono molteplici e diversificate; l'attenzione sarà quindi posta con particolare riguardo a tre profili posti, inevitabilmente, in un rapporto di forte interdipendenza.

4. Funzione, tipologie e perimetro di intervento dei pareri espressi dal Comitato tecnico-scientifico nei settori della cultura e dello sport

Volendo offrire, *in primis*, una valutazione d'insieme sui pareri resi dal Comitato degli esperti nei settori dello sport e della cultura, un primo aspetto di

[21] Come noto, alcuni provvedimenti contenenti forti limitazioni all'attività lavorativa hanno condotto a diverse proteste nel settore dello sport e della cultura; si ricorderanno, in particolare, le manifestazioni note con il nome "bauli in piazza" in cui migliaia di lavoratori dello spettacolo – utilizzando come simbolo i tipici bauli neri usati per trasportare attrezzature, scenografie e strumenti necessari per spettacoli e concerti – hanno protestato per l'impossibilità di svolgere, da oltre un anno, la propria attività professionale.

Tutte le misure, anche di natura socio-economica, adottate nel corso della pandemia da Covid-19 nel settore dello sport e dei beni e delle attività culturali sono pubblicate, in costante aggiornamento, sul sito della Camera dei Deputati (www.camera.it).

[22] Non può indagarsi, in questa sede, la rilevante questione concernente il concorso tra intervento pubblico e privato in materia di incentivazione e promozione culturale per la quale si rinvia alle riflessioni compiute in F. RIMOLI, *La libertà dell'arte*, cit., in particolare 273.

interesse può cogliersi nel loro numero assai consistente[23]: sono infatti ben trentadue i verbali del CTS che, solo nel primo anno della pandemia, hanno riguardato i due settori, segno dell'indubbia delicatezza degli interventi adottati, essendo sport e cultura diritti spesso caratterizzati da una forte "aggregazione interpersonale".

Spostando l'attenzione dal numero dei pareri al loro contenuto, può agevolmente individuarsi una prima distinzione basata sulla maggiore o minore ampiezza dell'intervento: se, da un lato, sono stati espressi pareri che hanno insistito su un perimetro assai ampio, avendo ad oggetto il più generale accesso al diritto alla cultura e allo sport (spesso richiesti dai Ministri competenti), dall'altro il Comitato degli esperti ha reso un cospicuo numero di pareri caratterizzati da un ambito di azione decisamente più ridotto e da una natura assai settoriale.

Rientra certamente all'interno della prima categoria il parere n. 21 del 7 marzo 2020, contenente una prima incisiva distinzione basata sulla maggiore diffusione del virus in alcune aree del Paese: nei territori ad elevato tasso di contagio (c.d. "zone rosse") gli esperti hanno ritenuto necessaria l'immediata sospensione di tutte le manifestazioni di carattere culturale e sportivo nonché la chiusura dei luoghi della cultura e dei centri sportivi, restando tuttavia ferma la possibilità di praticare attività motorie all'aperto nel rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro[24]. Al contrario, nelle restanti parti del

[23] Basti pensare al numero assai cospicuo di provvedimenti riguardanti le chiusure e le riaperture degli spazi dedicati allo sport e alla cultura, così come agli atti tesi ad invidiarne le capienze massime consentite nelle diverse fasi della pandemia.

Un'analisi riguardante i più recenti provvedimenti adottati in ambito sportivo è contenuta in M. F. SERRA, *I cambiamenti del settore sportivo nei primi mesi del 2021*, in *Nomos*, disponibile all'indirizzo: www.nomos.it, 1, 2021.

Si rinvia, per una cronistoria dettagliata e in costante aggiornamento delle misure adottate, al già citato sito della Camera dei Deputati (www.camera.it).

[24] Nel dettaglio, il parere del Comitato tecnico-scientifico n. 21 del 7 marzo 2020 ha previsto che nei territori della Lombardia e delle Province di Parma, Piacenza, Rimini, Reggio Emilia, Modena, Pesaro Urbino, Venezia, Padova, Treviso, Alessandria e Asti, venissero adottate le seguenti misure volte al contenimento della diffusione del virus: a) la sospensione degli eventi e delle competizioni sportive di ogni ordine e disciplina, svolti in ogni luogo, sia pubblico sia privato; restando comunque consentito lo svolgimento degli eventi e delle competizioni, nonché delle sedute di allenamento degli atleti agonisti, all'interno di impianti sportivi utilizzati a porte chiuse, ovvero all'aperto senza la presenza di pubblico. In quest'ultimi casi le associazioni e le società sportive, a mezzo del proprio personale medico, devono effettuare i controlli idonei a contenere il rischio di diffusione del virus tra gli atleti, i tecnici, i dirigenti e tutti gli accompagnatori che vi partecipano; b) l'ammissibilità dello sport di base e delle attività motorie in genere, svolte all'aperto esclusivamente a condizione che sia possibile consentire il rispetto della distanza interpersonale di un metro; c) la sospensione di tutte le manifestazioni organizzate nonché degli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi ma aperti al pubblico, quali, a titolo d'esempio, grandi eventi, cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati; f) la chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura; q) la

territorio nazionale, lo stesso parere non prevedeva alcuna limitazione in materia di diritto allo sport e consentiva l'apertura al pubblico dei musei e degli altri luoghi della cultura a condizione che fossero assicurati spazi idonei in dimensioni, modalità di fruizione contingentate del servizio e, in ogni caso, tali da evitare assembramenti all'interno di uno stesso luogo[25].

Nei giorni immediatamente successivi sono stati adottati i due d.P.C.M. dell'8 e del 9 marzo[26] nei quali il Governo, seguendo il principio di massima

sospensione delle attività di palestre, centri sportivi, piscine, centri natatori, centri culturali, centri sociali, centri ricreativi.

[25] In seguito alle condivisibili riflessioni critiche in ordine a un'iniziale mancata pubblicazione dei pareri del Comitato tecnico-scientifico, oggi questi atti sono integralmente reperibili *online* sul sito del Dipartimento della protezione civile (www.emergenze.protezionecivile.gov.it).

In ordine al problema relativo alla trasparenza dei pareri espressi dal Comitato, v. F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico*, cit., in particolare par. 4 e G. MINGARDO, *Il ruolo del Comitato tecnico scientifico*, cit., 2-3. Si rinvia, inoltre, alle riflessioni proposte in argomento nel successivo par. 6 del presente contributo.

[26] Occorre ricordare che i due d.P.C.M. dell'8 e del 9 marzo 2020 sono stati adottati sulla base del decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 il quale, all'art. 2, esorta le autorità competenti ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica tra quelle previste dallo stesso atto nonché le ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1 del decreto. A questo scopo, il successivo art. 3, c. 2, prevede che le misure di cui agli articoli precedenti siano assunte di regola mediante uno o più d.P.C.M. del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale. Si prevede, inoltre, che nelle more di questi provvedimenti governativi, sia consentita – nei casi di estrema necessità ed urgenza – l'adozione delle medesime misure da parte delle istituzioni territoriali in base agli artt. 32, della legge n. 833 del 1978, 117 del d.lgs. n. 112 del 1998 e 50 del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000).

Come anticipato, la dottrina si è ampiamente interrogata sulla legittimità o meno dell'uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – in rapporto con i decreti legge – come principale strumento per contrastare la diffusione del Covid-19. Sul punto, come noto, si è recentemente espressa anche la Corte costituzionale la quale, nella sentenza n. 198 del 2021, ha riconosciuto la liceità dello strumento. In argomento è stato dunque sostenuto che il binomio decreto-legge/d.P.C.M. «alla fin fine ha funzionato e fino ad oggi ha superato indenne le ricorrenti censure che sono state poste all'attenzione di varie istanze di controllo, politico-costituzionale e giudiziario, da ultimo con la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021» (A. SAITTA, *Il codice di protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *ConsultaOnline*, disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org, 3, 2021, 841 ss.). Lo stesso Autore ricorda che «Anche la dottrina che ha studiato questo inedito micro-sistema delle fonti normative dell'emergenza pandemica ha man mano attenuato le prime più aspre critiche», il riferimento è a M. BELLETTI, *La confusione nel sistema delle fonti ali tempi della gestione dell'emergenza da Covid- 19 mette a dura prova gerarchia e legalità,* in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 3, 2020, 189 ss.

Sul punto cfr. altresì M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 2, 2020, 366 ss.; C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema di amministrazione* extra ordinem, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo:

precauzione, ha esteso la maggior parte delle limitazioni contenute nel parere del Comitato tecnico-scientifico a tutto il territorio nazionale: è stata così disposta la sospensione di tutti gli eventi di carattere culturale e sportivo nonché l'immediata chiusura degli spazi culturali e degli impianti sportivi. Inoltre, in conformità all'indicazione contenuta nel parere n. 21 del Comitato, una successiva ordinanza del Ministro della salute[27] ha consentito lo svolgimento dell'attività motoria all'aperto purché nel rispetto della distanza interpersonale di un metro e di ulteriori due limiti consistenti nella prossimità alla propria abitazione e nel carattere individuale dell'attività sportiva[28].

Dunque, guardando al profilo contenutistico, può dirsi che i due d.P.C.M. di inizio marzo si siano posti sostanzialmente "in linea" con le indicazioni espresse nel parere del CTS – peraltro richiamato nella premessa del d.P.C.M. dell'8 marzo 2020 – operando tuttavia un'incisiva scelta "estensiva" in riferimento all'ampliamento del perimetro d'azione delle misure restrittive a tutto il territorio nazionale nel tentativo di arrestare la diffusione del contagio[29].

Ancora in riferimento ai pareri che – sotto un profilo generale – hanno inciso sul "perimetro" dei diritti alla cultura e allo sport si pone un'ulteriore considerazione concernente il loro numero assai esiguo soprattutto nel corso del primo anno della pandemia. In effetti, al di là dei due d.P.C.M. di inizio marzo

www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2021, 96 e, nella medesima sede, E.C. RAFFIOTTA, I *poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*.

Ancora sull'assai discussa relazione tra decreti-legge e d.P.C.M. nel corso dell'emergenza pandemica cfr., *ex plurimis* e su diverse posizioni, P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, disponibile all'indirizzo: www.cortisupremeesalute.it, 1, 2021, 37 ss.; AA.VV., *Fascicolo speciale 2020 - Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 2020; A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del COVID-19*, in *La legislazione penale*, disponibile all'indirizzo: www.lalegislazionepenale.eu, 18 maggio 2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 2, 2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020 e, del medesimo Autore, *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE online*, disponibile all'indirizzo: www.dpceonline.it, 3, 2020; E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioDiritto*, 18 marzo 2020; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020.

Ulteriori riferimenti bibliografici in argomento sono contenuti nella precedente nota n. 1 della presente analisi.

[27] Il riferimento è all'ordinanza del 20 marzo 2020.

[28] Un quadro di sintesi dei provvedimenti adottati nei primi difficili giorni dell'emergenza sanitaria è offerto da V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problemi di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Diritti Fondamentali*, disponibile all'indirizzo: www.dirittifondamentali.it, 1, 20 marzo 2020, 887-889.

[29] Come si avrà modo di specificare, la disciplina nazionale è stata in parte derogata, in alcuni limitati casi, in sede locale (*infra*, par. 5).

pocanzi richiamati, le numerose decisioni assunte dal Governo nei mesi successivi – si pensi ai provvedimenti adottati in materia di riaperture degli spazi sportivi e culturali durante il periodo estivo – sono state per la maggior parte assunte guadando esclusivamente all'andamento della curva epidemiologica, senza cioè che si ritenessero necessari nuovi preventivi pareri da parte del Comitato degli esperti per i quali dovrà attendersi fino ai mesi di gennaio e febbraio dell'anno seguente[30].

Tale scelta, assai criticabile, sembra peraltro muoversi in una direzione diversa da quella tracciata dalla giurisprudenza costituzionale in riferimento al rapporto tra discrezionalità legislativa, scelte normative e conoscenze tecnico-scientifiche. I giudici costituzionali hanno infatti ribadito, in diverse occasioni[31], come nelle materie in cui sono necessarie conoscenze di tipo specialistico, il legislatore non possa esercitare liberamente la propria discrezionalità dovendosi attenere allo stato delle conoscenze scientifiche acquisite tramite istituzioni o organismi tecnico-scientifici qualificati tra i quali rientra, con evidenza, anche il Comitato tecnico-scientifico[32].

[30] Il riferimento è ai pareri espressi dal Comitato tecnico-scientifico nei mesi di gennaio e febbraio 2021.

Con specifico riguardo al diritto allo sport si vedano: il parere n. 144 del 12 gennaio 2021 concernente le linee guida per la ripresa dell'attività motoria e degli sport di base nonché il parere n. 154, reso il 12 febbraio 2021, in materia di riapertura degli impianti sciistici.

In ordine alla ripresa delle attività culturali si veda invece il già citato parere n. 154 espresso dal CTS il 12 febbraio 2021 nonché i successivi pareri n. 158 del 24 febbraio e n. 159 del 26 febbraio.

[31] Si vedano, in proposito, le sentenze pronunciate dalla Corte costituzionale in diversi ambiti: n. 282 del 2002 (competenza legislativa regionale e potere di sospensione di alcune terapie), nn. 151 del 2009 e 162 del 2014 (entrambe in materia di procreazione medicalmente assistita), n. 274 del 2014 (utilizzo delle cellule staminali nel c.d. "caso Stamina"), e n. 5 del 2018 in materia di obbligatorietà vaccinale.

[32] Sul punto anche G. MINGARDO, *Il ruolo del Comitato tecnico scientifico*, cit., il quale, dopo aver affermato che la stessa decisione italiana «di dotarsi di un comitato tecnico-scientifico per fronteggiare l'emergenza sanitaria risulta certamente in linea con le indicazioni deducibili dalla giurisprudenza costituzionale» (4), ricorda come la Corte non ponga in capo al legislatore solamente «un obbligo di consultare e tenere in conto gli indirizzi forniti dagli organismi tecnico-scientifici, ma anche una limitazione alla propria discrezionalità in base ad un rapporto proporzionalmente inverso tra conoscenze scientifiche e oggetto della regolazione: maggiori saranno le certezze scientifiche, minore sarà lo spazio discrezionale del legislatore per decidere nel merito e viceversa» (5). Lo stesso Autore ricorda come, in proposito, si sia parlato di "vincolo modale" (in tal senso, come dallo stesso richiamato, A. D'ALOIA, *voce Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2012, 56).

Un'analisi concernente il complesso rapporto tra democrazia e tecnica, con ampi richiami alla dottrina e alla giurisprudenza in materia, è contenuta in A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018. Si veda altresì, del medesimo Autore nel corso della pandemia, il contributo *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, disponibile all'indirizzo: www.dpceonline.it, 3, 2020, 3277 ss.

Inoltre, sull'annosa questione relativa al rapporto tra scienza, diritto e tecnica prima della diffusione del Covid-19, si veda, anche in riferimento alla bibliografia richiamata, G. FONTANA, *Ricerca*

Decisamente più frequenti nel corso della pandemia sono stati i pareri espressi dal Comitato su questioni assai più specifiche e settoriali, spesso resi su richiesta delle singole federazioni sportive o degli organizzatori degli eventi culturali. Ne sono esempio quelli in materia di condizioni relative alle limitazioni e alle successive riprese di alcuni particolari tipi di sport (ciclismo, nuoto, sci, sport da contatto etc.)[33]; oppure i diversi pareri resi in riferimento alla predisposizione di linee guida per lo svolgimento degli allenamenti di atleti professionisti o per la partecipazione del pubblico ad eventi sportivi e culturali[34]; o, ancora, i pareri aventi natura preventiva espressi dal CTS con riguardo all'adozione di protocolli concernenti specifici eventi con un numero di spettatori superiori a una determinata soglia[35] (è quanto avvenuto, ad esempio, in riferimento ai protocolli riguardanti lo svolgimento del Gran Premio di Formula 1, le partite giocate in casa da alcune squadre della Serie A di calcio o, nel settore della cultura, per l'organizzazione di grandi eventi come la Festa del Cinema di Roma e il Festival di Sanremo)[36].

Volendo offrire una valutazione d'insieme anche di questa seconda tipologia di pareri a carattere settoriale, sembra potersene cogliere almeno tre aspetti d'interesse.

In primo luogo, come anticipato, sono decisamente più numerosi rispetto ai pareri aventi ad oggetto prescrizioni che incidono – a carattere generale – sul diritto allo sport e alla cultura e ciò si deve, con evidenza, alla pluralità dei soggetti richiedenti (singole Federazioni sportive[37], promotori degli eventi culturali e sportivi etc.).

scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

[33] Ne sono esempio i pareri del Comitato tecnico-scientifico nn. 91 del 23 giugno 2020, 94 del 7 luglio 2020 e 103 del 28 agosto 2020.

[34] Si vedano, tra i molti, i pareri nn. 76 del 18 maggio 2020 e 109 del 26 settembre 2020.

[35] Si tratta di una competenza specificamente attribuita al Comitato degli esperti dagli stessi d.P.C.M. Si veda, in via di esempio, il d.P.C.M. del 7 agosto 2020 il quale, all'articolo 1, c. 6, lettera e), prevede che: «(…) in casi eccezionali, per eventi sportivi che superino il numero massimo di 1000 spettatori per gli stadi all'aperto e di 200 spettatori per impianti sportivi al chiuso, il Presidente della Regione o Provincia autonoma può sottoporre specifico protocollo di sicurezza alla validazione preventiva del Comitato tecnico-scientifico ai fini dello svolgimento dell'evento».

[36] In argomento v. i pareri nn. 105 del 3 settembre 2020, 114 del 8 ottobre 2020, 151 del 4 febbraio 2021 e 154 del 12 febbraio 2021.

[37] In questo contesto rilevano, sotto un profilo quantitativo, le richieste formulate al Comitato degli esperti da parte della Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) – spesso per il tramite del Ministero per le Politiche Giovanili e lo Sport e dell'Ufficio per lo Sport della Presidenza del Consiglio dei ministri – su diversi aspetti tra i quali: la possibilità di riprendere gli allenamenti per il calcio professionale (pareri nn. 67 del 7 maggio 2020 e 77 del 19 maggio 2020), la revisione del protocollo concernente l'esecuzione dei test molecolari per la ricerca del virus (parere n. 95 del 16 e 20 luglio 2020), le misure di contenimento del rischio epidemiologico per l'organizzazione di partite a porte aperte (parere n. 98 del 5 agosto 2020).

In secondo luogo, sotto un profilo contenutistico, può dirsi che – nella maggior parte dei casi – le indicazioni contenute nei verbali del Comitato tecnico-scientifico siano state seguite avviandosi, in diverse occasioni, proficue forme di interlocuzione tra richiedenti e Comitato tanto da condurre, in diversi casi, all'espressione di diversi pareri riguardanti un medesimo ambito in vista di una condivisione in ordine alle misure più idonee per contrastare la diffusione del contagio negli eventi sportivi e culturali. È quanto avvenuto soprattutto in riferimento alla predisposizione dei numerosi protocolli relativi ai c.d. *mass gatherings* (grandi eventi) i quali, secondo gli esperti, rappresentano gli appuntamenti maggiormente critici a causa della facilità nella trasmissione del contagio, delle difficoltà nella garanzia di effettive forme di controllo dei dispositivi di sicurezza e della complessità del tracciamento a causa dell'elevato numero di partecipanti[38].

A fronte di numerosi esempi di collaborazione, occorre tuttavia rilevare – qui il terzo aspetto – come non siano mancate anche ipotesi di contrasto tra il parere espresso dal Comitato tecnico-scientifico e le scelte adottate a livello politico: è il caso, in via di esempio, della questione relativa alla ripresa dei c.d. sport da contatto connotati da una forte interazione corporea tra gli atleti (arti marziali, boxe, palla a nuoto etc.). In effetti, nonostante in questo ambito il CTS avesse espresso un chiaro parere negativo a causa dell'impossibilità di garantire un adeguato distanziamento fisico tra gli atleti[39], il Governo ha confermato la propria decisione di consentirne la ripresa contenuta nell'art. 1, c. 1 lett. g) del d.P.C.M. dell'11 giugno 2020.

In questo caso, dunque, la decisione assunta in sede politica si è posta in aperto contrasto con il parere espresso dagli esperti facendo esclusivamente leva sulla significativa diminuzione dei numeri del contagio nel corso dei primi

[38] Si vedano, al riguardo, le riflessioni compiute dagli esperti nei diversi pareri espressi in occasione del torneo di tennis "Internazionali di Italia" (n. 95 del 16 e 20 luglio 2020 e n. 96 del 24 luglio 2020).

[39] Nel parere n. 91, reso il 23 giugno 2020, il Comitato tecnico-scientifico afferma chiaramente che «relativamente alla possibile ripresa delle attività sportive degli sport di contatto, richiamata dall'art. 1 co. 1 lett. g) del DPCM 11 giugno 2020, conferma che con il persistente rischio di ripresa della trasmissione virale determinati da aggregazioni certe come negli sport da contatto, debbano essere rispettate le prescrizioni relative al distanziamento fisico e alla protezione individuale. Per quanto concerne la deroga alle stesse dal CTS validate esclusivamente per quanto riguarda la ripresa delle gare di calcio professionistico limitatamente alla Serie A, si sottolinea come tale deroga sia stata accettata in presenza di un interlocutore formale – la società sportiva – che ha assunto piena responsabilità per quanto concerne l'esecuzione e il controllo di uno stringente protocollo di diagnosi e monitoraggio continui. In considerazione della mancanza di simili protocolli a favore di singoli individui che si dedicano a tali attività a livello amatoriale o di società sportive dilettantistiche, il CTS non ritiene al momento di poter assumere decisioni al riguardo che siano difformi rispetto alle raccomandazioni sul distanziamento fisico».

mesi della stagione estiva[40]. Anche in questo caso, la scelta governativa appare assai criticabile muovendosi all'interno di un contesto che non sembra correttamente compenetrare discrezionalità legislativa e conoscenze tecnico-scientifiche.

5. Pareri degli esperti e provvedimenti adottati in sede locale

Valutati nel loro complesso i pareri che il Comitato tecnico-scientifico ha espresso nei nodali settori dello sport e della cultura, l'attenzione deve ora porsi in riferimento a un aspetto maggiormente specifico, ma non per questo secondario, riguardante il rapporto tra i pareri degli esperti e le scelte adottate anche in sede locale.

È noto, in effetti, come nel corso dell'emergenza sanitaria siano stati adottati numerosi provvedimenti non solo a livello statale ma anche regionale e comunale, sia in forza della normativa di protezione civile, sia di quella sanitaria, «in nome dei principi di sussidiarietà, proporzionalità e adeguatezza, anche se talora, con malcerto fondamento costituzionale»[41].

Con specifico riferimento al diritto allo sport, è già stato ricordato come, nel parere n. 21 del 7 marzo 2020, il Comitato tecnico-scientifico abbia previsto, nelle zone rosse, la prima sospensione delle manifestazioni di carattere sportivo nonché la chiusura dei centri sportivi, lasciando tuttavia ferma la possibilità di praticare attività motorie all'aperto purché nel rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro. Tali indicazioni, come anticipato, sono state recepite ed estese dal Governo a tutto il territorio nazionale con l'adozione dei due d.P.C.M. dell'8 e del 9 marzo i quali, conformemente alle proposte degli esperti, consentivano lo svolgimento delle attività motorie all'aperto purché nel rispetto della ricordata distanza interpersonale e di ulteriori due limiti consistenti nel carattere individuale dell'attività sportiva e nella prossimità alla propria abitazione[42].

Il contenuto dei due d.P.C.M. è stato tuttavia derogato, in alcuni limitati casi, in sede locale attraverso l'adozione di ordinanze che hanno previsto un divieto assoluto di svolgere attività sportiva all'esterno della propria abitazione in alcuni territori. Il riferimento è, in particolare, a due provvedimenti: in sede regionale, all'ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 15 del 13

[40] Sul punto occorre peraltro rilevare come gli sport da contatto, proprio a causa dell'elevato rischio di trasmissione del virus tra gli atleti, siano stati nuovamente vietati nel periodo autunnale ad opera del successivo d.P.C.M. del 24 ottobre 2020.

[41] Letteralmente A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali: "L'isola" della ragione nel caos delle opinioni (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*, in *Giustizia Amministrativa*, disponibile all'indirizzo: www.giustizia-amministrativa.it, marzo 2020, 1.

[42] Il rapporto tra il parere n. 21, reso dal CTS il 7 marzo 2020, e i due d.P.C.M. dell'8 e del 9 marzo è stato già oggetto d'indagine nel paragrafo 4 del presente contributo.

marzo 2020, successivamente integrata dal chiarimento n. 6 del 14 marzo[43] e, in sede comunale, all'ordinanza del Sindaco di Catanzaro del 20 marzo 2020.

Esula dal perimetro della presente indagine un'analisi in ordine alla legittimità o meno degli atti che abbiano introdotto, in sede locale, divieti assoluti in ambito sportivo contrastanti con la disciplina nazionale; preme tuttavia sinteticamente rilevare come al riguardo si concordi con quanti in dottrina hanno espresso forti perplessità in ordine al corretto bilanciamento, a livello regionale e comunale, degli interessi in gioco – tutela della salute collettiva e protezione del diritto allo sport (nel rispetto dei rigidi vincoli posti dalla normativa nazionale) – nonché sul superamento dei limiti imposti dall'osservanza dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in riferimento alla compressione dei diritti fondamentali[44].

[43] L'ordinanza è stata oggetto di un ricorso al TAR campano rigettato con il decreto n. 416 del 18 marzo 2020 adottato ai sensi dell'art. 84 del d.l. n. 17 del 2020 (c.d. Cura-Italia) riguardante le nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e a contenerne gli effetti in materia di giustizia amministrativa. Più nel dettaglio, il Tribunale amministrativo ha respinto la doglianza ritenendo ragionevole la connessione funzionale delle misure previste nell'ordinanza della Regione Campania con l'elevato «rischio di contagio, ormai gravissimo sull'intero territorio regionale», anche alla luce dei «dati che pervengono all'Unità di crisi istituita con DPGR» (n. 45 del 6 marzo del 2020).

[44] Si rinvia, al riguardo, alle riflessioni contenute in E. LUBRANO, *Il diritto allo sport come diritto fondamentale*, cit., 264-265 nonché, come dallo stesso Autore richiamato, alle considerazioni espresse nel già citato contributo di V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale*, cit., in riferimento all'ordinanza del Presidente della Regione Campania e al decreto del TAR n. 416 del 18 marzo 2020. In particolare, con specifico riguardo a tale ultimo decreto, l'Autore afferma che la decisione del Tribunale amministrativo regionale costituisca «un importante precedente per consentire alle Regioni di affermare (o riaffermare) la legittimità dell'esercizio, in funzione derogatoria della disciplina nazionale, del rispettivo potere di ordinanza al fine di contrastare con misure ancor più drastiche di contrazione di diritti e libertà fondamentali l'epidemia in atto nei rispettivi territori. È un rischio da non minimizzare quello connesso all'effetto d'eco che tale decisione del giudice monocratico campano possa produrre, minando irrimediabilmente l'uniformità dell'efficacia della normativa statale emergenziale a favore di una sorta di modello improprio di discipline differenziate per la gestione dell'emergenza. È appena il caso di ribadire come le misure cogenti recate dalle ordinanze regionali, (…), oltre a porre in serio pregiudizio garanzie essenziali connesse alla tutela costituzionale dei diritti, finiscono per investire ambiti materiali e attribuzioni di competenza esclusiva dello Stato. A fronte di una situazione di crisi ormai attestata su livelli di gravità altissimi in ogni parte del territorio nazionale e fronteggiata da un sistema normativo articolato posto in essere dagli organi centrali tende a scomparire ogni fondamento giuridico di validità del potere di ordinanza regionale, che, dunque, diventa non più riconoscibile» (891-892).

Lo stesso Autore, prendendo le mosse dalla giurisprudenza costituzionale in materia di limiti al potere di ordinanza in sede locale (v., in particolare, sentt. nn. 8 del 1956 e 26 del 1961), esprime diverse perplessità anche in riferimento alla precedente ordinanza adottata dal Presidente della Regione Campania l'8 marzo 2020 che aveva disposto, tra le altre misure, la chiusura di ogni palestra e piscina, pubblica o privata, situata nel territorio regionale (*Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *Dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo: www.dirittifondamentali.it, 1, 2020, 10 marzo 2020).

Ulteriori considerazioni critiche proposte dal medesimo Autore, ancora in ordine alle decisioni adottate dal Presidente della Regione Campania e dal Sindaco di Benevento, sono contenute in

Vale altresì la pena ricordare come, in argomento, il Consiglio di Stato abbia recentemente affermato che «in presenza di emergenze di carattere nazionale, (…), pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali»[45].

Ad ogni modo, al di là dell'annoso dibattito in ordine alla legittimità o meno degli atti regionali e comunali nell'introdurre limitazioni ulteriori alle già stringenti misure adottate a livello nazionale, ciò che in questa sede preme rilevare è la totale assenza, nei due provvedimenti locali, di qualsiasi riferimento al parere precedentemente espresso in argomento dal Comitato tecnico-scientifico il quale – come più volte ricordato – aveva fatto salva la possibilità di praticare attività motoria all'aperto anche nelle "zone rosse" (parere n. 21 del 7 marzo 2020).

A ben guardare, infatti, le due ordinanze della Regione Campania e del Sindaco di Catanzaro, a differenza del d.P.C.M. dell'8 marzo 2020 che contiene in premessa un espresso riferimento al verbale degli esperti, non contengono alcun richiamo a tale atto nonostante abbiano disposto ulteriori incisive restrizioni al diritto di praticare attività sportiva, peraltro in territori non inseriti nelle aree ad alto rischio di contagio.

S'impone al riguardo una considerazione.

Se, per un verso, non può certamente affermarsi l'esistenza di un (pericoloso) vincolo perentorio gravante sui decisori politici in ordine all'obbligatorietà di seguire le indicazioni espresse dagli esperti (sia in sede nazionale sia –

Riflessioni sparse sul caso (o sul caos…) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale, in *Dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo: www.dirittifondamentali.it, 1, 2020, 20 marzo 2020.

[45] Punto 8.5 del parere n. 260 espresso dal Consiglio di Stato il 7 aprile 2020 con riguardo all'annullamento dell'ordinanza del Comune di Messina circa l'obbligo di comunicazione e di registrazione dei viaggiatori per attraversare lo Stretto.

L'importanza del parere, nel più ampio contesto pandemico, è stata posta in luce da A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali*, cit., il quale tuttavia ben rileva come «alla fine dell'emergenza sanitaria sarà il caso di ripensare profondamente le modalità giuridiche di gestione dell'emergenza. Perché a mettere ordine non può certo essere la giurisprudenza, che per quanto meritoria sarà sempre analitica e mai sistematica» (3).

Assai critico sul rapporto tra autorità nazionale ed enti locali anche Gaetano Silvestri secondo il quale «La carenza di criteri pre-definiti, lascia largo spazio ad una disordinata corsa a riempire veri o presunti vuoti di disciplina o a dar luogo a normative anche fortemente differenziate non solo per obiettive necessità di adeguamento a situazioni locali, ma anche per pura polemica politica con il Governo nazionale o per smania individualistica di visibilità, in vista del possibile, successivo sfruttamento elettorale. Forse è l'aspetto più triste e squallido delle attuali difficoltà di coordinamento tra autorità nazionali, regionali e locali. Si spera che le attuali difficoltà possano essere di monito a non dimenticare il problema una volta ritornata (come si spera!) la normalità» (G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., par. 5).

e a maggior ragione – a livello locale)[46], per l'altro l'assoluta assenza nelle due ordinanze di qualsiasi riferimento al parere reso in materia dal Comitato tecnico-scientifico deve far riflettere sull'incidenza – o meglio sulla problematica non incidenza – di questi atti, e delle valutazioni scientifiche ivi contenute, soprattutto a livello locale.

Le due decisioni, in effetti, sono state assunte dalle autorità locali esclusivamente sulla base di considerazioni compiute in sede politica, senza tenere in

[46] Da più parti è stato infatti ben rilevato come sia sempre la politica a dover assumere le decisioni, non potendo «porsi in una posizione di volontaria subalternità alla scienza, neanche nello stato di eccezione» (A. IANNUZZI, *Leggi "*science driven*" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 132-133).

Ancora sulla necessità che le decisioni siano sempre assunte a livello politico, C. ACOCCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnicoscientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, cit., secondo cui ciò è necessario allo scopo di non «"diluire" la responsabilità democratica – in termini di legittimazione del potere esecutivo che rimonta al controllo politico esercitato dal Parlamento, ma anche, ed in misura qualificante, alla protezione dei diritti della collettività – e di non incoraggiare uno "scivolamento" verso una legittimazione (esclusivamente e anche solo prevalentemente) scientifica delle decisioni adottate» (284, 285).

In argomento deve tuttavia precisarsi come nelle società moderne la convivenza tra democrazia e tecnica non possa che essere fisiologica; tuttavia la seconda deve sempre assumere una posizione servente rispetto alle scelte operate in ambito di indirizzo politico. Il rischio, se così non fosse, sarebbe rappresentato dal passaggio da una democrazia a una "tecnocrazia". I pericoli di questa deriva, ben prima della pandemia da Covid-19, sono posti ampiamente in luce nell'opera di M. VOLPI, (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al Governo*, Giappichelli, Torino, 2017 nella quale i diversi contributi, anche attraverso un richiamo alla cospicua dottrina in materia, ricostruiscono l'evoluzione del concetto di tecnocrazia, indagano il rapporto tra tecnica e democrazia e riflettono sul conseguente sviluppo della cosiddetta ideologia tecnocratica. In proposito lo stesso M. Volpi osserva, in primo luogo, come la convivenza tra democrazia e tecnica sia fisiologica: le democrazie si servono del supporto specialistico di persone altamente specializzate che pongono le loro competenze al servizio della politica e dell'attuazione dell'indirizzo di governo (2). Dunque, fin quando la determinazione e l'attuazione delle politiche pubbliche sono riconducibili all'alveo delle scelte di indirizzo stabilite all'interno del sistema parlamentare verso cui la tecnica si pone al servizio, non può parlarsi di "tecnocrazia". È solo nel momento in cui la tecnica si sostituisce alla politica e all'ordinario circuito democratico, assumendo in prima persona tanto le decisioni politiche essenziali, quanto la scelta dei mezzi per conseguirli che emerge l'ideologia tecnocratica (3).

Sul rapporto tra democrazia e tecnica, al di là della pandemia da Covid-19, la dottrina è amplissima e si muove in diversi ambiti cfr., *ex multis* e in aggiunta alle opere già citate nelle note precedenti, i contributi ospitati all'interno di G. GRASSO, *Il governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; G. BEDESCHI, *Tecnocrazia, democrazia, società libera*, in A. CARRINO (a cura di), *L'Europa e il futuro della politica*, Stem Mucchi Editore, Torino, 2002; D. FISICHELLA, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Laterza, Roma-Bari, 1997; M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, 1975, trad. it., Milano, 1977; V. DAGNIGNO, *Tecnocrazia*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1933.

Seppur in ambito differente, alcune riflessioni in ordine al complesso rapporto tra democrazia e tecnica sono state proposte anche in S. TALINI, *La forma di governo alla prova delle trasformazioni della (classe) politica. Riflessioni a seguito della formazione del governo Draghi*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo: www.costituzionalismo.it, 1, 2020 al quale sia consentito un rinvio anche per ulteriori riferimenti bibliografici in materia.

alcun modo in considerazione le indicazioni precedentemente espresse dagli esperti: sono state così introdotte limitazioni al diritto di praticare attività sportiva all'aperto ben più stringenti di quelle indicate nel citato – e del tutto ignorato – parere del Comitato (peraltro espresse con esclusivo riferimento ai territori inseriti nelle c.d. "zone rosse").

Si tratta di un silenzio che appare assai criticabile soprattutto alla luce del richiamato assetto costituzionale in materia di rapporti tra tecnica e discrezionalità legislativa il quale imporrebbe, ad avviso della scrivente, non solo un espresso riferimento (quantomeno) all'esistenza e al contenuto del parere ma anche, e soprattutto, un'indicazione in ordine alle motivazioni che, anche in sede locale, hanno condotto all'adozione di soluzioni diverse da quelle proposte da qualificati organismi tecnico-scientifici, soprattutto qualora vengano adottati atti contenenti ulteriori significative limitazioni alle libertà costituzionali.

6. Discrezionalità legislativa, scelte normative e conoscenze tecnico-scientifiche: la persistenza di una duplice "fumosità"

Le riflessioni sinora condotte sui diritti allo sport e alla cultura nel contesto pandemico consentono di svolgere alcune considerazioni conclusive concernenti – più in generale – le annose questioni relative alla formazione, all'incidenza e alla conoscenza dei pareri espressi dal Comitato tecnico-scientifico.

Si tratta di riflessioni tanto più significative alla luce di una consapevolezza: purtroppo, come la stessa comunità scientifica ha più volte ribadito, la pandemia da Covid-19 non può ritenersi un "cigno nero"; la storia del genere umano, anche la più recente, ha infatti conosciuto la diffusione di diverse infezioni virali, basti pensare alla cosiddetta influenza spagnola della prima metà del XX secolo, al virus da HIV/AIDS negli anni '80 e, ancor più recentemente, al virus ebola nel 2016[47]. Riflettere sui pareri adottati dagli esperti e, dunque, sul ruolo della scienza in tali contesti storici, rappresenta quindi anche un'assunzione di consapevolezza circa la necessità di un incessante confronto riguardante gli strumenti utili a far fronte a cicliche situazioni di emergenza sanitaria, volgendo lo sguardo (anche e soprattutto) verso il futuro[48].

Ciò premesso, occorre in primo luogo osservare come, se per un verso è stata superata l'originaria problematica relativa alla mancata pubblicazione dei verbali redatti dal Comitato tecnico-scientifico[49], dall'altro non può negarsi

[47] Gli stessi Coronavirus, in tempi assai recenti, sono stati responsabili anche delle gravi epidemie di SASRS nel novembre 2002 e di MERS nel 2012.

[48] Diverse riflessioni sul punto sono contenute anche in S. TALINI, *I giorni dell'emergenza sanitaria. Ad un anno dalla diffusione del Covid-19*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, v. soprattutto par. 1 e 3.

[49] *Supra*, par. 4 e nota n. 25.

come, anche dall'analisi dei pareri espressi in materia di sport e cultura, continui ad emergere un'eccessiva "fumosità" che produce i suoi effetti soprattutto in due ambiti assai rilevanti: sul peso che questi atti hanno assunto nell'adozione dei provvedimenti messi in campo per far fronte all'emergenza sanitaria e, per altro verso, sulle ragioni e motivazioni scientifiche poste a fondamento dei pareri espressi dagli esperti.

La prima "fumosità", riguardante la poca chiarezza in ordine all'incidenza che i pareri hanno avuto sulle decisioni adottate in sede politica, traspare soprattutto dall'analisi dei provvedimenti assunti negli ultimi due anni i quali, solo in alcuni limitatissimi casi, contengono un riferimento al contenuto del parere reso in materia dagli esperti. In proposito basti rilevare come, nella pagina *web* della Camera dei Deputati dedicata a un'analitica cronistoria degli innumerevoli atti adottati in materia di sport e cultura nel corso della pandemia, un riferimento ai principi fissati dal Comitato tecnico-scientifico è operato, dopo due anni dalla sua istituzione, solo cinque volte in ambito sportivo e appena tre volte nel settore dei beni e delle attività culturali.

Si tratta, peraltro, di rinvii estremamente generici nei quali è assente ogni indicazione riguardante il numero (o la data) del verbale nonché un richiamo alle valutazioni tecnico-scientifiche ivi contenute[50].

Accanto a questa prima "fumosità", se ne colloca – quasi specularmente – una seconda riguardante la conformazione del contenuto dei pareri espressi dagli esperti. A ben guardare, infatti, anche nei verbali più recenti, non appaiono sufficientemente indicate le ragioni, le fonti scientifiche o le principali linee del dibattito che hanno condotto gli esperti ad adottare una determinata decisione: il Comitato si limita, nella maggior parte dei casi, a offrire una sintetica ricostruzione del contesto – e delle eventuali precedenti misure adottate – per poi proporre, assai sinteticamente, gli interventi che ritiene necessari. Ne

[50] Ad esempio, nell'ambito sportivo, il sito riporta che, a seguito dei decreti-legge nn. 44, 52 e 65 del 2021, si è delineato il seguente quadro: «fino al 31 luglio 2021, (…) per le zone gialle, continuano ad applicarsi le misure previste dal DPCM 2 marzo 2021 (art. 1, co. 1, D.L. 52/2021); dal 26 aprile 2021, in zona gialla, è consentito lo svolgimento all'aperto di qualsiasi attività sportiva anche di squadra e di contatto, nel rispetto di linee guida adottate dal Dipartimento per lo sport, sentita la Federazione medico sportiva italiana (FMSI), sulla base di criteri definiti dal Comitato tecnico-scientifico».

Allo stesso modo, nel settore degli eventi culturali e in relazione ai medesimi atti, il sito si limita ad affermare che «(…) per gli spettacoli svolti all'aperto può essere stabilito, in relazione all'andamento della situazione epidemiologica e alle caratteristiche dei siti e degli eventi, un diverso numero massimo di spettatori, nel rispetto dei principi fissati dal Comitato tecnico-scientifico» (in www.camera.it, sezioni "Le misure adottate a seguito dell'emergenza Coronavirus nell'ambito dello sport" e "Le misure adottate a seguito dell'emergenza Coronavirus per il settore dei beni e delle attività culturali").

Evidente, dunque, come in entrambi i casi il sito operi un rinvio all'intervento del Comitato degli esperti estremamente generico e privo di qualsiasi dettaglio che consenta di comprendere a quali criteri si faccia riferimento e in quale verbale siano contenuti.

deriva, oltre alla già ricordata questione relativa alla scarsa trasparenza dell'atto, un significativo decremento di quella necessaria dialettica tra gli esperti (dentro e fuori il Comitato), funzionale a quel progresso nella ricerca scientifica esaltata dallo stesso articolo 9 della Carta costituzionale.

In effetti, la comunità scientifica – ampiamente intesa – conoscendo i processi decisionali e le risultanze scientifiche che hanno condotto il Comitato ad adottare una determinata decisione ben potrebbe sottoporla a proficua analisi critica proponendo, eventualmente, soluzioni maggiormente efficaci anche per il futuro.

Volendo offrire una valutazione d'insieme di quanto sinora detto, può certamente affermarsi che, se questa duplice "fumosità" – rispetto al peso delle indicazioni offerte dal Comitato sulle scelte politiche e in ordine al contenuto assai poco analitico dei pareri – era quantomeno comprensibile nei primi "concitati" mesi dell'emergenza sanitaria oggi, trascorsi due anni dal suo inizio, non può certamente più esserlo.

Evidente, dunque, la necessità di continuare a riflettere non solo sui numerosi profili critici emersi nel corso della presente indagine nei settori dello sport e della cultura ma anche, più ampiamente, su una ben maggiore definizione dei rapporti che devono intercorrere tra discrezionalità legislativa, scelte normative e conoscenze tecnico-scientifiche.

Si tratta di riflessioni che, come ampiamente posto in luce dalla dottrina, sono funzionali, per un verso, a una maggiore legittimazione – agli occhi dei cittadini – delle decisioni adottate in sede politica (almeno sotto il profilo tecnico-scientifico); per l'altro a una ben più ampia chiarezza riguardo all'utilizzo della discrezionalità politica nell'adottare misure fortemente limitative dei diritti e delle libertà costituzionali così contribuendo a rendere maggiormente nitidi i contorni della responsabilità politica[51].

[51] In questo senso G. MINGARDO, *Il ruolo del Comitato tecnico scientifico*, cit., 6.

DIRITTO, SCIENZA E RELIGIONI. LA LIBERTÀ DI CULTO AL VAGLIO DEL COMITATO-SCIENTIFICO*

GIOVANNI BLANDO**

Sommario

1. Il 'matrimonio forzato' tra diritto e scienza. – 2. La libertà di culto come diritto relativo o limitabile. – 3. Lockdown della libertà di culto e ripresa in sicurezza dei riti. – 3.1 La fase del lockdown. – 3.2 L'inizio della fase 2 e la lenta ri-espansione della libertà di culto. – 4. Le ragioni offerte dal CTS e dalle confessioni religiose al legislatore emergenziale. – 5. Conclusioni.

Abstract

Despite the absence of an express limiting clause, the right to worship was severely restricted during the most critical phases of the pandemic. The paper focuses on the contribution of the Technical and Scientific Committee in this period.

Suggerimento di citazione

G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del Comitato Tecnico Scientifico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

** Dottore di ricerca in "Diritti umani. Teoria, storia e prassi" nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".
Contatto: giovanni.blando@unina.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il 'matrimonio forzato' tra diritto e scienza

L'emergenza sanitaria vissuta negli ultimi due anni ha rimesso al centro del dibattito pubblico almeno due temi fondamentali. Il primo riguarda le nostre *libertà*: quali libertà abbiamo? Fino a che punto possono essere limitate? Può lo Stato obbligarci a un trattamento sanitario? Queste sono solamente alcune delle questioni sollevate in nome della libertà, sulle quali praticamente tutti – a prescindere dalle proprie competenze giuridiche – hanno in questo buio periodo provato ad offrire una risposta. Questa prolungata – e per certi versi stancante – discussione sulle libertà che possiamo vantare in nome della Costituzione si è trasformata lentamente in un «chiacchiericcio»[1] che continua ad accompagnare in sottofondo le nostre vite. Il secondo grande tema – sul quale pure abbiamo scoperto di avere un manipolo di esperti molto più vasto di quello che immaginavamo prima dell'esplosione del virus – è quello della *fiducia nella scienza*. Sin dalle prime frenetiche giornate di lotta al Covid-19, ci si è resi conto di un aspetto della verità scientifica che prima era apparso quantomeno sfuggente e cioè che la scienza, in molti casi, non offre certezze.

I due temi fondamentali si sono combinati – in alcuni casi sfortunatamente – creando un mix letale e una folta schiera di mostri a due teste, ora esperti di diritto, ora epidemiologi. Fin dall'inizio della pandemia alcuni dei più grandi intellettuali nostrani hanno instillato il dubbio che in nome di tesi pseudoscientifiche, colpevoli di aver subdolamente ingigantito la reale pericolosità di questo virus, si stessero gettando le basi per una sorta di dittatura sanitaria – diventata poi vero e proprio vessillo dei movimenti no-vax – con l'obiettivo di trasformare «gli altri esseri umani […] in possibili untori» e ridurre dunque le capacità di pensiero collettivo[2]. Ma esiste anche una maniera più sensata di leggere le interazioni tra il tema giuridico della limitazione delle libertà e quello della fiducia nella scienza, intendendo il diritto e la scienza come due ambiti della ragione umana chiamati a confrontarsi per risolvere problemi comuni o – per dirla ironicamente con le parole della professoressa indiana Sheila Jasanoff – a celebrare un «matrimonio forzato» fondato, da una parte, sull' «incertezza scientifica» e, dall'altra, sulla «pressione del processo decisionale»[3].

[1] Mutuo l'espressione, a mio avviso molto efficace, da M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, disponibile in https://www.questionegiustizia.it/articolo/chiacchiericcio-sulle-libertà-costituzionali-al-tempo-del-coronavirus_07-04-2020.php

[2] G. AGAMBEN, *Chiarimenti*, disponibile in https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti

[3] S. JASANOFF, *The Fifth Branch. Science Advisers as Policymakers*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1990, p. 8. La letteratura sui rapporti tra diritto e scienza si è moltiplicata nei due anni di pandemia. Si vedano in questo senso: R. ESPOSITO, *Immunità comune. Biopolitica all'epoca della pandemia*, Einaudi, Torino, 2021, spec. cap. 5; A. IANNUZZI, *Leggi "science-driven" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria* in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, Special Issue 1/2020, pp. 119-134; C. OFFE, *La politica di fronte alla pandemia: opzioni e conflitti*

Trattandosi di un matrimonio forzato, tuttavia, la sua buona riuscita non è un dato affatto scontato e, andando all'ultima pagina del romanzo, si può scoprire che i coniugi o imparano ad amarsi o finiscono per odiarsi. Ma volendo assecondare il primo e più romantico finale, mi sembra di poter scorgere nel matrimonio forzato tra diritto e scienza un'occasione di crescita per entrambi. Volendo infatti proseguire sulla scia della metafora matrimoniale, è risaputo che, affinché una relazione vada a buon fine, ciascuno deve mantenere una propria identità e mai risolversi in quella dell'altro, lasciando viva la fiammella della *tensione*. Ciò non toglie però che, quando necessario, uno dei due coniugi offra il proprio supporto all'altro.

Nel corso di questa emergenza sanitaria il diritto ha avuto bisogno della scienza e la scienza è stata chiamata ad offrire *supporto* al diritto per affrontare problemi altrimenti irrisolvibili attingendo ad una ragione puramente autoreferenziale. Ci si è resi così conto del fatto – ampiamente trascurato da una cultura giuridica ancora oggi vittima di una sindrome formalista piuttosto accentuata – che il diritto non possa risolvere da sé tutti i problemi ma ha molte volte bisogno di confrontarsi con altri campi del sapere come la sociologia, la letteratura, la filosofia e, non da ultimo, la scienza. Il diritto, infatti, ha il compito di ricercare la propria razionalità ovunque possa trovarla perché, lungi dal configurarsi semplicemente come un insieme di norme coattive, esso è soprattutto uno strumento – «autoritativo» certo, ma – «che mira alla realizzazione di determinati valori»[4], tra i quali riveste un ruolo fondamentale quello della libertà individuale. Ma accanto alla libertà c'è anche il valore della *solidarietà*, fino ad oggi grande convitato di pietra nelle discussioni pubbliche in era di Covid-19 su quali diritti abbiamo e non abbiamo[5]. È proprio la necessaria realizzazione di questo valore ad aver reso maggiormente necessario il dialogo tra diritto e scienza, perché la più grande preoccupazione del governo è stata quella di garantire un esercizio sicuro dei diritti di libertà, attento cioè a quella «solidarietà di tipo mutualistico, in cui la salute di ciascuno si lega alla salute di tutti e in cui il dovere di prenderci cura di noi stessi, il dovere di stare bene, esprime quel patto di cittadinanza che tiene in piedi una comunità»[6]. Da quest'esigenza di solidarietà sorgono le regole – elaborate da scienziati e a cui tutti abbiamo

in *il Mulino*, 3/2020, pp. 506-519; S. CECCANTI, *Scienza e politica dopo la pandemia: "chi" decide "cosa"* in *Federalismi.it*, 26 gennaio 2022, pp. 1-5; R. CAPOVIN, *Chi lo sa? Scienza e intellettuali alla prova del Covid-19* in *Rivista di antropologia contemporanea*, 1/2020, pp. 173-186; G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, 1/2022, pp. 73-103.

[4]M. ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, p. 53.

[5] La rilevanza dell'elemento solidaristico è stata però subito segnalata da M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 11 marzo 2020, pp. 1-12.

[6]C. DEL BÒ, *Diritto alla salute e solidarietà*, disponibile in https://rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5137

imparato ad attenerci – sull'igienizzazione delle mani, sull'utilizzo delle mascherine e sul distanziamento sociale. Ma soprattutto è questa esigenza ad averci fatto comprendere come i nostri diritti di libertà non possano essere esercitati senza limiti.

Il legislatore emergenziale si è dovuto allora rivolgere alla scienza per comprendere come questi due valori – libertà e solidarietà – potessero realizzarsi contemporaneamente, consentendo ai cittadini di esercitare in maniera responsabile – cioè rispettosa del dovere di solidarietà nei confronti degli altri, che trova la sua espressione principale in questo contesto nella tutela della salute pubblica – tutte le libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione. Il principale interlocutore del governo è stato, come noto, il Comitato Tecnico Scientifico (CTS)[7], che attraverso le proprie raccomandazioni ha, fino ad oggi, offerto un contributo notevole alla realizzazione dell'obiettivo. Il CTS ha dovuto pronunciarsi sui temi più disparati ed offrire raccomandazioni sull'esercizio di molte delle libertà contenute nella carta costituzionale.

Nelle pagine che seguono proverò ad offrire un resoconto dell'attività di supporto svolta dal CTS nell'adozione dei provvedimenti emergenziali da parte del governo, concentrandomi sulle disposizioni riguardanti un particolare diritto di libertà, ossia il diritto alla libertà di culto. Dopo aver chiarito brevemente la natura relativa o limitabile di questo diritto, offrirò una panoramica dei pareri del CTS riguardanti il suo esercizio, operando un raffronto tra le raccomandazioni contenute all'interno di questi pareri e quello dei provvedimenti che ne hanno dato attuazione. Nell'ultima parte proverò, invece, a valutare l'effettivo contributo offerto dal CTS e dalle singole confessioni nell'elaborazione dei provvedimenti relativi alla ripresa in sicurezza dell'esercizio della libertà di culto.

2. La libertà di culto come diritto relativo o limitabile

La libertà di culto costituisce un aspetto – forse il più rilevante – della libertà religiosa[8]. Francesco Ruffini scriveva in tempi molto lontani dal paradigma costituzionale che «prima e suprema cura del legislatore dovrebbe essere quella di tutelare il libero *esercizio* di quella qualunque convinzione religiosa, non importa se positiva o negativa, della quale fosse già stata assicurata al cittadino la

[7]Organo istituito dal Decreto del capo del dipartimento della protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020 per svolgere «funzioni di consulenza al Capo del Dipartimento della protezione civile in merito all'adozione delle più opportune misure di prevenzione necessarie a fronteggiare la diffusione delle patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» (art. 2, comma 3).

[8]Cfr. P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, spec. pp. 80 ss.

libera *manifestazione*»[9]. Il giudizio di Ruffini rimane inalterato in un contesto di diffusa «costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico»[10].

L'art. 19 della nostra Costituzione prevede infatti la libertà di culto come «specifica conseguenza della libera professione della fede religiosa» che ha come oggetto di tutela specifico la «celebrazione di *riti*», distinguendosi così dalla più generale libertà di riunione prevista dall'art. 17 Cost.[11]. Rispetto a quest'ultima disposizione, inoltre, l'art. 19 si distingue anche per le clausole limitative espressamente introdotte dal costituente. Mentre infatti l'art. 17 permette di vietare le riunioni in luogo pubblico «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica», l'art. 19 pone come unica limitazione espressa alla libertà di culto quella del divieto di celebrazione di riti «contrari al buon costume»[12].

Tuttavia, nonostante l'assenza di una clausola limitativa espressa il diritto alla libertà di culto ha subito importanti restrizioni durante le fasi più critiche della pandemia[13] e si tratta di un dato non particolarmente sorprendente se si considerano due aspetti.

Il primo ha a che vedere con la *struttura multilivello degli ordinamenti giuridici contemporanei*[14] che non permette di ignorare una disposizione altrettanto fondamentale, ossia l'art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che prevede espressamente la possibilità di limitare la libertà religiosa – e quindi, di riflesso, anche quella di culto – mediante «restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica,

[9]F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo* (1924), il Mulino, Bologna, 1992, p. 289.

[10]L'espressione è di R. GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico*, ora in ID., *Filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 213-240.

[11]P. CONSORTI, *Diritto e religioni*, cit., p. 80.

[12]Sul difficile inquadramento di questa clausola generale cfr. ancora P. CONSORTI, *Diritto e religioni*, cit., pp. 81 ss. e, più ampiamente, V. PACILLO, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2012.

[13]La letteratura sul punto è già vastissima e mi limito qui a segnalare i contributi, particolarmente rilevanti, di V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in *Olir.it*, 16 marzo 2020;N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7/2020, pp. 25-40; P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, pp. 369-388;G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 9/2020, pp. 23-49; F. ALICINO, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 19/2020, pp. 1-24.

[14]Sul punto si vedano ampiamente i lavori di T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, e ID., *La mancata tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 1/2017, pp. 110-137. Nella letteratura più recente al riguardo si segnala il volume di A. RUGGERI, *'Itinerari' di una ricerca sul sistema delle fonti. XXIV. Studi dell'anno 2020*, Giappichelli, Torino, 2021, spec. pp. 125 ss.

per la protezione dell'ordine pubblico, della *salute* e della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui»[15].

Il secondo, invece, ha a che veder con il fatto che il diritto alla libertà di culto ha dovuto, al pari di altri diritti costituzionalmente riconosciuti, sottostare alle logiche del *bilanciamento*[16]. D'altronde, il diritto alla libertà di culto è riconosciuto all'interno di un'enunciazione di principio, connotata – al pari di tutte quelle che riconoscono un diritto[17] – da «un carattere fortemente valutativo» e dalla impossibilità di ingessarla in una «predeterminazione delle relazioni di prevalenza»[18]. Ciò vuol dire che anche quando è coinvolto il diritto alla libertà di culto il legislatore – ma un discorso simile può essere fatto, seppur con alcune precisazioni, per il giudice[19] – non può esimersi dal considerare tutti i principi costituzionali in gioco, finendo con il creare a partire da essi una regola che tenga conto delle «situazioni specifiche» e di «stati di cose determinati»[20].

Il bilanciamento tra diritti, infatti, non avviene mai in astratto ma deve muoversi all'interno di un *contesto* che finisce inevitabilmente per influenzarne gli esiti. E in questi due anni di pandemia la rilevanza del contesto è apparsa in

[15] Si tratta, infatti, di una «fonte subcostituzionale vincolante per il legislatore ai sensi dell'art. 117» come ricorda N. Colaianni, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, cit., p. 32. Le questioni del valore della Cedu nel sistema delle fonti del diritto e della sua "vincolatività" nei confronti del legislatore vedono, come noto, nelle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale uno snodo cruciale. Per un rapido resoconto di queste due storiche decisioni si rinvia a R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione,* in *Federalismi.it*, 21 novembre 2007, pp. 1-14. Con riguardo, invece, agli effetti che esse hanno prodotto nel tempo si vedano i più recenti contributi di N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio,* in *Rivista di diritti comparati*, 3/2017, pp. 248-266 e D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, pp. 1-30. Infine, per una disamina più strutturata dell'art. 9 CEDU mi permetto di rinviare a G. BLANDO, *Secolarizzazione e laicità. Pratiche argomentative della CEDU*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, spec. pp. 161 ss.

[16] Affronto più dettagliatamente la questione in G. BLANDO, *Libertà religiosa e di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *Federalismi.it*, 5 maggio 2020, pp. 1-10.

[17] Si veda più ampiamente sul punto R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, ed. it. a cura di L. Di Carlo, il Mulino, Bologna, 2012, p. 122.

[18] L. FERRAJOLI – J. R. MANERO, *Due modelli di costituzionalismo. Un dialogo sul diritto e sui diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 71 (le parole sono di Ruiz Manero).

[19] È, in effetti, alla categoria del bilanciamento *giudiziale* dei diritti – ovvero a «quella tecnica argomentativa utilizzata allorché il caso da decidere in sede giurisdizionale sembri contemporaneamente sussumibile sotto due o più norme configgenti, e manchi un criterio di coordinazione formalmente previsto o convenzionalmente accettato dagli operatori giuridici» (G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica&Politica*, 1/2006, pp. 1-57, p. 2) – che la teoria dell'argomentazione giuridica ha rivolto le sue maggiori attenzioni.

[20] F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 362.

tutta la sua prorompenza generando quella che Alessandra Algostino ha efficacemente definito «pressione del fatto», consistente nella «necessità di fronteggiare un'aggressiva pandemia, se pur riconducendola […] all'alveo dei principi costituzionali»[21]. A farsi carico di questa pressione del fatto è stato il legislatore emergenziale, la cui attività normativa è stata scandita da un ragionamento contestualizzato «per fasi», guidato dalla più o meno elevata diffusione dei contagi.

Credo sia possibile affermare che in questi suoi ragionamenti contestualizzati il governo non abbia (quasi) mai trascurato il diritto alla libertà di culto[22], prestando anzi particolare attenzione al problema della ripresa in sicurezza delle manifestazioni di carattere religioso e, in particolare, dei *riti*, entrambi espressione di quella «forma comunitaria, aggregante e assembrante» della libertà religiosa[23]. Nel perseguimento di quest'obiettivo, il governo si è avvalso, *in primis*, delle raccomandazioni del CTS e, *in secundis*, della collaborazione attiva dei rappresentanti delle singole confessioni religiose.

3. Lockdown della libertà di culto e ripresa in sicurezza dei riti

3.1 La fase del *lockdown*

La prima fase della pandemia è stata segnata da una pressoché totale paralisi dei più fondamentali diritti di libertà individuali. Dinanzi all'avanzata di un virus sconosciuto, il governo ha dovuto adottare provvedimenti urgenti[24] che, frutto di un rapidissimo bilanciamento tra diritti, hanno conferito una preminenza assoluta al diritto alla salute. Lo strumento per perseguire

[21] A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, pp. 1-81, p. 39.

[22] Come fa notare P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, cit., p. 376.

[23] S. MONTESANO, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: sintesi ragionata delle limitazioni introdotte in Italia per contrastare la diffusione del Covid-19*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2020, pp. 255-263, p. 256.

[24] Il tema dell'incidenza della pandemia sul sistema delle fonti è stato ampiamente dibattuto, soprattutto con riguardo all'utilizzo sistematico dei DPCM da parte del governo (v. ampiamente sul punto il numero speciale del 2020 della rivista *Osservatorio sulle fonti* dal titolo *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza covid-19*, nonché M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, pp. 1-9; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 109-141; P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, pp. 37-53). È tornato recentissimamente sulla questione C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione* extra ordinem, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021, pp. 81-99, così come M. A. GLIATTA, *L'uso dei DPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, pp. 1191-1208, che ha riflettuto sulle ragioni e sulle implicazioni più generali dell'utilizzo diffuso di questo strumento normativo da parte del governo.

quest'obiettivo è stato il *lockdown* che ha prodotto un effetto a cascata, travolgendo gran parte delle libertà costituzionali, tra cui quella di culto.

Nel *DPCM dell'8 marzo 2020*, che estende per la prima volta a livello nazionale le misure di contenimento del virus e che recepisce integralmente le raccomandazioni contenute nel *verbale del CTS del 7 marzo 2020*[25], viene prevista la sospensione di «tutte le manifestazioni organizzate, nonché gli eventi in luogo pubblico e privato, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo, *religioso* e fieristico» (art. 1, lett. g). Inoltre, l'apertura dei luoghi di culto viene subordinata al rispetto delle norme sul distanziamento sociale ma – come si legge alla lett. i) del medesimo articolo – non potranno avere luogo «le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri».

Il provvedimento genera la preoccupazione immediata di alcuni esperti di diritto ecclesiastico. Si fa notare innanzitutto come nel bilanciamento effettuato in fretta e furia dal governo non si sia tenuto debitamente in considerazione il principio pattizio contenuto nell'art. 7 Cost, che avrebbe dovuto comportare un più massiccio coinvolgimento della Chiesa nel processo di emanazione del provvedimento. Inoltre, «prima di sospendere le celebrazioni religiose *tout court*» – come fa notare, in particolare, Vincenzo Pacillo – avrebbe dovuto, in primo luogo, «verificare quali sono le cerimonie che vengono concretamente celebrate da un determinato gruppo confessionale alla luce di quanto è ricompreso nel proprio bagaglio teologico e giuridico»; in secondo luogo, «accertare quali di queste potrebbero essere svolte nel rispetto del distanziamento sociale»; e, in terzo ed ultimo luogo, «quali tra queste ultime rivestano una tale importanza per il gruppo da non poter essere cancellate senza che questo crei un *vulnus* allo stesso diritto di libertà religiosa talmente grave da ripercuotersi in foro interno»[26]. Tuttavia, di fronte all'avanzata di un virus sconosciuto il governo semplicemente non aveva avuto il tempo di convogliare nel proprio processo decisionale tutte queste ragioni, preferendo applicare la logica – frutto di una (allora giusta) estremizzazione del principio di precauzione – del «si vieta 100 per ottenere il 60 o 70 che serve»[27]. Inoltre, il governo non poteva in quel frangente permettersi «una disciplina della tutela della salute a geometria variabile a seconda delle confessione», né sottostare, per quanto di più stretta attinenza alla confessione cattolica, alle logiche del

[25]Tutti i verbali del CTS cui farò da qui in avanti riferimento sono reperibili sul sito https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico

[26]V. PACILLO, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in *Olir.it*, 16 marzo 2020.

[27] L'espressione è di O. CHESSA, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, disponibile su http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/12/cosa-non-va-nel-bilanciamento-in-corso-tra-liberta-individuale-e-salute-pubblica/, che ci ricorda come in quei giorni fosse persino vietato fare jogging in riva al mare, pratica che, nel rispetto del distanziamento interpersonale di un metro, non avrebbe di per sé violato il principio del *neminem laedere*.

concordato, esautorato nel suo compito dalla competenza statale esclusiva a legiferare in materia di salute[28].

Problemi più rilevanti si pongono sul piano dell'esercizio individuale e collettivo della libertà di culto. Dal primo punto di vista si pone il seguente problema: come visto, il DPCM dell'8 marzo non dispone la chiusura dei luoghi di culto ma vieta, in via generale, qualsiasi spostamento che non sia dettato da una necessità legittima. Ci si chiede allora se il dirigersi in un luogo di culto per pregare possa essere considerato una necessità legittima. Sulla questione interviene il Ministero dell'Interno con una nota del 28 marzo 2020 per spiegare che «al fine di limitare gli spostamenti dalla propria abitazione, è necessario che l'accesso alla chiesa avvenga solo in occasione di spostamenti determinati da "comprovate esigenze lavorative", ovvero per "situazioni di necessità" e che la chiesa sia situata lungo il percorso, di modo che in caso di controllo da parte delle Forze di polizia, possa esibirsi la prescritta autocertificazione o rendere dichiarazioni in ordine alla sussistenza di tali specifici motivi»[29]. È evidente la mancanza di ragionevolezza dell'interpretazione offerta dalla nota ministeriale che – come fa notare Pierluigi Consorti – non tiene adeguatamente in considerazione le «necessità spirituali come motivi validi per uscire di casa», finendo con il lasciare aperti – quando non altrimenti deciso dalle singole confessioni – luoghi di culto in cui nessuno potrà recarsi[30]. Dal punto di vista dell'*esercizio collettivo del diritto di culto* si pone invece un problema interpretativo rispetto al divieto delle «celebrazioni civili e religiose». Il linguaggio utilizzato dal legislatore emergenziale, infatti, è piuttosto ambiguo e sembrerebbe, da una parte, alludere ad un particolare tipo di cerimonia – il matrimonio –, visto il richiamo piuttosto indicativo anche alle cerimonie civili, avendo peraltro come

[28]Queste le più importanti (e condivisibili) obiezioni mosse a Pacillo da N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, cit., p. 33. Per una buona sintesi del dibattito generatosi in seno alla dottrina ecclesiasticistica si veda il contributo di L. M. GUZZO, *Coronavirus, politica ecclesiastica e protocolli sanitari: dalla bilateralità pattizia alla multilateralità estesa*, in *ORDINES. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, 1/2020, pp. 304-320.

[29]La nota è scaricabile al link: https://www.interno.gov.it/it/notizie/chiese-aperte-funzioni-religiose-ma-senza-partecipazione-dei-fedeli. Durante la pandemia il ricorso a "fonti terziarie" – come in questo caso la nota ministeriale – per chiarire il contenuto delle disposizioni contenute nei DPCM si è particolarmente intensificato. Come fanno notare E. D'ORLANDO-F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, pp. 55-75, p. 58, "la pandemia ha incrementato l'efficacia esterna indiretta di atti che tradizionalmente si ritenevano circoscritti all'interno della sfera giuridica delle pubbliche amministrazioni da cui provenivano", facendo assumere loro "un'inusuale rilevanza esterna e una vasta diffusione nell'ordinamento generale", dimostrata soprattutto dal fatto che i cittadini "si sono affidati" a queste "fonti non vincolanti per ottenere una chiarificazione sulle regole di condotta e comprendere con maggior certezza i confini tra le azioni consentite e quelle vietate".

[30]P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, cit., p. 378. Fa notare Consorti come Testimoni di Geova, mormoni ed altre Chiese cristiane ortodosse abbiano deciso di chiudere i luoghi di culto collettivo.

riferimento la messa cattolica; dall'altro, invece, sembrerebbe – volendo condividere un'interpretazione letterale piuttosto stringente – consentire tutte le altre «azioni associate di culto» non rientranti nell'ipotesi della «cerimonia»[31].

3.2 L'inizio della fase 2 e la lenta ri-espansione della libertà di culto

A prescindere dai problemi sollevati in dottrina, la prima fase della pandemia è comunque contraddistinta da un atteggiamento piuttosto responsabile da parte delle varie confessioni religiose[32] che iniziano a reclamare, invece, una ri-espansione della libertà di culto con l'affacciarsi della fase 2. Il perdurare dell'incertezza legata al virus, accompagnata dalla necessità di restituire ai cittadini parte delle libertà perdute, rende sempre più fitti i confronti tra CTS e governo che, incamerando le ragioni scientifiche offerte dal primo, inizia a bilanciare più ragionevolmente i vari diritti di libertà con il diritto alla salute. Viene così abbandonata la logica del «vieto 100» e il Paese si avvia a una rinnovata normalità.

Il *DPCM 26 aprile 2020*, pur mantenendo il principio cardine del divieto di assembramento, prevede, ad esempio, la possibilità di effettuare spostamenti per incontrare congiunti o, ancora, la riapertura di parchi, ville e giardini pubblici. A queste decisioni fa da contraltare la proroga della sospensione di tutte le manifestazioni – anche di natura religiosa – e del divieto di celebrare cerimonie civili e religiose, con l'unica eccezione dei funerali cui potranno prendere parte solamente i «congiunti» e comunque «fino ad un numero massimo di quindici persone» (art. 1, lett. i).

Questo provvedimento apre la fase più delicata del bilanciamento tra diritto alla libertà di culto e diritto alla salute. Il nuovo DPCM, infatti, confermando il divieto di celebrazioni religiose, genera soprattutto il malcontento della Conferenza Episcopale Italiana. Lo stesso giorno, infatti, la CEI diffonde un comunicato durissimo nei confronti del governo in cui si legge che la Chiesa, pur avendo «*accettato*, con *senso di responsabilità*, le limitazioni governative assunte per far fronte all'emergenza sanitaria» non può continuare a farlo perché «dopo […] settimane di negoziato che hanno visto la CEI presentare Orientamenti e Protocolli con cui affrontare una fase transitoria nel pieno rispetto di tutte le norme sanitarie, il Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri varato questa sera esclude *arbitrariamente* la possibilità di celebrare la Messa

[31] Ivi, p. 379.

[32] Con particolare riferimento all'atteggiamento mantenuto dalla Chiesa Cattolica in questa prima fase v. G. M. CAPORALE – L. TRAPASSI, *La libertà di esercizio del culto cattolico in Italia in epoca Covid-19. Una questione di diritto internazionale*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 20 maggio 2020, pp. 1-15, spec. p. 4.

con il popolo»[33]. Di particolare rilievo, ancora, è il passaggio in cui la CEI si rivolge direttamente, non solo al governo, ma anche al CTS: «Alla Presidenza del Consiglio e al Comitato tecnico-scientifico si richiama il dovere di distinguere tra la loro responsabilità – dare indicazioni di preciso carattere sanitario – e quella della Chiesa, chiamata a organizzare la vita della comunità cristiana, nel rispetto delle misure disposte, ma della pienezza della propria autonomia». Senza voler indugiare qui sui toni e sulla discutibilità dell'orientamento espresso[34], mi sembra comunque opportuno porre in evidenza come la CEI abbia fatto riferimento a due concetti particolarmente pregnanti. Il primo è quello di *accettazione*, utilizzato per rimarcare l'importanza del principio pattizio: la Chiesa non ha subito passivamente i provvedimenti, ma li ha accettati[35]. Il secondo è, invece, quello di *arbitrio*, attraverso il quale la CEI dimostra di non condividere la sostanza del nuovo DPCM, ritenendolo arbitrario perché disinteressato a far confluire nel processo decisionale le ragioni che la Chiesa pure si era impegnata a costruire confrontandosi con il governo.

Effettivamente, non si tratta di un passaggio felice della gestione dell'emergenza con riferimento alla libertà di culto ma il Governo – e, in particolare, il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno – si riscatta immediatamente, mediando tra la ragione scientifica e quella religiosa e promuovendo una proficua interazione tra CTS e rappresentanti non solo della Chiesa, bensì di tutte le confessioni che si preoccupano di stilare un protocollo per la celebrazione in sicurezza dei propri riti.

Nel *verbale n. 64 del 2 maggio 2020* il CTS dà conto delle risultanze del confronto con i delegati della CEI segnalando «alcune criticità relative soprattutto al distanziamento sociale ed all'assembramento nei passaggi di ingresso e di uscita dai luoghi di culto, oltre che alle ridotte dimensioni di alcune chiese che possono presentare cubature non adeguate al rispetto delle misure di contenimento del contagio» ma prendendo altresì atto che «l'approccio metodologico proposto dalla CEI sul distanziamento sociale durante le funzioni religiose (1 m avanti, dietro, destra, sinistra di ciascun fedele) rispetta le indicazioni generali di distanziamento adottate anche in altri Paesi».

[33]Il comunicato della CEI è scaricabile al seguente link: https://www.diocesilaspezia.it/sito/wp-content/uploads/2020/04/Dpcm-il-disaccordo-della-CEI.pdf

[34] Entrambi i temi vengono affrontati molto lucidamente da F. DE GIORGI, *CEI: riapertura delle Chiese! La fase 2 della Chiesa italiana?*, disponibile in https://www.treccani.it/magazine/atlante/societa/Cei_riapertura_delle_chiese.html

[35] Peraltro, come opportunamente evidenziato da G. CIMBALO, *Il papa e la sfida della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 9/2020, pp. 13-20, p. 15, non si tratta di un atteggiamento nuovo da parte della Chiesa che "ha operato – come spesso accade – recependo i provvedimenti normativi dello Stato, rifuggendo, come è prassi, quanto più è possibile dall'emanazione di provvedimenti propri".

Il CTS approva il «Protocollo circa la ripresa delle celebrazioni con il popolo» nel *verbale n. 66 del 4 maggio 2020* «raccomandando che, per le cerimonie religiose da svolgere nei luoghi di culto chiusi, ferme restando le misure sopra richiamate ed in relazione alla garanzia delle misure di distanziamento richieste e degli eventuali sistemi di aerazione disponibili, il numero massimo di persone non superi le 200 unità». Per le cerimonie all'aperto, invece, il CTS raccomanda la partecipazione massima di 1000 persone.

Nel *verbale n. 71 del 12 maggio 2020* si legge, invece, dell'acquisizione da parte del CTS delle bozze di protocollo redatte dal Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione del Ministero dell'Interno riguardanti la graduale ripresa delle celebrazioni religiose dei culti diversi dalla religione cattolica sul territorio nazionale. Si tratta, in particolare, dei protocolli con la Comunità della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, con le Comunità Ebraiche Italiane, con la Comunità Induista, Buddista, Baha'i e Sikh, con le Comunità Islamiche, con le Comunità Ortodosse e, infine, con le Comunità Protestanti, Evangeliche e Anglicane. Il CTS adotta un approccio comune a tutte le fasi dello svolgimento delle liturgie ritenute, per alcuni aspetti specifici, fonte di particolari criticità – come, ad esempio, quella della distribuzione del Pane e dell'Acqua per la Comunità della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni – e consiglia così di espungere queste fasi della liturgia. Laddove ciò non fosse possibile, si limita invece a «richiamare gli officianti e tutti coloro che sono coinvolti alla vigilanza nelle cerimonie ad un assoluto rispetto delle norme igienico-sanitarie, dell'uso dei dispositivi di protezione delle vie aeree e del distanziamento sociale». Anche per queste confessioni, infine, raccomanda come numero massimo le 200 persone per le cerimonie al chiuso e le 1000 persone per quelle all'aperto.

L'attività portata avanti dal Ministero dell'Interno, che ha avuto l'indubitabile merito di convocare al medesimo tavolo, in una situazione difficile, i rappresentanti di tutte le confessioni religiose[36], e il vaglio scientifico operato dal CTS sulle disposizioni protocollari confluiscono nel *DPCM 19 del 17 maggio 2020*che all'art 1, lett. o) stabilisce che «le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati 1 a 7», apportando anche una lieve modifica alla disciplina relativa ai luoghi di culto. Nel DPCM dell'8 marzo, infatti, si faceva riferimento all'*apertura* di questi ultimi, «condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti tra persone». Il nuovo DPCM invece si riferisce all' *accesso* ai luoghi di culto, non più

[36] Cfr. sul punto P. CONSORTI-L. MARIANO GUZZO, *Religious Freedom Safeguard during "Phase 2". Even Non-Catholic Rituals Start Again. For the First Time Agreement with Islamic and Other "No Understanding Confessions". An Interview to Pierluigi Consorti*, in F. BALSAMO-D. TARANTINO (eds.), *Law, Religion and the Spread of Covid-19 Pandemic*, DiReSoM, Pisa, 2020, pp. 63-69.

condizionato alle misure di protezione interpersonale: la nuova normativa si limita a stabilire, con un linguaggio molto più cauto, che «l'accesso avv[enga] con misure organizzative tali da evitare assembramenti tra persone». In questo modo, la disciplina della libertà di culto, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo DPCM, viene divisa in un principio generale – applicabile a tutte le confessioni e relativo appunto all'accesso ai luoghi di culto – e una disciplina di dettaglio che regola invece le singole liturgie mediante un rimando alle intese protocollari.

Questo passaggio, segnato dal ricorso allo strumento dei protocolli, oltre a far riemergere in positivo il tema della necessità del governo di aprirsi al dialogo con tutte le confessioni religiose (ma non solo), superando il paradigma della bilateralità tra Stato e Chiesa[37], dimostra, più in generale, l'approccio includente portato avanti dal legislatore emergenziale nell'esigenza di rimodulare a seconda delle diverse fasi del contagio il bilanciamento tra diritti specifici e quello alla salute. Perseguendo l'obiettivo di produrre provvedimenti maggiormente ragionevoli, infatti, il governo vi include non solamente le ragioni offerte dalla scienza ma anche quelle costruite dai rappresentanti delle singole confessioni, favorendo così un dialogo tra scienza e fede che funge da supporto alla ponderazione del decisore politico.

Questo dialogo cartolare tra CTS e rappresentanti delle diverse confessioni religiose si mantiene vivo anche nei mesi successivi all'emanazione del DPCM del 17 maggio 2020. Con buona frequenza, infatti, il CTS è chiamato a pronunciarsi su aspetti specifici delle celebrazioni religiose.

Nel *verbale n. 87 del 8 giugno 2020* il CTS si pronuncia sulla questione delle *processioni religiose*, vagliando il relativo documento presentato dalla CEI e rilevando «alcune criticità nella possibilità di controllo del rischio di contagio» durante questi eventi. Nel ribadire la necessità che anche in tali occasioni debbano essere rispettate le misure di distanziamento interpersonale e relative all'uso della mascherina, il CTS ritiene che la «fattibilità e applicazione» di tali misure «debba avvenire sotto la diretta responsabilità delle autorità sanitarie, civili e religiose». E infatti il 14 giugno 2020 il Dipartimento per le libertà civili e l'Immigrazione prende atto sia del documento episcopale che dei rilievi del CTS inviando una nota ai prefetti in cui si raccomanda: 1) l'uso dei dispositivi di protezione individuale; 2) il divieto di bacio da parte dei fedeli di reliquie, statue o oggetti religiosi portati in processione; 3) il divieto di partecipare alla processione in caso di sintomi influenzali o respiratori; e infine 4) l'obbligo di dividere in due blocchi la processione qualora il numero dei fedeli superi le mille unità.

[37]Insiste molto sul punto, e a mio avviso con ragione, G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19*, cit., spec. pp. 37 ss.

Nel *verbale n. 89 del 16 giugno 2020*, invece, il CTS ritorna sulla problematica relativa al *numero massimo di fedeli all'interno delle Chiese* perché – come si legge nella nota inviata dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione – l'Arcidiocesi di Milano considera «particolarmente riduttivo» il numero massimo di fedeli «in rapporto alle volumetrie di numerose basiliche e cattedrali presenti sul territorio milanese e lombardo che consentirebbero un significativo ampliamento degli accessi assicurando, al contempo, il massimo rispetto delle regole di distanziamento fisico». In quest'occasione il CTS ritiene di dover confermare le posizioni già espresse sul punto ponendo in evidenza come le misure precedentemente adottate dal governo servano «anche per prevenire assembramenti nei momenti di raccolta all'ingresso e all'uscita delle strutture», ferma restando la possibilità per le autorità locali di tenere conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi.

Un'altra questione interessante è quella relativa all'impiego di *cori e cantori* durante le funzioni religiose che viene affrontata dal CTS su istanza della CEI. Nel *verbale n. 91 del 23 giugno 2020,* il CTS – rifacendosi all'analisi già compiuta negli Stati Uniti per via di alcuni focolai innescati da tali attività e, in particolare, agli studi effettuati in materia dal *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC) – pone in evidenza i rischi connessi all'esibizione dei cori giacché «i cantanti, che si impegnano nella respirazione diaframmatica, possono effettivamente generare molti più aerosol» e inoltre «il canto aumenta la velocità dell'aria e la pressione polmonare, producendo più *droplets*». Tuttavia, in considerazione del calo dei contagi e su nuova istanza del Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, il CTS torna sulla questione nel *verbale n. 100 del 10 agosto 2020* e considera «possibile la reintroduzione dei cori e dei cantori» raccomandando l'adozione di alcune misure di sicurezza e, in particolare, della distanza interpersonale laterale di almeno 1 metro e almeno 2 metri tra le eventuali file del coro e dagli altri soggetti presenti, riducibile solamente in presenza di barriere fisiche anti-droplet.

Infine, nel *verbale n. 12 del 12 ottobre 2020* il CTS è chiamato a pronunciarsi sulla questione del numero massimo di partecipanti alle cerimonie religiose. Il parere viene reso nel corso della c.d. «seconda ondata» di contagi e l'Italia si avvia a nuove restrizioni. Il Ministro della Salute presenta un'istanza al CTS sul numero massimo di invitati e il CTS «rilevando l'attuale assenza di evidenze scientifiche» si limita a «prendere atto del numero indicato dallo schema di DPCM, improntato al principio di massima precauzione».

4. Le ragioni offerte dal CTS e dalle confessioni religiose al legislatore emergenziale

Il parere da ultimo richiamato mi permette di riannodare i fili delle osservazioni presentate in queste pagine e di svolgere alcune riflessioni sul ruolo svolto

dal CTS e dalle singole confessioni religiose nell'adozione dei provvedimenti emergenziali in materia di libertà di culto.

In apertura ho fatto riferimento – sulla scorta della Jasanoff – al «matrimonio forzato» tra diritto e scienza, un matrimonio che, nel contesto emergenziale degli ultimi due anni, ha evidentemente accentuato la posizione di supporto nelle decisioni riservato alla scienza. Non sempre, però, la scienza può offrire il proprio contributo, come risulta chiaramente dal parere del CTS del 12 ottobre del 2020, in cui gli esperti giocano a carte scoperte, facendo presente al governo di non disporre di conoscenze scientifiche adeguate alla risoluzione del problema su cui sono stati interpellati. Di conseguenza, il CTS si limita a prendere atto della bozza di DPCM elaborata dal governo, dando l'impressione, a differenza di quanto avvenuto nelle precedenti interlocuzioni, che in questo caso debba essere la scienza a sottostare alle indicazioni del decisore politico. In realtà, però, la posizione espressa dal CTS in questo parere non fa che rendere chiari alcuni passaggi del *ragionamento* usualmente condotto dal legislatore emergenziale, rispetto al quale lo stesso CTS ha sempre svolto un ruolo di mero «facilitatore politico»[38]. Ma come si è prodotta concretamente quest'opera di facilitazione politica da parte del CTS? Per spiegarlo è necessario distinguere tra la prima fase – quella del *lockdown* – e la seconda – quella della *ri-espansione dei diritti di libertà*.

In entrambi i casi il governo ha dovuto effettuare un *ragionamento pratico* – cioè un ragionamento al cui interno figuri almeno una *ragione di carattere pratico* (*norma o valore*)[39] –, ma, mentre nella prima fase viene attribuita prevalenza assoluta ad una ragione – quella di tutela della salute pubblica (art.32 Cost.) – nelle fasi seguenti la ragione è complessa, frutto cioè di un bilanciamento tra più ragioni che tendono ad entrare in conflitto. Si pensi appunto al potenziale conflitto tra la libertà di culto e la tutela della salute pubblica. La necessaria presenza di una ragione di carattere pratico all'interno del ragionamento condotto dal legislatore emergenziale – che consiste, fondamentalmente, nell' *obiettivo* da raggiungere – non esclude che al suo interno possano essere convogliate anche *ragioni di carattere teorico* (*fatti*). Queste ragioni servono a fondare una credenza e a giustificare – indirettamente – l'azione del governo. E infatti, sia nella prima che nella seconda fase, il governo si rivolge al CTS non per la scelta dell'obiettivo da perseguire ma piuttosto al fine di individuare i

[38]L'espressione è di F. FISCHER, *Technocracy and the Politics of Expertise*, Sage, Newbury Park, 1990, p. 301.

[39]M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, ed. it. a cura di A. Abignente, trad. it. V. Nitrato Izzo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 208-209. La *ragione* può essere definita, sulla scorta di A. PECZENIK, *Moral and Ontological Justification of Legal Reasoning*, in *Law and Philosophy*, 2/1985, pp. 289-309, p. 291, come qualsiasi premessa utilizzata per sostenere la conclusione di un ragionamento.

mezzi per raggiungerlo. Mutuando un linguaggio caro a Joseph Raz[40], può affermarsi che mentre il governo identifica le *ragioni operative* – che stabiliscono «obiettivi validi» –, il CTS fornisce *ragioni ausiliarie* – che stabiliscono, invece, «*fatti* che indicano una direzione per la realizzazione dell'obiettivo». Tra le ragioni ausiliarie fornite dal CTS è poi possibile operare un'ulteriore distinzione tra le *ragioni identificative* – che «aiutano ad identificare l'atto che vi è ragione di eseguire» –e le *ragioni riguardanti la forza (o il peso)* – che «aiutano a determinare quale ragione sia più pesante»[41].

Nella prima fase il legislatore emergenziale stabilisce come obiettivo assoluto la tutela della salute pubblica mentre il CTS offre ragioni ausiliarie per l'individuazione dei mezzi sia di carattere identificativo – come, ad esempio, il lockdown e l'immunità di gregge – sia relative al peso maggiore da attribuire ad un mezzo – il lockdown – rispetto ad un altro – l'immunità di gregge. Volendo schematizzare:

1) Il governo si trova costretto a fronteggiare un'emergenza sanitaria che impone un confronto con la disciplina costituzionale di riferimento (su tutti con l'art. 32 Cost.) al fine di individuare l'*obiettivo* da raggiungere e i *mezzi* attraverso cui esso deve essere raggiunto;
2) L'individuazione dei *mezzi* richiede *competenze* di tipo tecnico-scientifico;
3) La politica chiede al CTS di svolgere una *funzione ausiliaria* rispetto all'individuazione dei mezzi;
4) Il CTS restituisce alla politica *ragioni ausiliarie*, di tipo *identificativo* e *relative al peso*, per la corretta individuazione dei mezzi;
5) La politica *include* nell'impianto giustificativo dei propri provvedimenti le ragioni ausiliarie fornite dalla scienza.

Ovviamente – e questo è bene precisarlo – non sempre il CTS è in grado di svolgere questa funzione ausiliaria, come dimostrato emblematicamente dal parere del 12 ottobre 2020.

Nella seconda fase, contraddistinta dal mutamento dell'obiettivo del legislatore emergenziale – non più la sola tutela della salute pubblica, ma anche una ri-espansione ragionevole dei diritti di libertà compressi nella prima fase – il governo inizia a confrontarsi con le singole parti sociali, chiamate ad offrire il proprio contributo nell'individuazione dei mezzi per la decompressione dei diritti che più direttamente le vedono coinvolte. Con riguardo all'esercizio

[40]J. RAZ, *Introduction*, in ID., *Practical Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 1978, pp. 1-17.

[41]J. RAZ, *Practical Reasons and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 33-34.

della libertà di culto il governo non si confronta più solamente con il CTS ma anche con le singole confessioni religiose, chiamate anch'esse a fornire *ragioni ausiliarie* per la ripresa in sicurezza dei rispettivi riti. Queste ragioni ausiliarie fornite dai rappresentanti delle singole confessioni religiose – che potrebbero definirsi *provvisorie* – sono a loro volta sottoposte ad un vaglio da parte del CTS che ne verifica la compatibilità con l'obiettivo di tutela della salute pubblica perseguito dal governo, restituendo *ragioni ausiliarie definitive* per il raggiungimento dell'obiettivo. Quindi, volendo indicare schematicamente il ragionamento pratico operato dal governo in questa seconda fase:

1) Il governo si pone l'*obiettivo* di bilanciare più ragionevolmente i diritti costituzionali (nel caso di specie il diritto alla salute sancito dall'art. 32 e quello alla libertà di culto sancito dall'art. 19);
2) L'individuazione dei *mezzi* richiede non solamente *competenze* di tipo tecnico-scientifico, ma anche *competenze* di tipo religioso;
3) Il governo chiede così alle singole confessioni religiose di svolgere una *funzione ausiliaria provvisoria* rispetto all'individuazione dei mezzi, stilando, nello specifico, dei protocolli per la ripresa in sicurezza dei riti;
4) Il CTS opera un vaglio sui protocolli stilati dalle singole confessioni religiose, restituendo al governo *ragioni ausiliarie definitive* per la corretta individuazione dei mezzi;
5) Il governo *include* nell'impianto giustificativo dei propri provvedimenti le ragioni ausiliarie fornite dal CTS e dalle singole confessioni religiose.

5. Conclusioni

Una panoramica esaustiva sull'esercizio della libertà di culto in tempo di pandemia richiederebbe l'analisi di molti altri profili che qui, per ragioni di spazio, non posso adeguatamente prendere in considerazione. Vorrei concludere però con una suggestione finale sull'annosa questione del dialogo tra scienza e fede che – come dimostra la proficua interazione avvenuta nel contesto della pandemia – può trovare proprio nell' esigenza di soddisfazione dei bisogni umani perseguita dal diritto una altrettanto proficua mediazione.

La pandemia ha avuto tra i suoi pochi meriti quello di aver fatto cadere una serie di pregiudizi, tra i quali rientrano sicuramente quello di una scienza fondata su certezze incrollabili, di un diritto puramente autoreferenziale e dell'immodificabilità eterna delle religioni. La scienza ha dimostrato di non essere infallibile ma di poter comunque svolgere un importante ruolo di supporto in quelle decisioni che più direttamente la coinvolgono. Anche il diritto ha dovuto riscoprire la propria fallibilità e la conseguente necessità di aprirsi a nuove forme di conoscenza per preservare, anche in tempi difficili, una

ragionevolezza spesso trascurata[42]. E infine le religioni, chiamate a rinunciare al proprio ruolo di «conversation stoppers»[43], adeguando alle logiche del virus anche i riti, ovvero quanto di più sacro e intoccabile possa esistere. Alla base di questa rinnovata auto-coscienza del proprio ruolo vi è un concetto comune: quello di *responsabilità*. La responsabilità che deve assumersi il diritto nel prendere decisioni difficili, quella della scienza di fornire informazioni adeguate e quella delle religioni di partecipare con lealtà al dibattito pubblico. Una responsabilità che – come segnalava la compianta Elena Pulcini – trova la sua principale condizione di praticabilità nella vulnerabilità umana[44], perché essere più vulnerabili vuol dire anche, in fondo, doversi rendere più responsabili. E, da questo punto di vista, la cronaca dei destini della libertà di culto in tempo di pandemia non può che rappresentare un esempio di esercizio virtuoso della responsabilità, praticata con sinergie prima impensabili tra il diritto, la scienza e le religioni.

[42] Cfr. sul punto A. ABIGNENTE, *L'istanza ordinatrice del nostro tempo: i caratteri dell'argomentazione giuridica*, in ID., *L'ordine e il molteplice. Il* ritmo *dell'argomentazione giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 15-58, spec. pp. 24 ss.

[43] Riprendo qui la celebre espressione di R. RORTY, *Religion as Conversation-Stopper* (1994), ora in ID., *Philosophy and Social Hope*, Penguin Books, London, 1999, pp. 168-174.

[44] E. PULCINI, *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell'età globale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, spec. pp. 220 ss.

LA LIBERTA' DI RIUNIONE IN TEMPI DI EMERGENZA SANITARIA E DISTANZIAMENTO SOCIALE*

GIADA RAGONE**

Sommario

1. La libertà di riunione al tempo del distanziamento sociale: un ossimoro in termini? – 2. I limiti generali della libertà di riunione. "Pacificamente" come sinonimo di non dannoso per la salute. – 2.1 Altre possibili giustificazioni alle limitazioni generali del diritto di riunirsi: il *primum vivere* e la forza del fatto – 2.2 La riserva costituzionale di provvedimento concreto per il divieto di riunione in luogo pubblico e la direttiva Lamorgese – 3. Temporaneità e proporzionalità delle restrizioni ai diritti come *condiciones sine quibus non*. – 3.1 Il ruolo del CTS, valutatore – quanto ai profili tecnico-scientifici – dell'adeguatezza e proporzionalità delle misure di contenimento.. – 4. I pareri del CTS sulla libertà di riunione. – 5. Riflessioni conclusive.

Abstract

Among the measures adopted to tackle the spread of Sars-Cov-2 in Italy, many have been oriented towards the promotion of social distancing, long considered the most effective strategy to slow down a highly contagious virus. These measures, often contained in Prime Ministerial Decrees, have severely affected the freedom of assembly guaranteed under Article 17 of the Constitution, in all its forms: the freedom of assembly in private, public, and public places has been restricted.

In the same way, many other constitutional freedoms, and prerogatives, to which freedom of assembly is instrumental, have been curbed: the right to profess and exercise one's faith in an associated manner, the right to express one's thoughts collectively, and so on.

This contribution will first recall the limits traditionally considered admissible to freedom of assembly. It will then attempt to analyse whether and to what extent the limitations placed on citizens' freedom of assembly during the epidemiological emergency can be justified and grounded in the clauses and principles contained in the Constitution. It will also be considered that, according to part of the doctrine, the pandemic represents a "constitutionally relevant fact" which opens the possibility of new balances and new forms of limitation to the rights enshrined in the Charter.

Whether one adheres to the approach according to which the Italian Constitution is provided with all the necessary instruments to cope with the emergency, or one holds that the peculiarities of the pandemic crisis are such as to impede reasoning with the parameters of the ordinary regime, the restriction of constitutional prerogatives of the caliber of the freedom of assembly - as indicated by a consolidated constitutional jurisprudence - must respect the principles of temporariness and proportionality. With reference to this second criterion, the essay aims to highlight the role of the Technical-Scientific Committee of the Civil Protection which, pursuant to art. 2 of Law Decree no. 19/2020, is heard on the technical-scientific profiles of the containment measures adopted by the Government and for the assessment of the adequacy and proportionality of the same. The opinions offered by the CTS in relation to the need to limit meetings, with reference to large meetings, will therefore be considered. This will provide an opportunity to make some concluding remarks on the relationship between policymakers and experts

Suggerimento di citazione

G. RAGONE, *La libertà di riunione in tempi di emergenza sanitaria e distanziamento sociale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Contributo pervenuto a margine del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Ricercatore (RtdB) in Diritto Costituzionale nell'Università degli studi di Milano, Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale.

Contatto: giada.ragone@unimi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. La libertà di riunione al tempo del distanziamento sociale: un ossimoro in termini?

Da quando, ormai due anni fa, Sars-Cov-2 ha iniziato a diffondersi in Italia con le tragiche conseguenze a tutti note, molte delle misure adottate per farvi fronte e limitarne la circolazione a tutela della salute dei consociati, sono state orientate alla promozione del distanziamento sociale. Nelle primissime fasi della crisi epidemiologica, tenere "separati" gli individui e addirittura obbligarli a non uscire dalle proprie abitazioni se non per una serie limitata di attività *concesse* è parsa l'unica via per rallentare la diffusione di un agente patogeno altamente contagioso e salvare il maggior numero di vite umane. Tra la fine dell'inverno e l'inizio della primavera del 2020, del resto, non solo non esistevano vaccini per il nuovo Coronavirus ma nemmeno si disponeva di dispositivi di protezione individuale – *in primis* mascherine –, tanto per il personale sanitario quanto per il resto della popolazione. Si è quindi cercato di arginare l'ospite (il virus), imponendo severe restrizioni agli ospitanti o potenziali tali (le persone): il culmine delle limitazioni si è tradotto nell'imposizione del *lockdown* nazionale durato dal 9 marzo al 4 maggio 2020.

Superata quella fase drammatica, seppur con differenti gradazioni legate all'avvicendarsi delle ondate epidemiche e delle varianti virali, all'adozione del meccanismo delle zone a colori, nonché della campagna vaccinale, diverse hanno continuato ad essere le misure e le regole di contrasto alla pandemia ispirate all'esigenza di mantenere quanto più possibile a distanza gli individui. Si può, dunque, facilmente condividere che una delle prerogative costituzionali più severamente compresse dalle misure anti-Covid sia stato «il diritto di ciascuno di stare insieme ad altri»[1], ossia la libertà di riunirsi.

Come conseguenza, hanno trovato argine tante libertà e diritti anche costituzionali cui la libertà di riunione è strumentale: il diritto di professare ed esercitare la propria fede in forma associata, il diritto di manifestare in maniera collettiva il proprio pensiero, e così via. La tutela della riunione, del resto, pur dotata di una propria individualità e meritando garanzia in sé e per sé quale mezzo di svolgimento della personalità dei singoli individui[2], è anche tramite per la realizzazione delle comuni finalità[3] perseguite collettivamente[4] dalla pluralità dei soggetti che si riuniscono.

Per avere contezza del numero di evenienze in cui ha trovato contrazione il diritto di riunirsi, occorre innanzitutto considerare l'ampiezza della casistica

[1] F. ROSA, *Articolo 17*, in F. CLEMENTI - L. COUCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2018, p. 121.

[2] Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Art. 17*, in *Commentario Costituzione, leggiditalia.it,* p. 10.

[3] Così P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, 341.

[4] La dimensione collettiva della libertà di riunione è stata più volta sottolineata all'interno della giurisprudenza costituzionale. Cfr., ad esempio, sent. cost. nn. 45/1957, 142/1967 e 90/1970.

ricompresa nell'art. 17 Cost. La dottrina è concorde nell'affermare che per riunione s'intenda la compresenza volontaria di più persone fisiche nello stesso luogo e per scopi unitari[5]. «È quindi riunione così un ricevimento in una casa privata, come un concerto, uno spettacolo teatrale, una cerimonia di culto, un congresso. E lo sono altresì le processioni e i cortei»[6] in pubblica piazza. L'opinione di maggioranza propende per estendere la tutela dell'art. 17 anche agli assembramenti[7], i quali, pur costituendo riunioni occasionali e non preventivate, si distinguerebbero dalle file o dai capannelli involontari di persone (che riunioni non sono), per la volontà dei partecipanti di permanere insieme e per lo scopo unitario della compresenza. Non pare, dunque, azzardato affermare che la Costituzione garantisca libertà ad una manifestazione della «intrinseca socialità degli esseri umani, la quale coinvolge ogni momento della vita quotidiana»[8].

Per queste ragioni, una ricognizione di tutte le disposizioni seguite alla dichiarazione di emergenza sanitaria del 30 gennaio 2020[9] che hanno inciso sulla libertà di riunione è compito arduo. Il diritto di riunirsi è stato infatti limitato in molti modi e con diversi gradi sia in luoghi privati[10], sia in quelli aperti al pubblico[11], sia in quelli pubblici. Quest'ultima categoria poi, la riunione in luogo pubblico, solleva problematiche assai delicate: è infatti soprattutto quando esercitata "in pubblica piazza" che la libertà di riunione diviene rilevante nell'ottica della partecipazione del cittadino alla vita pubblica e maggiormente si collega «sia al principio pluralista, garantito attraverso il riferimento alle formazioni sociali *ex* art. 2 cost., sia all'area dei diritti politici»[12].

Il presente saggio intende, per prima cosa, ripercorrere le diverse interpretazioni sui limiti costituzionalmente ammissibili alla libertà in esame, al fine di comprendere fino a che punto e con che modalità possano ritenersi legittime contrazioni al diritto di riunirsi giustificate dalla situazione pandemica.

[5] *Ex multis*, cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2020, p. 563; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, 1985, p. 266; F. ROSA, *Articolo 17*, cit., p. 122.

[6] M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 266.

[7] Per tutti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, p. 305; G. TARLI BARBIERI, *Art. 17*, cit., p. 20-21.

[8] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, p. 300.

[9] Cfr. il DPCM del 30 gennaio 2020, adottato previa delibera del Consiglio dei Ministri, che è seguito alla dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il Coronavirus dell'OMS.

[10] Ad esempio, nei mesi del *lockdown* non era consentito riunirsi con non "congiunti" in abitazioni private.

[11] Oltre ad essersi registrati nelle disposizioni di contrasto alla pandemia espliciti divieti di riunioni in luoghi aperti al pubblico, le protratte chiusure di cinema, stadi, ristoranti, palestre e teatri hanno di fatto limitato tale possibilità.

[12] F. ROSA, *Articolo 17*, cit., p. 122.

Ciò consentirà, successivamente, di esaminare il ruolo rivestito dal Comitato tecnico-scientifico (CTS) della Protezione Civile nella valutazione circa la proporzionalità delle misure che hanno inciso sul diritto di riunione.

2. I limiti generali della libertà di riunione. "Pacificamente" come sinonimo di non dannoso per la salute

La Costituzione stabilisce che i cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi (art. 17, comma 1), che le uniche riunioni di cui deve essere dato preavviso alle autorità sono quelle in luogo pubblico (comma 2) e che esse possono essere vietate soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica (comma 3).

Il primo dato con cui occorre confrontarsi è che la Carta sembrerebbe stabilire due limiti generali alla libertà di riunione: non hanno diritto di riunirsi coloro che lo facciano in maniera non pacifica e armati. Sulla distinzione tra le due connotazioni e sul significato da attribuirvi la letteratura è davvero vasta. Ai fini del presente contributo, preme riflettere attorno alla possibilità che la "pacificità" delle riunioni sia condizione incompatibile con la loro realizzazione nel corso di una pandemia come quella da Covid-19.

Se così fosse, si potrebbe convenire con la lettura secondo cui possono considerarsi compatibili con la Costituzione le disposizioni che hanno sospeso *in toto*, in maniera generale e astratta, la libertà di riunirsi. È il caso, in particolare, dell'art. 1, comma 2 del d.l. 19/2020 che ha autorizzato l'adozione di provvedimenti prescriventi *inter alia*: il *divieto* delle riunioni o degli assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico (lett. f); la *sospensione* di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso (lett. g); la *sospensione* dei congressi, di ogni tipo di riunione o evento sociale e di ogni altra attività convegnistica o congressuale, salva la possibilità di svolgimento a distanza (lett. l); ed altre misure altrettanto limitative del diritto dei cittadini di riunirsi[13].

La legge di conversione del citato decreto, l. 22 maggio 2020, n. 35, ha soppresso la lettera f) dell'articolo 1, comma 2 – salvando invece la controversa lettera g) – , ha rimosso il riferimento alla possibilità di sospendere "ogni tipo di riunione" dalla lettera l) ed ha delegato il Governo all'adozione di protocolli sanitari, d'intesa con la Chiesa cattolica e con le confessioni religiose, per permettere la ripresa delle funzioni religiose in condizioni di sicurezza. Ciò non di

[13] Come la sospensione delle cerimonie civili e religiose e la limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto (lett. h) o la chiusura di cinema, teatri, sale da concerto sale da ballo, discoteche, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, centri culturali, centri sociali e centri ricreativi o altri analoghi luoghi di aggregazione (lett. i).

meno, nei due mesi di vigenza del d.l. 19/2020, tramite l'emanazione di una serie di DPCM che hanno effettivamente vietato e sospeso la libertà di riunione nei modi descritti, si è assistito ad una contrazione pressoché totale e generalizzata – ancorché temporanea – del diritto sancito all'art. 17 Cost[14].

Per sostenere la legittimità di tali misure, si può fare appello all'argomento per cui sono considerate non pacifiche (e dunque vietabili a discrezione del legislatore) tutte le riunioni che comportino il concreto pericolo di provocare danni a cose e persone. E desumerne, come si accennava, «che il contesto pandemico non renda pacifica in tal senso qualsiasi riunione»[15] se il suo svolgimento implica inevitabilmente il diffondersi del contagio e danni alla salute dei partecipanti. Deve inoltre darsi per acquisito che il requisito della pacificità sia valido per tutti i tipi di riunioni che sono state precluse: luoghi privati, aperti al pubblico e pubblici.

L'interpretazione indicata incontra alcuni ostacoli[16]: anzitutto, la dubbia equivalenza tra riunione non pacifica e dannosa; in secondo luogo, la possibilità di predeterminare genericamente che qualsiasi tipo di riunione in tempo di pandemia sia tale da costituire fondato pericolo per la salute; da ultimo, è dibattuto in dottrina che i limiti generali di cui al comma 1 dell'art. 17 Cost. siano applicabili alle riunioni in luoghi privati o aperti al pubblico e non solo a quelle in luogo pubblico.

In relazione alla prima obiezione, pur essendo piuttosto condiviso che una riunione non pacifica sia una riunione concretamente idonea a provocare danni, non può facilmente affermarsi il contrario, ossia che ogni riunione che comporti il fondato rischio di danneggiare cose o persone sia anche non pacifica. Una sagra di paese organizzata in piena estate nelle ore centrali della giornata comporta il concretissimo pericolo che i partecipanti si espongano ad insolazioni, a danno della loro salute. Questo però non sembra essere motivo sufficiente per considerare le sagre alla stregua di riunioni non pacifiche e, pertanto, non ritenerle coperte dalla garanzia di cui all'art. 17 Cost. Quello che s'intende è che un limite generico come quello sotteso all'avverbio "pacificamente" deve

[14] L'Italia non è peraltro un caso isolato. Di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato una violazione dell'art. 11 CEDU (libertà di riunione e associazione) da parte della Svizzera dove, all'inizio della pandemia, sono state vietate per oltre due mesi le riunioni pubbliche. Cfr. la sentenza *Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*.

[15] P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del Coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, p. 699.

[16] I quali possono essere rilevati senza necessariamente possedere «l'acribia e la pignoleria dell'entomologo», come ammonisce E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, p. vi. Ivi l'Autore invita gli studiosi del diritto a non eccedere quanto a *esprit de finesse* nell'individuare il perimetro delle limitazioni che la legge può stabilire in via generale ai diritti costituzionali, libertà di riunione inclusa (p. v-vi).

essere interpretato in maniera oculata affinché la prerogativa costituzionale a cui è collegato non sia di fatto svuotata. Ciò anzitutto ritenendolo operante solo laddove l'entità e la concretezza dei potenziali danni siano di rilievo. Per questo, in dottrina si afferma – seppur ricorrendo ad una formula a propria volta problematica – che la riunione non pacifica è tale se turba l'ordine pubblico[17].

Nel caso di riunioni organizzate durante il dilagare di un virus talvolta letale, l'entità del possibile danno alla salute è di sicura rilevanza. Tuttavia, passando alla seconda obiezione, viene da chiedersi se il rischio di contagio sia fondato e concreto in qualsiasi luogo si svolgano le riunioni, anche all'aperto e in condizioni che consentano il distanziamento interpersonale. Sul punto si tornerà a breve, analizzando quali opinioni sono state nel tempo espresse dal CTS, ma si anticipa sin d'ora che la sospensione generalizzata di «ogni […] forma di riunione in luogo pubblico o privato» appare sproporzionata rispetto ai diversi gradi di rischio che i differenti luoghi di riunione comportano e non sembra dunque potersi giustificare con il solo limite della pacificità. Quest'ultimo, peraltro, non è unanimemente considerato applicabile a tutte le riunioni: all'opinione di chi ritiene che anche quelle in luogo privato ed aperto al pubblico siano libere a condizione che siano tenute pacificamente e senz'armi, si affianca l'interpretazione per cui per le riunioni impacifiche in luogo privato[18] (tutelato dalla libertà di domicilio *ex* art. 14 Cost.) non possano essere sciolte, non potendosi configurare interventi dell'autorità di pubblica sicurezza a ciò diretti[19].

2.1 Altre possibili giustificazioni alle limitazioni generali del diritto di riunirsi: il *primum vivere* e la forza del fatto

Per trovare ancoraggio in Costituzione a interventi legislativi che comprimono nella maniera vista la libertà di riunione in ragione di una crisi pandemica, si può forse cercare all'esterno dell'art. 17, ricorrendo ad una lettura sistematica della Carta e basata sull'idea per cui «la vita e la salute sono i presupposti per l'esercizio di tutti i diritti costituzionalmente garantiti»[20]. In altre parole, il vigente assetto costituzionale, sottendendo in diverse clausole il supremo principio del *primum vivere* (e quello del *salus rei publica*)[21], consentirebbe «la

[17] M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 269.

[18] Ancor più delicata è la questione dell'applicabilità del limite dell'assenza di armi alla riunione in luogo privato, potenzialmente idoneo ad escludere che i cittadini siano liberi di riunirsi in abitazioni dove sono conservate arme legalmente detenute. Sul punto v.

[19] G. TARLI BARBIERI, *Art. 17*, cit., p. 14.

[20] P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del Coronavirus spunti per attuarla diversamente*, cit., p. 695.

[21] All'idea per cui il principio del *primum vivere* – così come quello della *salus rei publica* – sia stato positivizzato, si affianca quella secondo cui esso sia immanente alla Costituzione. In entrambi i casi, si aderisce alla lettura per cui il trattamento dei due principi «deve essere quello dei veri e propri

possibilità in via generale di limitare i diritti e le libertà fondamentali per assicurare la tutela di altri beni costituzionali (quali certamente la salute); dunque, a maggior ragione tali limitazioni sono lecite e ragionevoli a fronte dell'eccezionale crisi odierna»[22].

Il richiamo al principio del *primum vivere* è avanzato sia da coloro secondo cui, pur essendo incontestata l'eccezionalità della situazione pandemica verificatasi, non è necessario invocare l'emergenza a giustificazione di misure come quelle adottate nei primi mesi di pandemia: «la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione»[23]. Sia dagli Autori che considerano la pandemia un «fatto costituzionalmente rilevante»[24] che impedirebbe di ragionare con i parametri del regime ordinario[25]. Alla luce di questa seconda lettura, in presenza di tale singolare fonte-fatto, il ricorso a limitazioni "straordinarie" di diritti fondamentali quali la libertà di riunione è tollerabile in tanto quanto le misure adottate, oltre ad essere temporanee, – sono state «comprese e accettate [da parte dei consociati] nella loro intima connessione con quell'originario e obiettivo "accadimento esogeno" che aveva indotto il governo a disporle. Accadimento che, nella percezione collettiva, rappresentava una minaccia esiziale e diffusa alla vita e alla salute di ciascuno e di tutti»[26].

Anche aderendo a queste impostazioni – come si approfondirà – per ritenere conformi a Costituzione misure fortemente costrittive di diritti fondamentali imposte a favore del bene salute, è necessario, comunque, che siano adottate nel rispetto del principio di proporzionalità, onde evitare che la *salus*, anziché presupposto per permettere il godimento di tutti gli altri diritti, diventi diritto «tiranno»[27], producendo l'effetto contrario.

princìpi costituzionali» (M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *giurcost.org*, 11 aprile 2020, p.4).

[22] P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del Coronavirus spunti per attuarla diversamente,* cit., p. 695.

[23] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 4. In senso analogo, R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, in AA.VV., *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Napoli, 2020, p. 189.

[24] Così E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, cit., p. iv.

[25] Di simile avviso F. PATRONI GRIFFI, *Il processo, luogo della tutela dei diritti anche e soprattutto nell'emergenza. Dialogando con il Presidente Patroni Griffi sulla giustizia amministrativa*, in *Federalismi*, n. 14/2020, p. 2.

[26] E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, cit., p. xii.

[27] Il riferimento è naturalmente a sent. cost. 85/2013 sul caso Ilva.

2.2 La riserva costituzionale di provvedimento concreto per il divieto di riunione in luogo pubblico e la direttiva Lamorgese

Al di là dei limiti generali alla libertà di riunirsi, il già richiamato comma 3 dell'art. 17 Cost. specifica che le riunioni in luogo pubblico possono essere vietate per «comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica».

Che il riunire nello stesso luogo molte persone durante il dilagare di una virulenta epidemia possa costituire ostacolo alla sicurezza e all'incolumità pubblica è del tutto plausibile[28]. Di conseguenza, si può astrattamente ritenere legittima la decisione delle autorità indicate dal t.u.l.p.s. di vietare una specifica riunione o manifestazione in luogo pubblico in ragione dei rischi legati al contagio, purché comprovati. Assai meno pacifico è che l'art. 17, comma 3 possa legittimare preventivi e generalizzati divieti di riunioni in luogo pubblico.

Scriveva Manlio Mazzotti di Celso, in tempi non sospetti, che l'opinione secondo cui l'esigenza di comprovati motivi escluderebbe un potere generale di divieto delle riunioni in luogo pubblico pecca per eccesso di garantismo e prendeva proprio l'esempio di una «malattia infettiva»[29] per dire che non si vede come essa non possa costituire comprovato motivo per vietare in via generale le riunioni in luogo pubblico in un certo ambito territoriale. L'Autore rifiutava di leggere l'aggettivo "comprovati" come sinonimo di valutati caso per caso in relazione alle singole riunioni di cui è dato preavviso a norma dell'art. 17, comma 2: nella sua lettura, «In realtà motivo comprovato si contrappone a motivo supposto e non a motivo generale»[30].

L'opinione è, tuttavia, rimasta minoritaria; dottrina[31] e giurisprudenza[32] sono per lo più concordi nel sostenere che le limitazioni alle riunioni in luogo pubblico per ragioni di sicurezza e incolumità vadano valutate di volta in volta. Il che, ultimamente, vale a sostenere che l'ultimo paragrafo dell'art. 17 contenga una riserva costituzionale di provvedimento concreto[33].

La questione è stata recentemente sollevata dall'emanazione, in data 10 novembre 2021, di una direttiva del Ministro dell'Interno Lamorgese[34] che ha

[28] Similmente A. ALGOSTINO, *La libertà di manifestazione e l'ossimoro della democrazia senza conflitto. Considerazioni intorno alla "direttiva Lamorgese"*, in *Questione Giustizia*, 30 dicembre 2021, p. 2.

[29] M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 271, n. 12.

[30] *Ibidem*.

[31] Di recente, v. A. ALGOSTINO, *La libertà di manifestazione e l'ossimoro della democrazia senza conflitto. Considerazioni intorno alla "direttiva Lamorgese,* cit., p. 3 e G. BOGGERO, *Cosa non torna nella direttiva Lamorgese che limita le manifestazioni no pass*, in *Tempi*, 15 novembre 2021, p. 3.

[32] Il riferimento è d'obbligo a Tar Lazio sez. I del 13 febbraio 2012, n. 1432.

[33] Cfr. C. PETTINARI, *Sulla possibilità di vietare riunioni con atti generali ed astratti. Nota a TAR LA - Roma sez. I 13 febbraio 2012, n. 1432*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2012, p. 626.

[34] "Direttiva recante indicazioni sullo svolgimento di manifestazioni di protesta contro le misure sanitarie in atto", accessibile dal portale: interno.gov.it.

invitato i prefetti a predisporre piani coordinati di controllo del territorio che tengano in attenta considerazione i rischi derivanti da determinate tipologie di riunioni. Le indicazioni riguardano in particolare le manifestazioni di protesta contro le misure sanitarie anti-Covid in atto, in occasione delle quali «si riscontra frequentemente un significativo livello di inosservanza delle disposizioni di prevenzione del contagio, concernenti il divieto di assembramenti, il rispetto del distanziamento fisico e l'uso dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie, con potenziale pericolo di incremento dei contagi e, dunque, per la salute dei cittadini»[35].

Il documento, in maniera non dissimile da quanto accaduto in passato con la c.d. direttiva Maroni[36], suggerisce ai prefetti di individuare, con la collaborazione dei sindaci, aree sensibili all'interno dei propri territori, «di particolare interesse per l'ordinato svolgimento della vita della comunità, che potranno essere oggetto di temporanea interdizione allo svolgimento di manifestazioni pubbliche per la durata dello stato di emergenza, in ragione dell'attuale situazione pandemica»[37]. La decisione sulla effettiva sospensione delle manifestazioni è rimessa ai questori che, ricorda la direttiva, possono anche disporre lo svolgimento delle riunioni in forma statica in luogo di quella dinamica. La nota ministeriale si chiude con la precisazione che, benché le indicazioni offerte possano trovare applicazione per riunioni pubbliche di qualsiasi tipo, la loro attuazione sia resa urgente e necessaria dell'evoluzione del fenomeno correlato alle proteste per le misure emergenziali dettate dal Covid-19.

Sebbene non vieti genericamente e a priori lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico, l'atto d'indirizzo dello scorso novembre fa salva solo in parte l'esigenza sottesa all'art. 17, comma 3 che il divieto di riunioni sia esito di un bilanciamento in concreto: la valutazione che spetta alle autorità di pubblica sicurezza è infatti «orientata dal vincolo a individuare "aree urbane sensibili", cui far seguire provvedimenti di divieto (solo astrattamente qualificati come possibili)»[38]. Inoltre, la direttiva suggerisce in via generale e preventiva vincoli alle modalità di svolgimento delle manifestazioni, sollecitando i questori a ponderare l'imposizione della forma statica alle manifestazioni di piazza.

Il documento chiarisce che l'interdizione allo svolgimento di manifestazioni pubbliche non possa che essere temporanea (limitata alla durata dello stato di emergenza, in ragione dell'attuale situazione pandemica) e, comunque, applicata nel rispetto del principio di proporzionalità. In letteratura è stato, tuttavia,

[35] Direttiva Lamorgese, p. 1.

[36] Sul punto si rimanda a S. TROILO, *La libertà di riunione al tempo della "Direttiva Maroni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

[37] *Ibidem*, p. 2.

[38] G. BOGGERO, *Cosa non torna nella direttiva Lamorgese che limita le manifestazioni no pass*, cit., p. 4.

sostenuto che questi riferimenti «non valgono a legittimare il provvedimento: la Costituzione ragiona di divieti caso per caso e di "comprovati motivi" concernenti la singola riunione»[39].

3. Temporaneità e proporzionalità delle restrizioni ai diritti come *condiciones sine quibus non*

Che si aderisca all'impostazione secondo cui la Costituzione italiana è provvista di tutti gli strumenti necessari a far fronte all'emergenza ovvero si ritenga che le peculiarità della crisi pandemica siano tali da impedire di ragionare con i parametri del regime ordinario, la restrizione di prerogative costituzionali del calibro della libertà di riunione – come indica una consolidata giurisprudenza costituzionale – deve rispettare i principi della temporaneità e proporzionalità. Quali che siano le ragioni che si ritengono legittime per limitare diritti costituzionalmente garantiti, è infatti condiviso che la loro contrazione possa avvenire solo all'esito di una rigorosa «verifica del nesso fra la situazione di fatto e l'azione intrapresa, quanto all'esistenza dei presupposti per ordinanze eccezionali e quanto all'esame del rapporto fra lo scopo e il mezzo impiegato. In una parola, esigono quello che nel costituzionalismo contemporaneo è l'evidenza del nesso di proporzionalità»[40].

Come da tempo acquisito[41] e ribadito dalle Presidente emerita della Corte costituzionale, Marta Cartabia, proprio in commento alle misure adottate nella prima fase della pandemia, nessuno dei diritti enunciati nella nostra Carta costituzionale, per quanto irrinunciabile, è di per sé insuscettibile di restrizione[42]. «Nella giurisprudenza costituzionale, poi, si trovano orientamenti anche sulla misura di queste limitazioni, che devono sempre essere ispirate ai principi di necessità, proporzionalità, ragionevolezza, bilanciamento e temporaneità»[43].

Di questa necessità il legislatore dell'emergenza è parso consapevole, dal momento che – come sottolinea la sent. cost. 37/2021 – «Fin dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 5 marzo 2020, n. 13, [… egli] si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di

[39] A. ALGOSTINO, *La libertà di manifestazione e l'ossimoro della democrazia senza conflitto. Considerazioni intorno alla "direttiva Lamorgese,* cit., p. 3.

[40] R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, cit., p. 189-190.

[41] Celeberrimo è, ad esempio, il passaggio della sent. cost. n. 85/2013 sul c.d. caso Ilva, secondo cui «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».

[42] M. CARTABIA (intervista a), *La via d'uscita dalla crisi è nella Carta*, in *Corriere della Sera*, 29 aprile 2020.

[43] M. CARTABIA (intervista a), *La via d'uscita dalla crisi è nella Carta*, cit.

queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»[44].

Un ruolo fondamentale nella ponderazione del "dosaggio" di queste misure è stato assegnato al Comitato tecnico-scientifico (CTS) istituito tramite provvedimento del Capo della Protezione Civile[45], con compiti di consulenza e di supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus.

3.1 Il ruolo del CTS, valutatore – quanto ai profili tecnico-scientifici – dell'adeguatezza e proporzionalità delle misure di contenimento

Uno dei tratti che hanno inequivocabilmente contraddistinto l'azione dell'esecutivo nella gestione della crisi pandemica è stato il massiccio ricorso alla comitologia: gruppi di esperti e *task forces* istituite *ad hoc* con vari compiti e diverse composizioni sono state chiamate dal Governo ad offrire la loro consulenza all'interno dei processi di decisione politica[46]. Ciò è accaduto sia nelle prime fasi dell'emergenza, sotto il Governo Conte-*bis*, sia nei mesi successivi con l'insediamento del Governo Draghi, che ha fatto dei comitati di esperti uno strumento di cui avvalersi anche per l'implementazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Nella maggior parte dei casi non è agevole ottenere informazioni dettagliate sulle modalità di funzionamento e sulle competenze effettivamente esercitate da questi comitati. Non fa eccezione il più influente – e noto a livello mediatico – dei gruppi di esperti dell'epoca Covid: il CTS della Protezione Civile[47].

Il decreto con cui è stato istituito[48] si limita ad attribuirgli funzioni di consulenza al Capo di Dipartimento della PC, senza disporre regole di organizzazione e funzionamento. Per molti mesi dall'inizio delle sue attività i verbali delle sedute sono stati tenuti secretati e i pochi elementi noti sul suo apporto all'interno dei processi decisionali dell'esecutivo sono stati quelli emergenti dalle cronache giornalistiche e da alcuni generici richiami contenuti nei decreti emanati dal Presidente del Consiglio. Ad esempio, il DPCM del 1° marzo 2020 riferisce nelle considerazioni introduttive che le misure ivi adottate sono state

[44] C.i.D. 9.

[45] Cfr. Decreto del Capo Dipartimento n. 371 del 5 febbraio 2020.

[46] Per una ricognizione dei gruppi di esperti a vario titolo istituiti, cfr. M. GALANTI, B. SARACINO, *Inside the Italian Covid-19 Task Forces*, in *Contemporary Italian Politics*, n. 2/2021, p. 275 ss.

[47] Per più ampie riflessioni su composizione, funzionamento e aspetti problematici del CTS si rimanda a A. IANNUZZI, *Leggi Science driven e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2020, p. 119 ss; G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2022, p. 71 ss. e L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo fascicolo.

[48] Art. 2, comma 3 del Decreto del Capo Dipartimento di Protezione n. 371 del 5 febbraio 2020.

decise «tenuto conto delle indicazioni formulate dal Comitato tecnico-scientifico»[49].

Un'affermazione più specifica circa il ruolo del comitato è pervenuta col decreto-legge n. 19/2020 del 25 marzo 2020. Esso stabilisce che il CTS è, di norma, sentito per i profili tecnico-scientifici delle misure di contenimento adottate tramite decreti del Presidente del Consiglio e per la valutazione della adeguatezza e della proporzionalità delle stesse[50]

L'affermazione non è di poco momento. Anzitutto il decreto ha chiarito che, ancorché formalmente insediato presso la Protezione Civile, il CTS è organo di consulenza del Governo. In secondo luogo, esso sancisce che il Comitato, oltre a dover esser *di norma* consultato circa i profili di rilievo tecnico-scientifico delle misure da prendersi, deve occuparsi di giudicare se dette misure siano adeguate e proporzionate. Quest'ultima funzione risulta particolarmente delicata dal momento che, come si è detto sin qui, le misure di contenimento della pandemia hanno inciso significativamente su diritti che, come la libertà di riunione, trovano espressa tutela in Costituzione e la cui legittimità è legata alla condizione che siano, per l'appunto, proporzionate. Sembra opportuno, pertanto, spendere qualche breve osservazione sui limiti entro i quali debba essere esercitato questo compito da parte di un gruppo di tecnici[51] esterni al circuito democratico-rappresentativo.

Una prima, necessaria, constatazione è che «la previa valutazione tecnica, in sé, non rende il provvedimento adeguato e proporzionato»[52]. La ponderazione dell'adeguatezza e proporzionalità delle limitazioni da parte del CTS può orientare il decisore politico verso l'opportunità e il "dosaggio" della loro adozione ma il giudizio sull'effettivo rispetto dei principi evocati spetta eventualmente alle autorità giudiziarie. Implicita conferma di questo è offerta dal passaggio della sent. cost. n. 198/2021 in cui il Giudice delle leggi afferma che le opinioni prodotte dal CTS possono concorrere a rendere «più concreta ed effettiva la verifica giudiziale»[53] a posteriori del rispetto dei suddetti criteri da parte del Governo.

Il ruolo attribuito al CTS non può, peraltro, che limitarsi alla ponderazione della proporzionalità tecnico-scientifica[54] delle misure, come è proprio degli

[49] Affermazioni analoghe si trovano nei DPCM dell'8 marzo 2020, 22 marzo 2020 e 1° aprile 2020.

[50] Art. 2 del d.l. 19/2020, convertito in l. 22 maggio 2020, n. 35.

[51] Intendendosi con questo termine persone che possiedono «le conoscenze e le attitudini specializzate necessarie per risolvere un determinato problema» (G. GUARINO, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, p. 4).

[52] R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, cit., p. 194.

[53] C.i.D. 6.2.

[54] Sui concetti di proporzionalità scientifica e ragionevolezza scientifica cfr. S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009, p. 817 ss.; G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi*

expert advisor e degli organi di *risk assessment*. Del resto l'art. 1, comma 2 dello stesso d.l. 19/2020 parla di proporzionalità e adeguatezza delle misure da valutarsi in relazione «al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso»[55]. Viceversa, nella valutazione della proporzionalità *tout court* delle decisioni politiche, rientrano anche considerazioni di natura politico-valoriale e operazioni di bilanciamento che vanno ben oltre il discernimento tecnico e che non possono essere appannaggio degli scienziati.[56].

Maggiori indicazioni sulle modalità concrete con cui il CTS ha svolto il proprio compito di consulente e valutatore dell'adeguatezza delle misure anti-Covid sono emerse a seguito della pubblicazione dei verbali dei suoi lavori, attualmente disponibili in un'apposita sezione del portale web della Protezione Civile.

Nel paragrafo seguente si è cercato di cogliere i tratti salienti delle indicazioni date dal CTS in relazione ai pericoli connessi alle riunioni, ed in particolare quelle di rilevanti dimensioni.

4. I pareri del CTS sulla libertà di riunione

Come si è detto in principio, le misure di contrasto alla pandemia che hanno variamente inciso sul diritto di riunirsi sono numerosissime; lo stesso può dirsi rispetto ai verbali[57] del CTS che hanno suggerito o supportato con evidenze scientifiche l'adozione di provvedimenti con effetti limitativi di tale libertà (e che non possono essere presi tutti in considerazione in questa sede). In linea generale, la posizione tenuta dagli esperti, sia nelle primissime fasi dell'emergenza, sia nei mesi successivi, è parsa fortemente orientata al perseguimento – per quanto possibile – del distanziamento sociale ed interpersonale.

Tra le prime indicazioni in tal senso, sul finire del febbraio del 2020[58], il Comitato, in risposta al Ministro Spadafora, manifestavano titubanza circa l'opportunità di consentire riunioni connesse a grandi eventi sportivi e l'accesso dei tifosi alle partite di calcio della Serie A[59]. Gli esperti sostenevano che

note sul ragionamento giuridico della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, p. 285 ss.

[55] Art. 1, comma 2 del d.l. 19/2020, convertito in l. 22 maggio 2020, n. 35.

[56] Sull'importanza di non appaltare ai tecnici valutazioni politiche, cfr. G. GUARINO, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, cit., p. 1 ss.

[57] Tutti i verbali menzionati sono consultabili all'indirizzo:
https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico.

[58] Cfr. il verbale n. 10 del 27 febbraio 2020.

[59] In tema di limitazioni all'accesso agli stadi cfr. F. BOCCHINI, *Rilevanza costituzionale del divieto di accesso alle manifestazioni sportive*, in *Nomos*, n. 3/2019, p. 1 ss.

non fosse possibile fornire rassicurazioni in tal senso «alla luce della situazione epidemiologica in evoluzione e che peraltro, ove il trend di crescita dei casi confermati prosegua, bisognerà considerare [… la] realizzazione delle partite a porte chiuse».

Con l'aggravarsi della circolazione del virus, la titubanza ha lasciato spazio ad una maggiore decisione nell'invitare il Governo a ridurre al minimo le occasioni di incontro tra individui. Dal verbale n. 21 del 7 marzo 2020 si apprende che il CTS, acquisiti dall'Istituto superiore di sanità i dati epidemiologici aggiornati, con i relativi report sulla diffusione dell'infezione, sottolineava la necessità di adottare *tutte le azioni necessarie* per rallentare la diffusione del virus, al fine di diminuire l'impatto assistenziale sul servizio sanitario o quanto meno diluire tale impatto nel tempo. «Tenuto conto che quanto più le misure di contenimento sono stringenti tanto più ci si attende una maggiore efficacia nella prevenzione della diffusione del contagio», suggeriva «almeno» l'adozione di una serie di misure particolarmente rigorose per i territori in cui si era osservata sino a quel momento una maggiore diffusione di Sars-Cov2; e altre, meno severe, per l'intero territorio nazionale. Con riferimento alle zone maggiormente a rischio, il CTS proponeva sostanzialmente la sospensione di tutte le attività non essenziali e con specifico riferimento alle riunioni invitava il Governo a prescrivere di «adottare, in tutti i casi possibili, nello svolgimento di incontri o riunioni, modalità di collegamento da remoto [o…] comunque garantendo il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di un metro ed evitando assembramenti». Come sappiamo, tra l'8 e il 9 marzo il Presidente del Consiglio adottò due DPCM, il primo che, richiamandosi ai pareri espressi dal CTS il 7 marzo[60], mantenne la distinzione delle misure per zone di rischio, il secondo che invece estese indistintamente a tutto il territorio nazionale le restrizioni più severe, dando inizio al c.d. *lockdown*.

Nessun riferimento esplicito a specifiche raccomandazioni ricevute dal Comitato è invece contenuto nel d.l. 19 /2020 del 25 marzo 2020 che, come si è visto, ha fornito la base per l'emanazione di provvedimenti escludenti la possibilità di svolgimento delle riunioni.

Con l'inizio della c.d. fase 2 di gestione dell'emergenza e il progressivo allentamento delle limitazioni, il CTS ha mantenuto un approccio prudenziale soprattutto rispetto alle attività che prevedono la compresenza di molte persone nello stesso luogo, sia al chiuso sia all'aperto. Si vedano le raccomandazioni espresse circa le riunioni di carattere religioso dei verbali n. 87 e 89 del giugno 2020. Nel primo, il Comitato riferisce di aver valutato il protocollo per

[60] Nelle considerazioni introduttive al DPCM dell'8 marzo 2020 si legge che le misure ivi contenute sono adottate, «Tenuto conto delle indicazioni formulate dal Comitato tecnico scientifico di cui all'art. 2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile in data 3 febbraio 2020, n. 630, nelle sedute del 7 marzo 2020».

la ripresa delle processioni redatto dalla CEI e di aver rilevato criticità circa la possibilità di controllo del rischio di contagio nello svolgimento di tali attività: suggeriva, quindi, «anche per i riti religiosi che prevedono una processione all'esterno di strutture ecclesiastiche e luoghi di culto – ferme restando l'adozione delle misure relative al distanziamento fisico, all'uso delle mascherine ed all'osservanza della corretta "etichetta respiratoria" e delle altre misure igienico-sanitarie come il lavaggio frequente delle mani – il rigoroso rispetto delle misure precauzionali al fine di evitare ogni tipo di aggregazione o assembramento dei fedeli». Nel secondo, gli esperti raccomandavano che le manifestazioni collettive di culto prevedessero un'accoglienza massima di 200 unità al chiuso (a prescindere dalle dimensioni del luogo!) e di 1000 persone per eventuali cerimonie religiose celebrate all'aperto.

L'indicazione secondo cui le riunioni numerose (*mass gatherings*), anche all'aperto, possano comportare importanti rischi di contagio è sopravvissuta al cambio di composizione del CTS[61], avvenuta poche settimane dopo il passaggio dal Governo Conte-*bis* al Governo Draghi, all'attuazione della campagna vaccinale di massa, all'introduzione del *green pass* e alla "normalizzazione" tra la popolazione dell'adozione di prassi quali l'utilizzo di dispositivi di protezione delle vie respiratorie. Dimostrazione ne sono i verbali del 26 settembre 2021 e del 12 novembre 2021 che, rispetto a quelli citati in precedenza, riportano con maggior dettaglio i dati sulla circolazione dell'infezione, sul «rischio effettivamente presente su[l…] territorio»[62] e i parametri scientifici alla base delle raccomandazioni.

Il primo, in più punti, evidenzia la pericolosità dei *mass gatherings* quali eventi critici per il rischio di trasmissione, in relazione alla capacità di un effettivo controllo e alla complessità del tracciamento, si svolgano essi in «impianti all'aperto o al chiuso». Con particolare riguardo agli stadi, viene sottolineato come le modalità tipiche di partecipazione del pubblico alla competizione non corrispondono ad assistere staticamente all'evento, essendo invece «inevitabili azioni quali parlare, urlare, cantare, esultare, muoversi, ecc., che contribuiscono ad aumentare il livello di rischio». Azioni, queste ultime, che caratterizzano invero varie tipologie di riunioni – come i concerti ma anche e soprattutto i cortei e le manifestazioni di protesta – e che dunque, sebbene indicate come fattori di rischio specifici delle partite di calcio, possono aver offerto al Governo argomenti per adottare una certa cautela anche rispetto ad altri tipi di adunanze, come avvenuto nel caso della direttiva Lamorgese che fa riferimento – *inter alia* – alla possibilità di vincolare le manifestazioni alla forma statica.

[61] Cfr. l'Ordinanza del Capo di Dipartimento della Protezione Civile del 17 marzo 2021 n. 751.
[62] Come recita l'art. 1, comma 2 del d.l. 19/2020.

Quanto alla riunione del CTS del 12 novembre 2021, essa aveva all'ordine del giorno la proposta dell'esecutivo di consentire deroghe in aumento alla capienza di pubblico per un importante evento sportivo, questa volta tennistico. Il Comitato, dopo aver elencato una corposa e argomentata serie di rilevazioni scientifiche fotografante la situazione epidemiologica del momento, ha sconsigliato tale opzione: pur «considerando l'eccezionalità e le particolari "caratteristiche dell'evento" (e, in particolare, l'atteggiamento del pubblico che assiste agli incontri tennistici) e le "caratteristiche del sito" (costituito, peraltro, da un palazzo dello sport di rilevanti dimensioni), ritiene il CTS che, nell'attuale contingenza e in ragione dell'evoluzione della situazione epidemica, non vi siano le condizioni sanitarie per assentire alla concessione di deroghe ai limiti di capienza». Gli esperti sono tornati sulla questione nell'adunanza del 15 novembre 2021, su richiesta della Sottosegretaria di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri con delega allo Sport, Valentina Vezzali, ed hanno ribadito con vigore il proprio giudizio, ricordando al Governo «che il CTS esprime opinioni e pareri tecnico-scientifici che sono di supporto alle decisioni politiche, le quali possono, tuttavia, discostarsene, così come è già più volte accaduto in passato».

5. Riflessioni conclusive

Il percorso fatto in queste pagine ha cercato di mettere in luce come una libertà di fondamentale importanza quale quella sancita dall'art. 17 Cost. non possa essere sottoposta a limitazioni, se non all'esito di una ponderata e scrupolosa valutazione delle contingenze e delle motivazioni che rendono indispensabili tali restrizioni. L'eruzione della crisi Covid e la minaccia da essa rappresentata per la tutela dalla salute e della vita dei consociati possano sicuramente mettere il decisore politico nella condizione di adottare simili limitazioni, ancorché per periodi di tempo limitati e secondo le modalità che la Costituzione consente. Si è altresì sottolineato come il criterio guida per l'imposizione di limiti a diritti costituzionalmente sanciti, il principio di proporzionalità, sia pure nella sua ambiguità[63], imponga che in una situazione come quella in corso dal 2020, le singole misure affondino su valutazioni che consentano di rappresentare il più accuratamente possibile gli effettivi rischi e benefici dei provvedimenti adottati.

Per ciò che concerne le ponderazioni e le valutazioni tecnico-scientifiche utili a tal fine[64], il Governo si è fatto supportare anzitutto dal CTS istituito presso la Protezione Civile. Ciò che emerge dalla lettura dei verbali di

[63] Secondo E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, cit., p. vii: «fuori da inverosimili casi di scuola, la natura "proporzionata" di una specifica misura dipende il più delle volte dalla soggettiva scala delle preferenze di ciascuno».

[64] Cui si aggiungono, naturalmente, considerazioni socio-economiche, politiche etc.

quest'organo è che, rispetto ad attività che prevedano la presenza contemporanea di più soggetti nel medesimo luogo, l'orientamento tenuto nei mesi sia stato – seppure con qualche gradazione – di grande cautela. Il che è del tutto comprensibile: il CTS, nelle sue diverse composizioni, è sempre stato costituito in maggioranza da esperti del settore medico-sanitario e difficilmente ci si poteva aspettare che – in presenza di un'epidemia – provenisse da parte loro l'indicazione a favorire riunioni se non strettamente necessarie. Da ciò non può derivare, tuttavia, una piana applicazione da parte del decisore politico delle indicazioni ricevute dagli scienziati.

Egli deve tenere in considerazione diversi elementi, oltre quelli strettamente connessi ai rischi del contagio, e, come ricordato nel citato parere del CTS del 15 novembre 2021, è legittimamente accaduto che il Governo si sia discostato dalle indicazioni provenienti dagli esperti. Si dice legittimamente anche considerate le incertezze che hanno da subito accompagnato le valutazioni scientifiche sulle misure di contrasto alla pandemia. Se è vero, come è vero, che sull'utilità del distanziamento sociale per rallentare la diffusione del contagio vi è stata da subito unanimità, meno granitiche sono apparse nel tempo le posizioni degli scienziati circa il potere protettivo dei diversi tipi di mascherine, della probabilità di contagiarsi se ci si riunisce all'aperto, indossando le protezioni e tra persone in possesso di *green pass* (sia esso ottenuto tramite esecuzione di tamponi o somministrazione di vaccini) e così via. Non è quindi, forse, un caso che tutti i verbali di cui si è dato conto non fanno mai riferimento a calcoli probabilistici della possibilità di contagiarsi a seconda delle diverse condizioni indicate. Per lo più, si limitano ad invocare lo stato della situazione epidemiologica corrente, facendo riferimento ad indici come il celebre RT o l'incidenza di casi di infezioni per numero di abitanti. Nel verbale della seduta del 27 settembre 2021 è dato atto dell'intenzione del Sottosegretario alla Salute, Sileri, di promuovere la conduzione di uno studio scientifico volto a definire compiutamente il rischio legato alla partecipazione a *mass gatherings* in soggetti possessori di certificato verde, ma nulla si aggiunge sul punto.

Se l'esperimento del CTS dovesse proseguire nel tempo, anche cessato lo stato di emergenza sanitaria, potrebbe essere invece auspicabile che i suoi pareri, anziché un giudizio di sintesi (gli eventi di massa presentano alto rischio di contagio e difficile tracciabilità) esprimano al decisore opzioni alternative che contemplino quante più variabili possibili (ad esempio, considerando che le riunioni si tengano all'aperto o al chiuso, in luogo piccoli o grandi, con o senza mascherina, etc). Sarebbe altresì auspicabile che tali opzioni vengano corredate dall'indicazione della probabilità di efficacia dell'azione

raccomandata o della realizzabilità della previsione fatta, esponendo l'autorità politica ad una scelta più consapevole[65].

Tanto premesso, resta inalterato che, quale che siano le evoluzioni delle modalità con cui il decisore politico continuerà ad essere supportato nella considerazione degli elementi scientifici alla base delle sue scelte, soprattutto quando in gioco vi sono diritti e libertà fondamentali, al legislatore soltanto spetti il compito di ponderare la «relativa desiderabilità di compromessi fra i diversi valori»[66].

[65] Così G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., p. 93.

[66] R.A. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 1997, p. 111.

TECNO-SCIENZA E DIRITTO AL TEMPO DELLA PANDEMIA (CONSIDERAZIONI CRITICHE SULLA RISERVA DI SCIENZA) *

GIANPAOLO FONTANA**

Sommario

1. La pandemia e la necessità di riconsiderare i rapporti tra scienza e diritto in una visione non scientista. – 2. Il ruolo ambivalente e problematico della tecno-scienza nei regimi democratici (verso il costituzionalismo tecnologico?). – 3. La riserva di scienza: una nozione da riconsiderare criticamente. – 4. Quando gli scienziati diventano protagonisti. Alcune considerazioni critiche sul rapporto tra diritto, scienza e società alla luce della pandemia. – 5. Considerazioni conclusive.

Suggerimento di citazione

G. FONTANA, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia. (Considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione delle conclusioni svolte in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: gfontana@uniroma3.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. La pandemia e la necessità di riconsiderare i rapporti tra scienza e diritto in una visione non scientista

Le relazioni tra scienza e diritto si sono imposte in tutta la loro problematicità in occasione della diffusione pandemica del virus Sars-Cov-2, mettendo in evidenza, in particolare, la difficoltosa composizione dei conflitti insorgenti tra fattore tecno-scientifico, metodo di decisione democratico ed istanze di regolazione normativa[1].

Il drammatico, prolungato e mutevole contesto pandemico ha, tra l'altro, messo in crisi l'eccessivo ottimismo sulle reali capacità della scienza di comprendere e controllare il mondo naturale e la varietà dei processi biologici; ciò ha così finito per incrinare la pretesa della stessa di imporsi anche come modello di regolazione e/o decisione in ambito giuridico.

Più in generale la confusione e la incertezza che hanno caratterizzato le varie fasi della pandemia (l'origine animale o artificiale del virus, il suo grado di diffusività, la gravità della malattia, la efficacia e la sicurezza dei rimedi terapeutici e di quelli vaccinali, la durata temporale della immunità derivante da vaccino o da contagio), mettono in evidenza l'insufficienza di un approccio scientista al tema della salute il quale investe, oltre agli aspetti scientifici e biologici, complessi risvolti giuridici, politici e sociali.

A dispetto di ogni rappresentazione entusiastica tendente ad accreditare il primato incontrastato del sapere scientifico nella cura della salute degli individui e nella garanzia della stessa come interesse collettivo, dunque, appare necessario il superamento di una visione acritica del sapere scientifico[2].

Le ricorrenti incertezze e contraddizioni in cui sono incorsi molti degli scienziati e degli esperti in occasione della vicenda Covid-19 hanno, una volta di più, reso evidente come le conoscenze scientifiche non possano essere assunte come definitive, assolutamente vere ed infallibili. Proprio la pandemia, invero, ha dimostrato come l'incertezza rappresenti elemento costitutivo, in particolare, della scienza medica, tanto da non poter essere considerata, in senso proprio, una scienza esatta; anche da qui una certa riconsiderazione del paradigma scientifico ufficiale e dominante rappresentato dalla Evidence Based Medicine (EBM) che, pur riconfermato nella sua insostituibilità, è stato

[1] Su tali aspetti la letteratura costituzionalistica è davvero ampia; più di recente cfr. P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, 151 e ss.; L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento, e soggetto della regolazione*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2021, 132 e ss.; A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, *Special Issue* n. 1/2020, 119 e ss.; B. PASTORE, *Tecnologie emergenti, incertezze della scienza, regolamentazione giuridica*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, II, 17, 2018, 97 e ss.

[2] M. TALLACCHINI, *Stato di scienza? Tecnoscienza, policy e diritto,* in *www.federalismi.it*, n. 16/2005, 5.

relativizzato al fine della cura della singola persona anche in sede giurisdizionale[3].

S'impone, allora, la maturazione di una nuova consapevolezza del carattere politico e dei vincoli normativi imposti alle decisioni riguardanti le questioni di carattere scientifico, soprattutto nei casi in cui non siano maturate sufficienti evidenze scientifiche.

Proprio l'inedito scenario pandemico ed il carattere sconosciuto del virus che lo ha determinato hanno messo in crisi proprio l'impostazione scientista, laddove per scientismo, per riprendere la definizione fornita da Abbagnano, s'intenda «l'atteggiamento di chi dà importanza preponderante alla scienza nei confronti delle altre attività umane o ritiene che non ci siano limiti alla validità e all'estensione della conoscenza scientifica»[4].

A ricevere notevoli e profonde confutazioni è stato proprio un certo ottimismo epistemico ed una considerazione alquanto semplificata del modo di procedere nell'impresa scientifica, in virtù dei quali solo la scienza sarebbe in grado di fornire la spiegazione degli accadimenti del mondo reale e legittimare l'assunzione di decisioni, anche di quelle che hanno immediate ed incisive ricadute di natura politica, economico e sociale[5].

Lo scientismo, in altri termini, altro non sarebbe che una versione aggiornata del positivismo scientifico, tendente ad accreditare il primato della conoscenza scientifica quando non una sorta di onniscienza (e nei casi estremi di un atteggiamento fideistico e quasi religioso[6]) della stessa.

Se *l'abbandono della scienza* rappresenta il retaggio di epoche passate nelle quali regnavano l'oscurantismo intellettuale ed il dispotismo politico, lo scientismo all'opposto sta ad indicare un modello decisionale di *abbandono alla scienza* la quale diviene esclusivo criterio di giudizio e di azione con il rischio di assumere le sembianze di un nuovo assolutismo.

L'orizzonte teorico dell'impostazione scientista finisce per sanzionare la sostanziale irrilevanza (se non l'emarginazione) di approcci di tipo filosofico non riducibili al metodo scientifico; dall'assolutezza e dalla imprescindibilità di quest'ultimo, dunque, consegue la pretesa di offrire una "copertura" completa

[3] Sul tema più di recente cfr. I. CAVICCHI, *L'evidenza scientifica in medicina. L'uso pragmatico della verità*, Nexus Edizioni, Padova, 2020, spec. 90 e ss.; si veda anche Consiglio di Stato, sez. III (ord.), 11 dicembre 2020, 7097.

[4] N. ABBAGNANO, Ad vocem, in *Dizionario di filosofia*, aggiornato ed ampliato da G. FORNERO, in *Storia della Filosofia*, XII, Roma, 2006, 359.

[5] In tal senso M. DE CARO, *Il ritorno dello scientismo*, in *"Bene navigavi". Studi in onore di Franco Biano,* Quodlibet, Macerata, 2006, 69 ss.

[6] Il fatto di avere fede (non già mera fiducia) nella scienza è denunciato come un ossimoro da A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali,* in *Rivista Aic*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it 3,2021, 433.

ed una legittimazione a tutte le attività umane, comprese quelle sociali, politiche e giuridiche.

Da qui la naturale tendenza egemonizzante[7] ed in ipotesi totalizzante di un siffatto approccio che interroga il costituzionalismo contemporaneo e la sua vocazione alla limitazione di ogni forma di potere assoluto e di prepotere compreso quello tecno-scientifico[8].

In tale quadro appare inevitabile, come vedremo oltre, una riconsiderazione critica della c.d. riserva di scienza, sovente utilizzata in sede giurisprudenziale e dottrinale per accreditare una sorta di sovra-costituzionalità delle scelte politico-normative condizionate da fattori tecno-scientifici.

Il carattere inaspettato, complesso e persistente della vicenda pandemica pare aver mostrato, peraltro, l'insostenibilità della tesi in virtù della quale la scienza e la tecnica sarebbero per loro natura autoregolate, votate sempre al perseguimento di interessi generali ed al miglioramento disinteressato della società, laddove la politica ed il diritto vengono per lo più percepiti come elementi di perturbazione delle virtù della scienza[9].

Proprio il carattere contraddittorio, incerto ed in taluni casi fallace di molte delle affermazioni fatte dagli scienziati, soprattutto nella prima fase della pandemia, hanno riproposto con forza il tema della credibilità degli stessi, del loro ruolo nel dibattito pubblico e l'inedito protagonismo che gli stessi hanno avuto nel rapporto con le autorità di governo.

Da qui la necessità di un'approfondita riflessione e riconsiderazione anche delle regole e del modello di funzionamento degli organi di consulenza scientifica che accompagnano e assistono i decisori politici nella regolazione dei fenomeni *science based* [10].

[7] Discorre esplicitamente di inclinazione egemonizzante dello scientismo M. DE CARO, *Il ritorno dello scientismo,* cit., 72.

[8] «Una ricerca biomedica, ad esempio, che rifiuti qualsiasi limite esterno rischi di trasformarsi in un potere incontrollato, alla stregua di quelli per la cui limitazione il costituzionalismo ha trovato la sua stessa ragione di nascere e di espandersi» così C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 3-4.

[9] Ben diversamente, invece, proprio nei casi di somma incertezza, nei quali anche la scienza non offre soluzioni né criteri di orientamento, soccorre il ricorso ad un criterio di elaborazione propriamente giuridica e politica come il principio di precauzione il quale consente la gestione e minimizzazione dei rischi derivanti proprio dalle applicazioni e dai progressi tecnologici; sul tema sia consentito rinviare a G. FONTANA, *La problematica applicazione del principio di precauzione nella campagna vaccinale anti Covid-19*, in *Dem. Dir.,* 2/2021, 11 e ss.

[10] Con specifico riguardo al Comitato Tecnico Scientifico (d'ora in poi CTS) istituito in occasione della emergenza pandemica dall'art. 2 dell'Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020 si vedano L. DEL CORONA*, La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19* e M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?* entrambi in questo fascicolo.

Durante la lunga pandemia la sovraesposizione dell'*expertise* in ambito informativo ed istituzionale, infatti, è apparsa evidente e non sempre consapevole della complessità dei bilanciamenti tra interessi e diritti antagonisti, imposti da ragioni anche di ordine costituzionalistico; a ragione, a tal proposito, è stato segnalato il rischio «che i saperi esperti si impongano al decisore politico, facendo scivolare la biopolitica nel suo significato più deteriore»[11].

2. Il ruolo ambivalente e problematico della tecno-scienza nei regimi democratici (verso il costituzionalismo tecnologico?)

Non da oggi si è fatta strada la consapevolezza che pressoché tutte le vicende umane e larghissima parte delle attività sociali siano entrate nel dominio di quella che viene ormai correntemente chiamata tecno-scienza[12].

Le questioni tecno-scientifiche sono sempre più prepotentemente destinate ad incidere non solo sulle modalità di produzione ed applicazione del diritto oggettivo ma anche sulla emersione dei cc.dd. nuovi diritti così come sulla tutela dei tradizionali diritti fondamentali; questi ultimi, in particolare, sono suscettibili di essere messi in pericolo proprio dall'avanzamento giuridicamente e democraticamente non controllato delle tecno-scienze[13].

Le implicazioni della ricerca scientifica e dello sviluppo tecnologico, unitamente considerati, vanno calati nell'attuale contesto di economia di mercato e della sua spiccata connotazione capitalistico-finanziaria; solo così risulta possibile comprenderne le reali dinamiche ed averne una visione consapevole e critica.

Appare, in altri termini, necessario demistificare una narrazione, invero assai diffusa, tesa ad esaltare in astratto la libertà di scienza, assunta nella sua neutrale oggettività e apoliticità; siffatto approccio, come appare evidente, impedisce di cogliere le deformazioni e le strumentalizzazioni di cui le tecno-scienze sono oggetto, derivanti dal contesto sociale ed economico di riferimento[14]. I valori della conoscenza e quelli del profitto, infatti, non sono

[11] A. FARANO, *La Repubblica degli Scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, n.1/2020, 590.

[12] Il sintagma tecno-scienza viene affermandosi verso gli anni Ottanta del secolo scorso per indicare il complesso delle connessioni e delle mutue implicazioni tra la scienza e la tecnica, costituendo le stesse ormai un sistema congiunto e reciprocamente connesso. La ricerca scientifica, proprio grazie alla tecnica, ha così finito per smarrire larga parte della sua dimensione esclusivamente conoscitiva e speculativa, definendo il proprio ambito d'indagine sempre più spesso in vista di finalità di potenziamento tecnologico, di riproducibilità e di sfruttamento economico delle proprie acquisizioni.

[13] Che «un numero sempre maggiore di funzioni (pubbliche e private) sono realizzate attraverso mezzi tecnologici», più di recente è sostenuto da A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it. 2, 2021, 724,

[14] Sulla libertà di scienza, più di recente, cfr. A. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali,* in *Dir. amm.*, 3/2021, 587 e ss. il quale mette

destinati necessariamente ad una armonica convivenza, potendo sovente dare adito a profonde dissonanze e veri conflitti[15].

Una concezione per lo più scientista dei rapporti tra scienza, tecnica e società tende, infatti, a minimizzare le ragioni di contrasto e ad occultare gli aspetti problematici e di maggiore criticità, in particolare, sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali, di garanzia del pluralismo e dello stesso principio democratico.

L'espansione smisurata e la diffusione capillare dei dispositivi tecnologici, soprattutto delle I.C.T. (*Information and Communications Technology*) ha finito per dare luogo ad una sorta di dipendenza tecnologica ed informativa[16], tanto è varia e profonda la capacità di condizionamento che oramai le stesse esercitano negli ambiti della vita, tanto privata quanto pubblica, dei consociati[17]. A ben vedere, del resto, la tecnologia informatica ed i *social media*, privilegiando forme di comunicazione visuale ed istintiva (non testuale e ragionata) hanno contribuito a far emergere quella che è stata definita la democrazia delle emozioni, caratterizzata da stati nevrosi di massa[18] che spingono i consociati a non fidarsi degli esperti, a contestare il sistema delle élites culturali e ad assumere comportamenti spesso populistici, irrazionali ed antiscientifici.

Anche sotto tale profilo l'esperienza pandemica ha rappresentato un'eloquente conferma di tali tendenze.

Quello delle tecno-scienze, dunque, è divenuto un vero potere per lo più sostenuto da interessi economico-finanziari su scala globale che finisce per condizionare le scelte politico-normative degli Stati mettendo in crisi la sovranità degli stessi e la stessa validità del plurisecolare modello vestfaliano[19].

opportunamente in evidenza come oggetto di protezione della libertà di scienza, intesa sia come libertà individuale del singolo scienziato sia come libertà collettiva della comunità scientifica, è oltre alle singole scoperte o acquisizioni scientifiche il metodo scientifico.

[15] Sul punto cfr. M. CERUTTI, *Il tempo della complessità,* Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018, 128.

[16] A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di governo,* cit., 725.

[17]«L'impatto politico delle tecnologie informatiche su quei fragili sistemi complessi che sono le democrazie contemporanee favorirebbe la costruzione di un agorà o di un totalitarismo elettronici?» è l'interrogativo posto da T. E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in www.consultaonline.it, 25 maggio 2020, 9.

[18] In argomento cfr. W. DAWIES, *Stati nervosi. Come l'emotività ha conquistato il mondo*, Einaudi, Torino, 2018.

[19] Del resto che la globalizzazione metta in crisi l'idea tradizionale di Stato di diritto e di regime democratico è, sostenuto, tra gli altri da Ferrajoli, secondo il quale «democrazia politica e stato di diritto sono erosi alle fondamenta dallo sviluppo di poteri politici soprattutto economico-finanziari sovra o transnazionali, i quali si sottraggono al controllo politico e democratico dei governi nazionali e ai vincoli legali apprestati dagli ordinamenti statali, così rompendo il duplice nesso tra democrazia e popolo e tra potere e diritto, tradizionalmente mediato dalla rappresentanza politica e dal primato della legge prodotta da istituzioni rappresentative» così L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 152-153.

A ben vedere, dunque, siamo di fronte a nuove forme di potere le quali diventano ancor più minacciose e difficili da governare quando provenienti da soggetti privati che esercitano la loro influenza a livello planetario.

Rispetto a simili processi di consolidamento della potenza finanziaria (ma anche politica) dei cc.dd. *Big Players* nei confronti dei singoli e persino degli Stati, la cultura costituzionalistica non può non interrogarsi nel tentativo di escogitare nuove forme di limitazione e di razionalizzazione del loro (pre)potere, al fine della perdurante tutela dei diritti fondamentali[20].

È sin troppo evidente, dunque, che la pretesa regolatoria da parte del diritto nei confronti dello sviluppo tecnologico e scientifico deve fare i conti con la naturale trans-territorialità dei soggetti e dei processi che lo caratterizzano. Non a caso è stato fatto rilevare che «la globalizzazione reca in sé valenze antisovrane»[21], stante la sua naturale tendenza a sottrarsi alla capacità regolativa del diritto ed al potere di controllo democratico su base territoriale secondo il tradizionale paradigma vestfaliano incentrato sulla sovranità degli Stati nazionali.

Da qui la necessità di una rifondazione del costituzionalismo su basi territorialmente allargate che trascenda i confini territoriali degli Stati nazionali[22].

In tale prospettiva si coglie, da un lato, la mirabile aspirazione dell'evoluzione politica del processo di integrazione euro-unitario e, dall'altro, la inconsistenza prospettica e la inadeguatezza strategica di visioni localistiche e sovraniste, inermi di fronte alla potenza dei nuovi *poteri selvaggi*[23] che tendono a dominare (spesso riuscendoci) i mercati globali[24].

[20] In tal senso v. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 4 ss. e, volendo, G FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 74 ss.; in senso analogo, più di recente, è stato sostenuto che «il costituzionalismo, infatti, quantomeno nella sua versione moderna nasce proprio con lo scopo di porre un limite giuridico ai poteri (dapprima quelli privati e poi anche quelli pubblici) al fine di proteggere in maniera effettiva i diritti e le libertà fondamentali della persona» così A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di governo,* cit., 727. Sulla necessità di tutela i diritti fondamentali rispetto a possibili forme di aggressione da parte dei soggetti privati già C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, *passim*; le suggestioni del noto civilista sono state di recente riproposte ed attualizzate in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di)*, I poteri privati ed il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma Tre Press, Roma, 2018.

[21] P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, *Relazione al Convegno annuale AIC*, Salerno, 23-24 novembre 2012 reperibile al sito www.associazioendeicostituzionalisti.it, 23.

[22] In tal senso le riflessioni di L FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018, spec. 258 ss.

[23] Per usare l'espressione offerta da L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2012.

[24] Sul rapporto tra globalizzazione e sviluppo tecnologico nonché sui rischi implicati dal c.d. turbo capitalismo sulle relazioni sociali e sulla degradazione stessa dell'idea di dignità umana cfr. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002, spec. 213 ss. Né mancano letture ed interpretazioni critiche del progetto istituzionale e normativo europeo in chiave neoliberista

Dal carattere pervasivo ma anche fortemente selettivo delle applicazioni della tecno-scienza, infatti, origina fatalmente l'esaltazione di competenze specialistiche e la centralità politico-sociale di nuove élite, capaci di controllarne in maniera tendenzialmente esclusiva il *modus operandi* al di fuori di ogni legittimazione e controllo da parte del circuito democratico-rappresentativo.

I nuovi saperi tecno-scientifici finiscono per rafforzare gli apparati ed i ceti tecnocratici i quali finiscono inesorabilmente per rappresentare il perno di quella "tenaglia" che avvince la generalità dei regimi democratici, annichilendone la legittimazione propriamente politica e la valenza ideologica[25].

Se è vero che scienza e tecnica hanno migliorato grandemente le condizioni di vita dell'uomo e che, in prospettiva, da esse dipendono nuove attese di sviluppo e di prosperità, è altrettanto vero che è venuta meno la convinzione che lo sviluppo tecnologico possa *ex se* consegnarci un *mondo migliore per tutti*[26].

Detta prospettazione, infatti, ha mostrato tutta la sua inconsistenza non solo in ragione del permanere di diseguaglianze inaccettabili, a livello locale e globale, che nessun avanzamento tecnologico è riuscito a sanare ma anche per il fatto che dette diseguaglianze rischiano persino di accrescersi in ragione del diverso o talvolta impossibile accesso alle nuove tecnologie.

I rischi di autodissoluzione del genere umano a causa del *global warming* e l'angosciosa possibilità di un conflitto nucleare su scala planetaria (ipotesi non così remota alla luce del conflitto russo-ucraino) stanno lì a testimoniare il tramonto di ogni visione ingenuamente miracolistica e salvifica della conoscenza scientifica e dello sviluppo tecnologico, naturalmente protesi alla realizzazione del bene.

L'uso scriteriato dei ritrovati tecnologici e la logica di estremizzazione del profitto mettono bene in luce la drammatica ambivalenza del fattore tecnoscientifico il quale, a seconda dei casi, può atteggiarsi oltrechè ad amico anche a nemico dei diritti e della democrazia ed, in ultima analisi, dell'uomo: «molti vedono nella scienza solo applicazioni, conseguenze pratiche in termini di potenza e di ricchezza, e si consolano all'idea dello sviluppo prodigioso dell'umanità, ignorando il suo cammino ambivalente e aperto anche verso le tenebre»[27].

e monetarista, pur dopo l'approvazione del programma di finanziamento straordinario e solidale denominato *Next Generation EU*; in tal senso C. DE FIORES, *Il processo di integrazione europea tra illusioni costituzionali e crisi sociale. Dalla crisi economico-finanziaria all'attuale emergenza pandemica*, in P. CARNEVALE, E. CASTORINA, G. GRASSO, R. MANFRELLOTTI (a cura di), *L'Europa dei tre disincanti*. Liber amicorum *per Giovanni Cocco*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 329 ss.

[25] In tal senso le considerazioni di N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Laterza, Roma-Bari, 2008, spec. 65 ss.

[26] «L'idea positivistica di una evoluzione continuativa e ascendente della biosfera fino all'umanità e ai suoi progressi si è rivelata ingenua ed infondata» così T. PIEVANI, *Finitudine. Un romanzo filosofico su fragilità e libertà*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020, 137.

[27] Così T. PIEVANI, *Finitudine. Un romanzo filosofico su fragilità e libertà*, cit., 138.

La pandemia attualmente in corso ha colto di sorpresa l'intera comunità scientifica finendo per incrinare la fiducia nelle sue capacità di analisi e controllo del corso naturale degli eventi. E, tuttavia, la scienza e la tecnica sono state le vere protagoniste globali dell'evento pandemico, l'intera umanità avendo confidato in esse per conoscere, prevenire e sconfiggere il *virus* che lo ha generato. Anche qui riemerge la predetta ambivalenza, in particolare, della scienza medica che con un inedito sforzo finanziario e di ricerca su scala planetaria è riuscita a mettere in campo, in tempi assai brevi, rimedi vaccinali che hanno consentito di contenere gli effetti più pericolosi del Covid-19.

Anche da qui scaturisce la centralità degli scienziati e dell'*expertise*, soprattutto, in ambito bio-medico, assurti ad imprescindibili punti di riferimento delle organizzazioni internazionali, dei governi nazionali e dell'opinione pubblica mondiale.

Proprio il contesto pandemico, dunque, ha evidenziato la natura decisiva dell'apporto delle varie categorie di esperti ed il carattere trasversale degli ambiti nei quali i diversi comitati tecnico-scientifici sono stati chiamati nei diversi ordinamenti a cooperare con le autorità di governo nelle strategie di contenimento e di contrasto del *virus.*

Per tornare al caso italiano, come reso ben evidente dai contributi riportati nel presente fascicolo, nessun ambito della vita associata e dell'ordinamento normativo (sanità, istruzione, giustizia, attività economiche, religione, sport, cultura etc.) è stato risparmiato dalla necessità di verificare ovvero di impostare le scelte politico-normative alla luce delle implicazioni e delle conoscenze tecno-scientifiche.

Siffatte considerazioni di contesto vanno tenute presente per il corretto inquadramento dell'apporto che *l'expertise* viene chiamata ad offrire al decisore pubblico al fine di tentare di cogliere le complesse dinamiche relazionali che si instaurano tra di essi; talvolta di virtuosa collaborazione, talaltra di opaca strumentalizzazione che vede, a seconda dei casi, nel ruolo del soggetto strumentalizzato ora l'uno, ora l'altro[28]. Certo è che il diritto, da un lato, e la tecnica e la scienza dall'altro, finiscono fatalmente per incontrarsi in un confronto di mutuo riconoscimento, fermo restando che l'aspetto regolatorio e con esso le finalità politiche ma anche costituzionali che si intendono assicurare, dovrebbero esibire una sicura centralità (se non un autentico primato)[29].

[28] «La tecnica irrompe nella produzione normativa, ergendosi spesso a guida autorevole , il decisore politico interferisce nella sfera della tecnica, alle volte strumentalizzandola tramite il diritto, spingendosi finanche a inquinare il dibattito scientifico» così G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle decisioni governative*, in *questo fascicolo*, sul punto cfr. anche G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia*, in *questo fascicolo*.

[29] A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di governo* cit., 728

Se appare improponibile un'ideale regolativo e decisionale (a livello normativo, amministrativo e giudiziario) del tutto sganciato dalle acquisizioni tecnico-scientifiche è altrettanto vero che una sconfinata fiducia in queste ultime rischia di esaltare oltre misura la deriva tecnocratica e la sua valenza *ademocratica* quando non apertamente anti-democratica[30].

A risultarne compromesso è lo stesso principio di legalità e con esso quello dello Stato di diritto, riuscendo sempre più problematica la comprensione, la condivisione ed il sindacato giurisdizionale[31] dei presupposti e sugli effetti tecno-scientifici delle decisioni che impattano sulla compagine sociale. Il contesto emergenziale e di tumultuosa evoluzione dell'andamento della epidemia ha peraltro reso evidente l'asincronicità tra scienza e attività normativa nel senso che quest'ultima ha dovuto abdicare alle proprie esigenze di stabilità, certezza, legittimazione democratica e condivisione per far fronte alla diffusione del *virus*.

Restando sul piano della normazione il fattore tecno-scientifico ha, più in generale, comportato la preferenza verso modelli regolatori nei quali l'esercizio delle funzioni normative, parlamentari e governative, ha finito per essere soppiantata da strumenti di *soft law (*codici deontologici, linee guida etc.)[32] mentre su quello amministrativo le Autorità Amministrative Indipendenti, spesso sulla spinta di precise scelte normative euro-unitarie, hanno finito per moltiplicarsi ed accrescere il proprio ruolo istituzionale, affiancando e spesso sostituendosi agli apparati amministrativi tradizionali, sforniti delle conoscenze e delle competenze tecniche necessarie a controllare, vigilare, sanzionare (ma spesso anche a regolare) ambiti ad alta complessità tecnico-normativa (sistema degli appalti pubblici, concorrenza, privacy, mercati finanziari, reti e servizi di trasporto e delle telecomunicazioni)[33]. Ne è derivata la creazione di ambiti di decisione, in

[30] Sul carattere indefinito ed ambiguo del termine "tecnocrazia" cfr. D. FISICHELLA, voce «Tecnocrazia», in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO*, Il dizionario di politica*, Utet, Torino, 2004, 971 ss.

[31] In ordine alle difficoltà del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche, più di recente, cfr. A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giustificare*, in *Dir. proc. Amm*., 2/2021, 399 ss.

[32] La diffusione delle fonti normative cc.dd terziarie, la collocazione in particolare delle linee guida e l'analisi della loro efficacia, vincolatività e sindacabilità sono, più di recente, analizzate da E. D'ORLANDO – F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva in Corti supreme e salute*, 1/ 2021, 55 e ss.

[33] A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di governo,* cit., 731; la costituzionalizzazione di siffatti organi è ritenuto rimedio insufficiente da G. DE MINICO, *La regolazione delle Autorità indiependenti. Dalla decisione amministrativa all'azione politica nazionale e sovranazionale,* in P. CARNEVALE, E. CASTORINA, G. GRASSO, R. MANFRELLOTTI (a cura di), *L'Europa dei tre disincanti*. Liber amicorum *per Giovanni Cocco*, cit., spec. 356 ss.

buona sostanza, sganciati da ogni logica di legittimazione e di responsabilità democratica.

Riemerge, in altri termini, la problematica relazione, già da tempo segnalata dagli studiosi della teoria democratica[34], tra tecnica e agire democratico, tra esperti e cittadini comuni, nel governo delle società complesse, chiamate sempre più di frequente a dare soluzioni a problemi che implicano conoscenze spesso iper-specialistiche ed inaccessibili ai più.

Il definitivo tramonto della illusione circa la neutralità della scienza e della tecnica pare, più che mai, confermata dalla concentrazione della ricchezza e delle competenze in ambiti sempre più ristretti i quali finiscono per rendere anche la libertà della scienza sempre più condizionata dagli interessi del capitale finanziario [35].

Diventa così decisivo il carattere non condizionato e/o non condizionabile delle varie forme di consulenza nonché una particolare attenzione ai criteri di selezione e di scelta dei componenti degli organi tecnici nonché la predisposizione di regole per garantirne la effettiva indipendenza e quindi la disciplina di possibili conflitti di interessi[36].

In assenza di simili cautele, che la politica ed il diritto hanno il compito di garantire, si aprirebbe la porta a forme di commissariamento tecnocratico dei poteri democraticamente legittimati.

Anche dall'analisi critica dell'attività consultiva del CTS emerge chiaramente questa preoccupazione; nel gioco delle strumentalizzazioni reciproche tra istanze politiche e scientifiche viene segnalato il rischio che «la scienza venga invocata come un alibi allo scopo di ammantare di oggettività e scientificità decisioni che rimangono pienamente discrezionali»[37].

La torsione tecnocratica ed il ripiegamento oligarchico che hanno connotato larga parte dei regimi democratici nonché il trattamento privilegiato accordato alle nuove élites hanno rappresentato ragione non trascurabile nell'atteggiamento svalutativo e di contestazione populistica nei confronti degli intellettuali, dell'autonomia dei saperi e del principio di competenza: «è nota, del resto, la più recente sollecitazione a contrastare la cd. tecnocrazia, che si realizzerebbe allorché le élites al potere monopolizzino i canali della conoscenza

[34] Tra tutti N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1991, spec. 22-23.

[35] L' «egemonia del profitto globalizzato è arrivata in molti casi a elidere la separazione dei ruoli tra chi fa ricerca e i suoi grandi finanziatori, facendo talora coincidere la figura del direttore di ricerca con quella del suo maggior azionista» così E. GAGLIASSO*, Dalla razionalità alla ragionevolezza scientifica: deliberare nell'incertezza*, in *Atti del Convegno Giurisprudenza e scienza*, Bardi edizioni -Roma 2017, 114.

[36] Tali aspetti sono affrontati nel contributo di L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit.

[37] Così G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia*, in *questo fascicolo.*

e della tecnologia per orientare le politiche in loro favore a scapito dei governati. La fede nella scienza radicata nelle società liberali costituirebbe pertanto un problema per la democrazia, quando si facesse portatrice di una pretesa di verità, per fini di parte, indipendentemente dalla sua consistenza oggettiva»[38].

3. La riserva di scienza: una nozione da riconsiderare criticamente

Il ruolo centrale delle conoscenze scientifiche e della tecnica nella assunzione delle scelte giuridiche ai diversi livelli istituzionali (normativo, amministrativo e giurisdizionale) è, come anticipato, sempre più evidente, tanto da essere sovente assunta a parametro di legittimità delle stesse.

E, tuttavia, la sistematizzazione dei rapporti tra diritto, scienza e tecnica, anche alla luce delle considerazioni che precedono, merita alcune precisazioni tali da relativizzare l'incondizionatezza e l'assolutezza del ritenuto primato della scienza nella sfera giuridica.

Traduzione nella giurisprudenza e nella dottrina di tale impostazione è la c.d. riserva di scienza in ossequio alla quale, a fronte di valutazioni tecnico-scientifiche, si ritiene che «il legislatore, l'amministrazione o il giudice siano tenuti ad attingerle presso fonti qualificate (o rinviarle tout court a soggetti qualificati) e non possano contare meramente sull'esercizio delle rispettive forme di discrezionalità»[39]. Da qui il divieto per il legislatore «di intervenire nel merito delle terapie senza la previa acquisizione di conoscenze scientifiche ed evidenze sperimentali mediante l'opera di istituzioni e organismi cui tali competenze sono riservate»[40].

L'elaborazione della riserva di scienza, che si è imposta soprattutto in relazione alla tutela del diritto alla salute ed alla regolamentazione dei trattamenti sanitari, pare rivelatrice di un orientamento scientista nell'inquadramento delle relazioni tra diritto e scienza.

Anche a voler trascurare gli aspetti propriamente epistemologici, circa il carattere necessariamente relativo e mai definitivo delle acquisizioni scientifiche e la convinzione che le scienze naturali possano vantare uno statuto epistemico privilegiato rispetto alle altre forme di conoscenza, preme rilevare che nello stesso ambito giuridico la nozione di riserva di scienza pare destinata ad un utilizzo assai più circoscritto e condizionato rispetto a quello generalmente accreditato.

La giurisprudenza costituzionale ha dato un decisivo contributo alla nozione *riserva di scienza* attraverso la fissazione di precisi limiti alle possibilità

[38] P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, cit., 4.

[39] D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pacini giuridica, Pisa, 2019, 2.

[40] D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, op. cit., 208.

regolative del diritto in ambiti che involgano conoscenze scientifiche consolidate ovvero valutazioni fondate su risultati scientifici e sperimentali. È, in particolare, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002 che detta nozione assume consistenza e viene precisata con specifico riferimento all'ambito terapeutico[41]. In detta sentenza, infatti, si legge: «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. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» e, ancora, «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'"essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici"»[42].

È condensato in queste righe un indirizzo interpretativo, ormai alquanto consolidato[43], in base al quale viene riconosciuta una sorta di primato del sapere scientifico (almeno nei casi non incerti), pur riservandosi il giudice costituzionale una diversa valutazione nel caso in cui entrino *in gioco altri diritti o doveri costituzionali,* potenzialmente non convergenti con le risultanze scientifiche.

Il richiamo alla necessità per il legislatore di tenere conto delle indicazioni emergenti della comunità scientifica nazionale ed internazionale, infatti, non vale solo ad inibire iniziative legislative (statali e regionali) ma anche a riaffermare chiare riserve di competenza a favore della scienza, idonee a limitare la discrezionalità legislativa: «il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica [...] deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il Paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale. Tale principio vale non solo [..] per le scelte dirette a limitare o a

[41] In verità l'uso della riserva di scienza da parte del giudice costituzionale ha finito per riguardare anche altri ambiti dell'ordinamento come fa notare G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica,* in *Quad. cost*., 1/2022, 80.

[42] Corte cost. sent., n. 282 del 2002 (punto 4 cons. in dir.)

[43] Si vedano, in particolare, Corte cost. sentt. n. 185 del 1998, sent. n. 338 del 2003, n. 83 del 2015, n. 169 del 2017, n. 5 del 2018.

vietare determinate terapie o trattamenti sanitari, ma anche per l'imposizione di altri»[44].

Le evidenze scientifiche (ove esistenti e riconosciute) finiscono, dunque, per costituire un vero e proprio limite generale alla capacità di regolazione legislativa tanto regionale quanto statale[45].

La riserva di scienza, dunque, sembrerebbe affermare il primato delle evidenze scientifiche, il carattere riduzionistico dell'approccio scientista e la tendenza a minimizzare aspetti non pianamente e pienamente riconducibili alla logica ed alla razionalità strumentale, alla pura e mera tecnica[46]. Di particolare interesse risultano essere anche le relazioni tra cognizioni scientifiche e prassi terapeutiche, da un lato, e norme deontologiche della classe medica, dall'altro. In molti casi, infatti, l'affermazione della c.d. riserva di scienza si realizza proprio grazie alla autonomia normativa ed alla responsabilità professionale riconosciuta ai soggetti curanti; è proprio in ossequio alla riserva di scienza che la deontologia medica finisce così per occupare un rilevantissimo spazio di regolazione[47]. E, tuttavia, in relazione a tale ultimo profilo, pare che non si sia tenuto debitamente conto delle ipotesi nelle quali la frizione e la divergenza in relazione ai trattamenti terapeutici si consumi proprio tra le istanze scientifiche, realizzandosi tra organi tecnici (Aifa o Consiglio superiore di Sanità per esempio) e singoli esponenti della classe medica. Anche su tale terreno il contesto pandemico ha offerto significativi esempi[48].

Sotto altro profilo in relazione a decisioni legislative *science based*, sono state variamente invocate: l'eccesso di potere legislativo per difetto di istruttoria[49] ovvero la tecnica di sindacato di costituzionalità imperniata sulla norma

[44] In tal senso v. Corte cost. sentt. n. 5 del 2018, 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002.

[45] Il riferimento alle conoscenze medico scientifiche disponibili è criterio utilizzato anche per definire le competenze statali e regionali in tema di tutela della salute; considerato che i criteri necessari ad affermare la natura terapeutica di un trattamento non possono prescindere da valutazioni scientifiche, gli stessi rappresentano principi fondamentali della materia, come tali idonei a limitare (ed anzi a conformare) la competenza legislativa regionale; in argomento cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 101.

[46] Sul punto sia consentito rinviare a G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, op. cit., 105.

[47] «Il richiamo al codice di deontologia medica è congeniale all'affermazione di quelle condizioni di autonomia e responsabilità che dovrebbero, a detta dell'organo giudicante, permettere una attenta ed accurata selezione delle pratiche curative intese a rimuovere determinati stati di afflizione patologica» così Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Ist. fed.*, 5/2002, 695; sottolinea tale argomento, più di recente, D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, op. cit., spec. 87.

[48] Si pensi ai casi della gestione domiciliare dei pazienti con infezione da Sars-CoV-2 oppure alla utilità della somministrazione ai medesimi della idrossiclorochina, sui quali rispettivamente si veda Consiglio di Stato, sez. III, 9 febbraio 2022, n. 946 e Id., Sez. III, (ord.), 11 dicembre 2020, n. 7097.

[49] In tal senso Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, cit., 696.

interposta[50] rappresentata appunto dalla cognizione scientifica ignorata o, comunque, non rispettata dal legislatore statale ovvero regionale o, ancora, il canone della c.d. ragionevolezza scientifica[51].

Sembrerebbe, dunque, di trovarsi di fronte alla soggezione del potere legislativo rispetto ad evidenze tecno-scientifiche la cui esatta consistenza e portata restano affidate ora ai competenti organismi statali ora al prudente apprezzamento delle regole deontologiche. Vi sono ambiti, dunque, nei quali la riserva di scienza finisce per sancire una sorta di incompetenza regolatoria nei confronti di soggetti titolari di potere normativo e ciò in ossequio ad una preminente esigenza di neutralità del potere politico rispetto all'autonomia dei saperi tecnico-scientifici[52].

Come già evidenziato, dunque, la Corte costituzionale ricorre al criterio della ragionevolezza scientifica per censurare disposizioni legislative eccessivamente rigide, come tali non rispettose dei limiti che derivano dalle acquisizioni tecnico-scientifiche in campo sanitario e dal doveroso riconoscimento a favore del medico della possibilità di svolgere autonome valutazioni del caso concreto, al fine di calibrare il migliore trattamento nell'interesse del paziente[53].

Nei casi di effettiva evidenza scientifica e di ragionevole certezza e stabilità delle acquisizioni empiriche, la riserva di scienza può trovare applicazione al fine di censurare, in ipotesi, scelte legislative che ignorino trattamenti sanitari necessari (o anche solo vantaggiosi) o che ne prescrivano di pericolosi per la tutela della salute del singolo[54]. E, tuttavia, tali ipotesi non sono, di certo, le più ricorrenti anche in ragione dell'incessante avanzamento delle acquisizioni scientifiche e delle nuove possibilità operative dischiuse dal progresso tecnologico.

E, tuttavia, il ricorso generalizzato ed eccessivamente disinvolto alla riserva di scienza appare anche sotto il profilo costituzionale criticabile per una pluralità di ragioni che tenteremo di mettere in evidenza.

In primo luogo, sotto il profilo epistemologico, il concetto di riserva di scienza così come elaborato dal giudice delle leggi riposa su una concezione

[50] C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, passim.

[51] Sul criterio della ragionevolezza scientifica cfr. S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost*., 2009, 835 ss. Mette in guardia dai pericoli derivanti dalla declinazione del principio di ragionevolezza «riempito di contenuti della ricerca scientifica» quindi tendente «a conferire un crisma di "normatività", se non persino di oggettività, all'elemento tecno-scientifico al punto da sostenerne la sua vincolatività per il legislatore» M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, 305 e 306.

[52] E, tuttavia, detta presunzione di incompetenza, pare operare in maniera asimmetrica nei riguardi della legislazione regionale rispetto a quanto avviene nei confronti di quella statale; in tal senso Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, cit., 695 ss.

[53] Il riferimento è in particolare alla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009.

[54] In senso analogo C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità,* cit., 10.

obsoleta della ricerca scientifica che non tiene conto della complessità e del pluralismo che connotano dall'interno le singole partizioni in cui si articola la scienza medica. Moltissimi sono gli ambiti nei quali la comunità scientifica non ha ancora acquisito elementi di conoscenza sufficienti alla predisposizione delle cure[55] o nei quali non è approdata a conclusioni condivise circa la preferibilità di taluni percorsi terapeutici rispetto ad altri.

È la incertezza che ancora connota larghissima parte dell'ambito sanitario la prima vera ragione che si oppone ad un generalizzato ricorso alla riserva di scienza. Sotto questo profilo il richiamo alle ragioni ed alle posizioni della *comunità scientifica* appare per lo più generico ed impreciso proprio in ragione della sua spiccata ed irriducibile articolazione pluralistica interna.

In secondo luogo la Corte costituzionale ha previsto 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…") 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[56].

In terzo luogo la riserva di scienza non tiene conto della estrema specializzazione e interdisciplinarietà delle problematiche che interessano la salute individuale e collettiva che pone rilevantissimi problemi di coordinamento e persino di comunicazione tra gli specialisti dei singoli ambiti e che, dunque, rende spesso assai complicata la esatta e condivisa individuazione della migliore soluzione sul piano tecnico e scientifico. Del resto proprio l'esperienza pandemica ci ha mostrato la diversità di approcci e di vedute tra infettivologi, immunologi ed epidemiologi, ciascuno dei quali competente e particolarmente concentrato solo su alcuni dei numerosi profili riguardanti la diffusione del virus Sars-Cov2 ed i rischi per la salute connessi derivanti dal Covid-19.

In quarto luogo, quand'anche non ricorrano condizioni di particolare incertezza o divergenze significative tra gli scienziati, si pone un serio problema di accertamento e verifica della soluzione terapeutica più adeguata, dovendo la Corte costituzionale affidarsi a quanto viene prospettato dagli esperti ai quali ha deciso di rivolgersi; neanche il potenziamento dei mezzi istruttori nell'ambito del processo costituzionale e l'innovativa introduzione del c.d. *amicus curiae*, infatti, paiono aver risolto del tutto le problematiche relative all'effettivo

[55] Basti pensare alle cc.dd. malattie rare, a molte delle patologie oncologiche difficilmente curabili e ad altre malattie le quali, nonostante una larga diffusione e la circostanza che siano oggetto di studio da diversi decenni (ad. es. la sindrome di Alzheimer ed il morbo di Parkinson) non sono ancora adeguatamente conosciute e curate.

[56] Un'esemplificazione particolarmente chiara si ritrova nella sent. della Corte costituzionale n. 84 del 2016 in tema di divieto di ricerca scientifica sugli embrioni umani.

accertamento delle soluzioni più accreditate (o almeno maggioritariamente condivise) dalla comunità scientifica, difettando criteri oggettivi di selezione dei singoli esperti[57].

In quinto luogo sempre meno la giurisdizione è disposta a rinunciare a quote del proprio sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica, essendosi riservata di «verificare se queste scelte siano assistite da una credibilità razionale supportata da valide leggi scientifiche e correttamente applicate al caso di specie»[58].

Il Consiglio di Stato, infatti, tiene a ribadire che «la c.d. riserva di scienza […] non si sottrae al sindacato del giudice amministrativo, nemmeno in sede cautelare e meno che mai nell'attuale fase di emergenza epidemiologica, per l'indefettibile esigenza, connaturata all'esistenza stessa della giurisdizione amministrativa e consacrata dalla Costituzione, di tutelare le situazioni giuridiche soggettive, a cominciare da quelle che hanno un radicamento costituzionale come il fondamentale diritto alla salute, a fronte dell'esercizio del potere pubblico e, dunque, anche della discrezionalità c.d. tecnica da parte dell'autorità competente in materia sanitaria»[59].

[57] Il riferimento va alla delibera dell'8 gennaio 2020 per mezzo della quale è stato introdotto, tra gli altri, l'art. 4ter dedicato agli "amici curiae" ma ora si veda l'art. 6 delle *Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale* risultanti dalla deliberazione del 22 luglio 2021; su tali modifiche, più di recente, A. VUOLO, *L'amicus curiae,* in *Riv. Gruppo di Pisa* disponibile all'indirizzo: www.gruppodipisa.it, 1/2022 nonché G. ZAMPETTI, *Apertura del processo costituzionale e ampliamento del contradditorio nel giudizio incidentale alla luce della riforma delle norme integrative,* ivi; segnalano criticità, rischi e problemi non risolti dopo la c.d. apertura del giudice costituzionale alla società civile A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in www.giustiziainsieme.it (24 gennaio 2020); T GROPPI*, Verso un giudizio costituzionale "aperto"? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo* in *Quad. cost*., 2/2019, 371 ss.; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., 393 ss.

[58] Così Consiglio di Stato - Sez. III, (ord.), 11 dicembre 2020, n. 7097.

[59] Così Consiglio di Stato - sez. III, (ord.), 11 dicembre 2020, n. 7097 (punto 8.5). Assai più timidamente il Tar Lazio in una vicenda contenziosa nella quale era stato chiesto l'annullamento di una determinazione regionale e di una circolare del Ministero della Salute, che pure avevano recepito in toto un parere del C.T.S., avente ad oggetto il differimento della seconda somministrazione vaccinale anti Covid-19 rispetto a quanto riportato in un precedente consenso informato afferma: «non sono così ammessi meri giudizi di "non condivisione", rispetto alle conclusioni fornite dai suddetti organi tecnico-amministrativi, diretti come tali a sovrapporsi, sic et simpliciter, rispetto a quanto già affermato nelle competenti sedi e senza mai evidenziare la sicura inattendibilità di siffatti giudizi, per l'appunto, di matrice tecnico-discrezionale» e, ancora, che «la c.d. riserva di scienza non si sottrae di certo al sindacato del giudice amministrativo […] con la doverosa precisazione che trattasi, pur sempre, di una forma di controllo limitata a vagliare la credibilità razionale delle scelte al riguardo operate dalla PA. Dunque un controllo "intrinseco ma debole" secondo il quale il GA non può sostituirsi alla PA ma deve limitarsi a verificare se quelle determinate opzioni rientrino, o meno, entro la ristretta gamma di scelte possibili sulla base delle coordinate tecniche e scientifiche da applicare al singolo caso» così Tar Lazio, sez. III quater, 4 giugno 2021, n. 6598. Di particolare interesse, in quanto relativa al rigetto di un ricorso avverso una circolare del Ministero della Salute che recepiva una nota dell'Aifa sulla

In altri casi i giudici di Palazzo Spada prima ancora degli argomenti di tipo giuridico sono, persino, entrati nel merito delle argomentazioni di ordine scientifico[60].

4. Quando gli scienziati diventano protagonisti. Alcune considerazioni critiche sul rapporto tra diritto, scienza e società alla luce della pandemia

Le incertezze, le divisioni ed i contrasti insorti (e, talvolta, esibiti) all'interno della comunità scientifica rappresentano un altro aspetto di criticità nei rapporti tra diritto, scienza medica e società, bene messo in evidenza dalla lunga vicenda pandemica.

Durante i ricorrenti *lockdown* l'opinione pubblica ha assistito a vivaci discussioni, serrati confronti, aspre polemiche tra gli studiosi e gli esperti del settore i quali, senza troppa riluttanza, si sono prestati a fare i protagonisti nelle numerosissime occasioni di confronto e di divulgazione sugli organi di informazione.

Si è trattato, da un certo punto di vista, di un contributo utile e necessario per informare l'opinione pubblica e renderla consapevole della gravità del momento, delle incertezze scientifiche e terapeutiche nonché della necessità di rispettare in modo responsabile condotte di sicurezza e cautela sanitaria. E, tuttavia, la tendenza alla eccessiva semplificazione delle problematiche medico-scientifiche affrontate, il coinvolgimento nel clima tipico che caratterizza larga parte dei programmi televisivi, una certa propensione all'autocompiacimento di taluni esperti e scienziati non hanno giovato all'immagine ed alla credibilità della scienza medica.

Gli scienziati, in altri termini, sono entrati in un dialogo diretto con i cittadini, senza mediazione politica[61], ignorando che il bilanciamento fra conoscenza scientifica e valori compete ai decisori politici: «in un Paese che ha pochissima fiducia nella politica, le invasioni di campo possono avere effetti deleteri. I politici possono infatti essere indotti a scaricare la responsabilità sugli esperti, abdicando così alla propria funzione. I cittadini dal canto loro smarriscono la consapevolezza dei limiti della scienza e del suo ruolo in una società complessa e pluralista»[62].

gestione domiciliare dei pazienti con infezione da Sars-CoV-2) Consiglio di Stato, sez. III, 9 febbraio 2022, n. 946.

[60] Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, 7045 sulla quale cfr. V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045,* in *Oss. Cost*. n. 6/2021, reperibile al sito www.osservatorioaic.it

[61] M. DORATO, M. FERRERA, F. GUALA, *I confini della scienza e i compiti della politica,* in *Corriere della Sera,* (8 marzo 2021).

[62] M. DORATO, M. FERRERA, F. GUALA, cit.

Ne è emersa, in altri termini, una rappresentazione della comunità scientifica nazionale non sempre credibile e rassicurante e, talvolta, connotata da vanità personale e, in taluni casi, persino da una non comune inclinazione al narcisismo[63].

Risulta da tempo evidente, peraltro, la connessione tra perdita di credibilità epistemica, crisi della qualità della ricerca scientifica e condotte non sempre eticamente irreprensibili degli scienziati; basti, in proposito, pensare alla insufficiente trasparenza che spesso connota la condivisione delle esperienze di ricerca, al *deficit* di rigore e serietà (con buona pace di Merton) nel sistema di *peer review*[64], all'esistenza di conflitti di interessi rilevanti e non denunciati, alla diffusa perdita di autorevolezza del mondo accademico in ragione di opache politiche di reclutamento e di valutazione[65]. Basti pensare all'eccesso di premura o di sicurezza con i quali molti scienziati hanno provveduto ad elaborare studi clinici e pubblicazioni senza passare per i necessari e tradizionali *peer review* i quali non essendo stati confermati hanno finito per generare confusione sfiducia nei confronti degli scienziati[66].

Il numero dei *pre-print* ed i casi di anticipazione dei risultati di ricerche, anche in trasmissioni televisive, avvenuti nel corso della pandemia non hanno probabilmente precedenti. Anche in tal caso gli scienziati non hanno reso un buon servizio alla scienza e, in fin dei conti, alla loro stessa reputazione sociale.

La progressiva contrazione dei finanziamenti pubblici, peraltro, ha indebolito ulteriormente l'autonomia e le capacità della ricerca pubblica finendo per avvantaggiare il sistema della ricerca privata, come reso evidente dalla vicenda vaccinale.

Inutile negare, peraltro, che sul terreno delle autorizzazioni e delle sospensioni dei vaccini anti-Covid sia stata condotta una sfida anche in chiave geopolitica tra gli Stati produttori, per la conquista della sovranità vaccinale e di forme di *soft power* nelle relazioni internazionali; si tratta, a ben vedere, di un'ulteriore conferma del difetto di neutralità e del condizionamento non solo

[63] «L'impressione è che molti scienziati, pur autorevolissimi nelle rispettive discipline, si siano fatti dettare l'agenda comunicativa dai conduttori dei talk show, per usurare con il tempo la propria reputazione e ridursi a espressioni macchiettistiche in competizione con la loro imitazione da parte di Crozza» così G. CORBELLINI, A. MINGARDI, *La società chiusa in casa. La libertà dei moderni dopo la pandemia*, Marsilio, Milano, 2021, 226.

[64] M. TALLACCHINI, *Tecnoscienza e razionalità del legislatore nell'Unione europea*, in F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2018, 157 ss.

[65] Sulla relazione tra politiche di valutazione e uso responsabile delle risorse pubbliche nella ricerca scientifica nonché su talune prassi (a dir poco) non commendevoli nel reclutamento universitario cfr. G. GRASSO, voce «Ricerca (valutazione della)», in *Dig. disc. pubbl.*, Agg.to VI, 2015, 415 e ss.

[66] Sul punto cfr. G. CORBELLINI, A. MINGARDI, *La società chiusa in casa. La libertà dei moderni dopo la pandemia*, cit., 248.

economico-finanziario ma anche strategico e geopolitico delle istanze scientifiche in relazione al contrasto vaccinale della pandemia.

Ma è proprio un certo stile di comunicazione degli scienziati e degli esperti che tende ad occultare le incertezze della scienza ed il fatto che la dimensione dell'ignoto è assai più estesa e consistente di quanto non si tenda a far credere. A ben vedere è una concezione onnipotente del sapere scientifico[67] ad indurre aspettative miracolistiche la cui frustrazione si traduce in perdita di fiducia e di credibilità nella scienza stessa, favorendo, per contrappasso, atteggiamenti anti o pseudo-scientifici. Difficile sfuggire alla sensazione, che il clima di sfiducia nei confronti della scienza medica e le tendenze ricorrenti alla pseudoscienza, così forti nel nostro Paese (i casi No-Vax, Stamina e Di Bella *docent*), siano, almeno in parte, riconducibili alla cattiva auto-rappresentazione della comunità scientifica che nel corso della pandemia è emersa con particolare nitidezza.

Un più avvertito e maturo atteggiamento sui limiti della scienza risulta davvero indispensabile anche al fine di prevenire forme di ingiustificato scetticismo nei confronti della stessa e di incentivare e motivare nei consociati regole di comportamento e di prevenzione aderenti alle indicazioni scientifiche.

Da questo punto di vista, risulta apprezzabile il fatto che il CTS in taluni casi abbia finito per ammettere l'inesistenza di evidenze scientifiche utili alla adozione delle decisioni governative e/o ministeriali[68], senza avventurarsi in valutazioni del tutto prive di evidenze scientifiche e di riscontri empirici.

A ben vedere la consapevolezza del necessario coinvolgimento dell'opinione pubblica in relazione a scelte che così grandemente incidono su beni ed interessi della persona rappresenta la via maestra per rafforzare le legittimazione sociale della ricerca scientifica[69] e vincere la diffidenza da cui spesso la stessa è circondata: «contro l'autoritarismo, ma anche contro la tecnocrazia – l'autoritarismo autoreferenziale della scienza – sta diventando evidente che le democrazie aperte al dialogo sulla conoscenza e sulle norme sono in definitiva meglio attrezzate, perché più resilienti nella creazione di legami civici robusti, al superamento delle crisi»[70].

È questa, del resto, la via indicata nella comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 la quale insiste sul carattere politico del principio di precauzione e sul suo carattere riflessivo e ponderato, da cui deriva il

[67] Ben diversamente la missione della scienza è proprio quella di svelare la finitudine di tutte le cose ben messo in evidenza da T. PIEVANI, *Finitudine. Un romanzo filosofico su fragilità e libertà*, cit.

[68] Si veda verbale del CTS n. 12 del 12 ottobre 2020 sul quale cfr. G. BLANDO, *La libertà di culto al vaglio del Comitato Tecnico Scientifico*, in questo fascicolo.

[69] Più di recente sul punto cfr. N. ORESKES, *Perchè fidarsi della scienza* (trad. it.), Bollati Boringhieri, Torino, 2021, 128 e ss.

[70] M. TALLACCHINI, "*Preparedness" e coinvolgimento dei cittadini ai tempi dell'emergenza. Per un diritto collaborativo alla salute*, in *Epidemiol. prev.*, 2-3/2020, 117.

coinvolgimento di una pluralità di punti di vista, la necessaria considerazione di tutte le conoscenze rilevanti, tra le quali quelle scientifiche sono importanti ma non certo esclusive.

Dovrebbe essere questa, allora, la strada per coniugare scienza e democrazia, puntando sulla condivisione sociale dell'apporto dell'*expertise* attraverso la creazione di uno spazio istituzionale di confronto e di condivisione tra cittadini e scienziati, tentando di incoraggiare quella che è stata definita una *scienza socialmente robusta*[71], senza cedimenti a stati emotivi fobici o impulsivi, dettati dall'emergenza o dalla tecnofobia, che, pur socialmente ed umanamente comprensibili, restano contrari ad un agire secondo diritto e ragione.

5. Considerazioni conclusive

All'esito delle argomentazioni sino ad ora svolte, dunque, pare di poter affermare che l'ordinato allineamento dell'esperienza giuridica ai dettami della razionalità scientifica, una considerazione meramente ancillare e servente del diritto nei confronti della scienza appaia prospettiva non solo poco rassicurante ma anche scarsamente produttiva in un momento storico nel quale evidenti appaiono le inquietudini che attraversano il mondo scientifico, minandone la credibilità sociale e la coesione disciplinare come l'esperienza pandemica si è incaricata, sotto diversi profili, di dimostrare.

L'impostazione di tipo scientista, tendente ad accreditare una sorta di sovra-costituzionalità delle ragioni della scienza, dovrebbe misurarsi con l'obiezione che la scienza *ex se* non è in grado di elaborare né principi etici né i fini politici di una comunità politica e, ancora, che essa non pare naturalmente destinata a mettersi al servizio dei diritti e dello sviluppo integrale della persona[72].

Sempre più di frequente il progresso tecnologico e scientifico necessita di forme di controllo, di limitazione per evitare derive assolutizzanti e potenzialmente minacciose per la tutela dei diritti fondamentali e della dignità della persona (pur nella sua problematica e controversa accezione).

Vi sono precisi ambiti nei quali, ad esempio, il diritto è chiamato a svolgere la funzione di salvaguardia dei diritti costituzionali della persona e delle sue capacità di consapevole determinazione (fine vita, sperimentazione clinica, consenso informato ai trattamenti terapeutici, principio di precauzione) che

[71] In tal senso M. TALLACCHINI, *Attraverso le lenti della pandemia: tre riflessioni brevi su science policy e diritti dei cittadini* in *Epidemiol. Prev.,* 5-6/2020,340.

[72] È stato in proposito rilevato che «occorre non indulgere nella tentazione di confidare che la scienza assurgerà alla guida del mondo, piuttosto è necessario assumere l'idea che le scienze tutte devono essere considerate come componenti imprescindibili di una necessaria e virtuosa alleanza con la politica e con il diritto» così A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 133.

potrebbero entrare in conflitto con le finalità conoscitive della scienza e gli obiettivi operazionali della tecnica.

Se è incontestabile che la tutela del diritto alla salute trovi linfa nella promozione della ricerca scientifica va parimenti tenuto presente che quest'ultima pretende specifiche garanzie normative per evitare che le esigenze di sviluppo tecno-scientifico prendano il sopravvento sulle esigenze di tutela della persona. Il rischio, infatti, è quello di derive tecnocratiche che tendano a considerare gli individui e la società come meri oggetti dell'indagine medico-scientifica e delle applicazioni tecnologiche anche contro le scelte di autodeterminazione dei singoli. Il diritto alla salute, come fatto osservare, non può essere, allora, ricostruito o imposto al legislatore *more* scientifico[73] proprio perché potrebbe risultarne compromessa l'autodeterminazione del singolo.

A ben vedere, del resto, 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. In tale ottica la nozione "riserva di scienza" va maneggiata con estrema cura per evitare che il suo impiego autorizzi ad affermare il primato della scienza sul diritto e sui diritti fondamentali[74].

A ciò si aggiunga che la crisi del metodo scientifico, la dismissione da parte della stessa scienza dell'ambizione a coltivare frontiere di conoscenza assolute ed immutabili, la crisi di credibilità che attraversa la comunità degli esperti e degli scienziati sono tutti aspetti che concorrono ad incrinare il paradigma scientista nella strutturazione dei rapporti tra scienza e diritto.

La sempre più evidente non neutralità del sapere scientifico, l'appartenenza della comunità degli scienziati al generale contesto sociale da cui, come visto in precedenza, 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.

Resta, dunque, di perdurante attualità l'intuizione di Carl Schmitt allorché ammoniva sul fatto che «dall'immanenza del dato tecnico non deriva nessuna decisione umana e spirituale unica, men che meno quella del senso della neutralità […]. Un progresso tecnico non ha bisogno di essere né metafisico né

[73] M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 306.
[74] M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 308.

morale, e neppure economico. Se ancor oggi molti uomini si attendono dal perfezionamento tecnico anche un progresso morale-umanitario, ciò dipende dal fatto che essi collegano, in maniera del tutto magica, tecnica e morale presupponendo in tal modo, sempre ingenuamente, che la grandiosa strumentazione della tecnica odierna verrà impiegata nel senso che essi intendono, e cioè in termini sociologici, che essi stessi diverranno i padroni di queste armi terrificanti e potranno pretendere l'immenso potere che da esse dipende»[75].

[75] Così C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 2013, 178-179.

L'USO COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO DELLA TECNICA NELLE DECISIONI GOVERNATIVE*

GIOVANNA PISTORIO**

Sommario

1. Premessa. – 2. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico tra influenze politiche e incertezze scientifiche. – 3. Le misure governative tra convergenze e divergenze. – 4. Auspici per un modello costituzionalmente orientato.

Suggerimento di citazione

G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle decisioni governative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione delle conclusioni svolte in occasione del Convegno "La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica", tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*" (SE.CO.R.E TECH).

** Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: giovanna.pistorio@uniroma3.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 1/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

L'impatto della tecnica sulla vita dell'uomo è dirompente.

Evidenti e significative le ripercussioni sull'ambiente, sulle relazioni sociali e sullo sviluppo della persona umana[1]. Dopo la rivoluzione copernicana, la scoperta dell'evoluzione della specie, lo studio dell'inconscio, oggi viviamo la quarta "rivoluzione"[2]. Le nuove tecnologie incidono sulla realtà in maniera così pervasiva e incessante da ritenere che sia in atto un processo di trasformazione *verso uno stato di diritto tecnologico*. Uno stato in cui diritto e tecnica devono raggiungere un ragionevole equilibrio perché se è vero che la tecnica «pone» i termini scientifici delle questioni giuridiche, è altresì evidente che, per la produzione del diritto, occorre scegliere se, come e quando avvalersi della tecnica[3].

Il bilanciamento tra tecnica e diritto non è semplice. Anzi. Gli spazi di continua tensione sono molteplici, non perché vi sia una conflittualità ingovernabile, ma perché i punti di intersezione sono numerosi. Le zone grigie preoccupano[4]. La tecnica irrompe nella produzione normativa, ergendosi spesso a guida autorevole[5], il decisore politico interferisce nella sfera della tecnica, alle volte strumentalizzandola tramite il diritto, spingendosi finanche a inquinare il dibattito scientifico[6].

Tutto si complica, poi, in situazioni emergenziali.

[1] Più approfonditamente sul tema, cfr. A. SIMONCINI-E. LONGO, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in Aa. Vv. (a cura di), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Oxford, 2021, 27 ss., ove gli A., dopo essersi soffermati sugli effetti delle nuove tecnologie sulla vita dell'uomo, sottolineando che «these new technologies not only allow people to find information at an incredible speed; they also recast decision-making processes once in the exclusive remit of human beings», esaminano l'incidenza delle nuove tecnologie sul costituzionalismo e dunque sulla separazione dei poteri e sulla garanzia dei diritti.

[2] In tal senso, cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 99 ss.

[3] Così, A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in *Stato di diritto*, *emergenza, tecnologia*, a cura di G. De Minico, M. Villone, pubblicato in *www.giurcost.org.*, 2020, 41 ss.

[4] Interessanti le riflessioni di A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in Aa. Vv., *Il Governo tra tecnica e politica*, a cura di G. Grasso, con la collaborazione di R. Perrone, Napoli, 2016, 18 s., sulle zone d'ombra rispetto al fisiologico rapporto che dovrebbe instaurarsi tra tecnica e politica, ovvero rispetto all'ipotesi in cui «la tecnica (…) si pone al servizio della politica» con «il risultato, sul piano dei contenuti del prodotto normativo (…) a garanzia del buon governo della cosa pubblica». L'accenno alle zone d'ombra sembra prefigurare quel che poi, effettivamente, si realizza a distanza di qualche anno, nel rapporto tra Governo e Comitato tecnico-scientifico, ovvero l'ipotesi in cui «l'organo politico disattenda completamente le risultanze dell'analisi svolta dall'organo tecnico senza un'adeguata motivazione» e quella in cui «l'organo politico cerca di scaricare sulla tecnica la scelta di certe soluzione ammantandole come le uniche possibili».

[5] Più approfonditamente, cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biolaw Journal*, 2020, 120 ss.

[6] Su tali rapporti, cfr., D. REISS, *Politicization of science*, in *www.americanbar.org*, 14 giugno 2021.

È proprio in tale contesto che l'incontro di studio "*La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*" si inserisce nell'ambito del progetto di ricerca di interesse nazionale, avviato dalle Università di Firenze, Roma, Macerata e Pisa, per approfondire le problematiche questioni concernenti "*L'impatto delle tecnologie sui processi di auto e co-regolazione: verso uno stato di diritto tecnologico*".

L'obiettivo della ricerca è infatti quello di esaminare il modo in cui la regolazione dei molteplici campi di applicazione delle nuove tecnologie implica un sempre maggior coinvolgimento dei detentori della tecnica.

Come noto, il ricorso ai tecnici, ai «medici consultori», quale frutto di una scelta politica, per la produzione del diritto non è certo cosa nuova[7]. Tra tecnica, politica e diritto si è instaurato un rapporto circolare, alle volte ambiguo e dai confini incerti, sviluppatosi in modo assai altalenante, ma pur sempre di continua interazione. Un'interazione che ha inciso e che incide in maniera significativa sull'essenza del costituzionalismo, intesa come ripartizione dei poteri e garanzia dei diritti.

Guardando alle dinamiche del potere, risale alla sofocrazia di Platone la necessità di affidare la guida ai sapienti, a coloro che sanno, che hanno le competenze, non tanto e non solo per il loro sapere, quanto per la loro saggezza. Se già allora, in *nuge*, affioravano anche i primi germi di un potenziale conflitto tra tecnocrazia e democrazia[8], il ricorso alla tecnica è stato poi comunque il *fil rouge* che ha accompagnato l'esercizio dei diversi poteri, «in base a quella tendenza alla neutralizzazione alla quale si è dedicato lo spirito europeo nel XVII secolo, perseguendola, come mosso da un destino, fino ai giorni nostri»[9]. In altri termini, quando si ripone immensa fiducia nella tecnica, lo si fa ritenendo che non vi sia «nulla di più neutrale della tecnica», perché «essa serve a tutti» e rappresenta «una sfera di pace, di comprensione, di riconciliazione»[10]. Dà speranza.

Ecco allora l'irrompere della tecnica sui diversi poteri. Il legislatore se ne avvale nella produzione normativa, il decisore politico ne trae ispirazione per

[7] Nell'ambito dell'ampia letteratura, cfr. B. CROCE, *Il ricorso ai competenti" nelle crisi storiche*, in *Quaderni della Critica*, 4, 12, 1948, 89, ove si legge che il ricorso ai competenti, «già in proporzioni che ora a guardarle sembrano ristrettissime, si presentò si presentò in Francia, dopo la guerra del 1870-1 (…)».

G. GUARINO, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962.

[8] Così, A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, cit., 10.

[9] In tal senso, cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 2021, 178

[10] Così, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 178.

scegliere la strada da intraprendere, il giudice la utilizza come parametro per sindacare la ragionevolezza tecnica delle norme[11].

Ci si affida alla tecnica perché essa "serve" al diritto, ai diritti.

È necessaria per la produzione del diritto in quanto componente imprescindibile. Il diritto è anche morale, economia, costume, tecnica[12]. Ne deve essere consapevole il decisore politico il cui sguardo deve spingersi verso «tutti i rapporti morali, religiosi, politici, economici della vita reale»[13]. Ecco perché chi conosce il diritto non conosce solo il diritto – diceva Carnelutti - ma è (*rectius*, dovrebbe essere) illuminato da una pluralità di saperi. D'altra parte, «è la giustizia che guida verso la legge, non la legge che guida verso la giustizia»[14]. È nella produzione normativa che i vari elementi si combinano tra loro per acquistare una propria individualità ed essenza[15]. In tal senso, nel rapporto con la realtà, «il diritto è atto di creazione: atto che però non crea entità, ma le assembla, e così facendo, produce la realtà che gli è propria»[16]. Una realtà che ben si attaglia alle esigenze concrete. Esigenze che cambiano, mutano, si evolvono. Oggi, in un mondo caratterizzato da una complessità sempre crescente, scienza e tecnica giocano un ruolo decisivo. In tempi ordinari il caso Di Bella, il metodo Stamina, le questioni della PMA ne sono state emblematica conferma, attestando quanto sia significativo il peso del dato tecnico-scientifico sull'attività legislativa[17], tanto da spingere a esaminare le problematiche questioni relative alla c.d. riserva di scienza[18]. Il decisore politico nella produzione normativa «non può ignorare dati e relazioni causali scientificamente fondati», né tantomeno «lasciare la scienza alle sue dinamiche autoregolative», soprattutto quando le conoscenze scientifiche incidono sui diritti fondamentali dell'individuo[19]. Ecco allora che il dato tecnico-scientifico diventa oggetto e strumento del diritto, dando vita a una concatenazione di condizionamenti reciproci tra

[11] Più approfonditamente, cfr. F. BILANCIA, *La libertà della scienza e della ricerca: attualità della riflessione di Andrea Orsi Battaglini*, in *Diritto pubblico*, 2016, 189 ss.

[12] Così, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

[13] In tal senso, cfr. F. CARNELUTTI, *L'arte del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, I, Padova, 1937, 34 ss.

[14] Così, F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1953, 255-256.

[15] In tal senso, cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1993, 205.

[16] Così, M. CROCE, *Il diritto come tecnica operativa*, in *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, a cura di R. Cavallo Perin, G. Colombini, F. Merusi, A. Police, A. Romano, Napoli, 2019, 280, riprendendo la teoria "processualistica" del diritto di Santi Romano.

[17] Più approfonditamente sul tema, cfr. G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019, 15 s.

[18] Più approfonditamente, cfr. D. SERVETTI, *Riserva di scienze e tutela della salute*, Pisa, 2019, 207 ss.

[19] Così, G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, cit., 15.

scienza, tecnica e diritto[20]. Se da un lato, «quando il diritto ha a che fare con la scienza (…), è costretto a flessibilizzarsi oltremodo (…), finendo per trasformarsi, in taluni casi, anche radicalmente», dall'altro «la scienza nel venire a contatto con il diritto ugualmente subisce mutamenti sensibili»[21]. Il rapporto duale è spesso elastico, duttile, flessibile.

Ma è proprio nel corso della pandemia da Covid-19, che l'interazione tra tecnica, politica e diritto si è sviluppata nella sua poliedricità, manifestando molteplici zone d'ombra. Quelle zone d'ombra che mettono a repentaglio il rispetto dei "confini" propri della tecnica e l'assunzione delle responsabilità ascritte alla politica, dimostrando quanto sia difficile ma indispensabile «il dialogo funzionale» tra esperti e decisore politico[22], nella tutela «sistemica e non frazionata» che va sempre garantita ai diritti[23].

È nell'emergenza pandemica che, forse mai prima d'ora in modo così evidente, si appalesa quanto la tecnica "serva" anche ai diritti, *rectius*, alla tutela dei diritti, quanto sia complicata la gestione di «quelle che gli americani definiscono *science policy issues*, questioni scientifiche controverse che richiedono soluzioni di natura politica»[24] e quanto sia auspicabile che il rapporto tra scienza, tecnica e diritto sia «costituzionalmente orientato»[25].

2. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico tra influenze politiche e incertezze scientifiche

È proprio l'incidenza del dato tecnico-scientifico sulla tutela dei diritti, tramite la produzione normativa posta in essere dal decisore politico nella delicata fase emergenziale, il filo conduttore che ha legato gli interventi resi nel corso del Seminario di studio.

Il 30 gennaio 2020, l'Organizzazione della salute ha dichiarato il Covid-19 una «Public Health Emergency of International Concern», ovvero un'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale. Una situazione eccezionale,

[20] Per tale orientamento, cfr. M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, 620.

[21] Così, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 1.

[22] In tal senso, cfr. L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *www.costituzionalismo.it,* 12 maggio 2021, 151 s.

[23] Corte cost., sent. n. 264 del 2012.

[24] In tal senso, cfr. L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1968, 8.

[25] Per tale orientamento, cfr. L. VIOLINI, *Biodiritto e Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 3/2018, 71.

imprevedibile, inaspettata, e, forse, in parte anche diversa dalle "ordinarie" emergenze[26].

Indispensabile il «ricorso ai competenti», agli «uomini della scienza» per la gestione della pandemia[27]. A conferma, qualora ve ne fosse ancora bisogno, che è nei momenti di crisi, «nel turbamento e nella perplessità degli intelletti e degli animi», che si invoca l'ausilio di esperti[28].

Tra i diversi gruppi e task force designati a livello centrale e locale per fronteggiare la pandemia, riveste primaria importanza, nella ricerca di un dialogo con la scienza per la produzione normativa, il Comitato tecnico-scientifico, all'uopo istituito, con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile il 3 febbraio 2020. L'art. 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 prevede infatti che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità» i Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM, d'ora in poi) «sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico (…)».

Nel profondo disorientamento, si chiede ausilio alla tecnica. Anzi, come ricorda Simone Barbareschi, con l'irrompere dell'emergenza, «la tentazione di affidare alla scienza anche la selezione del contenuto discrezionale delle scelte politico-istituzionali da operare aumenta»[29]. È soprattutto nella fase iniziale della pandemia che nella tecnica si ripongono incommensurate aspettative. Si invoca così l'intervento della comunità scientifica per avere «certezze inconfutabili»[30]. Si pretende «chiarezza, altrimenti non c'è scienza», afferma il Ministro per gli Affari Regionali e le autonomie[31].

A dir il vero, come ricorda Lavinia Del Corona, è ormai ampiamente acquisito che «il sapere scientifico non rappresenta alcuna verità assoluta» e che la fiducia nella scienza va intesa come forma di affidamento che poggia le sue basi sul riconoscimento, fondato sull'evidenza empirica (…) dei fenomeni, vuoi per la verificazione, vuoi per la falsificazione delle tesi oggetto di studio»[32].

[26] Secondo M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità,* in *www.osservatorio.aic.it,* 2020, 178, in quanto emergenza «unica (…) avrebbe imposto ben altre tipologie di intervento».

[27] Così, B. CROCE, *Il ricorso ai competenti" nelle crisi storiche*, cit., 89.

[28] Così, B. CROCE, *Il ricorso ai competenti" nelle crisi storiche*, cit., 89.

[29] Così, S. BARBARESCHI, *Decisioni del comitato tecnico-scientifico, discrezionalità e rispetto del principio di legalità nel settore giustizia durante l'emergenza da Covid-19*, in questo *Fascicolo.* Più approfonditamente sul tema, cfr. S. PENASA, *Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza Covid-19*, in A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Bologna, 2021, 60 ss.

[30] In tal senso, come riportato da M. GUERZONI, *Boccia: chi vuole riaprire ne sarà responsabile. E ora gli scienziati diano risposte chiare*, in *Corriere della sera*, 14 aprile 2020, 2.

[31] Così, M. GUERZONI, *Boccia: chi vuole riaprire ne sarà responsabile. E ora gli scienziati diano risposte chiare*, cit., 2.

[32] Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo *Fascicolo*.

Tuttavia, a fronte di un'emergenza di così ampia portata, gli esperti vengono visti, soprattutto nella fase iniziale, come «detentori di un sapere "salvifico"», afferma Lavinia Del Corona[33].

È in tale contesto che il Comitato viene quindi interpellato in diversi ambiti, settori, per emettere pareri di diverso tipo, destinati a incidere sulla produzione normativa e inevitabilmente sulla tutela dei diritti.

Come emerge dagli interventi resi nel corso del Seminario, oggetto di riflessione è il modo in cui si è sviluppata, nelle diverse fasi, quell'interazione dialogica che dovrebbe garantire fondamento scientifico alle decisioni normative.

Duplice, quindi, la prospettiva di analisi: l'apporto reso dagli esperti da un lato, le scelte del Governo, dall'altro.

Nell'evoluzione del rapporto tra tecnica e politica, la nascita, la fisionomia e la struttura del Comitato giocano un ruolo decisivo.

D'altra parte, la creazione di determinati organi tecnici, la scelta delle competenze ad essi attribuite e la composizione degli stessi sono spesso «espressione di una significativa valutazione di carattere politico», con la conseguenza che alle volte «i risultati che da questi provengono sono anch'essi influenzati dalla decisione politica che ne è alla base»[34].

Niente di più vero nel caso in esame.

Come affermato da Marta Tomasi, la mancanza in Italia di organi stabili e precostituiti di interlocuzione tra politica e scienza - a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti[35] - e la necessità conseguenziale di istituire, nel pieno dell'emergenza, un organo *ad hoc* si ripercuote inevitabilmente sull'operatività del Comitato stesso. Esso, infatti, nella sua struttura «"sperimentale" di (…) organo di consulenza tecnico-scientifica, incaricato di un mandato piuttosto vago, privo di quei requisiti di indipendenza che caratterizzano molti suoi omologhi in giro per il mondo e condizionato, nel suo operato (oltre che nella sua esistenza) dal permanere della situazione emergenziale, vive numerose criticità»[36].

Innanzitutto, la mancata definizione ed esplicitazione dei criteri di selezione dei componenti il Comitato ha immediatamente suscitato una preoccupante

[33] Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo *Fascicolo.*

[34] In tal senso, cfr. E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in AA. VV., *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 129.

[35] In Germania e negli Stati Uniti, ad esempio, ci si è avvalsi di istituzioni già precostituite: il *Robert Koch Institut* che si occupa del contrasto alla diffusione delle malattie in Germania e la *National Academy of Sciences* (NAS) che, composta dai migliori ricercatori del paese, svolge attività di consulenza tecnico-scientifica negli Stati Uniti.

[36] Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo *Fascicolo.*

confusione, facendo dubitare dell'indipendenza e della qualità della consulenza scientifica reclutata. Come ricorda Lavinia Del Corona, «un rapporto effettivamente fondato sulla fiducia della politica nella scienza dovrebbe essere tutt'altro che di tipo fiduciario», a pena di inevitabili influenze politiche sugli esperti[37].

È quel che peraltro sembra essersi realizzato, con riguardo alle limitazioni sulla libertà di iniziativa economica, come rilevato da Jacopo Ferracuti[38]. Nei verbali nn. 122 e 123 del 2020 il Comitato, interpellato in merito alle restrizioni nello specifico settore dei servizi di ristorazione, richiama le misure limitative sancite da precedenti DPCM, valutandone «congruo l'impianto generale». Analoga singolarità si riscontra in materia di giustizia, sulla base dell'analisi dei pareri effettuata da Simone Barbareschi[39]. Con riguardo alla delicata questione concernente l'organizzazione degli esami di abilitazione alla professione di avvocato, il Comitato, nel parere dell'8 novembre 2020, volendo dissuadere lo svolgimento delle prove, oltre a far riferimento alle perplessità, derivanti dallo spostamento delle diverse migliaia dei candidati, richiama il DPCM del 3 novembre 2020 - reso peraltro in assenza di alcuna interlocuzione con gli esperti - con cui si sospendevano tutte le procedure concorsuali e di abilitazione professionale[40]. In ambito religioso, a seguito di apposita istanza rivolta dal Ministro della Salute in merito all'indicazione del numero massimo di partecipanti alle cerimonie, il Comitato si limita, come riportato da Giovanni Blando, a «prendere atto del numero indicato dallo schema di DPCM, improntato al principio di massima precauzione (…) dando l'impressione (…) che in questo caso debba essere la scienza a sottostare alle indicazioni del decisore politico»[41].

[37] Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo *Fascicolo.*

[38] Più approfonditamente, cfr. J. FERRACUTI, *I verbali del comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata*, in questo *Fascicolo.*

[39] Per tale orientamento, cfr. S. BARBARESCHI, *Decisioni del comitato tecnico-scientifico, discrezionalità e rispetto del principio di legalità nel settore giustizia durante l'emergenza da Covid-19*, in questo *Fascicolo.*

[40] Diverso, invece, e non biasimabile, secondo A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico*, in questo *Fascicolo,* il discorso in materia di istruzione, dal momento che il primo parere del Comitato, adottato immediatamente dopo la sua istituzione, nella riunione del 7 febbraio 2020, si è sì limitato a valutare positivamente le misure precedentemente adottate dal Governo, ma si trattava di misure prese in autonomia, non avendo il Comitato ancora cominciato a operare.

[41] Così, G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del comitato Tecnico Scientifico*, in questo *Fascicolo.*

Indubbia, infatti, l'influenza del Governo sull'intervento (che spetterebbe all'esperto) tecnico-scientifico, confermando quegli effetti, a tratti paradossali, della «politicizzazione» della scienza[42].

Il Comitato non pare poi districarsi facilmente nel rispondere alle richieste di interventi neutrali, autorevoli e coerenti.

Tanti, troppi i *revirements* rispetto a indicazioni in precedenza stabiliti, ricorda Marta Tomasi. Si pensi «all'individuazione delle classi d'età per le quali è stata raccomandata la somministrazione del vaccino Vaxzevria (…) sviluppato dall'Università di Oxford e da AstraZeneca», o ancora «alla contrazione della durata del Green Pass deliberata nel novembre 2021» o, successivamente, alla variabilità di resistenza dell'efficacia del vaccino: prima sei mesi, poi nove, poi dodici, poi nuovamente nove[43]. Ripetuti cambi di orientamento, giustificati dal mutato scenario epidemiologico e dalla disponibilità di nuovi dati scientifici, a detta del Comitato, ma indubbiamente causa di sconcerto e smarrimento. Inevitabile, come sottolineato da Lavinia Del Corona, il conseguenziale atteggiamento di sfiducia della società nella scienza.

La fragilità di un'impostazione di tipo scientista che si affida incondizionatamente e acriticamente alle ragioni della scienza trova ulteriore conferma. D'altra parte, l'incessante e progressivo sviluppo della tecnica, il pluralismo dei criteri di indagine scientifica, la consapevolezza, anche da parte della scienza stessa, dell'impossibilità di conseguire verità assolute e immutabili ne erano stati indici più che significativi[44].

La pandemia da Covid-19 dà ulteriore dimostrazione che, come rammentato da Giovanni Blando, «la scienza non offre certezze»[45].

Affiora così uno degli aspetti più problematici e forse paradossali del rapporto tra tecnica e politica per la produzione del diritto. Si invoca la tecnica per avere certezze, ma essa stessa diventa causa di maggiori incertezze. L'ideale di quell'astratta neutralità della tecnica si scontra con la realtà. Una realtà in cui la tecnica non è un dogma indiscutibile. Crolla il mito.

[42] Per uno sguardo comparato al problema che investe molti Stati, come la pandemia ha confermato, cfr. le riflessioni di K. ABBASI, *Covid-19: politicisation, "corruption" and suppression of science*, in *BMJ*, 2020, ove si legge che «Politicisation of science was enthusiastically deployed by some of history's worst autocrats and dictators, and it is now regrettably commonplace in democracies». Più approfonditamente, cfr. anche E. MAHASE, *Covid-19: Vaccine candidate may be more than 90% effective, interim results indicate, in BMJ,* 2020.

[43] Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo *Fascicolo.*

[44] Più approfonditamente sul tema, cfr. G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, cit., 7 ss.

[45] Così, G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del comitato Tecnico Scientifico*, in questo *Fascicolo.*

Ecco allora che, sarebbe stato quantomeno auspicabile, a fronte dell'evidente incertezza del dato scientifico, che il Comitato avesse garantito il più alto grado di pubblicità e chiarezza possibile. Invece, come evidenziato nel corso degli interventi e in particolare ricordato da Camilla Storace in materia di esecuzione penale e da Jacopo Ferracuti con riguardo alle restrizioni alla libertà economica privata, i pareri del Comitato sono apparsi spesso eccessivamente sintetici e di difficile comprensione[46]. A ciò si aggiunge peraltro che, per un lungo iniziale periodo, in nome di una presunta, ma immotivata, riservatezza del contenuto dei pareri, il Comitato si è astenuto dalla pubblicazione degli stessi, pregiudicando quello che ormai rappresenta uno degli elementi essenziali dello Stato di diritto: la trasparenza[47]. Posto che la violazione di tale principio, quale pilastro portante dell'ordinamento nazionale e sovranazionale possa «trasmodare in vero e proprio arbitrio in dispregio delle garanzie poste dall'ordinamento a tutela dei diritti e delle libertà»[48], si è ritenuto incompatibile con l'ordinamento giuridico - che ormai «riconosce la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un minore impatto sociale» - il denegato accesso ai verbali del Comitato[49].

D'altra parte, se «il governo del potere pubblico in pubblico» è espressione della democrazia[50], la pubblicità dei lavori del Comitato è strumento ineluttabile anche per garantire ai consociati un attento controllo sull'azione pubblica, sull'esercizio del potere e, in particolare, sulle misure restrittive di diritti e libertà adottate dal decisore politico, avvalendosi della tecnica. Come precisato da Lavinia Del Corona, la segretezza dei verbali incide sul rapporto tra politica e scienza, «favorendo un uso strumentale della consulenza scientifica da parte del governo», dal momento che siffatta segretezza «garantisce al decisore politico la possibilità di non tener conto delle valutazioni scientifiche espresse

[46] Più approfonditamente, cfr. C. STORACE, *Emergenza sanitaria ed esecuzione penale tra diritto e tecnica*, in questo *Fascicolo*; J. FERRACUTI, *I verbali del comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata*, *ibidem.*

[47] Più approfonditamente sul punto, cfr. A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale,* in *DPCE online*, 2020; poi, cfr. F. LAVIOLA, *La decisione politica* science-based *e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *www.federalismi.it.*, 11 agosto, 2021.

[48] In tal senso, cfr. C. COLAPIETRO, *La terza generazione della trasparenza amministrativa (dall'accesso documentale, all'accesso generalizzato passando per l'accesso civico)*, Napoli, 2016, 18.

[49] In tal senso, cfr. Tar Lazio, sentenza n. 8615 del 2020.

[50] Secondo la nota affermazione di N. BOBBIO, *Il Futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, 1984, 76.

dall'organo di consulenza (…), così come anche di affermare la fondatezza scientifica di una decisione facendo riferimento a pareri in realtà inesistenti»[51].

La trasparenza è garanzia di democraticità perché consente di valutare l'operato dei pubblici poteri. Difficile, però, nel corso dell'emergenza pandemica, constatarne il rispetto, almeno fino a quando il contenuto dei pareri è rimasto occultato. Tale segretezza incide inevitabilmente anche sulla valutazione della responsabilità del Governo, sindacabile in base alla "tenuta" tecnico-scientifica delle soluzioni da questo adottate. La consultazione del dato tecnico è di norma indice di ragionevolezza scientifica che rafforza la decisione, legittimandola nei confronti dei consociati - soprattutto se limitativa di diritti e libertà - e consentendone una maggiore resistenza dinanzi al vaglio giurisdizionale[52]. Il meccanismo di controllo non funziona, però, se il dato tecnico rimane oscuro.

Peraltro, spogliata la tecnica della neutralità, a fronte delle possibili se non inevitabili incertezze, essa «scende dal trono», perde «l'aurea della sua piena razionalità»[53] e si rivela «strumento ed arma» del potere che se ne avvale[54]. Spetta a quest'ultimo «intervenire e *sapere* regolare»[55].

Vero è che la straordinarietà di una situazione emergenziale può disorientare e confondere il decisore politico, ma è altresì evidente che l'irragionevolezza, se non l'arbitrarietà, di eventuali decisioni si traduce in una chiara manifestazione di quella crisi della rappresentanza che innesca un cortocircuito tra eletti ed elettori, pregiudicando lo «stato di salute della democrazia»[56]. Quella crisi che incrina il rapporto tra autorità e libertà, che è causa di fratture e attriti ed emblema «della cattiva qualità della politica»[57].

3. Le misure governative tra divergenze e convergenze

Oggetto di attenta analisi, nel corso del Seminario, è poi il modo in cui il decisore politico, per lo più il Governo tramite i DPCM, si è avvalso dei pareri del Comitato.

[51] Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo *Fascicolo.*

[52] Più approfonditamente sul tema, cfr. S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015.

[53] In tal senso, cfr. G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in Aa. Vv., *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 120.

[54] Così, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 178 s.

[55] In tal senso, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, cit., 47.

[56] Più approfonditamente, cfr. S. STAIANO, *Rappresentanza*, jn *www.rivistaaic.it,* 3/2017.

[57] Così, A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, cit., 47.

Sappiamo bene che, in linea di principio, la discrezionalità del decisore deve muoversi entro il «perimetro del possibile»[58] delineato dal dato tecnico-scientifico, sulla base di un rapporto inversamente proporzionale tra tecnica e diritto[59]. Maggiore e consolidata è la conoscenza scientifica, minore è lo spazio decisionale del titolare della funzione normativa. Nell'incertezza della scienza, invece, il «perimetro del possibile» appare sfumato, poco chiaro, flessibile e implica un potere di intervento normativo decisamente più ampio. La maggiore libertà non va interpretata però nel senso di totale arbitrarietà. L'intervento deve ispirarsi ai principi di precauzione, di ragionevolezza e di proporzionalità[60].

È quanto ci si sarebbe aspettati nella gestione delle incertezze scientifiche emerse nel corso della pandemia da Covid-19.

Un virus del tutto nuovo, dalla natura tendenzialmente sconosciuta, mutevole nel tempo, rende il dato scientifico «debole (perché in divenire)», come rileva Marta Tomasi, e il "perimetro del possibile" decisamente incerto[61]. Soprattutto nelle fasi inziali della pandemia, l'assenza di evidenze scientifiche su aspetti fondamentali è palese. Si pensi ai numerosi dubbi sull'uso delle mascherine, sul distanziamento sociale, sull'attendibilità dei tamponi, sulle terapie da seguire, sullo sviluppo degli anticorpi per i guariti.

In tale contesto di grande insicurezza e preoccupazione, l'ampio margine discrezionale avrebbe dovuto spingere il decisore politico, tecnicamente informato, ad assumere, sia pur nell'urgenza del provvedere, scelte caute, equilibrate e adeguatamente motivate.

Altalenante è invece l'atteggiamento del Governo, in base al diverso effetto che, nel tempo e in relazione ai differenti ambiti, hanno sortito i pareri del Comitato sulle decisioni politiche.

Non sono mancati casi di proficua collaborazione, tradottisi in veri e propri atti di concertazione, come sottolinea Matteo Giannelli, con riguardo al rinvio delle consultazioni elettorali e alle modalità di svolgimento delle operazioni elettorali[62] e come rileva Silvia Talini, su questioni concernenti le misure da

[58] Così, L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, cit., 146.

[59] In tal senso cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, 1 ss.

[60] Più approfonditamente, cfr. G. RAGONE, *Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2019, 157 ss.

[61] Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo *Fascicolo.*

[62] In tal senso, cfr. M. GIANNELLI, *Il comitato tecnico scientifico e la materia elettorale, ovvero dell'apparente neutralità di decisioni chiave per la forma di Stato*, in questo *Fascicolo.*

seguire per evitare la diffusione del contagio negli eventi sportivi e culturali[63]. Anche Camilla Storace ricorda le condivisibili e apprezzabili scelte governative, frutto di un efficace dialogo tra il Ministro della Giustizia e il Comitato tecnico-scientifico sul monitoraggio dei casi Covid-19, al fine di scongiurare la propagazione del virus negli istituti penitenziari[64]. È soprattutto nella fase iniziale che anche Giuseppe Mobilio riscontra una vera e propria sinergia tra Comitato e Governo, in merito ad esempio alle scelte intraprese con riguardo alla regolazione in alcune zone del territorio lombardo della quarantena, all'isolamento domiciliare fiduciario, al divieto di allontanamento e di accesso a determinati comuni[65]. In tema di istruzione, al contrario, Andrea Giubilei rammenta che l'adesione ad alcune delle valutazioni tecnico-scientifiche del Comitato è avvenuta solo dopo diversi mesi di difficile convivenza con il virus[66]. Lo stesso avviene con riguardo alla «lenta ri-espansione della libertà di culto» consentita dal Governo, dietro istruzioni del Comitato, indicate, come rammenta Giovanni Blando, coinvolgendo la CEI e i rappresentanti delle confessioni religiose[67].

In molte occasioni sembra invece che il meccanismo di interazione funzionale tra tecnica e politica abbia girato invano, anche superata la fase iniziale di rodaggio.

Si pensi, ad esempio, alle misure adottate senza alcuna discussione in seno al Comitato. È quanto accaduto, come ricorda Giuseppe Mobilio, con riguardo al divieto di accesso ai parchi, alle aree gioco e ai giardini pubblici o al divieto di svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto, se non in prossimità della propria abitazione[68]. Sembra che il Governo, in tali occasioni, si sia dimenticato che «alla politica non è consentito farsi tecnica, cioè sconfinare in un "campo riservato" che non può essere invaso dalla discrezionalità del legislatore», ignorando la consolidata giurisprudenza costituzionale[69].

[63] Così, S. TALINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria fra governo e comitato tecnico-scientifico: i riflessi della pandemia sui diritti della cultura e allo sport*, in questo *Fascicolo.*

[64] In tal senso, cfr. C. STORACE, *Emergenza sanitaria ed esecuzione penale tra diritto e tecnica*, in questo *Fascicolo.*

[65] Così, G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e tecnica nel fronteggiare la pandemia*, in questo *Fascicolo.*

[66] Così, A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico*, in questo *Fascicolo.*

[67] Così, G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del comitato Tecnico Scientifico*, in questo *Fascicolo.*

[68] Più approfonditamente, cfr. G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e tecnica nel fronteggiare la pandemia*, in questo *Fascicolo.*

[69] Sin dalla sentenza n. 282 del 2002, la Corte costituzionale, in tema di elettroshock e di interventi di psicochirurgia, ha affermato che un intervento normativo sul punto «non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi (…) a ciò deputati, dato "l'essenziale rilievo" che, a

Analogamente problematiche le ipotesi in cui si riscontra una vera e propria divergenza.

Ne sono esempi i casi in cui le indicazioni del Comitato tecnico-scientifico sono state del tutto disattese.

Marta Tomasi ne ricorda alcuni.

Fa riflettere la questione del rapporto tra *Green Pass* italiano e *Digital Covid Certificate* europeo: nonostante il Comitato si sia espresso nel luglio 2021 a favore di un allineamento fra i due strumenti, il Governo decide di mantenere invariate le differenze strutturali e funzionali degli stessi con l'evidente rischio di «un indebolimento degli strumenti dal punto di vista della loro legittimità e legittimazione», oltre che di un pericoloso cortocircuito derivante dalle «differenze di trattamento rispetto a "imprese e (…) cittadini "che si trovino "in un'ampia gamma di situazioni divergenti"»[70].

Interessante, in tale contesto, anche la decisione di estendere l'obbligo vaccinale ai cittadini italiani e ad alcune categorie di stranieri che abbiano raggiunto il cinquantesimo anno di età. Nessun parere del Comitato suffraga tale scelta. La politica «sembra aver deciso da sola» sottolinea Marta Tomasi, prestando il fianco alle inevitabili critiche imputabili alla scarsa tenuta scientifica della decisione[71].

Difetta poi di un'efficace compenetrazione nella produzione normativa il parere assunto dal Comitato tecnico-scientifico sulla questione relativa alla ripresa dei c.d. sport da contatto, posto che, come rilevato da Silvia Talini, nonostante il dissenso giustificato dall'impossibilità di mantenere un adeguato distanziamento fisico tra gli atleti, il Governo conferma «la propria decisione di consentirne la ripresa»[72].

Analogamente, in materia di istruzione, Andrea Giubilei ricorda che, nel marzo 2020, il Governo estende a tutto il territorio nazionale l'interruzione delle attività didattiche, prevedendo la possibilità di svolgerle tramite

questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici (…)». Poi, cfr., in materia di obblighi vaccinali, Corte cost., sentt. nn. 5 del 2018, 268 del 2017, 118 del 2020; con riguardo, invece, alle questioni relative alla tassazione delle c.d. sigarette elettroniche, cfr. sentt. nn. 83 del 2015, 240 del 2017. Da ultimo, cfr. sent. n. 198 del 2021, ove, con riguardo al Comitato tecnico scientifico, la Corte rileva l'importanza del coinvolgimento sia sul piano istruttorio, ai fini del controllo sulla discrezionalità governativa, sia sul piano giudiziale per valutare la legittimità dell'intero sistema normativo adottato nel corso della pandemia.

[70] Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo *Fascicolo.*

[71] Così, M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo *Fascicolo.*

[72] Così, S. TALINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria fra governo e comitato tecnico-scientifico: i riflessi della pandemia sui diritti della cultura e allo sport*, in questo *Fascicolo.*

piattaforme informatiche, nonostante il parere negativo del Comitato, reso in assenza di «dati in grado di dimostrare l'utilità di chiudere tutte le scuole»[73].

Emerge, infatti, nella valutazione dell'organo di consulenza, l'esigenza di una differenziazione. Per tale ragione, il Comitato, propone la prosecuzione della diversificazione delle misure restrittive e di contenimento del virus, su base regionale, posto che «le scelte di chiusura dovrebbero essere proporzionali alla diffusione dell'infezione virale».

Nonostante tale suggerimento, supportato da dati tecnico-scientifici, il Governo propende per un modello di gestione emergenziale uniforme. Due le conseguenze.

La mancata differenziazione diventa oggetto di conflittualità, incrementando le diseguaglianze territoriali che già caratterizzano il regionalismo italiano[74]. Drammatiche, quindi «le ricadute in termini di garanzia di un diritto fondamentale», come sottolinea Maria Antonella Gliatta[75]. È in tal senso, aggiunge, che «la pandemia ha funzionato come un enorme amplificatore delle diseguaglianze regionali e territoriali»[76].

La via dell'uniformità, in luogo dell'asimmetria, percorsa dal Governo attesta poi, ulteriormente, l'evidente frizione tra decisore politico e organo tecnico.

La politica si avvicina alla tecnica, ma poi non se ne avvale. Tutt'altro. Se ne discosta palesemente. In tali casi, le scelte del Governo sembrano manifestazione, come rilevato da Lavinia Del Corona, di «una perdurante diffidenza verso gli esponenti della comunità scientifica (…) nell'intento di mantenere un controllo sulla scienza e sui limiti che il sapere scientifico può porre alla discrezionalità del decisore politico»[77]. Si ha l'impressione, secondo Giuseppe Mobilio, che si invochi la tecnica con il solo scopo «di ammantare di oggettività e scientificità decisioni che rimangono pienamente discrezionali»[78], snaturando così la *ratio* sottesa all'esercizio del potere proprio della politica[79]. Quel che è certo è che gli strumenti dialogici della concertazione non hanno funzionato.

[73] Così, A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico*, in questo *Fascicolo.*

[74] Più approfonditamente sul tema, cfr. M. BETZU-P. CIARLO, *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria, in Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2020, 582 ss.

[75] In tal senso, M. A. GLIATTA, *Tecnica, politica e diseguaglianze territoriali ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, in questo *Fascicolo.*

[76] Così, M. A. GLIATTA, *Tecnica, politica e diseguaglianze territoriali ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, in questo *Fascicolo.*

[77] Così, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo *Fascicolo.*

[78] Così, G. MOBILIO, *CTS e libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e tecnica nel fronteggiare la pandemia*, in questo *Fascicolo.*

[79] Interessanti le riflessioni sul concetto di potere, esaminato in rapporto alla giustizia, alla ragione, alla politica, dalla genesi al potere moderno e «oltre il potere moderno», di G. PRETEROSSI, *Potere*, Roma, 2007, in particolare, 93 ss.

È in tale contesto che appare non solo auspicabile ma impellente, ispirandosi ai principi costituzionali a tutela e promozione della scienza[80], l'esigenza di istituzionalizzare una forma di istruttoria scientifica nel procedimento di costruzione delle norme[81], garantendo così alla consulenza tecnico-scientifica una «"normalizzazione" all'interno dell'inarrestabile moto di collisione tra scienza e diritto», come rilevato da Marta Tomasi[82].

Alle volte, invece, sulla base di quanto emerge dagli interventi nel corso Seminario, i pareri condizionano i DPCM in modo così significativo da riempirne il contenuto.

Altissimo il rischio in queste occasioni di «rimettere decisioni politiche a tecnici, dotandole dell'insindacabilità politica connessa alla loro sussunzione nella razionalità tecnica»[83].

È quanto avvenuto, ad esempio, come ricorda Camilla Storace, con riguardo alla scelta circa la ripresa dei colloqui in presenza con i familiari, negli istituti di pena[84]. Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria riporta pedissequamente il contenuto del parere reso dal Comitato nella circolare a tal fine adottata, demandando, peraltro, alle singole direzioni il compito di tradurre in misure organizzative concrete le indicazioni orientative, con evidenti ripercussioni sul principio di eguaglianza. Inevitabili infatti le discriminazioni. Sarebbe stata ben più ragionevole, invece, in questo caso, come rileva Camilla Storace, una regolamentazione omogenea a livello nazionale. Ma il Governo scegli la via della "delega" alla tecnica. Se fosse intervenuto, nell'esercizio del potere discrezionale di cui gode, avvalendosi del parere e non si fosse limitato a una pedissequa riproduzione dello stesso, avrebbe contemperato i diversi interessi di natura costituzionale, non dimenticando, con ogni probabilità, il rilievo del principio giuridico essenziale della democrazia sin dai tempi dell'antica Grecia, qual è l'eguaglianza.

[80] Secondo G. ENDRICI, *Poteri pubblici e ricerca scientifica*, Bologna, 1991, 19, la Costituzione agli artt. 9 e 33, garantendo la libertà della scienza e del suo insegnamento e affidando alla Repubblica il compito di promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica, delinea, in tale contesto, «un diritto a più dimensioni».

[81] Per tale orientamento, cfr. S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 832.

Secondo A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 134, rispetto all'eventuale mantenimento della consultazione degli esperti esterni alle sedi politiche, ritiene «preferibile, invece, l'idea di intervenire sui regolamenti parlamentari rafforzando la loro capacità di vincolo sulla formazione della legge».

[82] In tal senso, cfr. M. TOMASI, *I pareri del CTS in tema di misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di "normalizzazione" dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?*, in questo *Fascicolo.*

[83] Così, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *www.costituzionalismo.it.*, 2021, 32.

[84] Più approfonditamente, cfr. C. STORACE, *Emergenza sanitaria ed esecuzione penale tra diritto e tecnica*, in questo *Fascicolo*.

Tuttavia, sappiamo bene che, già dalla seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, si è assistito a un patologico «ridimensionamento del ruolo del politico» in favore della tecnica, la cui funzione «servente» si è andata attenuando rispetto alla volontà decisionale della politica, divenendo «progressivamente essa stessa centro di potere decisionale a carattere, sovente, discrezionale, relegando la figura del decisore pubblico in una posizione recessiva, ausiliaria, o, per meglio dire, subordinata»[85].

Il sovradimensionamento della tecnica a nocumento della politica produce effetti perversi.

Come noto, «una decisione tecnicamente ineccepibile potrebbe risultare in certi casi politicamente non sostenibile se parametrata a paradigmi di equità sociale o a politiche di redistribuzione del reddito»[86]. È per tale ragione che la concertazione tra tecnica e politica deve avvenire nel rispetto di confini ben delineati, a garanzia di un'efficace compenetrazione tra competenze settoriali e discrezionalità normativa. La tecnica è funzionale a orientare le scelte della politica. Un ruolo di sostegno, appunto, non di guida, né tantomeno di supplenza. Il ricorso alla tecnica risponde all'esigenza di ottenere una valutazione da competenti ed esperti, sulla base di criteri tecnico-scientifici, tendenzialmente oggettivi, di natura teoretica. È la scienza che si pronuncia sull'efficacia della terapia. È il Comitato tecnico-scientifico che si esprime sull'adeguatezza delle misure di distanziamento ai fini del contenimento del virus. Ma spetta, poi, al decisore politico consentire e magari finanziare la terapia o individuare, entro il margine indicato dall'esperto, gli strumenti più adatti all'emergenza sanitaria, tenuto conto magari delle differenze territoriali. È con tale scelta che si esplica la discrezionalità politica, si realizza il contemperamento dei diritti e delle libertà a vario titolo coinvolti, si trova la giustificazione "procedurale" alla decisione normativa, anche (e soprattutto) in caso di incertezza tecnico-scientifica. In una parola, il Governo, tramite tale scelta, si assume la *responsabilità* nei confronti dell'opinione pubblica. Una responsabilità rarefatta, quasi eterea, se non inesistente quando la politica fa della tecnica l'alibi delle proprie decisioni. Neanche in situazioni emergenziali, in un contesto di profondo disorientamento, determinato dalle incertezze scientifiche, quando sembra «arduo distaccarsi da quella che viene posta come la soluzione migliore suggerita dagli esperti», come sottolinea Andrea Giubilei[87], «la politica può porsi in una

[85] Da ultimo, si vedano le riflessioni di C.A. CIARALLI, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli, 2022, 107 s.

[86] Così, A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, cit., 42.

[87] Così, A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute nel periodo pandemico*, in questo *Fascicolo.*

posizione di volontaria subalternità alla scienza»[88], dando vita a quel fenomeno che Lavinia Del Corona definisce di «"contaminazione" tra scienza e politica, che può portare a un pericoloso trasferimento sulla comunità scientifica di quel senso di sfiducia che altrimenti si riverserebbe sulla politica»[89]. La tecnica non va strumentalizzata, in nome di una presunta neutralizzazione della politica nella produzione di norme a carattere scientifico. La discrezionalità è e resta il fulcro del potere normativo «e non può (e non deve) appiattirsi sulla mera registrazione del punto di approdo della scienza», ma deve fare di quest'ultima lo strumento della regolazione per addivenire a una soluzione normativamente equilibrata capace di «dar fiato ai diversi valori e interessi costituzionali che si incontrano o scontrano su un medesimo terreno»[90].

Bilanciamento è la parola chiave.

Sappiamo che il contemperamento tra principi costituzionali diversi, quando antinomici, può determinare limitazioni e sacrifici, purché, seguendo criteri metodici[91], sia frutto di una «scelta discrezionale», ma non interamente libera o meramente arbitraria[92].

Il fine non sempre giustifica i mezzi.

L'emergenza pandemica ne è ulteriore conferma[93]. Come emerge anche dagli interventi resi nel corso del Seminario, sulla base del DPCM, in nome della esigenza di salvaguardare la salute, come diritto del singolo e garanzia della collettività, molte libertà sono state fortemente compresse: la libertà personale, la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà di riunione, la libertà religiosa, la libertà di iniziativa economica privata, i diritti all'istruzione e finanche il diritto al voto.

Guardando alla sostanza, forse è ancora presto per capire se il bilanciamento effettuato sia stato ragionevole, congruo, proporzionato[94]. Tuttavia, la

[88] Così, A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 132.

[89] In tal senso, L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in questo *Fascicolo.*

[90] Così, L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, cit., 148 s.

[91] Tra i quali, come ricorda G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, il *contemperamento* che evita il completo sacrificio del diritto recessivo, il *minimo mezzo* che implica la limitazione nella misura strettamente necessaria alla realizzazione dell'altro interesse costituzionale, la *coessenzialità del limite*, in base alla quale la norma limitativa di un diritto trova giustificazione in un interesse costituzionalmente tutelato, la cui attuazione legittima il sacrificio del diritto.

[92] In tal senso, cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 33.

[93] Perplessità sul bilanciamento effettuato «attraverso la logica della paura» vengono espresse da F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *www.osservatorioaic.it,* 2020, 267.

[94] Più approfonditamente, cfr. A. CELOTTO, Necessitas non habet legem? *Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, 2020, 36.

forma prescelta non va esente da inevitabili critiche. Oltre alla tanto dibattuta e controversa natura dei DPCM, Jacopo Ferracuti censura, con riguardo, in particolare, alla libertà di iniziativa economica privata, l'assoluta genericità e indeterminatezza degli atti governativi, per quel che riguarda, ad esempio, i criteri di selezione della attività commerciali e produttive da sospendere o consentire, tradottasi nella violazione di quell'onere motivazionale che, nel caso di specie, data la peculiarità del contesto pandemico (in cui la disciplina di cui ai decreti-legge ha assunto contenuti estremamente più "generici" di quella recata dai DPCM), gravava sul Governo in modo più severo e rigoroso, a garanzia del rispetto della riserva di legge implicita di cui all'art. 41 Cost. e soprattutto del controllo sociale sulla non arbitrarietà delle scelte governative adottate[95].

4. Auspici per un modello costituzionalmente orientato.

È dunque nella Costituzione e quindi nel rispetto dei confini che delimitano l'esercizio di ogni potere e nella garanzia di un adeguato bilanciamento dei diritti che va individuato il criterio che deve orientare il decisore politico nell'avvalersi del dato tecnico-scientifico.

È in tal senso che la Costituzione si pone come «limite al potere della politica ma anche al potere della tecnica», che alla Costituzione deve perciò conformarsi[96]. Condannando qualsiasi forma di «tecnica senza politica» e di «politica senza tecnica», l'obiettivo di un buon governo è quello di «promuovere una politica di competenti che riesca a coniugare sapere e decisione»[97].

Oggi, più che mai, con il progressivo avanzare delle nuove tecnologie.

Nell'era digitale, in quella che viene efficacemente definita la quarta rivoluzione, nel corso della quale le nuove tecnologie, o meglio, l'infosfera tra trasformando il mondo[98], la società appare «liquida»[99], la scienza si rivela sempre più debole, il diritto diventa incerto.

In tale contesto, la sfida – come più volte sperimentato nel corso del Progetto di Ricerca dal quale il Seminario prende le mosse – è quella di costruire, in condizioni ordinarie ed emergenziali, nel mondo reale e in quello virtuale, un modello tecnologicamente e costituzionalmente orientato di produzione del diritto che sia in grado di ricorrere alla tecnica in funzione integrativa,

[95] Più approfonditamente, cfr. J. FERRACUTI, *I verbali del comitato tecnico-scientifico e le limitazioni dell'iniziativa economica privata*, in questo *Fascicolo.*

[96] Così, G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, cit., 115.

[97] In tal senso, cfr. G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, cit., 115.

[98] Così, L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 109 ss.

[99] Più approfonditamente, cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, 124 ss.

complementare e ancillare alle decisioni politiche. È la tecnica che offre i *mezzi* necessari per conseguire gli *obiettivi* che l'azione di Governo intende realizzare. In questa relazione duale, paragonata da Giovanni Blando a un «matrimonio forzato», affinché il rapporto vada a buon fine «ciascuno deve mantenere una propria identità e mai risolversi in quella dell'altro, lasciando viva la fiammella della *tensione*»[100].

In una sorta di circolarità funzionale, governo ed esperti, devono quindi interagire reciprocamente, tramite una collaborazione dialogica, senza cedere alla tentazione di strumentalizzazioni o abdicazioni di ruoli. Solo così, le due componenti, tecnica e politica, riescono, entro i binari delle loro competenze, a salvaguardare, nella produzione del diritto, l'assetto della forma di stato e di governo e soprattutto a garantire che la regolamentazione delle nuove tecnologie avvenga in modo responsabile, democratico, inclusivo e rispettoso dei diritti fondamentali.

[100] Così, G. BLANDO, *Diritto, scienza e religioni. La libertà di culto al vaglio del comitato Tecnico Scientifico*, in questo *Fascicolo.*

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2022