OSSERVATORIO SULLE FONTI

FASCICOLO N. 2/2022

Contributi di L. ABBRUZZO, E. ALBANESI, A. ALBERTI, C. BERGONZINI, L. BUFFONI, A. CARDONE, L. CASTELLI, A. CIAMPI, G.L. CONTI, M. CORRIAS, M. DE BENEDETTO, G. DI COSIMO, M. DI FOLCO, L. DI MAJO, M. FERRI, R. IBRIDO, G. LICASTRO, S. LIETO, A. LO CALZO, C. MASCIOTTA, I. MASSA PINTO, S. PAJNO, M. PICCHI, G. PICCIRILLI, M. PIETRANGELO, S. PIETROPAOLI, A. RUGGERI, D. RUSSO, C. SICCARDI, G. TARLI BARBIERI

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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

_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

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*

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV – Fascicolo 2/2022
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

EDITORIALE

A. CIAMPI, *Il conflitto russo-ucraino: analisi, cambiamenti, prospettive* 7

SAGGI

C. BERGONZINI, "Prova a prendermi". *Ecosistema digitale e consapevolezza degli utenti: uno spazio per la regolazione nazionale?* 17

L. CASTELLI, *Tra «disporre» e «provvedere». I dpcm pandemici al* test *di normatività* 37

G. DI COSIMO, *La partecipazione nell'era digitale* 101

A. RUGGERI, *Il popolo: soggetto politico inesistente? (Dialogando con Gladio Gemma su una questione di cruciale rilievo teorico)* 111

D. RUSSO, *L'approccio "*nudge*" nel diritto internazionale: una nuova frontiera del* soft law*?* 131

G. TARLI BARBIERI, *Criticità e prospettive di riforma della disciplina del voto degli italiani all'estero* 145

NOTE E COMMENTI

L. ABBRUZZO, *Il confine (superato) tra atti amministrativi generali e regolamenti* 169

G.L. CONTI, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori costituzionali alla loro costituzionalizzazione* 193

M. FERRI, *Il principio della* res iudicata *e l'effettività della tutela dei diritti garantiti dalle fonti di diritto UE: verso nuovi sviluppi di una antica questione?* 207

G. LICASTRO, *Il caso della Bielorussia sulla strumentalizzazione dei flussi migratori e strumenti di contrasto al traffico di migranti: brevi profili sulla rilevanza del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere* EUROSUR 237

C. MASCIOTTA, *L'eguaglianza dei coniugi nell'attribuzione del cognome: una nuova* regola iuris *dettata dal giudice costituzionale* 251

M. PICCHI, *La pronuncia della Corte costituzionale sul cognome dei figli: una nuova occasione di dialogo col legislatore* 273

SPECIALE
TECNICA LEGISLATIVA ED
INNOVAZIONE TECNOLOGICA

R. IBRIDO, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? La "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare* 291

G. PICCIRILLI, *Lo (scarso) impiego delle nuove tecnologie da parte del Governo nella redazione degli atti normativi* 311

M. PIETRANGELO, *Tecniche normative e informatizzazione nelle Assemblee legislative regionali* 321

E. ALBANESI, *Strumenti di traduzione assistita e gestione del multilinguismo istituzionale nel processo legislativo europeo. Prospettive di diritto costituzionale* 337

A. CARDONE, *Algoritmi e* ICT *nel procedimento legislativo: quale sorte per la democrazia rappresentativa?* 357

M. DE BENEDETTO, *Qualità della legislazione tra scienza, tecnica e tecnologia: prime riflessioni* 383

S. PIETROPAOLI, *Verso un legislatore non umano? Brevi riflessioni su alcuni problemi di diritto computazionale* 397

L. DI MAJO, *La regolamentazione digitale dell'*expertise *e del dato tecnico-scientifico* in cloud *come basi per un futuro e-*law making process 411

SPECIALE
GLI ENTI LOCALI NELLA REGIONE SARDEGNA.
IL CONTESTO, LE VICENDE E LE PROSPETTIVE

L. BUFFONI, *La forma e le funzioni degli «enti territoriali di area vasta» nelle fonti del diritto speciale della Sardegna* 429

M. CORRIAS, *Il continuo rinvio delle elezioni provinciali in Sardegna e la legge regionale n. 7 del 2021* 453

M. DI FOLCO, B*revi note ricostruttive sugli sviluppi in tema di riforma del testo unico degli enti locali* 471

S. PAJNO, *Spunti problematici per una storia dell'area vasta in Sardegna. L'art. 43 dello Statuto speciale e la sua eclissi* 485

SPECIALE
MODELLO COSTITUZIONALE E TRASFORMAZIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI NELLE CRISI ECONOMICA E PANDEMICA. EMERGENZA E PERSISTENZA

A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* 509

A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa: tra crisi "endemiche" e nuove emergenze* 591

S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale* 683

A. ALBERTI, *I vincoli finanziari tra fatti e norme* 773

C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa* 799

I. MASSA PINTO, *Fattori esogeni di condizionamento della produzione normativa, indirizzo politico e principio di eteronomia: impressioni di una* discussant 849

_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

EDITORIALE DEL FASCICOLO N. 2/2022

IL CONFLITTO RUSSO-UCRAINO: ANALISI, CAMBIAMENTI, PROSPETTIVE

ANNALISA CIAMPI*

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Verona
Contatto: annalisa.ciampi@univr.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV – Fascicolo 2/2022
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. 150 giorni di guerra nel cuore dell'Europa

Quando la guerra è esplosa non ci credevamo. Sembrava impossibile un conflitto internazionale in Europa, fra due stati sovrani – la Russia e l'Ucraina – nel XXI secolo. Attoniti, increduli, pietrificati, impauriti. Pareva dovesse o potesse finire da un momento all'altro. Dopo i primi 100 giorni, la guerra era sempre lì, e abbiamo cominciato ad abituarci. Il conflitto Russo-Ucraino non domina più incontrastato le prime pagine dei notiziari e dei quotidiani: i giornali spesso ne trattano addirittura a pagina 18 o 20, e i *talk shows* parlano anche di altro.

Cerchiamo di capire che cosa è successo, attraverso una analisi – semplificata certo, per il tipo di contributo che la ospita, ma auspicabilmente utile – alla luce del diritto internazionale e della nostra Costituzione, della natura del conflitto e delle sue implicazioni. Che cosa è cambiato? E quali prospettive?

2. Analisi del quadro giuridico

Dal punto di vista del diritto internazionale, il quadro giuridico è relativamente semplice: vi è uno Stato – la Russia – che viola il divieto dell'uso della forza e la sovranità territoriale di un altro Stato, ne occupa una parte e vi rimane. A fronte di questa violazione del divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali, vi è l'esercizio del diritto di legittima difesa, in primo luogo da parte dello Stato aggredito – l'Ucraina – e poi, con forme diverse, di altri Stati: legittima difesa, dunque, individuale e collettiva. Sono quindi in giuoco due principi, il divieto dell'uso della forza e il principio di legittima difesa, che noi consideriamo parte del nostro patrimonio quantomeno dal 1945, anno di adozione della Carta delle Nazioni Unite.

Allora, rispetto alla relativa semplicità del suo inquadramento dal punto di vista giuridico, come si configura il persistere del conflitto? Il fatto che sia ancora in atto dopo oltre 150 giorni, senza che si riesca a fermare l'uso della forza, è una rottura dell'ordine giuridico internazionale come noi lo conoscevamo, nel quale viene meno l'effettività del divieto dell'uso della forza?

Siamo di fronte ad una violazione del divieto dell'uso della forza, nella sua forma più grave – un atto di aggressione – ma non è una violazione che rompe il sistema. Innanzitutto, perché non è la prima violazione del divieto dell'uso della forza che si sia verificata; dal 1945 ad oggi di violazioni ne abbiamo viste moltissime. Ma soprattutto, in considerazione di due elementi, entrambi significativi.

Il primo elemento è che la Russia di Putin non ha invaso l'Ucraina il 24 febbraio 2022 – così come non aveva invaso la Crimea nel 2014 – semplicemente affermando di agire in dispregio del divieto dell'uso della forza, perché non esiste o perché la sua violazione è irrilevante. L' "operazione" ha una giustificazione ufficiale – che poi è stata portata anche da parte Ucraina in sede

contenziosa dinanzi alla Corte internazionale di giustizia (*infra*, par. 3) – è intervenuto a difesa delle popolazioni russofone (minoranze rispetto allo Stato ucraino o comunque maggioritarie rispetto alle autoproclamate repubbliche) del Donbass, per prevenire il genocidio che le autorità ucraine stavano ponendo in atto. Quindi c'è da parte dell'aggressore un tentativo di giustificazione. Come la Corte internazionale di giustizia, che è il principale organo giurisdizionale delle Nazioni Unite, ci ha insegnato ormai mezzo secolo fa, quando una regola internazionale viene violata, ma colui che commette la violazione invoca una giustificazione, quella è una violazione che non nega l'effettività della regola, ma anzi la rafforza.

Il secondo elemento riguarda ovviamente la reazione, o meglio l'insieme di reazioni che vengono poste in essere a fronte della violazione della regola internazionale. Qui abbiamo una aggressione cui ha risposto non solo lo Stato aggredito, ma l'insieme – anche se non la totalità – della società internazionale, nelle sue varie componenti. Queste reazioni sono estremamente importanti. Vale la pena dunque soffermarvisi, distinguendo fra i vari attori in gioco: in primo luogo, le organizzazioni internazionali e gli Stati. Ma non è meno significativa – e, ad avviso di chi scrive, un segnale positivo nell'attuale quadro giuridico internazionale – la reazione del settore privato della società civile.

3. Reazioni

Riguardo alla reazione delle organizzazioni internazionali, occorre riferirsi innanzitutto Organizzazione delle Nazioni Unite, che ha come fine principale il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.

Il Consiglio di Sicurezza si è riunito all'indomani dell'invasione per deliberare su una proposta di risoluzione di condanna dell'invasione. Per il veto della Russia, cui sono peraltro da aggiungere l'astensione della Cina, dell'India e degli Emirati, la risoluzione del Consiglio di Sicurezza non è stata approvata. Si è trattato – come noto – di un esito scontato, conseguenza del modo stesso in cui le Nazioni Unite, in particolare la composizione e il sistema di voto del Consiglio di sicurezza, sono stati concepiti. Il Consiglio di Sicurezza si compone di 15 membri, di cui cinque permanenti con un potere di veto; non è mai successo, in oltre 75 anni di storia dell'Organizzazione, che il Consiglio di Sicurezza agisse contro uno dei suoi membri permanenti o contro la volontà di questi. *Rectius*: è successo una volta sola, nel 1950, al momento dell'invasione della Corea del Nord da parte della Corea del Sud. In quel momento – che rappresenta un *unicum* nella storia delle Nazioni Unite – l'allora Unione Sovietica non sedeva nel Consiglio di Sicurezza, praticando la politica cosiddetta della sedia vuota; gli altri membri del Consiglio di sicurezza approfittarono, per così dire, dell'assenza del delegato sovietico per deliberare l'intervento in Corea. Fu evidente a tutti da quel momento che la politica della sedia non pagava – e infatti

non è stata mai più praticata. Ma è rimasto pacifico che ciascun membro permanente dispone in seno al Consiglio di scurezza del diritto di veto. La Russia lo ha esercitato il 26 febbraio 2022. Lo aveva esercitato anche ai tempi dell'invasione della Crimea e nessuno degli altri membri permanenti del Consiglio di Sicurezza ebbe da dire alcunché. Nel contesto di questa stessa crisi, del resto, due settimane dopo, l'11 marzo 2022, quando la Russia ha chiesto la convocazione del Consiglio con una proposta di risoluzione per condannare il programma di armi biologiche degli Usa in Ucraina, Stati Uniti e Regno Unito si sono opposti, sostanzialmente esercitando il proprio potere di veto, e la risoluzione non è stata nemmeno messa al voto.

Anche se non ha potuto deliberare la condanna dell'aggressione, il Consiglio di Sicurezza ha potuto tuttavia convocare con 11 voti su 15 in via d'urgenza l'Assemblea generale. Lo ha fatto con un voto procedurale, per il quale non è previsto il diritto di veto dei membri permanenti.

L'Assemblea generale è anch'essa un organo politico, ma plenario in cui siedono tutti e 193 gli Stati membri delle Nazioni Unite. Il 2 marzo 2022, l'Assemblea generale ha adottato una risoluzione che condanna l'invasione e chiede il ritiro incondizionato della Russia dal territorio ucraino, con 141 voti a favore – una maggioranza veramente ampia. Ma anche con 5 voti contrari e 35 astensioni, che con Cina e India rappresentano una parte non trascurabile del mondo. In proposito, è importante notare che 35 astenuti e 5 voti contrari significa che probabilmente esiste una parte – circa 1/5 – che non sta la maggioranza del mondo. Questa maggioranza è comunque più ampia di quella che esisteva nel 2014, quando ci fu l'invasione della Crimea: ugualmente, l'Assemblea generale adottò una risoluzione di condanna, ma con 100 voti a favore. Vi è stato quindi un compattamento del mondo, ma vi sono ancora Stati – soprattutto in Asia e in Africa – che evidentemente non si schierano dalla parte dello Stato aggredito.

Dopo i fatti di Bucha, il 7 aprile 2022, l'Assemblea generale ha adottato una altra risoluzione, che sospende la partecipazione della Russia dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni unite (questa volta i voti contrari sono stati 24 e le astensioni 58). Il Consiglio dei diritti umani è un organo sussidiario dell'Assemblea generale con il compito di promuovere e proteggere i diritti umani. Il 3 marzo, il Comitato aveva approvato una risoluzione che istituisce una commissione di inchiesta sui crimini e le gravi violazioni dei diritti umani commessi durante l'invasione dell'Ucraina, anche allo scopo di raccogliere prove che poi potranno essere messe a disposizione della Corte penale internazionale o di altri tribunali penali internazionali o nazionali. Del Comitato, composto da 47 Stati eletti dalla stessa Assemblea generale, faceva parte anche la Russia (che naturalmente aveva votato contro la risoluzione). Dal 7 aprile, in risposta ai

fatti di Bucha, la Russia non fa più parte, né può essere rieletta come membro, del Comitato dei diritti umani.

Un altro organo nelle Nazioni Unite chiamato ad intervenire nella crisi russo-ucraina è l'organo giurisdizionale, cui si è già accennato sopra, la Corte internazionale di giustizia, dinanzi alla quale l'Ucraina, all'indomani dell'invasione, ha instaurato un procedimento contenzioso nei confronti della Federazione russa. Come noto, una delle grandi differenze fra società interna e società internazionale è che sul piano internazionale non c'è necessariamente un giudice per ogni controversia, ma occorre una specifica base consensuale. In questo caso, la base giuridica è la Convenzione sulla prevenzione e la repressione del genocidio del 1948 (di cui Russia e Ucraina sono parte e che contiene al suo interno una clausola compromissoria che attribuisce competenza alla Corte internazionale di giustizia). L'Ucraina chiede alla Corte internazionale di giustizia di tutelare il proprio diritto di non essere soggetta all'accusa di genocidio nel Donbass, genocidio asserito come giustificazione dell'invasione da parte di Mosca. È una azione interessante, che mira ad una pronuncia negativa che destituisca di fondamento quella che, come si è ricordato, è la giustificazione ufficiale da parte russa dell'invasione – una sorta di azione di accertamento negativo, che ha già consentito alla Corte di pronunciarsi sulla guerra in atto, perché contestualmente alla domanda principale, l'Ucraina ha chiesto alla Corte di ordinare in via cautelare, come misura provvisoria alla Russia, di interrompere le operazioni. Accogliendo la richiesta di misure cautelari dell'Ucraina, la Corte ha fatto propria la soluzione creativa da questa prospettata, affermando l'insussistenza *prima facie* di un genocidio e ordinando alla Russia di fermare l'operazione militare, e ad entrambe le parti di ritirare le armate irregolari e di non aggravare la situazione. Queste misure provvisorie sono vincolanti.

Potrà dunque dirsi che non sono state efficaci, ma non certo che le Nazioni Unite non funzionino o non abbiano funzionato. Sia la Corte internazionale di giustizia che il Consiglio di sicurezza e l'Assemblea generale hanno agito secondo quanto stabilito nella Carta delle Nazioni unite.

Altrettanto prontamente hanno reagito le principali organizzazioni internazionali.

La Corte penale internazionale, istituita con lo Statuto di Roma del 1998 per giudicare della responsabilità internazionale penale di individui, compresi organi di Stato, per aggressione, crimini di guerra, genocidio e crimini contro l'umanità, era già stata attivata in passato in relazione al conflitto russo-ucraino. L'Ucraina, pur non essendo parte dello Statuto di Roma, aveva fatto due dichiarazioni *ad hoc* con cui accettava la giurisdizione della Corte penale internazionale: una prima per i fatti del 2013-2014, e una seconda per crimini commessi nel suo territorio dal 2014 in avanti (suscettibile quindi di coprire anche

l'attuale invasione). Il 2 marzo 2022, il Procuratore della Corte ha annunciato l'apertura formale di indagini nella situazione in Ucraina, senza necessità di autorizzazione giurisdizionale, perché ben 43 Stati (ad oggi), tra i quali anche l'Italia, hanno formulato formale richiesta di procedere in tal senso. Formalmente, l'indagine riguarda crimini di guerra, contro l'umanità e di genocidio commessi da chiunque in qualunque parte del territorio dell'Ucraina. Non concerne, invece, il crimine di aggressione, per il quale l'esercizio della giurisdizione della Corte penale internazionale è possibile solo in circostanze limitate. In particolare, i leader di Stati che non sono parte dello Statuto di Roma come la Russia – ma anche Stati Uniti e Cina – non possono essere processati per aggressione, a meno che il Consiglio di Sicurezza non faccia un rinvio alla Corte, rinvio cui la Russia – come membro permanente – naturalmente porrebbe il veto. Del resto, la Corte non ha mai esercitato la propria giurisdizione in relazione al crimine di aggressione. Rispetto ai crimini di guerra, il genocidio e i crimini dell'umanità, su cui le indagini del Procuratore sono concentrate, le difficoltà maggiori riguardano la riconducibilità di questi crimini nella catena di comando fino ai vertici e ovviamente al presidente Putin. Vi è poi l'ulteriore problema che la Corte penale internazionale non giudica *in absentia*, e quindi una volta emessi i mandati di arresto, se e fino a che gli stessi non vengono eseguiti, i processi non possono essere neppure avviati.

Anche sul piano delle reazioni a livello regionale, il ventaglio di strumenti propri del diritto internazionale che è stato dispiegato, è assai vario. La misura più radicale è stata adottata dal Consiglio d'Europa, l'organizzazione regionale creata nel 1950, con il compito di promuovere i diritti umani, lo stato di diritto e la democrazia, che riunisce tutti i Paesi appartenenti all'Europa geografica in senso ampio, fra cui (dal 1996 al 2022) anche la Russia. In un primo momento, all'indomani dell'invasione dell'Ucraina, il Consiglio dei ministri aveva sospeso i diritti di voto della Russia nella Assemblea parlamentare e nello stesso Consiglio, ai sensi dell'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa, che consente di sospendere i diritti di partecipazione di uno Stato membro per gravi violazioni dei suoi valori fondamentali. In risposta, la Russia aveva a sua volta avviato la procedura di ritiro, prevista all'art. 7 dello Statuto, che avrebbe avuto effetto alla fine dell'anno in corso. Il 15 marzo 2022, il Consiglio dei ministri ha quindi deliberato la cessazione della membership della Russia con effetto immediato. Si tratta di una misura radicale, che dal 1950 ad oggi non era mai stata utilizzata, nonostante non siano mancati in Europa eventi che hanno concretamente messo in pericolo il rispetto dei diritti umani, lo stato di diritto e la democrazia in Europa. L'idea prevalsa fino ad oggi era che fosse comunque preferibile mantenere lo Stato che commette violazioni, anche gravi, dentro piuttosto che fuori il Consiglio d'Europa. L'espulsione della Russia significa concretamente che dal 16 settembre 2022 la Russia non è più parte della Convenzione europea

dei diritti dell'uomo e come tale non è più soggetta alla possibilità di ricorsi statali e individuali e al controllo giurisdizionale dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La NATO non ha formalmente attivato la clausola di sicurezza collettiva contenuta nell'art. 5 del suo Trattato istitutivo, perché l'Ucraina non è uno Stato membro. L'Alleanza ha tuttavia condannato con la massima fermezza la guerra brutale e non provocata della Russia contro l'Ucraina, un Paese indipendente, pacifico e democratico, nonché uno stretto partner della NATO, e chiesto al Presidente Putin di fermare immediatamente questa guerra, di ritirare tutte le sue forze dall'Ucraina e di impegnarsi in una vera diplomazia. Inoltre, pur non essendo direttamente coinvolta, la NATO coordina le richieste di assistenza dell'Ucraina e sostiene i singoli Paesi membri della NATO nella fornitura di aiuti umanitari e non letali, nonché nell'invio di armi, munizioni e molti tipi di attrezzature militari leggere e pesanti, tra cui sistemi anticarro e antiaerei, obici e droni, forniture mediche e altre attrezzature vitali, anche in settori come la sicurezza informatica e la protezione contro le minacce chimiche, biologiche, radiologiche e nucleari. Alcuni Stati stanno anche fornendo milioni di euro di assistenza finanziaria all'Ucraina e sostenendo gli sforzi per le indagini internazionali sulle atrocità, anche fornendo competenze legali all'Ucraina.

Tutte queste forme di risposta, ivi compresa l'assistenza militare, prestate dagli Stati sia individualmente che in ambito NATO costituiscono esercizio del diritto di legittima difesa collettivo, sancito dalla Carta delle Nazioni unite. Come tali, esse sono riconducibili – sul piano dell'ordinamento costituzionale italiano – all'art. 11 Cost., secondo cui l'Italia ripudia sì "la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali", ma "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni."

Vi è poi la reazione attraverso l'imposizione di sanzioni, prima di carattere finanziario e poi economico, e via via più severe. L'Unione europea (UE) ha adottato sei pacchetti di sanzioni al fine di indebolire la capacità del Cremlino di finanziare la guerra, ed imporre chiari costi economici e politici nei confronti dell'élite politica russa responsabile dell'invasione. Le misure adottate – unanimemente definite senza precedenti – comprendono sanzioni individuali (congelamento dei beni e restrizioni di viaggio di oltre un centinaio fra persone e entità), sanzioni economiche riguardanti gli scambi con la Russia nei settori finanziario, commerciale, energetico, dei trasporti, della tecnologia e della difesa; restrizioni ai media con la sospensione delle trasmissioni nell'Unione di emittenti statali russe; e misure diplomatiche (sospensione dei vertici bilaterali e multilaterali ma anche dei negoziati relativi ad esempio all'adesione della

Russia all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici e all'Agenzia internazionale per l'energia).

Alcuni Stati – Canada e Stati Uniti – hanno perfino revocato il riconoscimento alla Russia dello status della nazione più favorita. Come noto, ai sensi della clausola della nazione più favorita – che costituisce uno dei pilatri dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e prima di essa dell'Accordo generale sulle tariffe e il commercio (GATT) del 1947 – i prodotti di uno Stato membro, salvo eccezioni espressamente consentite, non possono essere importati a condizioni meno favorevoli di quelle che si applicano ad un qualunque altro Stato membro. La revoca della clausola significa, dunque, che i prodotti russi, se non bloccati dalle sanzioni, entreranno nei mercati canadese e statunitense pagando dazi altissimi, preesistenti a quelli negoziati in ambito OMC e GATT. Anche questa è una misura senza precedenti, probabilmente giustificata sulla base delle stesse disposizioni del GATT, ma che apre alla politicizzazione dei rapporti commerciali e delle relazioni economiche internazionali in termini mai visti prima – da cui il termine "geoeconomia", che ha recentemente affiancato quello – già noto – di "geopolitica".

Vi è, infine, la reazione degli Stati a livello umanitario: anche l'assistenza umanitaria è senza precedenti e coinvolge Paesi come l'Ungheria, la Polonia, la Repubblica Ceca, la Slovacchia, che avevano stentato ad aprire le proprie porte ai migranti provenienti dalla Siria, l'Afghanistan etc.

Ultimo elemento, ma non meno significativo, come si è accennato, da sottolineare è la reazione del settore privato e della società civile. Decine di compagnie – soprattutto multinazionali ma anche piccole e medie imprese – hanno deciso di agire concretamente contro l'invasione russa dell'Ucraina, annunciando la sospensione, e talora la vera e propria cessazione, delle loro attività in Russia: dal settore automobilistico (come BMW e Renault) e del trasporto marittimo (MSC, per esempio) alle compagnie produttrici di energia (tra cui l'italiana ENI), ai colossi dell'energia e dello streaming (come Spotify, Apple e Netflix), fino ai brand di abbigliamento (come H&M, Nike e la *maison* Valentino).

Ma la reazione è arrivata anche dal mondo dello sporto (dal calcio al tennis alla Formula Uno), della cultura e dello spettacolo. Il Ministro dell'Università e della Ricerca italiano, ad esempio, ha sospeso tutti gli accordi di cooperazione con università e centri di ricerca russi.

Riassumendo, non solo il quadro giuridico è abbastanza chiaro ma è tutto sommato rassicurante, a fronte delle dimensioni e dell'intensità delle reazioni, a tutti i livelli, nella società internazionale.

4. Cambiamenti

Eppure, il conflitto russo-ucraino ha cambiato il mondo. La Russia cambia il mondo – ha intitolato il numero di Limes, diretto da Lucio Caracciolo, uscito all'indomani dell'invasione. Ed è un cambiamento probabilmente irreversibile.

La NATO si allarga. Dopo la Repubblica di Macedonia del Nord, che è stato l'ultimo Paese ad aderire all'Alleanza il 27 marzo 2020, cinque Paesi partner hanno dichiarato di aspirare all'adesione alla NATO: Bosnia-Erzegovina, Finlandia, Georgia, Svezia e Ucraina. Al vertice di Madrid (28-30 giugno 2022), la Turchia ha ritirato il veto all'ingresso di Svezia e Finlandia che, con la firma dei Protocolli di accessione il 5 luglio 2022, possono già partecipare alle riunioni dell'Alleanza, pur senza diritto di voto. Il processo, dopo la ratifica da parte di tutti i parlamenti, secondo le previsioni, si dovrebbe concludere in circa 6-8 mesi. Questo è un effetto del conflitto russo-ucraino. A Madrid, la NATO ha adottato anche il suo nuovo *Strategic Concept*, che identifica la Russia come la minaccia più significativa e diretta alla sicurezza atlantica e per la prima volta prende in considerazione anche la Cina.

Dal 26 al 28 giugno 2022, si è svolto anche il 48° vertice del G7 – il forum intergovernativo composto dai sette maggiori Stati economicamente avanzati (Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Regno Unito e Stati Uniti), cui sono stati invitati anche cinque paesi partners, c.d. grandi democrazie emergenti: Argentina, India, Indonesia (anche in quanto Presidente di turno del G20), Senegal e Sudafrica. Il vertice ha riaffermato il sostegno all'Ucraina per tutto il tempo che sarà necessario, ivi compreso per la sua ricostruzione economica e infrastrutturale, ed investimenti in progetti infrastrutturali sostenibili in Paesi in via di sviluppo con la finalità principale di contrastare l'espansionismo cinese.

Vi è poi, ovviamente, il grande impatto sull'UE: Josep Borrell, l'Alto commissario per la politica estera e la sicurezza comune dell'UE, ha detto che questo è un momento grande per l'Europa, perché segna la nascita dell'Europa geopolitica e il varo, il 21 marzo 2022, della c.d. Bussola strategica per la sicurezza e la difesa: un piano di azione volto al rafforzamento sia delle missioni civili che della capacità di dispiegamento rapido militare dell'Unione. Cui si affianca l'aumento delle spese militari da parte dei singoli Paesi, ivi compresi la Germania e l'Italia.

Il 17 giugno 2022, la Commissione europea ha reso pubblica la sua opinione favorevole a considerare l'Ucraina (così come la Moldavia) paese-candidato a entrare nell'Unione europea – opinione discussa il 23 giugno dal Consiglio europeo, che ha deciso all'unanimità di avviare il processo di adesione. Passeranno probabilmente anni prima che l'Ucraina soddisfi i requisiti per divenire membro dell'UE, ma una volta avviato il processo potrà difficilmente essere fermato.

Quali dunque le prospettive per e dopo la fine del conflitto?

5. Prospettive

Le guerre di solito si terminano sul terreno o sul tavolo dei negoziati. Nessuno dei due scenari pare – al momento in cui si scrive – a portata di mano.

La pace è come l'uguaglianza, la giustizia, la dignità umana. Non basta desiderarla o affermarla a parole, bisogna volerla e perseguirla nei fatti, così come nelle parole. Quando la si dà per scontata per troppo tempo, la si perde. Anche se il conflitto russo-ucraino ha mostrato che "quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile", la pace è necessaria e anche questo conflitto, per quanto lungo, è come tutte le cose umane destinato a finire.

Che finisca con la caduta di Putin, o il riconoscimento della sovranità russa su Crimea e Donbass, oppure in qualunque altro modo – comunque finisca questo conflitto — avremo perso tutti: organizzazioni internazionali, Stati, imprese e società civile.

Vi sono le perdite militari, ma anche civili (quasi 5000, ma potranno essere molti di più). Quasi 8 milioni di rifugiati dall'Ucraina hanno attraversato i Paesi vicini in cerca di sicurezza dal 24 febbraio; di essi, solo una parte potranno lentamente tornare da dove erano venuti. Altri 8 milioni di persone sono sfollate all'interno dell'Ucraina. Si stima che oltre 15 milioni di persone abbiano urgente bisogno di protezione e assistenza umanitaria. L'Ucraina sarà un Paese distrutto, con danni ambientali e al patrimonio artistico e culturale ad oggi inestimabili.

La guerra in Ucraina sta anche causando una crisi economica e umanitaria e una crisi alimentare globale che rischia di trasformarsi in catastrofe, con profonde conseguenze per la *governance* globale, non da ultimo per la capacità della comunità internazionale di affrontare le sfide globali, dalla ripresa post-Covid all'assistenza sanitaria, dal cambiamento climatico agli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile dell'Agenda 2030 e alla trasformazione digitale.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2022

"PROVA A PRENDERMI". ECOSISTEMA DIGITALE E CONSAPEVOLEZZA DEGLI UTENTI: UNO SPAZIO PER LA REGOLAZIONE NAZIONALE?[*]

CHIARA BERGONZINI[**]

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'ecosistema digitale e i *Big Data* (cenni). – 3. Tre domande per il diritto costituzionale: un fenomeno regolabile? – 4. Quale livello di normazione? – 4.1. La proposta di regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale: i settori di intervento. – 5. Quale ruolo per il legislatore nazionale? Dati come prezzi dei servizi digitali …. – 5.1. (segue) …e persone come generatori di *Big Data*: un problema di consapevolezza degli utenti.

Abstract

In the Digital Era, there is already space for national laws about technology? The essay starts with three questions about the actual potential of regulation, its scope and authority. The second part focuses on the role of human persons – not only as digital consumers but also as "walking data generators" – which implies considerable legal consequences, from Data Protection to Antitrust. In conclusion, the essay suggests public education as a specific perspective and field in which national regulation could be effective.

Suggerimento di citazione

C. BERGONZINI, "Prova a prendermi". *Ecosistema digitale e consapevolezza degli utenti: uno spazio per la regolazione nazionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] In corso di pubblicazione nel volume *Processi di regolazione e tecnologie digitali. Il ruolo dei privati*, Giappichelli, Torino 2022, che raccoglie gli esiti della ricerca Prin 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technology: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E.TECH).

[**] Ricercatrice a t.d. di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Macerata.
Contatto: chiara.bergonzini@unimc.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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

In una fase storica – la cd. Era digitale[1] – in cui i giuristi e i pubblicisti in particolare si trovano ad affrontare questioni (in larga parte[2]) inedite, ma senza dubbio ormai improcrastinabili, le riflessioni che seguono si focalizzano su un profilo specifico del fenomeno dei Big Data, cioè sugli spazi di regolamentazione rimasti al legislatore nazionale in un contesto caratterizzato, com'è ampiamente noto, dalla deterritorializzazione[3] dei rapporti giuridici. La chiave di lettura scelta è il ruolo giocato dagli utenti dei servizi digitali, perché consente di tenere al centro del discorso l'essere umano titolare di diritti, alla ricerca di un punto di equilibrio tra la cultura costituzionale del principio personalista e l'inesorabile avanzata degli algoritmi.

Il percorso, che inizia con una sommaria ricostruzione del fenomeno in esame, si snoda quindi attraverso tre domande. La prima: è *possibile* regolare l'ecosistema digitale? Nel «mondo della fattualità tecnologica»[4] bisogna infatti prendere atto che «lo spazio di fatto lasciato libero dal giurista lo conquista chi è capace di controllare la tecnologia, chi ha gli strumenti per comprenderla e per forgiarla»[5]. La seconda: ammesso che sia possibile, a quale *livello* di normazione è necessario, o opportuno, affidare tale compito? La terza: in un mondo privo di confini, esiste ancora uno spazio per il legislatore *nazionale*? E se sì, qual è?

È bene chiarire sin d'ora che si tratta di domande alle quali chi scrive non ambisce a trovare risposte diverse da quelle già accreditate in dottrina, ma che consentono di interrogarsi su un profilo – le competenze del legislatore interno – considerato per lo più residuale; il che, peraltro, è ormai oggettivamente un dato di fatto. Ciò nonostante, lo spunto per queste riflessioni è duplice: da un lato, che lo Stato non possa abdicare del tutto al proprio ruolo, e devolvere interamente la soluzione dei problemi ai livelli sovranazionali; dall'altro lato, che la Costituzione repubblicana, guardata attraverso le lenti dell'innovazione tecnologica (*infra*, par. 5), offra spunti per continuare a garantire effettività alla tutela dei diritti.

[1] La cd. Era digitale si considera iniziata nel 2002, anno in cui la quantità di dati archiviati in formato digitale ha superato quella dei dati archiviati in formato analogico.

[2] Non è del tutto nuovo il problema concettuale, come sottolinea G. D'ACQUISTO, *Decisioni algoritmiche. Equità, causalità, trasparenza*, Torino, Giappichelli 2022, p. 4, rilevando che «da sempre l'uomo impiega la tecnologia anche per discriminare».

[3] Cfr. G. PASCUZZI (a cura di), *Il diritto dell'era digitale*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 324 ss.

[4] L. MERLA, *Big Data e diritto: una sfida all'effettività*, in *Media Laws* (www.medialaws.eu), 1/2021, p. 221.

[5] Ivi, p. 227.

2. L'ecosistema digitale e i *Big Data* (cenni)

Quando si parla di Big Data, in ambito giuridico[6], il primo elemento che viene sempre sottolineato è che non ne esiste una definizione normativamente vincolante; essi vengono quindi descritti facendo riferimento «alla raccolta, all'analisi e all'accumulo di ingenti quantità di dati, tra i quali possono essere ricompresi dati di natura personale […] in ipotesi anche provenienti da fonti diverse»[7]. Il secondo elemento, consequenziale, è che «la natura massiva delle operazioni di trattamento reca la necessità che tali insiemi di informazioni (sia memorizzate, sia in streaming) siano oggetto di trattamento automatizzato, mediante algoritmi e altre tecniche avanzate, al fine di individuare correlazioni di natura (per lo più) probabilistica, tendenze e modelli»[8]. Per dare concretezza alle espressioni appena citate, "ingenti quantità" significa che i dati vengono misurati in Zettabyte (un trilione di gigabyte): nel 2020 ne sono stati creati o replicati 64,2, con una previsione in aumento a 79 Zb nel 2021 e di 180 Zb nel 2025[9]. Per questo è "consequenziale" che il loro trattamento sia affidato alle macchine: perché si tratta di dimensioni che il cervello umano non può – né potrà mai – gestire.

Uno dei modi più consueti per *descrivere* il fenomeno dei Big Data è di ripercorrerne la cd. filiera, formata di tre fasi: la raccolta dei dati (a sua volta composta di generazione, acquisizione, memorizzazione); la loro elaborazione (estrazione - integrazione - analisi); infine l'interpretazione (cui segue la decisione)[10]. Un'altra interessante prospettiva è quella di chi preferisce ragionare di *datificazione*, a sua volta scomponibile in «tre fattori essenziali: l'aumento esponenziale della quantità di dati prodotti nel mondo; la capacità di analisi dei dati e di estrazione di informazioni dai dati, svolta da parte di macchine a ciò addestrate; la possibilità e la capacità di prendere decisioni attraverso queste informazioni, anche grazie alla cd. *alghoritmic decision making*»[11].

[6] Diverso è ovviamente l'approccio dei tecnici, basato sulla logica matematica e sulla statistica, e rispetto al quale un inestimabile ausilio alla comprensione – per quanto possibile – è offerto da GIUSEPPE D'ACQUISTO, nel già citato *Decisioni Algoritmiche* e nel precedente *Intelligenza artificiale*, Torino, Giappichelli, 2021. Per la prospettiva filosofica, chi scrive si affida a L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità e sfide*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2022.

[7] AGCM – AGCOM – GARANTE PER LA PRIVACY, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020 (reperibile nei siti delle tre Autorità), p. 7.

[8] *Ibidem*, citando la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali.

[9] Cfr. *Quanti dati sono generati ogni minuto nel 2021?*, *Infodata* de *Il Sole 24 Ore*, 27 dicembre 2021, in https://www.infodata.ilsole24ore.com/2021/12/27/quanti-dati-generati-minuto-nel-2021/.

[10] Cfr. AGCM – AGCOM – GARANTE PER LA PRIVACY, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 8 ss.

[11] S. CALZOLAIO, *Introduzione.* Ubi data, ibi imperium*: il diritto pubblico alla prova della localizzazione dei dati*, in *Rivista italiana di Informatica e Diritto*, n. 1/2021, 5; Ead., *(Voce) Protezione dei dati personali*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, *Aggiornamento*, Utet Giuridica, Milano, 2016, p. 594 ss.; v. anche S. TORREGIANI, *La circolazione dei dati secondo l'ordinamento giuridico europeo.*

Entrambe le impostazioni, differenti solo quanto a punto di osservazione[12], consentono di focalizzare i due passaggi che dalla prospettiva di questa analisi assumono maggiore rilevanza, e che si collocano nella fase di raccolta, cioè la *generazione* e *l'acquisizione* dei dati[13].

La generazione dei dati può avvenire da parte sia degli utenti, sia delle macchine. Nella prima ipotesi, le persone producono dati innanzitutto interagendo con i propri *device* (principalmente, anche se non solo, computer o smartphone, quindi utilizzando ad esempio posta elettronica, navigazione satellitare, *social networks*, ecc.): ciascuna di queste attività quotidiane viene scomposta in singoli eventi e tracciata, e i relativi dati vengono poi acquisiti e memorizzati. Non solo: alla produzione "attiva" di dati si sommano quelli raccolti dalle funzionalità dei dispositivi (o dalle app) e quelli generati pur *in assenza di interazione diretta* con i dispositivi digitali: gli esempi classici sono la geolocalizzazione dello *smartphone*, se attivata, e le videocamere di sorveglianza. La seconda ipotesi è quella dell'*Internet of Things* (IoT), in cui sono le macchine a comunicare tra loro, scambiandosi e producendo dati[14]: nato per l'industria – l'esempio tipico è la manutenzione predittiva – l'IoT è rapidamente passato a oggetti di uso comune, come gli elettrodomestici o gli orologi/bracciali *smart*; una delle prospettive più interessanti dell'IoT è rappresentata dalle *Smart City*[15].

L'acquisizione dei dati – il secondo passaggio poco sopra menzionato – avviene immediatamente dopo la loro generazione: i dati vengono acquisiti tramite gli stessi dispositivi coinvolti nella fase genetica, entrando nella disponibilità di chi sviluppa e rende operativo il sistema (il fornitore); dal punto di vista giuridico, almeno per ora, la parola chiave è il "consenso" dell'interessato.

Il rischio dell'ipertrofia normativa, in *Rivista italiana di Informatica e Diritto*, n. 1/2021, p. 47 ss.

[12] La prima prospettiva mira infatti a descrivere il processo tecnico, mentre la seconda lo contestualizza come fenomeno socio-economico; ma le fasi sono, ovviamente, le stesse.

[13] Per non appesantire il testo, si segnala che per la parte di descrizione delle due fasi della filiera dei Big Data analizzate, in assenza di specifici richiami, il riferimento è la già citata *Indagine conoscitiva sui Big Data* delle tre Autorità, spec. 10-13. Si dà per sottinteso, ma è bene precisarlo, che tutte le fasi della filiera acquisiscono rilevanza (e problematicità) giuridica perché finalizzate alla decisione algoritmica, che resta quindi tecnicamente il perno di tutte le questioni teoriche.

[14] «L'idea di base dell'IoT è connettere diversi oggetti del mondo reale – come sensori, attuatori, RFID (Radio-Frequency Identification), lettori di codici a barre, telefoni cellulari, ecc. – e farli cooperare l'uno con l'altro al fine di completare un compito comune, attraverso l'uso di microprocessori presenti negli oggetti»: *Indagine conoscitiva sui Big Data*, p. 11.

[15] Nella specifica prospettiva della costruzione di *policy* e delle *Smart City* v. A. SOLA, *Utilizzo di Big Data nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy*, in *Media Laws* (www.medialaws.eu), 3/2020, p. 196 ss.; più in generale, cfr. A. PERRUCCI, *Dai Big data all'ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2019, p. 61 ss. Di *Smart City* si occupa specificamente il contributo di Y. GUERRA, *Il fenomeno delle* smart city *come esempio di co-regolazione delle nuove tecnologie. La democrazia locale di fronte alle sfide globali* in *Processi di regolazione e tecnologie digitali*, cit.

È a questo punto che, ragionando di Big Data, viene in rilievo la distinzione tra dati personali e non. Com'è noto, la disciplina europea del GDPR[16] – considerata modello globale di *Data Protection* – definisce dato personale (cioè il proprio ambito oggettivo di applicazione) «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale» (art. 4.1)[17]. Per acquisire la disponibilità di questo tipo di dati, i fornitori dei sistemi operativi o delle app devono chiedere il permesso all'utente che li ha generati: ai sensi dell'art. 6 del GDPR, infatti, il trattamento di dati personali è lecito solo se ricorre una delle condizioni elencate, la prima delle quali è il consenso dell'interessato[18]. Tutto ciò che non rientra nella definizione di dato personale prevista al punto 1 dell'art. 4 è considerato dato non personale (o dato anonimo) e, quindi, non è soggetto alla disciplina regolamentare[19].

Bisogna a questo punto precisare che i Big Data sono tendenzialmente anonimi, il che parrebbe sufficiente a porre gli utenti al riparo da un trattamento

[16] Regolamento (Ue) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 n. 679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati - GDPR).

[17] Per una descrizione estesa della nozione e delle tipologie, v. S. CALZOLAIO, *(voce) Protezione dei dati personali*, cit., p. 605-607.

[18] GDPR, art. 6 - *Liceità del trattamento*

«1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;

b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;

c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;

d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;

e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;

f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.

La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti».

[19] L'Unione europea ha disciplinato la materia per il profilo della *libera circolazione* dei dati non personali, con l'omonimo Regolamento (Ue) 2018/1807 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018.

non consensuale di informazioni che li riguardano, in alcuni casi anche molto intimamente: basti pensare al fatto che i dispositivi indossabili come gli *smartwatch* rilevano, tra gli altri, dati sanitari. È invece osservazione comune in dottrina come, in realtà, uno dei punti più critici di questo nuovo ecosistema sia l'evidenza per cui la distinzione tra dati personali e non tende a scomparire, e anche piuttosto velocemente. In linea teorica, è evidente che nel momento in cui un utente inserisce il proprio nome, indirizzo e numero di telefono per un acquisto online, si tratta di dati personali; è altrettanto evidente che in linea di massima i sistemi di geolocalizzazione non sono interessati all'identità di chi percorre un determinato tragitto, ma a raccogliere il maggior numero possibile di posizioni per offrire i percorsi in tempo reale.

La classificazione, sulla carta semplice e netta, diventa però in concreto evanescente[20], per due ordini di ragioni. Primo, perché se è vero che la regola europea impone che i dati personali vengano resi anonimi[21] di default[22], è altrettanto vero che è tecnicamente possibile fare il percorso inverso. Secondo, e soprattutto, perché come si anticipava la filiera dei Big Data è gestita da macchine, e in particolare da algoritmi di Intelligenza Artificiale (IA); e quando si ragiona di IA bisogna tenere presente che una delle caratteristiche tanto

[20] Parte della dottrina è infatti già alla ricerca di nuove soluzioni, adottando prospettive a prima vista sorprendenti per la nostra tradizione giuridica: v. S. CALZOLAIO, *From Privacy by design to Data by design (PIPL, DSL and European data protection)*, in corso di pubblicazione in *HangZhou Law Review* 2022, spec. parr. 3 e 4. L'Autore si concentra in particolare sulla maggiore efficacia dell'approccio cinese alle definizioni, basato sulla distinzione tra *informazioni* sulle persone (rilevanti quando vengono in causa diritti e interessi delle medesime) e dati veri e propri (rilevanti quando emerge la prospettiva della sovranità digitale dello stato), a prescindere dalle informazioni in essi contenuti, perché il dato è considerato entità fisica e deve essere sotto il controllo dello Stato.

[21] È la cd. pseudonimizzazione, definita (GDPR, art. 4.5) come «il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile».

[22] GDPR, art. 25 (Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita): «1. Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati.

2. Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica».

affascinanti quanto potenzialmente devastanti degli algoritmi è che *non è prevedibile a priori quali tipi di connessione siano in grado di individuare*[23]. Il che significa, in sostanza, che una re-identificazione del soggetto potrebbe anche essere involontaria[24]. Svanisce così il confine tra dati personali e non, tanto da indurre parte della dottrina[25] a ritenere che la distinzione stessa sia ormai superata e comunque poco efficace ai fini della tutela dei diritti, anche quando si tratta di dati *indubbiamente* personali: nonostante una disciplina europea apparentemente granitica nella tutela dell'interessato, è proprio il requisito-cardine del consenso ad essersi rivelato progressivamente meno utile, suscitando numerose riflessioni critiche. Pur nell'impossibilità, in questa sede, di approfondire la crescente produzione scientifica sul tema, il suo rilievo è tale da richiedere almeno due precisazioni.

Innanzitutto, secondo il GDPR il consenso deve essere preventivo rispetto a *ogni* trattamento di dati personali e, considerando il numero di interazioni quotidiane di ciascuno con dispositivi digitali, è realisticamente impossibile che la condizione sia effettivamente rispettata. Basti pensare alle preferenze sui *cookie*, cioè quelle finestre che si aprono durante la navigazione online, in cui sono elencate diverse opzioni relative alla cd. *Cookie policy*: dietro la grafica, peraltro spesso fuorviante, si nascondono proprio i consensi al trattamento dei dati – di *tutti* i dati – non solo da parte del sito che in quel momento si sta visualizzando, ma delle cd. terze parti[26], il cui elenco è spesso celato dietro un ulteriore pulsante e che comunque non consente, alla lettura, di capire di quali soggetti si tratti.

[23] Non è un caso che CATHY O'NEIL abbia intitolato il proprio libro-denuncia più noto *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia* (Bompiani, Milano, 2017). Sul tema v. anche M. PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 1/2020, p. 73 ss., la quale sottolinea la necessità di «introdurre accanto al diritto alla *spiegabilità* dell'algoritmo e della decisione automatica finale (ossia dell'esito) anche il principio della *conoscibilità* dei dati non tanto e non solo quelli che sono stati contribuiti o osservati dall'utente, ma anche quelli che hanno contribuito al processo quindi quelli inferiti, derivati, collettivi, statistici, anche se anonimi» (p. 87, corsivi testuali). Il suggerimento è concettualmente ineccepibile, ma desta più di qualche perplessità sul piano della concreta realizzabilità.

[24] Tra i numerosi slittamenti semantici che caratterizzano la materia in esame rientra anche la nozione di "volontarietà": nel testo ci si riferisce allo sviluppatore dell'algoritmo, che spesso non ha previsto – né, quindi, voluto – un obiettivo poi raggiunto dall'algoritmo medesimo; ma individuare connessioni imprevedibili è *esattamente* il compito della macchina. Ci si trova, insomma, in un ecosistema in cui la "involontarietà" umana diviene un output sistematico. Ragiona su «un mondo senza volontà e con una sola rappresentazione» G. D'ACQUISTO, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 15 ss.

[25] S. CALZOLAIO, *Introduzione,* cit.; Ead., *(voce) Protezione dei dati personali*, cit., p. 594 ss.; v. anche S. TORREGIANI, *La circolazione dei dati secondo l'ordinamento giuridico europeo,* cit.

[26] Il GDPR definisce «terzo» (art. 4.10) «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che non sia l'interessato, il titolare del trattamento, il responsabile del trattamento e le persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile».

In secondo luogo, a suscitare consistenti dubbi è la validità del consenso prestato quando esso viene dato, ad esempio, ad una app (i cd. *permessi* che le app chiedono al momento dell'installazione, o del primo utilizzo se preinstallate dal fornitore). L'esempio classico è la geolocalizzazione, necessaria per l'utilizzo dei navigatori satellitari, nonché solitamente prevista di default dai *social network* e dai motori di ricerca. Il consenso prestato all'attivazione della funzione nel momento dell'installazione o del primo utilizzo di un dispositivo può giuridicamente considerarsi valido dopo, ad esempio, un anno, o anche un solo mese? Certo, si può ragionevolmente pensare che si tratti di dati anonimi e che quindi la loro "cessione"[27] sia tutto sommato irrilevante per la persona. Al netto del persistere del problema giuridico in merito a qualificazione e validità di un simile consenso, la ragionevolezza dell'ipotesi viene meno, in ogni caso, se ci si sofferma sulla capacità degli algoritmi poco sopra illustrata di creare connessioni tra miriadi di dati anonimi che possono finire per re-identificare il soggetto, anche involontariamente; per non menzionare gli usi impropri – vietati ma non per questo meno diffusi – che di simili dati viene quotidianamente fatto[28]; o le loro potenzialità a fini di sorveglianza, anche da parte di autorità pubbliche[29].

Un'ultima notazione in merito all'ecosistema digitale – a mo' di ponte tra la descrizione del fenomeno e la sua regolazione – consiste nel rilevare che i dati sono, quindi, contemporaneamente *origine* e *materiale* degli algoritmi. E se si guarda il fenomeno non più dalla prospettiva degli utenti, ma da quella dei proprietari degli algoritmi, è facile notare che chi ha la capacità tecnica di implementarli e svilupparli si trova in posizione di vantaggio competitivo sul mercato. Si parla, infatti, di oligopoli digitali: sono le cd. Smart Tech, o Big Tech, o OTT (*Over The Top*), precisamente individuabili in pochi colossi che si contendono, escludendo tutti gli altri, il dominio digitale sul pianeta. Ed è qui il costituzionalismo viene chiamato in causa.

3. Tre domande per il diritto costituzionale: un fenomeno regolabile?

Venendo così alle domande anticipate in apertura, la prima è se sia *possibile* regolamentare il fenomeno[30]: il dubbio sorge non solo perché come si diceva la ricerca e lo sviluppo sono monopolizzati dai privati – le Big Tech – in vantaggio competitivo sul mercato, ma soprattutto perché il regolatore pubblico ha

[27] Sul valore dei dati come prezzo del servizio digitale v. *infra*, par. 5.

[28] L. FLORIDI, Etica dell'intelligenza artificiale, cit., p. 182, individua cinque aree criminali potenzialmente interessate da crimini di IA: commercio, mercati finanziari e insolvenza; droghe nocive o pericolose; reati contro la persona; reati sessuali; furto e frode, contraffazione e sostituzione di persona.

[29] La constatazione è comune, tanto da giustificare paralleli con vicende storiche apparentemente lontane come la Stasi: v. L. MERLA, *Big Data e diritto*, cit., p. 224.

[30] Cfr. S. CALZOLAIO, *(Voce) Protezione dei dati personali*, cit., p. 608 ss.

sinora tentato di *inseguire*, prendendo consapevolezza delle ricadute problematiche quando erano ormai molto oltre la soglia di regolamentazione[31].

La risposta deriva da una scelta di fondo: la dottrina che si è occupata di tale profilo[32], pur prendendo atto delle oggettive difficoltà dell'operazione, converge infatti sull'idea che ci si trovi di fronte a un nuovo potere, privato, che ha la forza degli Stati anche in termini di PIL e che con gli Stati si rapporta *alla pari*[33]. Il punto è che, se resta fermo lo statuto epistemologico della disciplina, il fatto che in questa fase storica e in questo settore (onnipervasivo, peraltro) il potere abbia assunto tali vesti non esime i costituzionalisti, il diritto costituzionale e le autorità pubbliche dal tentare, almeno, di disciplinare un fenomeno che può incidere molto pesantemente sulla democrazia[34] e su *tutti* i pilastri dello Stato di diritto. In sostanza, se il fine ultimo dello Stato rimane la tutela delle persone contro il potere, il fatto che quest'ultimo sia in mano, almeno nel cd. mondo occidentale, a cinque multinazionali digitali non è una ragione sufficiente per arrendersi davanti al compito della sua limitazione.

[31] Un esempio significativo è quello del settore dell'*home sharing*, su cui v. G. MENEGUS, *Processi di regolazione della* Sharing Economy*: oltre la* self-regulation, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021 (www.osservatoriosullefonti.it). Per usare le parole di L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 86: «[a]lcuni hanno insistito sul fatto che leggi e regolamenti giungerebbero sempre troppo tardi senza mai tenere il passo dell'IA, quando in realtà le norme non riguardano il *ritmo* ma la *direzione* dell'innovazione, poiché dovrebbero guidare il corretto sviluppo di una società. Se ci piace dove stiamo andando, possiamo andarci alla velocità che vogliamo» (corsivi aggiunti). Il problema evidenziato nel testo si colloca esattamente in tale prospettiva di assenza di direzione (e con il consistente dubbio che almeno in Italia anche la meta sia, in realtà, ignota).

[32] La bibliografia sul tema si sta ampliando velocemente, ma v. almeno: M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, *Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Genova, 18 giugno 2021, in *Rivista del Gruppo di Pisa* n. 2/2021 (https://gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa), ove anche ampie indicazioni bibliografiche; M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Media Laws* (www.medialaws.eu), n. 2/2020; A. SIMONCINI - S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 1/2019, p. 87 ss.; F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018.

[33] È famoso il cd. caso San Bernardino, cioè il conflitto, durato un anno, tra Apple e FBI in cui la prima, alla richiesta di fornire alla polizia federale statunitense il software per la decrittazione dell'Iphone di un terrorista che nel 2015 aveva ucciso 15 persone e ferite oltre 20, ha pervicacemente *rifiutato* di farlo: v. N. ZAMPERINI, *Manuale di disobbedienza digitale*, Roma, Castelvecchi, 2019, p. 100-102.

[34] «Se gli algoritmi vivono in un mondo in cui l'informazione è una produzione sociale, i loro sogni sono politici, e si nascondono dietro schermi ideologici e propagandistici»: D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Mondadori, Milano, 2018, p. IX. Sul tema v. P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, p. 71 ss.; M. BETZU - G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Media Laws* (www.medialaws.eu), 1/2020, p. 218 ss.

4. Quale livello di normazione?

Una volta effettuata la scelta di fondo, riconoscendo la *necessità* di una disciplina dei Big Data, il secondo, conseguente, quesito è: quale *tipo* di regole? La domanda va declinata in due accezioni, di nuovo logicamente successive: in primo luogo, si tratta di scegliere tra auto ed etero regolazione; in secondo luogo, se si opta per un intervento pubblico, a quale livello di governo tale regolazione deve essere affidata.

Quanto al primo profilo, seguendo il filo rosso della *ratio* del costituzionalismo è inevitabile concludere che almeno per alcuni settori non sia affatto auspicabile lasciare che i privati si auto-limitino, dato che da tale eventuale – e realisticamente remota – facoltà dipende la tutela di numerosi diritti fondamentali. Nessuno crede più alla retorica dello spazio digitale come luogo della libertà[35], mentre è ormai sin troppo nutrita la serie di vicende a dir poco allarmanti: basti pensare ai casi *Cambridge Analytica*, o *Compas*[36], o *PredPol*[37].

Abbandonando l'illusione della auto-regolazione del settore, la natura stessa del fenomeno in esame indica poi la risposta al secondo quesito, per cui il livello di normazione necessario, nel nostro caso, è senza dubbio europeo. È banale affermare che a seguito alla scomparsa dei confini la sfida vada affrontata sul più vasto ambito territoriale possibile; così come è banale rilevare il fallimento del primo tentativo europeo di *Data Protection* tramite direttiva, che ha imposto l'adozione del GDPR[38]. Quindi normativa europea, e dotata di diretta applicabilità, per non lasciare agli Stati la tentazione di assecondare interessi economici particolari, in un settore peraltro tradizionalmente cruciale come la tutela della concorrenza.

[35] Un interessante affresco della «infrastruttura culturale delle techno-corporation» è offerto di nuovo da N. ZAMPERINI, *Manuale di disobbedienza digitale*, cit., p. 66 ss.

[36] V. A. SIMONCINI - S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., p. 94 ss.

[37] Un software di previsione dei reati su base territoriale adottato in diverse città degli Stati uniti, la cui applicazione produce conseguenze gravemente discriminatorie perché nelle città americane «in cui, per la maggior parte, vige una sorta di segregazione razziale, la geografia è un dato che sostituisce perfettamente la razza»: C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., p. 129.

[38] GDPR, considerando n. 9: «Sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali differenze possono pertanto costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Tale divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE».

4.1 La proposta di regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale : i settori di intervento

Esempio paradigmatico è la proposta di regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale presentata il 21 aprile 2021[39], che costituisce anche un ottimo modello rispetto all'obiettivo di queste riflessioni. Ai nostri fini non è necessario scendere nei dettagli di un testo giuridicamente articolato e tecnicamente piuttosto faticoso; limitandosi pertanto al piano definitorio, la proposta di regolamento (titolo II) distingue innanzitutto, seguendo un approccio basato sul rischio, tre tipi di pratiche, «differenziando tra gli usi dell'AI che creano: i) un rischio inaccettabile; ii) un rischio alto; iii) un rischio basso o minimo»[40].

Il rischio viene considerato «inaccettabile» quando è «contrario ai valori dell'Unione, ad esempio perché viola i diritti fondamentali» e le relative pratiche sono vietate. La casistica elencata è sufficiente a rendere l'enormità del problema: il primo gruppo è costituto dalle pratiche che presentano «un elevato potenziale in termini di *manipolazione delle persone* attraverso *tecniche subliminali*, senza che tali persone ne siano consapevoli, oppure di *sfruttamento delle vulnerabilità* di specifici gruppi vulnerabili, quali i minori o le persone con disabilità, *al fine di distorcerne materialmente il comportamento* in maniera tale da provocare loro o a un'altra persona un *danno psicologico o fisico*». Tra le pratiche manipolative che interessano gli adulti e che potrebbero essere facilitate da sistemi di AI sono espressamente richiamate quelle «soggette alla normativa vigente in materia di protezione dei dati, tutela dei consumatori e servizi digitali, che garantisce che le persone fisiche siano adeguatamente informate e dispongano della libera scelta di *non essere soggette a profilazione* o ad *altre pratiche che potrebbero influire sul loro comportamento*». Un ulteriore gruppo di pratiche vietate riguarda quelle finalizzate alla «*attribuzione di un punteggio sociale basato sull'IA* per finalità generali da parte di autorità pubbliche». È infine vietato anche «il ricorso a *sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico* a fini di attività di contrasto, fatta salva l'applicazione di talune eccezioni limitate».

I sistemi di IA ad alto rischio sono l'oggetto specifico della disciplina regolamentare, che subordina la loro immissione sul mercato o la loro messa in servizio – a seconda che si tratti di componenti o di sistemi indipendenti – a una serie di requisiti obbligatori (titolo III). Va sottolineato come il considerando n. 27 premetta che «è opportuno limitare i sistemi di IA identificati come ad alto rischio a quelli che hanno un impatto nocivo significativo sulla salute,

[39] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final.

[40] COM(2021) 206 final, *Relazione*, 14, da cui anche le citazioni che seguono immediatamente nel testo (corsivi aggiunti).

la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone nell'Unione», al fine di ridurre al minimo eventuali potenziali restrizioni al commercio internazionale. Nonostante questa delimitazione, la categoria annovera: i sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" e "a posteriori" (cons. n. 33); i sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza ai fini della gestione del traffico stradale nonché della fornitura di acqua, gas, riscaldamento ed elettricità (cons. n. 34); i sistemi utilizzati nell'istruzione o nella formazione professionale «in particolare per determinare l'accesso o l'assegnazione delle persone [ai relativi istituti] o per valutare le persone che svolgono prove come parte o presupposto della loro istruzione» (cons. n. 35); i sistemi di IA utilizzati nel settore dell'occupazione, nella gestione dei lavoratori e nell'accesso al lavoro autonomo, in particolare per la gestione del personale (assunzione, selezione, promozioni, valutazioni, ecc.); l'accesso ad alcune prestazioni e servizi pubblici essenziali, come ad esempio il merito creditizio (cons. n. 37); le azioni delle autorità di contrasto (cons. n. 38); i sistemi di IA utilizzati nella gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere (cons. n. 39); infine, i sistemi destinati all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici (cons. n. 40).

Tralasciando, come si diceva, la disciplina vera e propria, il dato macroscopico è che in tutti i settori sopra elencati sono *già operativi* sistemi di Intelligenza Artificiale: dal che deriva, com'è ovvio, che *tutti* i diritti coinvolti nelle diverse categorie, nonché il principio di eguaglianza, sono *già* altamente a rischio. L'intervento europeo è quindi senza dubbio necessario[41]; il dubbio, invece, resta consistente sul piano dell'effettività[42].

5. Quale ruolo per il legislatore nazionale? Dati come prezzi dei servizi digitali …

Nel quadro sinora descritto, lo spazio per il legislatore nazionale appare decisamente ristretto. Vero è che la proposta di regolamento lascia espressamente agli Stati membri alcune scelte: ad esempio, in deroga al divieto previsto in materia di pratiche a «rischio inaccettabile», l'art. 7, par. 4 consente ad uno Stato di «autorizzare in tutto o in parte l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico», entro i limiti e alle condizioni previste dal regolamento stesso. Ma si tratta di ipotesi specifiche, nelle quali «l'uso è strettamente necessario per perseguire un interesse pubblico rilevante, la cui importanza prevale sui rischi» (cons. n. 18), cioè nei

[41] Sul ritardo nell'adozione del regolamento v. M. R. CARBONE, *Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale in ritardo*, ecco perché, in *Agenda Digitale* (https://www.agendadigitale.eu/), 22 febbraio 2022.

[42] V. S. TORREGIANI, *La circolazione dei dati secondo l'ordinamento giuridico europeo*, cit.

casi di ricerca di potenziali vittime di reato, di determinate minacce per la vita o l'incolumità fisica delle persone o di attacco terroristico, o del rilevamento, localizzazione e identificazione degli autori o dei sospettati di reato rientranti nella disciplina del Mandato d'arresto europeo.

Restano inoltre esclusi dalla proposta di regolamento i sistemi non ad alto rischio, per cui è auspicata la creazione di codici di condotta volti a promuovere l'applicazione volontaria dei requisiti applicabili ai sistemi ad alto rischio e l'incoraggiamento ai produttori ad applicare requisiti supplementari relativi, ad esempio, alla sostenibilità ambientale (cons. n. 81).

Se si considera che tra le attività non ad alto rischio rientra sicuramente l'uso privato di *smartphone*, *tablet* e in generale apparecchi digitali, si torna ai punti da cui queste riflessioni hanno preso le mosse, cioè al ruolo degli utenti come generatori di dati, alla problematica configurazione del consenso quale base per il trattamento dei dati medesimi e, più in generale, a tutte le conseguenze derivanti dalla analisi ed elaborazione dei Big Data da parte di algoritmi di proprietà di privati monopolisti, che godono di vantaggio competitivo sul mercato e per i quali i dati sono "*the new oil*"[43].

Tale ultima notazione schiude peraltro un'ulteriore, cruciale angolazione giuridica: la dottrina conviene infatti che il settore chiave in cui operare sia quello dell'antitrust, con l'obiettivo di «spezzare gli oligopoli digitali»[44]. Il nodo centrale, da questa prospettiva, è che l'efficacia delle (necessarie) modifiche di alcuni dei fondamentali dell'antitrust dovrebbe basarsi sulla valorizzazione dei dati come *prezzo* per l'uso delle piattaforme[45]. In altre parole, e

[43] «I dati, i metadati e le informazioni di maggior valore […] sono quelli che si riferiscono alla singola persona, poiché costituiscono la base per generare un profilo dell'individuo, della famiglia (in senso economico) cui appartiene, del gruppo di suoi simili (più dal punto di vista della correlazione tra dati, che non di quanto una analisi sociologica può rilevare e descrivere), di un territorio, di un comparto economico, degli appartenenti a una fede religiosa o ad una associazione riservata e così via»: S. CALZOLAIO, *(voce) Protezione dei dati personali*, cit., p. 602. Se sul piano del valore economico non si può che concordare, avverte però della forzatura contenuta nell'analogia L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 67.

[44] L'espressione è presa a prestito da M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati*, cit., p. 28. V., sul tema, G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche.* Privacy *e* lex mercatoria, in *Diritto pubblico*, 1/2019, p. 89 ss., spec. p. 99-106. Per un quadro generale v. G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2016, p. 425 ss.; A. GIANNACCARI, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, ivi, 2/2017, p. 307 ss.

[45] G. DE MINICO (ivi, p. 104) riassume in tre le «operazioni concettuali necessarie e preliminari» per affrontare adeguatamente il problema: «*a)* Concepire il mercato come luogo dove anche i diritti fondamentali possono essere violati, con vulnera non meno gravi di quelli arrecati ai diritti economici dei consumatori. *b)* Concepire il diritto, non più come una realtà divisibile in rigidi compartimenti stagni, incomunicabili tra loro, ma come composizione scomposta di sfere giuridiche che si possono mescolare – è accaduto per privacy e *competition* – e che si parlano […]. *c)* Passare da una valutazione dell'illecito antitrust ancorata al solo indice quantitativo dell'aumento del prezzo, in quanto entità di facile rilevazione, a una più sofisticata basata sulla qualità del servizio, come tale inclusiva degli standard di privacy, di più ardua quantificazione».

semplificando: il principale ostacolo che l'antitrust incontra, nell'affrontare l'ecosistema digitale, deriva dal suo essere basata sull'indice del pagamento di una somma di denaro in cambio di un servizio; mentre le principali piattaforme, i motori di ricerca, i servizi di posta elettronica – insomma: i più importanti "luoghi globali" di generazione e raccolta dati – sono dichiaratamente gratuiti. La consapevolezza è diffusa da tempo nel settore, anche per le Big Tech: non è un caso che Facebook (Meta), nel novembre del 2019, abbia cambiato il proprio *claim* da "*è gratis e lo sarà sempre*" a "*è veloce e semplice*". Passata in sordina[46], la modifica è probabilmente addebitabile[47] all'approvazione, qualche mese prima, della direttiva Ue n. 770/2019[48], il cui considerando n. 24 apre con la constatazione per cui «[l]a fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico». Nel testo della direttiva, la definizione di prezzo viene estesa (art. 2.7), oltre alla somma di denaro, alla «rappresentazione di valore digitale dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto

[46] Le (poche) testate online che hanno menzionato la notizia sottolineavano l'assenza di comunicazioni ufficiali da parte dell'azienda: cfr. ad es. K. MCCARTHY, *What we know about the small change to Facebook's slogan*, in https://abcnews.go.com/, 28 agosto 2019.

[47] Si intende, con ciò, la modifica strutturale della piattaforma, che era stata nel frattempo (il 29 novembre 2018) sanzionata dall'AGCM per pratica commerciale scorretta, consistente nella pratica ingannevole di informare gli utenti esclusivamente della gratuità del servizio, «senza evidenziare le finalità commerciali di utilizzo dei dati»: S. GOBBATO, *Big Data e "tutele convergenti" tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo*, in *Media Laws* (www.medialaws.eu), 3/2019, p. 157.

[48] Dir. (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, considerando n. 24: «La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. Tali modelli commerciali sono utilizzati in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali. La presente direttiva dovrebbe pertanto applicarsi ai contratti in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o servizi digitali al consumatore e in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali. I dati personali potrebbero essere forniti all'operatore economico al momento della conclusione del contratto o successivamente, ad esempio nel caso in cui il consumatore acconsente a che l'operatore economico utilizzi gli eventuali dati personali caricati o creati dal consumatore utilizzando il contenuto digitale o il servizio digitale. Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali prevede un elenco esaustivo di fondamenti giuridici per il trattamento lecito dei dati personali. La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai contratti in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali all'operatore economico. Ad esempio, la presente direttiva dovrebbe applicarsi nel caso in cui il nome e l'indirizzo email forniti da un consumatore al momento della creazione di un account sui social media siano utilizzati per scopi diversi dalla mera fornitura di contenuti digitali o servizi digitali o non conformi agli obblighi di legge. La presente direttiva dovrebbe altresì applicarsi nel caso in cui il consumatore acconsenta a che il materiale che caricherà e che contiene dati personali, come fotografie o post, sia trattato a fini commerciali dall'operatore economico. Gli Stati membri dovrebbero tuttavia mantenere la facoltà di decidere in merito al soddisfacimento dei requisiti in materia di formazione, esistenza e validità di un contratto a norma del diritto nazionale».

digitale o di servizio digitale». La dichiarazione del principio è di rilievo, ma il riferimento al corrispettivo lo rende a dir poco vago (ci si dovrebbe aspettare che sia il fornitore del servizio ad esplicitare che l'uso è pagato in dati? E quali dati? E di quale parte del servizio?); così come il suo recepimento nel diritto interno è ad oggi pressoché irrilevante, non essendone state tratte conseguenze giuridicamente vincolanti[49]. Che ciò sia effetto dell'azione delle lobby, o della difficoltà tecnica nella regolazione, o di una sorta di *bias* cognitivo dei decisori politici[50] – o, più probabilmente, della combinazione dei tre elementi – è tutto da chiarire; quel che è certo è che ancora più a monte si colloca un problema di percezione da parte degli utenti, oggi pressoché del tutto *inconsapevoli* di "stare pagando" in dati.

5.1 (segue) …e persone come generatori di *Big Data*: un problema di consapevolezza degli utenti

Ebbene, è proprio su tale ultima lacuna che, a parere di chi scrive, si apre per il legislatore nazionale uno spazio, la cui ampiezza dipende in ultima analisi da quale ruolo si attribuisce alle *persone* coinvolte nella filiera dei Big Data. Se si osserva la normativa sinora approvata o in approvazione è facile infatti rilevare come essa guardi agli utenti in veste di consumatori, preoccupandosi della tutela della parte debole in rapporto con un colosso globale, e quindi di fornire una disciplina (teoricamente) molto restrittiva in particolare sulle attività di AI ad alto rischio, così come fa il GDPR per la *Data Protection*. Il che, alla luce dell'incommensurabile differenza di posizione tra i due soggetti, è peraltro ben comprensibile; ma si rivela non più sufficiente nell'era dei Big Data.

Pare infatti che questo sia solo *uno* dei modi in cui si possono vedere gli utenti nell'ecosistema digitale: dalla descrizione della filiera esposta all'inizio di queste riflessioni emerge chiaramente, infatti, che in tale incredibilmente complesso sistema gli utenti non sono solo consumatori, ma anche – e per certi aspetti soprattutto – *produttori* di dati[51]. Il problema è che non lo sanno. E finché le persone non saranno consapevoli sia del funzionamento (almeno a grandi linee) della filiera in discorso, sia del ruolo cruciale da loro stesse giocato al suo interno, sarà realisticamente impossibile che percepiscano i dati da loro generati come un valore (forse "il" valore) non solo sufficiente a compensare

[49] Il recepimento della direttiva è infatti affidato al d.lgs. n. 173 del 4 novembre 2021, che modifica il Codice del consumo accogliendo l'estensione della definizione di prezzo citata nel testo (d.lgs. 206/2005, art. 135-*octies*, lett. *g)*) e senza ulteriori chiarimenti, salvo richiami generici al GDPR.

[50] Cfr. G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, cit., spec. p. 104-105, ma *passim*.

[51] L'espressione *walking data generators* è stata coniata nel 2012: v. S. CALZOLAIO, *(voce) Protezione dei dati personali*, cit., p. 598.

l'utilizzo delle piattaforme ecc., ma addirittura in certi casi eccessivo rispetto al servizio offerto (ad esempio, l'accesso a un *social network*).

Adottando questa prospettiva, il problema diventa insomma l'*analfabetismo digitale*, rispetto al quale lo spazio per il regolatore nazionale – in attuazione non solo e non tanto della normativa europea, ma soprattutto della Costituzione – potrebbe essere recuperato attraverso una delle più classiche funzioni dello Stato, cioè l'istruzione.

Anche questo tema è all'attenzione dottrina, sebbene declinato principalmente nei confronti degli operatori dei Big Data. Partendo dal presupposto che sia necessario «interiorizzare i valori tutelati dal diritto costituzionale nelle macchine», ad esempio, Simonicini e Suweis ritengono che occorra intervenire «quando scienziati e tecnologi sono ancora in formazione per spiegare il valore di principii quali la "*privacy by design*" oppure il principio della "comprensibilità" degli algoritmi predittivi»[52]. Nonostante l'apparente distanza, peraltro, i punti di contatto sono sorprendenti: la decisione algoritmica coinvolge temi tradizionali della riflessione giuridica e ancor prima filosofica, quali *equità*, *causalità*, *trasparenza*, che in questo settore assumono il ruolo cruciale di principi necessari ad attenuare i numerosi pericoli derivanti dall'assoluta razionalità – e quindi sostanziale stupidità[53] – degli algoritmi. «[L]a macchina è un decisore pienamente razionale, che non ha interessi da difendere e il cui risultato sarà sempre lo stesso se non cambiano i dati impiegati per assumere la decisione. Le decisioni automatizzate sono dunque certamente caratterizzate dall'assenza di contraddizioni»[54]; tuttavia, «questa maggiore obiettività rispetto alle decisioni umane non è priva di rischi. C'è ad esempio un problema legato alla finalità della decisione, alla scelta dei dati in ingresso e della loro qualità, che è rilevantissimo»; così come è cruciale la fase di interpretazione dei risultati, che possono rivelare ad esempio l'esistenza di un *bias* algoritmico discriminatorio[55].

Un'adeguata formazione degli operatori – nonché dei decisori politici, inevitabilmente tentati dall'apparente oggettività delle decisioni algoritmiche[56] –

[52] A. SIMONCINI - S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., p. 103, che proseguono: «[d]al momento che la tecnologia è sempre più integrata con la vita delle persone, occorre che valori come la dignità e la libertà della persona stessa divengano parte integrante della formazione di coloro che poi lavoreranno a quelle tecnologie. Di qui il ruolo delle agenzie formative ovvero delle associazioni professionali o accademiche».

[53] «Sono stupide come un vecchio frigorifero, eppure le nostre tecnologie smart giocano a scacchi, parcheggiano un'automobile o interpretano le scansioni mediche meglio di noi»: L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 59.

[54] G. D'ACQUISTO, *Decisioni algoritmiche*, cit., p. 3, da cui anche la citazione che segue immediatamente nel testo.

[55] Ivi, p. 44 ss.

[56] Cfr. A. CARDONE, *"Decisione algoritmica" vs decisione politica? A.I. Legge Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021. Ragionando (p. 26) della possibilità di ricorrere a una «burocrazia parlamentare specificamente destinata a mettere a servizio dei parlamentari le risorse dell'intelligenza

è quindi certamente necessità primaria, ma, ancora una volta[57], non sufficiente. Pare infatti cruciale – anche per spezzare gli oligopoli digitali valorizzando innanzitutto la percezione di indicatori diversi dal prezzo (come la qualità del servizio, che include il livello di protezione delle informazioni) – una vera e propria alfabetizzazione digitale rivolta alla collettività. Che analizzi l'ecosistema digitale dalla prospettiva dell'eguaglianza sostanziale[58], o da quello della libertà di espressione[59], la dottrina concorda sulla necessità di rafforzare la *cognizione* delle persone; e come si anticipava poco sopra, si tratta di un obiettivo – forse l'unico, oggi – raggiungibile dal legislatore nazionale, attraverso il sistema di istruzione pubblica. I dati, se da un lato sono tutt'altro che incoraggianti, dall'altro lato evidenziano la bontà della conclusione: dal *Digital Economic and Society Index* (DESI) 2021 emerge che «[p]er l'edizione 2021 dell'indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) l'Italia si colloca al 20º posto fra i 27 Stati membri dell'UE»; e che, a parte qualche progresso a livello infrastrutturale, «è significativamente in ritardo rispetto ad altri paesi dell'UE in termini di capitale umano. Rispetto alla media UE, registra infatti livelli di competenze digitali di base e avanzate molto bassi»[60].

Con un'ultima precisazione: se la funzione è classica, quello che deve essere aggiornato sono le modalità. Per avere un minimo di possibilità di successo,

artificiale per la ricostruzione dei dati fattuali e dello stato dell'arte della materia da normare», l'Autore nota che ciò potrebbe senza dubbio offrire «significative leve per riequilibrare il rapporto tra Parlamento e Governo nel procedimento legislativo, soprattutto nelle materie ad elevata complessità tecnica e scientifica»; sottolinea anche, però, che «questo tipo di organi pongono delicati problemi di indipendenza dei soggetti che operano al loro interno e di trasparenza e conoscibilità non solo dei codici degli algoritmi utilizzati, ma anche dei dati processati attraverso detti algoritmi», in assenza dei quali le decisioni «risultano opache proprio in relazione alle premesse valutative costruite grazie agli strumenti dell'intelligenza artificiale» (p. 27).

[57] V. *supra*, par. 5, a proposito del ruolo degli utenti nella filiera dei Big Data.

[58] G. DE MINICO, *I Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, cit., p. 99, critica il GDPR, tra l'altro, perché il suo approccio «nega che la conoscenza dell'algoritmo sia un diritto soggettivo» e ritiene il Regolamento «inadempiente perché decide di tenere i cittadini al buio digitale: nulla della valutazione, neanche il mero esito, è reso disponibile, neppur nelle forme selettive di pubblicità destinate alle sole categorie sociali coinvolte. […] Noi invece riteniamo che la valutazione rappresenti il punto di avvio di quel processo cognitivo circolare che, partito dal basso dai dati dei cittadini del web, ritorni come flusso di bit ai medesimi, le cui condotte sono state oggetto delle previsioni algoritmiche».

[59] «In realtà […] gli unici rimedi che sembrano opponibili alla deriva antidemocratica della Rete sono due: a monte, il rafforzamento della pubblica istruzione, che deve comprendere la consapevolezza nell'uso dei media; a valle, la creazione di siti, pubblici o garantiti dai poteri pubblici, cui il cittadino posso rivolgersi per valutare la qualità e la credibilità delle notizie che riceve»: M. MANETTI, *Regolare Internet*, cit., p. 51.

[60] *Relazione annuale sul DESI 2021*, in https://digital-strategy.ec.europa.eu/, 24 febbraio 2022, 3. Il DESI è l'indicatore sintetico rappresentativo del monitoraggio che la Commissione europea svolge, dal 2014, appunto sui progressi degli Stati nel settore digitale. Per i precedenti v. V. PAGANELLI, *Conservazione dei dati e sovranità digitale. Una rilettura della (big) data governance pubblica alla luce delle nuove sfide globali*, in *Rivista italiana di Informatica e Diritto*, 1/2021, p. 11 ss., p. 16.

l'alfabetizzazione digitale non dovrebbe essere ridotta a due righe nei programmi di Educazione civica nelle scuole, ma consistere in un'operazione capillare (che coinvolga tutti i livelli di governo), sostenuta da fondi adeguati e non esclusivamente rivolti alle tradizionali agenzie formative, come ad esempio premialità su iniziative del Terzo Settore. Gli strumenti non mancano, il quadro sovranazionale è propizio[61], le risorse disponibili (su tutte, e per limitarsi alle più citate, il PNRR[62]), la direzione è indicata dagli studi di tutte le discipline che si occupano del tema.

Qualcosa si muove: nell'ambito del PNRR è stato attivato il programma *Italia digitale 2026*, che contiene l'azione *Competenze digitali* con l'obiettivo di «colmare il gap di competenze digitali, con almeno il 70% della popolazione che sia digitalmente abile entro il 2026»[63]. Una delle iniziative strategiche è *Repubblica digitale*, descritta in *home page* del sito dedicato[64] come «l'iniziativa strategica nazionale, promossa dal Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale e coordinata dal Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio, che ha l'obiettivo di ridurre il divario digitale e promuovere l'educazione sulle tecnologie del futuro, supportando il processo di sviluppo del Paese». Dei quattro assi di intervento, il primo è «*Istruzione e Formazione Superiore* - per lo sviluppo delle competenze digitali all'interno dei cicli d'istruzione»; il quarto è «*Cittadini* - per sviluppare le competenze digitali necessarie a esercitare i diritti di cittadinanza e la partecipazione consapevole alla vita democratica»[65].

Nel momento in cui si concludono queste riflessioni[66] il Piano è ancora agli esordi, quindi non è possibile valutarne gli effetti; nelle intenzioni gli obiettivi sono chiari e condivisibili e le azioni ben progettate, ma non si teme di eccedere nel pessimismo se si osserva che, finora, piani di *policy* altrettanto promettenti si sono schiantati sugli scogli della realizzazione, zavorrati da un ottuso approccio iperburocratico e, probabilmente, minati sin dall'origine da una scarsa comprensione sia politica sia amministrativa della loro assoluta necessità. Perciò – e auspicando una smentita – non resta che attendere gli esiti di tale

[61] V. *Governance of Artificial Intelligence in the Council of Europe*, in *Algorythm Watch* (https://algorithmwatch.org/), 22 maggio 2022.

[62] V. A. NAPPO, *La sfida digitale del PNRR: il digital divide*, in *Osservatorio Istituzionale del Centro Studi d'Europa* (https://europacentrostudi.org/), 3 maggio 2022.

[63] Le informazioni sono disponibili nell'apposita sezione del sito del Dipartimento per l'Innovazione tecnologica e la transizione digitale (https://innovazione.gov.it/).

[64] https://repubblicadigitale.innovazione.gov.it/it/

[65] Gli altri due sono «il potenziamento e lo sviluppo delle competenze digitali della forza lavoro, sia nel settore privato che nel settore pubblico» e «lo sviluppo di competenze specialistiche ICT per nuovi mercati e nuovi posti di lavoro». Per i dettagli del Piano Operativo, v. https://repubblicadigitale.innovazione.gov.it/ - *Programma*.

[66] Maggio 2022.

promessa e massiccia opera di alfabetizzazione digitale, confidando di riuscire almeno ad attenuare l'asimmetria informativa tra tecnici e persone comuni: «è particolarmente importante che l'IA sia spiegabile, poiché la spiegabilità è uno strumento fondamentale per costruire la fiducia nel pubblico e la sua comprensione. La creazione di una società della buona IA richiede un approccio che tenga conto di tutte le parti interessate (*multistakeholder*), che è il modo più efficace per assicurare che l'IA soddisfi le esigenze della società, consentendo a sviluppatori, utenti e legislatori di essere tutti coinvolti e di collaborare sin dal principio»[67].

[67] L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 288.

TRA «DISPORRE» E «PROVVEDERE». I DPCM PANDEMICI AL *TEST* DI NORMATIVITÀ

LUCA CASTELLI*

Sommario

1. Oggetto e obiettivi dell'indagine. – 2. Profili problematici degli indici di riconoscimento dell'atto normativo. – 3. Gli assestamenti nella giurisprudenza costituzionale. – 4. La giurisprudenza amministrativa sulla distinzione tra regolamento e atto amministrativo generale. – 5. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza. – 6. I dpcm pandemici tra principio di legalità e riserva di legge. – 7. L'atto necessitato nella riflessione scientifica di Massimo Severo Giannini. – 8. Sulla normatività dei dpcm pandemici. – 9. Sulla loro (maggiore) assimilabilità alle ordinanze di necessità o agli atti necessitati.

Abstract

The essay aims at focusing the vexed question of the legal nature of the decrees issued by the President of the Council of Ministers to tame the spread of the pandemic. It goes through the traditional criteria of identification of the sources of the law and retraces the notion of necessity and urgency ordinance, as well as of necessity act according to the theory of Massimo Severo Giannini. The very final endpoint of the paper is to apply such criteria on the pandemic decrees in order to assess, on the one hand, whether they can be recognized as normative acts; on the other hand, whether they can be better included in the necessity ordinances rather than in the necessity acts.

Suggerimento di citazione

L. CASTELLI, *Tra «disporre» e «provvedere». I dpcm pandemici al* test *di normatività*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Perugia.
Contatto: luca.castelli@unipg.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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. Oggetto e obiettivi dell'indagine

La cessazione dello stato di emergenza connesso alla diffusione degli agenti virali da COVID-19[1] e la sentenza n. 198 del 2021 di pochi mesi precedente[2], con la quale – come noto – la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità sollevate in riferimento alla asserita natura legislativa dei dpcm pandemici ed alla conseguente lesione delle funzioni del Parlamento, inducono a ritornare sulla *vexata quaestio* della natura giuridica di tali atti, specie alla luce delle conclusioni cui sono pervenuti i giudici di Palazzo della Consulta, che li hanno ricondotti al novero degli atti necessitati.

Senza riprendere puntualmente tutti i passaggi della motivazione, ci si limita qui a ricordare come, secondo la Corte, il decreto-legge n. 19 del 2020 – che ha a lungo rappresentato l'anello "più robusto" della «catena normativa dell'emergenza»[3] fondata dal decreto-legge n. 6 del 2020 – non ha delegato alcuna potestà legislativa al Presidente del Consiglio, essendosi semplicemente limitato ad abilitare l'autorità governativa a rendere operative le restrizioni in esso previste[4].

Ed è per corroborare ancor di più questa conclusione che la Corte qualifica il dpcm (ancorché solo «per certi versi») come atto necessitato, in ragione del contenuto tipizzato che esso esibisce, in tal modo sgombrando definitivamente il campo – almeno questa ci pare la preoccupazione di fondo – dal fatto che quella conferita al Presidente del Consiglio possa anche solo lontanamente considerarsi una funzione legislativa, non essendo i dpcm neppure riconoscibili come atti *lato sensu* normativi, dato che si arrestano sulla soglia degli «atti amministrativi sufficientemente tipizzati».

[1] A far data dal 31 marzo 2022. Sulla gestione del *post* emergenza si veda il decreto-legge 24 marzo 2022, n. 24, recante «Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza».

[2] È infatti stata depositata il 22 ottobre 2021 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 43 del 27 ottobre 2021.

[3] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020, p. 2 ss.

[4] Secondo M. RUBECHI, *I d.P.C.m. della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *federalismi.it*, 27/2021, 180, il decreto-legge n. 19 avrebbe «esplicitato la natura attuativa, a rime obbligate» dei dpcm pandemici fondati su di esso, «che i loro predecessori non presentavano». Ravvisa invece una «delega ai d.P.C.M. di scelte politiche *fondamentali*» C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, p. 170, secondo cui il dl n. 19 ha rimesso «il cuore della scelta politica di bilanciamento» tra la salute pubblica e i vari interessi costituzionali contrapposti «ad un atto sublegislativo di un organo monocratico, privo di potere di indirizzo politico». Di un «decreto-legge […] di delega», a proposito però del dl n. 6 del 2020, parla anche 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*, 23 marzo 2020, p. 13.

D'altronde, un indizio del *favor* del giudice costituzionale per siffatta interpretazione poteva già cogliersi nella precedente sentenza n. 37 del 2021[5], relativa all'altrettanto nota vicenda della legge della Regione Valle d'Aosta che aveva attenuato le misure di contrasto alla pandemia rispetto a quelle previste dallo Stato.

In quella pronuncia, infatti, il giudice costituzionale apre alla possibilità che il legislatore statale, ove «posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari», introduca «nuove risposte normative e *provvedimentali*» e, a proposito del connubio decreto-legge/decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, parla di una «sequenza normativa e *amministrativa*» (corsivi aggiunti).

Da questo punto di vista, pertanto, la sentenza n. 198 non fa altro che confermare quanto anticipato dalla Corte nella decisione sulla legge regionale valdostana ed anzi dal combinato disposto delle due pronunce risulta il complessivo avallo del giudice costituzionale all'impianto di produzione normativa predisposto dallo Stato per gestire l'emergenza.

Ma quel che più interessa in questa sede della sentenza n. 198 è, come si diceva, l'esplicita presa di posizione in favore della natura giuridica dei dpcm pandemici, giacché tale questione è di quelle che toccano i gangli nevralgici del diritto pubblico, chiamando in causa tematiche di grande rilievo dommatico, quali la ricerca dei criteri idonei ad identificare un atto come normativo, il fondamento e i limiti del potere di ordinanza, la definizione della stessa nozione di atto necessitato.

Se ne ha conferma nel dibattito molto intenso e articolato che la richiamata questione ha suscitato in sede scientifica. Ben prima di questo approdo della giurisprudenza costituzionale, infatti, il problema era stato tra quelli più discussi in dottrina ed aveva condotto ad esiti estremamente differenziati, nei quali – giova ricordare – la tesi alla fine recepita dalla Corte è rimasta isolata, essendo nettamente prevalsa l'opinione secondo la quale i dpcm pandemici andrebbero piuttosto assimilati alle ordinanze contingibili e urgenti.

A voler provare a sintetizzare – senza pretesa di esaustività – un così ampio confronto, che peraltro è ben lungi dall'essersi concluso come si evince dai numerosi commenti che la sentenza in esame continua a sollecitare[6], sembra

[5] Che per A. MANGIA, *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, in *Le Regioni*, 3/2021, p. 512, è «una sentenza normativa sull'ordine complessivo delle fonti perdurante la Pandemia».

[6] Tra i quali quello di A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fornteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2/2001; nonché A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustizia Insieme*, 19 gennaio 2022. Nel momento in cui si scrive non sono ancora disponibili i commenti pubblicati sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale*.

possibile individuare almeno sette diverse posizioni che, a seconda del grado di normatività di volta in volta attribuito all'atto, oscillano, con varie gradazioni, tra il minimo del provvedimento amministrativo e il massimo dell'atto sostanzialmente legislativo.

E così c'è chi ha inquadrato i dpcm nella categoria degli atti necessitati[7]; chi li ha accostati ai «provvedimenti attuativi di natura amministrativa generale non normativa»[8]; chi li ha ricondotti ad «atti di coordinamento tecnico basati sulle analisi scientifiche condotte sulla malattia»[9] e chi invece ha ritenuto che «appartengono […] al novero degli atti amministrativi generali, a contenuto normativo, e non a quello delle fonti di normazione secondaria»[10].

Secondo altri autori, invece, si tratterebbe di atti di natura regolamentare, «dato che i dpcm contengono misure che vietano comportamenti individuali e sanzionano penalmente le trasgressioni ai divieti, proprio come fanno di solito gli atti normativi»[11].

[7] C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 1/2021, p. 305; nonché, volendo, L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 123.

[8] A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online*, III, 2021, p. 846.

[9] Q. CAMERLENGO, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, *Le Regioni*, 4/2020, p. 750.

[10] In questo senso G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2021, p. 294. Di «atto amministrativo a contenuto normativo» parla anche P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec. 2020, p. 297. Anche per M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 1/2021, p. 403, si tratta di «atti amministrativi generali, che trovano il proprio fondamento giuridico nella riforma della Presidenza del Consiglio operata con la legge n. 400 del 1988». Adesivamente A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 10 agosto 2020, p. 7, che parla del «ricorso a un atto amministrativo generale». Lo ritiene un «atto amministrativo» senza ulteriori specificazioni R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, III, 2020, p. 524. Secondo L.A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale,* cit., il dpcm «è e rimane provvedimento amministrativo»

[11] G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2020. È questa la prospettiva fatta propria, più in generale, da U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, p. 27, secondo cui le regole (fatte da un'organizzazione in vista dell'esercizio di un certo potere) che si rivolgono all'esterno sono «in linea di principio atti normativi» quando impongono obblighi o divieti (perché «sarebbe irragionevole, ed al limite contraddittorio, ipotizzare che la Costituzione riservi una certa disciplina alla legge [all'art. 23 Cost.], atto normativo per eccellenza, e poi ammettere che la legge a sua volta possa spogliarsi parzialmente del suo potere a vantaggio di atti che vengono trattati come non normativi»), mentre «vanno apparentate alle norme interne» se «prevedono diritti, poteri, facoltà». Sono «atti regolamentari» anche per G. D'AMICO, *La libertà capovolta". Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 169, mentre R. MANFRELLOTTI, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 234, parla di atti «di natura sostanzialmente regolamentare».

La più esplicita presa di posizione in favore della loro classificazione tra le fonti secondarie – «cui però è attribuito un contenuto tipico delle fonti primarie» – è quella di Padula, il quale ritiene «difficile negare la natura normativa di un atto che limita i diritti costituzionali con disposizioni generali e astratte»[12]; a suo parere, infatti, siffatta limitazione è espressione di una «funzione sostanzialmente legislativa, che fa emergere una "carica" normativa dirompente che, unita ai caratteri della generalità e dell'astrattezza, li dovrebbe far considerare atti normativi»[13].

All'estremo opposto di queste ricostruzioni si colloca l'opinione di Ruggeri, per il quale è «giocoforza riconoscere [*ai dpcm*] non soltanto rango sostanzialmente primario ma, addirittura, superprimario, avendo prodotto (e producendo) effetti sospensivi (se non pure derogatori) nei riguardi dei diritti di libertà»[14].

La tesi che ha riscosso il maggior *favor* in sede dottrinale, però, è quella secondo cui i dpcm «sono ovviamente ordinanze, pur se nella forma tipica – per quell'organo – del decreto del Presidente del Consiglio»[15].

All'interno di questa opinione, poi, sembra possibile distinguere ulteriormente almeno due varianti fra quegli autori che pongono l'accento sulla non

Secondo M. CAVINO, *Comitato per la legislazione e d.P.C.M.: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, p. 403, anche il Comitato per la legislazione, nel parere rilasciato sulla conversione del decreto-legge n. 2 del 2021, «distinguendo tra ordinanze e d.P.C.M. sembra sottrarre i secondi all'ambito delle prime, qualificandoli implicitamente come fonti regolamentari, atipiche rispetto al modello dell'articolo 17, comma 3, della l. n. 400/1988». A suo avviso, tuttavia, tale tesi non è condivisibile perché «se i "d.P.C.M. di emergenza" avessero natura regolamentare non potrebbero derogare alle norme di legge, come invece è consentito […] alle ordinanze».

[12] C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., p. 176.

[13] C. PADULA, *ivi*, 177.

[14] A. RUGGERI, *Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 1/2021, p. 245.

[15] Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., 12. Di «ordinanze in forma di DPCM» parla anche S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 544. G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 388, ritiene che «[*c*]iò a cui ci troviamo di fronte è invece un uso massiccio di atti (i DPCM, appunto) dall'incerta natura giuridica (ma senz'altro riconducibili alla categoria delle ordinanze)». Adesivamente G. GUZZETTA, *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, 81. M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Annuario 2020 dell'Associazione italiana costituzionalisti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 269, parla del «ricorso allo strumento dell'ordinanza nazionale, nelle forme del DPCM» per fronteggiare l'emergenza. A sua volta M. COSULICH, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato meno Regioni*, in *Le Regioni*, 3/2021, p. 571, qualifica il dpcm come «un atto normativo […] che, anche in quanto ordinanza, è perfettamente in grado di sostiutirsi all'ordinanza di protezione civile». Anche secondo E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, p. 4, «[*c*]he tali DPCM rientrino tra le ordinanze *extra ordinem*, non sembrano esservi dubbi».

piena assimibilità tra dpcm e ordinanze contingibili e urgenti. E così se Bignami, pur ritenendo che non vi sia «nulla di male nel catalogarli nel *genus* delle ordinanze contingibili e urgenti», ne rileva «la abissale differenza che, nel caso di specie, li distingue dai provvedimenti di tal fatta»[16]; Mangia ne evidenzia il carattere di «ordinanze emergenziali di tipo nuovo, create *ad hoc* per l'occasione, che presentano solo alcune delle caratteristiche tradizionalmente proprie del diritto dell'emergenza»[17].

Neanche la giurisprudenza amministrativa è univoca sul punto, a partire da un passaggio della Relazione sulla giustizia amministrativa 2021 nel quale il Presidente Patroni Griffi sembra ricondurre i dpcm al novero delle fonti secondarie, allorché rileva che «le misure adottate nel corso dell'emergenza hanno suscitato un dibattito *sui limiti del potere di normazione secondaria del Governo*» (corsivo aggiunto).

Il Tar Calabria, invece, nell'annullare l'ordinanza regionale che consentiva la ripresa nel territorio regionale dell'attività di ristorazione non solo con consegna a domicilio e con asporto, come previsto dal dpcm *ratione temporis* vigente, ma anche mediante servizio al tavolo, esclude espressamente il carattere normativo di quel dpcm e lo qualifica come atto amministrativo generale[18].

Anche il Tar Lazio[19], chiamato poco dopo a pronunciarsi sull'ostensibilità dei verbali del Comitato tecnico-scientifico, nega che i dpcm siano atti

[16] M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il Coronavirus*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., p. 43.

[17] A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 153. L'Autore ritorna sull'argomento nel saggio *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, *Le Regioni*, 3/2021, p. 518, ribadendo che i dpcm pandemici «non sono altro se non una evoluzione particolare dell'istituto dell'ordinanza emergenziale: e costituiscono un caso anomalo di delegificazione temporanea di settori specifici dell'ordinamento, in cui l'effetto derogatorio disposto dal decreto-legge *sub condicione* tiene luogo della normale abrogazione *sub condicione* delle leggi di delegificazione». Una tesi che richiama quella sostenuta, più in generale, da M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1178, secondo il quale «l'effetto prodotto dagli alti normativi *extra ordinem* in tanto potrebbe ritenersi consentito, in quanto essi venissero intesi come condizioni al cui verificarsi l'effetto derogatorio, determinato – però – da una fonte primaria legittimante, si produrrebbe. Tanto, secondo un modulo concettuale e procedimentale analogo a quello già sperimentato (con successo) dall'art. 17 della I. n. 400 del 1988 in riferimento alla delegificazione. Anche in questo caso, però, cosi come in quello, la fonte primaria legittimante dovrebbe contenere indicazioni sufficientemente precise sui presupposti e sulle modalità dell'adozione, così come sui limiti e sui criteri guida, dell'atto legittimato, onde evitare che l'effetto legittimante opseri sul terreno della mera forma e non della sostanza».

[18] TAR Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, su cui cfr. *amplius* F.F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, p. 374 ss.; nonché C. SALAZAR, «*Spaghetti, pollo, insalatina e una tazzina di caffè*»... *ai tempi del coronavirus (in margine a TAR Calabria, sent. n. 841/2020)*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020, p. 599 ss.

[19] TAR Lazio, Sez. Prima Quater, 22 luglio 2020, n. 8615.

normativi, come tali sottratti all'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990, trattandosi di atti «privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico».

Ma questo giudice amministrativo non li ritiene neppure atti amministrativi generali, «con i quali hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari» e rilevandone la «peculiare atipicità» li accosta piuttosto alle ordinanze contingibili e urgenti, «in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali *tout court*, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare». Un accostamento, però, che non è neppure pieno, in quanto i dpcm – a differenza delle ordinanze – non avrebbero, secondo questo TAR, il presupposto della "contingibilità", atteso che essi «riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere».

Il Consiglio di Stato[20], invece, li considera in tutto e per tutto «atti equivalenti nella sostanza alle ordinanze contingibili e urgenti», che hanno «natura di atti generali, introduttivi di disposizioni di rango secondario, ancorché temporanee ed emergenziali»; ma ritiene anche che si tratti «indubbiamente [...] [*di*] atti di alta amministrazione, espressione di ampia discrezionalità, attraverso i quali il Governo ha attuato le fondamentali scelte politiche e amministrative di gestione della gravissima crisi pandemica».

Secondo i giudici di Palazzo Spada, tuttavia, «la questione della configurazione di tali atti [...] riveste a ben vedere un rilievo più formale e nominalistico che sostanziale», giacché le competenze e le procedure previste dal Codice della protezione civile e dalla legge n. 833 del 1978 ben possono essere derogate da una successiva norma primaria che demandi al dpcm la disciplina attuativa delle fattispecie da esso regolate.

Questa opinione, in vero, non può essere condivisa, perché tende a sminuire, nei fatti, la portata del problema che qui ci occupa e che riguarda atti – i dpcm pandemici – i quali, è bene ricordare, hanno prodotto la più penetrante limitazione dei diritti garantiti dalla Costituzione che il nostro ordinamento costituzionale abbia fin qui conosciuto.

Non è chi non veda, infatti, come dall'opzione teorica in favore del loro carattere normativo o amministrativo derivino implicazioni tutt'altro che trascurabili sul piano pratico, legate proprio alle esigenze di (miglior) tutela giurisdizionale da assicurare a diritti fondamentali della persona così profondamente incisi.

[20] Consiglio di Stato, Sez. I, 13 maggio 2021, n. 850.

Riconoscere ai dpcm pandemici natura regolamentare significa assoggettarli al peculiare regime delle fonti, con le conseguenze che ciò comporta in termini di ricorribilità in Cassazione per violazione di legge; di applicazione dei principi *iura novit curia* e *ignorantia legis non excusat*; di sottoposizione agli ordinari canoni ermeneutici di cui alle disposizioni sulle leggi in generale; di pubblicazione legale.

Il regolamento, inoltre, è inderogabile[21]; a differenza dell'atto amministrativo generale, può essere (anche) disapplicato in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità[22]; può essere sindacato dalla Corte costituzionale non solo in sede di conflitto tra enti e di conflitto tra poteri, ma di giudizio di legittimità costituzionale, sia quando il suo vizio è in realtà riconducibile alla fonte primaria che lo ha autorizzato; sia quando costituisce un «completamento del contenuto prescrittivo» della norma primaria e quindi può formare oggetto di giudizio unitamente ad essa[23].

Da questo punto di vista, infatti, ove il regolamento si configuri come atto che completa l'atto legislativo, per capire l'illegittimità della legge occorre capire quel che c'è scritto nel regolamento[24]; con la conseguenza, in tutti questi casi, che la portata *erga omnes* della decisione della Corte contribuisce a rendere (ancor) più intensa la tutela avverso violazioni dei diritti della persona recate da norme regolamentari.

Insomma, nei confronti di un dpcm che sia esplicazione di una funzione regolamentare un cittadino che si ritenesse leso in un suo diritto di libertà avrebbe una serie di garanzie che il trattamento giuridico proprio dell'atto amministrativo[25] non sarebbe in grado di apprestare.

[21] Come osserva A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, p. 6-7, «[*i*]l regolamento […] è atto sovraordinato rispetto a tutti gli atti amministrativi, anche generali, in virtù del suo fondamento legislativo e dei suoi caratteri intrinseci. Il regolamento, dunque, non è derogabile con atto concreto della stessa autorità che l'ha adottato […] e neppure di autorità amministrativa superiore».

[22] Lo sottolinea G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, 3/2016, p. 287.

[23] Tra le altre, Corte costituzionale, sentenza n. 200 del 2018 e n. 92 del 2021. Secondo M. MASSA, *Corte costituzionale e minimalismo*, in *Questione Giustizia*, 4, 2020, 58, una delle caratteristiche dell'attuale fase della giustizia costituzionale è proprio «la maggiore larghezza nel valutare l'ammissibilità […] di questioni su norme regolamentari».

[24] È una prospettiva che richiama alla mente la nota tesi espositiana del regolamento come diritto vivente, in forza della quale per valutare la costituzionalità di una legge non si può prescindere dal significato che essa assume in concreto nell'ordinamento in forza del regolamento che vi dà esecuzione. Cfr. C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962 605 ss. Più in generale, per l'opinione che i regolamenti siano fonti di carattere sostanzialmente primario, come tali sindacabili dalla Corte costituzionale, si veda C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffré, Milano, 1964, *passim*.

[25] Annullabilità d'ufficio o su ricorso; applicabilità della disciplina del procedimento amministrativo; sindacabilità in Cassazione limitata ai vizi di motivazione, non sottoponibilità al giudizio di legittimità costituzionale.

Di qui il senso di diffusa insoddisfazione provocato, almeno in chi scrive, dall'alto grado di incertezza che circonda un tema già di per sé controverso e che l'esistenza di opinioni così fortemente discordanti – anche al proprio interno – tra la dottrina, il giudice amministrativo e la Corte costituzionale non fa altro che accentuare.

Beninteso, questa varietà di giudizi sui dpcm non è certo una novità. Che essi «siano da sempre atti di non facile collocazione» in ragione del «loro uso poliedrico» e della «diversa natura che [...] assumono a seconda della loro utilizzazione» è una conclusione cui la dottrina più attenta a questi temi è pervenuta ormai da tempo[26].

Anche prima dell'esplosione dell'emergenza pandemica, infatti, il dpcm era ritenuto un atto ibrido[27], che poteva veicolare tanto un contenuto regolamentare; quanto avere natura di atto amministrativo generale[28] o di alta amministrazione[29]; oppure configurarsi come un provvedimento espressione di una scelta di carattere essenzialmente tecnico[30].

Ma il punto è che mai prima d'ora tali atti avevano avuto un così rilevante impatto sulla sfera dei diritti costituzionalmente garantiti, il che impone al costituzionalista un "supplemento d'anima" (e di riflessione), per inquadrare il problema all'interno delle categorie dogmatiche che fanno parte del suo bagaglio teorico, al fine di valutare se – ed eventualmente fino a che punto – tali categorie siano applicabili ai dpcm pandemici.

Con due essenziali avvertenze. La prima è che non sarà evidentemente possibile trattare in maniera esaustiva tutte le grandi questioni teoriche che l'oggetto dell'indagine implica – né d'altronde è questo l'obiettivo del presente

[26] M.C. GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su "Emergenza e Governo-Pubblica amministrazione"*, in *Rivista AIC*, 1/2021, p. 436.

[27] M.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*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 155 ss. Per una ricognizione delle più recenti tendenze nella prassi di adozione dei dpcm si veda M.A. GLIATTA, *L'uso dei dpcm nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, p. 1192 ss.

[28] Corte costituzionale, sentenza n. 83 del 2010, che qualifica come atto amministrativo generale il dpcm con cui, fino al 2012, veniva dichiarato lo stato di emergenza ai sensi dell'art. 5 della legge n. 225 del 1992.

[29] Il TAR Lazio, sez. II, 8 aprile 2003, n. 3276, ha ricondotto al novero degli atti di alta amministrazione il dpcm per il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale, di cui all'art. 19, c. 4, d.lgs. n. 165 del 2001, nonché il dpcm di nomina degli organi di vertice degli enti pubblici di ricerca, di cui all'art. 6, c. 2, d.lgs. n. 204 del 1998. Su tale categoria di atti amministrativi si veda tra gli altri V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Diritto pubblico*, 1/2009, p. 101 ss.

[30] Corte costituzionale, sentenza n. 39 del 2014, in riferimento al dpcm 21 dicembre 2012 che recepisce le linee guida deliberate dalla Conferenza Stato-Regioni per assicurare la corretta rilevazione dei fatti di gestione e la regolare tenuta della contabilità da parte dei gruppi consiliari regionali.

lavoro –, dovendoci qui limitare a richiamarle limitatamente agli aspetti che ci sembrano più rilevanti ai nostri fini.

La seconda è che nel condurre l'analisi non sembra possibile prescindere dall'insegnamento che D'Atena ha tratto dall'approccio con cui Aldo M. Sandulli affrontava il tema dei confini della normatività, vale a dire che «il giurista non è chiamato ad elaborare concetti fini a sé stessi […] ma opera in una dimensione pratica. Il che significa che la stessa dogmatica d'alta quota, la dogmatica più rarefatta e raffinata, in tanto si giustifica, in quanto serva a dare risposta alle domande che la vita incessantemente pone a chi è chiamato ad applicare il diritto»[31].

In questo spirito, allora, il presente contributo si propone di esaminare la questione della natura giuridica di tali atti muovendo dalla tradizionale concettualizzazione dei criteri (formali e sostanziali) di identificazione delle norme da parte della dottrina, nonché dalla loro successiva applicazione ad opera della giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

Dopo aver ricostruito la categoria delle ordinanze di necessità, oggetto di un'approfondita riflessione teorica specie alla luce dei limiti precisati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961 e quella dell'atto necessitato nella teorizzazione che ne ha fatto Massimo Severo Giannini, i richiamati criteri verrano saggiati sul "tipo" dpcm pandemico, per verificare se l'atto, alla luce dei caratteri essenziali che esibisce, possa essere riconosciuto o meno come normativo; e di conseguenza per individuare quale, tra le diverse posizioni espresse in dottrina e in giurisprudenza, si riveli più aderente al *test* di normatività qui condotto.

Scopo ultimo dell'indagine vorrebbe essere quello di invitare la comunità scientifica a continuare la riflessione sul tema; nonché, sulla scorta dell'auspicio di Rescigno per cui in materia di fonti è sempre «augurabile un pò d'ordine e di certezza»[32], di (provare ad) introdurre qualche elemento di chiarezza al fine di avvicinare le rispettive opinioni e pervenire ad approdi maggiormente condivisi, nella prospettiva di acquisire una maggiore "preparazione" anche da parte di coloro che a vario titolo operano nel campo del diritto in vista di future – non certo auspicabili, ma purtroppo sempre possibili – emergenze di questo genere.

2. Profili problematici degli indici di riconoscimento dell'atto normativo

Come ha osservato Staiano «[*p*]oche nozioni, invero, sono più tormentate di quella di normatività»[33]; un "tormento" che esprime in maniera molto efficace

[31] A. D'ATENA, *Aldo M. Sandulli e i confini della normatività*, in *Diritto e Società*, 4/2004, p. 473.

[32] G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1523.

[33] S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., p.

tutta la complessità di un tema che ancora oggi non può dirsi risolto in modo univoco, dati i cospicui margini di incertezza e di dubbio che continuano a circondarlo.

D'altra parte, già secondo Amato «[*l*]a riconoscibilità della norma secondaria e i relativi criteri costituiscono ancora, in molti casi, un problema apertissimo»[34], sicché non pare affatto azzardato annoverare tra i «molti casi» ancora aperti, da ultimo, anche quello dei dpcm pandemici.

Tali decreti, infatti, rappresentano un vero e proprio banco di prova per l'applicazione dei tradizionali criteri di identificazione delle norme, ponendo l'interprete che voglia provare a tirare una chiara e precisa linea di confine tra il territorio della normatività e quello della non normatività davanti a non trascurabili difficoltà. Il pensiero corre subito al monito di Crisafulli secondo cui «il concetto dell'atto normativo mal si presta ad una trattazione riassuntiva organica e lineare»[35].

A maggior ragione, dunque, l'indagine deve procedere con grande cautela, ben consapevole che le elaborazioni dottrinali intorno alla figura dell'atto normativo sono state molteplici e che nonostante questo – o forse proprio per questa ragione – i criteri sopra richiamati non risultano ancora del tutto assodati.

Sulla base di queste premesse non si può che prendere le mosse da Crisafulli, le cui riflessioni in materia di teoria delle fonti restano un punto di riferimento imprescindibile per chiunque voglia cimentarsi con questo tema.

A suo avviso, per sapere quali atti possano essere ricompresi tra le fonti «è necessario rinvenire nel sistema la "norma di riconoscimento", ossia [...] la norma attributiva di competenza normativa»[36]. «L'ideale sarebbe – proseguiva il Maestro – [...] che esistesse [...] una elencazione esplicita, completa e tassativa delle fonti legali, contenuta in Costituzione o in altra legge costituzionale [...] e che – per di più – fossero chiaramente specificati i contrassegni caratterizzanti formalmente i diversi tipi di fonti, in modo da renderle immediatamente riconoscibili»[37].

Quando la Costituzione contiene una norma del genere e quindi prestabilisce le «forme esclusive caratterizzanti gli atti di esercizio» del potere di creare diritto oggettivo, la scelta da essa effettuata non può che prevalere; di conseguenza, ai fini della determinazione delle fonti (primarie), viene accordato

537. Di un «groviglio di problemi che la categoria della normatività […] ha suscitato e suscita» parla R. BALDUZZI, *Splendore e decadenza di una figura controversa: le fonti atipiche*, in *Ius*, 2-3/2020, p. 568.

[34] G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (Aspetti problematici)*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 193.

[35] V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 238.

[36] V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, Cedam, 1993, p. 24.

[37] V. CRISAFULLI, *ivi*, p. 15.

rilievo prioritario ai contrassegni formali, quelli cioè legati a connotati esteriori dell'atto quali il *nomen iuris*, l'*iter* formativo, le modalità di esternazione, le forme di pubblicità legale, giacchè «le fonti sono [...] disciplinate in Costituzione più sotto il profilo dei soggetti e organi dai quali sono poste in essere [...] che non dal punto di vista dell'esser fonti (normative)»[38].

L'applicabilità dei criteri formali – primo fra tutti il *nomen iuris* – facilita, in un certo senso, l'identificazione dell'atto normativo da parte dell'interprete, perché esso è riconosciuto come tale per il fatto stesso di avere quella denominazione, al di là che esibisca o meno un contenuto generale e astratto. Di qui, in caso di scissione tra la forma (di legge) e il contenuto (disposizioni non generali e astratte), il rilievo decisivo dell'elemento onomastico.

Tale scissione, peraltro, chiama in causa la grande questione – cui non si può che accennare di sfuggita – della distinzione tra legge in senso materiale e legge in senso formale, a seconda che l'atto legislativo contenga o meno norme giuridiche.

Una distinzione che rimonta alla dottrina tedesca della seconda metà dell'Ottocento[39] e che, per quanto qui interessa più da vicino, è piuttosto equivoca. Essa, infatti, finisce per attrarre nell'orbita del concetto materiale di legge anche il regolamento, il quale, pur implicando «secondo tradizione l'idea di atto contenente disposizioni "generali ed astratte" e perciò normative»[40], è tuttavia espressione di una funzione completamente diversa da quella legislativa.

Ed infatti non sono state poche le critiche rispetto a una simile qualificazione del regolamento, che si possono ben condensare in questa alternativa posta da Foderaro: «o il concetto di legge viene desunto dalla forma che l'atto riveste e dagli organi da cui l'atto emana (criterio formale e soggettivo) ed allora qualunque norma e regola di diritto, non può mai, in difetto di quella forma, qualificarsi legge; ovvero, invece, quel concetto viene desunto dal contenuto normativo (criterio oggettivo e materiale) ed allora qualsiasi atto fornito di tale contenuto, da qualunque autorità emani, non può mai riguardarsi come vera legge»[41].

Alla fine il superamento della teoria della legge in senso materiale viene sancito anche dalla Corte costituzionale, che ha puntualizzato come «[*t*]anto la Costituzione (artt. 70 e 121), quanto gli Statuti regionali definiscono la legge, non già in ragione del suo contenuto strutturale o materiale, bensì in

[38] V. CRISAFULLI, *ivi*, p. 17.

[39] Secondo P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, Milano, Giuffrè, 2007, 10, «[*i*]l criterio essenziale ai fini della legge consiste pertanto nel contenuto ed è dunque un criterio materiale. In quale forma lo Stato esprima una regola giuridica non fa alcuna differenza, anche se questa forma è valida in sé».

[40] V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 18.

[41] S. FODERARO, *Il concetto di legge. Studi su la legge nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, F.lli Bocca, 1948, p. 123.

dipendenza dei suoi caratteri formali, quali la provenienza da un certo organo o da un certo potere, il procedimento di formazione e il particolare valore giuridico (rango primario delle norme legislative, trattamento giuridico sotto il profilo del sindacato, resistenza all'abrogazione, etc.)»[42].

Ed è esattamente su tale presupposto che la Corte, dopo aver chiarito che gli artt. 70, 76 e 77 Cost. «non definiscono la funzione legislativa nel senso che essa consista esclusivamente nella produzione di norme giuridiche generali ed astratte»[43], nega l'esistenza in Costituzione di disposizioni che comportano «una riserva agli organi amministrativi o "esecutivi" degli atti a contenuto particolare e concreto»[44], così aprendo all'ammissibilità delle leggi-provvedimento[45].

Rispetto a un orientamento fin qui granitico, va però segnalata la recente evoluzione che sembra profilarsi alla luce della sentenza n. 116 del 2020 nella direzione di una flessione della riserva di amministrazione.

La Corte, infatti, pur precisando che non vuole affatto «mettere in discussione il tema della "riserva di amministrazione" nel nostro ordinamento», osserva che «se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto»; donde l'irragionevolezza della disposizione censurata che aveva legificato «*una materia ragionevolmente inquadrabile fra quelle* naturaliter *amministrative*» (corsivo aggiunto).

Il giudice costituzionale, dunque, individua una categoria di materie – quelle «*naturaliter* amministrative», in quanto già oggetto di disciplina da parte della pubblica amministrazione – rispetto alle quali la "cattura" del legislatore va sottoposta, caso per caso, ad un giudizio di ragionevolezza.

[42] Corte costituzionale, sentenza n. 143 del 1989.

[43] Corte costituzionale, sentenza n. 60 del 1957. Non viene dunque accolta l'opinione secondo cui l'art. 70 farebbe coincidere la legislazione con la normazione e dunque si riferirirebbe alla funzione legislativa come funzione produttiva di leggi-norma, cioè generali e astratte. In dottrina, tra i tanti che negano questa coincidenza cfr. G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e prcessuali delle leggi sulla riforma fondiaria*, *Foro It.*, 1952, IV, p. 77, secondo cui «la competenza del potere legislativo non è quella di emanare norme, ma quella di emanare leggi, atti che si definiscono per caratteri diversi dalla normatività»; nonché G.U. RESCIGNO, *I regolamenti ministeriali secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1058, il quale rileva come l'art. 70 «dicendo che la funzione legislativa spetta alle Camere, non ha affatto inteso dire che la funzione normativa spetta alle Camere, cosicchè il parlamento è libero di creare nuove potestà normative in capo ad altri soggetti, purchè sprovviste della forza di legge (giacchè questo invece dalla lettura congiunta degli artt. 70, 76 e 77 è vietato)».

[44] Corte costituzionale, sentenza n. 143 del 1989.

[45] Tra le tante Corte costituzionale, sentenza n. 267 del 2007.

Questo indirizzo sembra chiaramente volto a contenere l'(ab)uso delle leggi-provvedimento, che rappresentano una delle più vistose manifestazioni di crisi della legge – *sub specie* della moltiplicazione dei suoi tipi – evidenziate dalla dottrina[46].

Ma non è chi non ne veda le ripercussioni rispetto all'opinione, che si considerava pacifica, per cui «non tutta la funzione legislativa può considerarsi normativa»[47]. Nel momento in cui la legge si emancipa dal contenuto particolare e concreto per essere riportata al suo "alveo naturale" di legge-norma (generale e astratta), neppure i criteri formali diventano più «decisivi» per identificarla, dovendo essere necessariamente integrati con quelli sostanziali. Viene allora da chiedersi quanto questo nuovo filone della giurisprudenza costituzionale possa contribuire a riportare *in auge* la vecchia tesi della legge in senso materiale, che si distingue dall'atto amministrativo non solo per i suoi caratteri estrinseci, ma anche per il contenuto.

Ma per tornare più da vicino al nocciolo della nostra questione è soprattutto sul versante delle fonti secondarie – ed in particolare dei regolamenti – che la questione della dissociazione tra la forma dell'atto e il suo contenuto va collocata ed indagata.

Prima della legge n. 400 del 1988, come noto, la mancanza di indici formali di riconoscimento poneva il problema di distinguere i regolamenti governativi dai decreti legislativi, nonché i regolamenti ministeriali dagli atti amministrativi generali adottati dal medesimo ministro nell'esercizio di una diversa potestà ad esso attribuita (amministrativa e non normativa secondaria).

Nonostante l'opportunità di tale intervento legislativo, però, si è dovuto ben presto prendere atto che l'art. 17 – per dirla con Pizzorusso – «non appare tale da fornire un contributo decisivo per la configurazione del potere regolamentare»[48], avendo al contrario favorito il dilagare del ben noto fenomeno della «fuga dal regolamento», che ha poi trovato nella figura dei decreti non aventi natura regolamentare una delle sue espressioni più plastiche[49].

[46] Si veda in particolare F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 349-350.

[47] D. NOCILLA, *Crisi della legge e tecnica legislativa*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. *Quaderno n. 1. Seminario 1989-1990*, in *https://studiparlamentari.it*, p. 70.

[48] A. PIZZORUSSO, *Il potere regolamentare dopo la legge n. 400/1988*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Milano, Giuffrè, 1991, p. 477.

[49] Si veda tra gli altri E. ALBANESI, *I decreti del governo «di natura non regolamentare». Un percorso interpretativo*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 169 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, p. 1 ss.; A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 5075 ss.

Tali decreti, infatti, pur non recando il *nomen iuris* di regolamenti, vengono qualificati e trattati come atti normativi regolamentari in ragione del loro contenuto e quindi devono essere assoggettati al regime proprio di questi ultimi (adozione in forma regolamentare col procedimento di cui all'art. 17). Di qui, sovente, la loro illegittimità per violazione di legge quando tale procedimento non sia stato seguito.

D'altra parte, che l'autoqualificazione legislativa «non ha carattere precettivo e vincolante», poiché la natura della norma cui essa si riferisce va comunque verificata con riguardo «"all'oggetto, alla ratio e alla finalità" [...] che ne costituiscono l'effettiva sostanza»[50] è orientamento costante del giudice costituzionale, che viene comunemente riferito ai tentativi del legislatore statale di ricondurre una determinata disciplina ad una materia di sua competenza, ma che ben può essere esteso, per la sua portata generale, anche ai profili qui considerati.

Ecco allora che di fronte alla complessiva insufficienza dei criteri formali a fornire all'interprete approdi sicuri, o perché mancanti[51], o perché comunque non decisivi sebbene presenti, «occorre anzitutto ricercare se altri contrassegni [...] anche sostanziali [...] soccorrano univocamente allo scopo di rendere possibile la riconoscibilità dell'atto come normativo»[52].

«Ad un certo punto [...] – chiosa Crisafulli – è inevitabile che l'identificazione delle fonti avvenga con riferimento a criteri sostanziali, ricercando nei singoli casi dubbi se l'atto da qualificare sia, per il suo contenuto e per gli effetti che è idoneo a produrre, o per il fine cui è istituzionalmente rivolto, esercizio di attribuzioni normative»[53].

Si tratta di criteri che, a differenza dei primi, hanno riguardo alla natura del potere esercitato e presentano un carattere sussidiario, nel senso che intervengono allorchè quelli formali si rivelino appunto inutilizzabili o inadatti allo scopo.

In realtà, l'esplosione della categoria dell'atipicità[54], legata proprio alla sopra richiamata dissociazione tra la forma e il contenuto dell'atto e favorita dall'avvento dello Stato sociale, che moltiplica i centri di produzione del diritto per cercare di rispondere con sempre maggiore efficacia ai bisogni materiali delle persone – bisogni via via divenuti più particolari e concreti –, ha finito

[50] *Ex multis* Corte costituzionale, sentenza n. 44 del 2021.

[51] Come fa notare lo stesso V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* cit., 24, allorché rileva che la norma di riconoscimento «raramente risulta da disposizioni espresse e non sempre si presenta di agevole decifrazione».

[52] F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, p. 52.

[53] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir*., XVII, 1968, p. 947.

[54] Su cui *amplius* R. BALDUZZI, *Splendore e decadenza di una figura controversa: le fonti atipiche*, cit., p. 558 ss.

per attribuire ai criteri sostanziali un ruolo di primo piano, relegando quelli formali sullo sfondo[55].

Ma è subito da avvertire che anche all'interno della sistematica dei criteri sostanziali sono presenti «aree di crisi»[56] che contribuiscono a rendere particolarmente fluidi e instabili i confini della normatività. Ciò chiarito, secondo un'opinione comunemente accettata gli attributi essenziali della norma giuridica sono da individuare, sul piano sostanziale, nella generalità e nell'astrattezza[57].

La generalità attiene ai destinatari della norma, i quali, affinchè tale requisito possa ritenersi soddisfatto, devono essere indeterminati. Al fondo, essa esprime l'istanza potente di uguaglianza, di matrice roussoviana, per cui la legge «è la stessa per tutti, sia che protegga, sia che punisca»[58]. «Quando dico che l'oggetto delle leggi è sempre generale – affermava infatti il Ginevrino – intendo dire che la legge considera i sudditi come corpo collettivo e le azioni come astratte, mai un uomo come individuo o un'azione particolare»[59].

Nella generalità, insomma, sta la fondamentale forza legittimante del diritto, che tanto più è in grado di adempiere alla sua funzione ordinante attraverso la produzione di norme che siano spontaneamente osservate, quanto più queste norme appaiano disancorate da ogni riferimento personale e vengano applicate a tutti i casi simili. «Senza questa nota di generalità – aggiungeva Codacci Pisanelli – è concepibile l'autorità e il comando di questa emanante, ma non è concepibile il diritto»[60].

L'astrattezza, dal canto suo, viene comunemente concepita come ripetibilità, sicché si dice astratta la norma che è suscettibile di innumerevoli applicazioni ogniqualvolta si verifichi la fattispecie in essa prevista.

Come anticipato, però, tali indici non sono mai stati «oggetto di definizioni pacificamente accolte in dottrina e in giurisprudenza, bensì di concezioni le più varie»[61]. E così la generalità viene ora riferita all'applicabilità della norma nello spazio (ad una massa indeterminata di soggetti), ora alla sua ripetibilità

[55] Al punto che la moltiplicazione degli atti atipici, secondo A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, cit., 5106, impone il completo «abbandono dei criteri formali di riconoscimento delle fonti in favore di un rinnovato criterio sostanzialistico della loro identificazione».

[56] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., p. 289.

[57] Come rileva V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., 26, «non vi ha dubbio che la massima concordanza di elementi di ordine logico-razionale e di ordine storico, ed insieme di valori ideologici e di motivi ed esigenze di carattere politico, si riscontra intorno al concetto della norma giuridica come generale e astratta: nella sua forma pura, precetto avente ad oggetto classi di situazioni possibili e suscettibile pertanto di indefinita applicazione».

[58] Art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1793.

[59] J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Bari-Roma, Laterza, 1997, p. 53.

[60] A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, p. 14.

[61] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 41.

nel tempo, così risolvendola nell'astrattezza[62]. Ed in effetti capita spesso che i due requisiti vengano declinati congiuntamente, quasi a formare un'endiadi, come due indicatori della ripetibilità del comportamento[63].

A sua volta dell'astrattezza si mette in risalto più che il profilo della ripetibilità il fatto che la norma «prende a oggetto della propria disciplina non singoli casi concreti, bensì casi tipici astrattamente ipotizzati»[64]; oppure se ne parla come di un carattere che consente la «riferibilità della disposizione a un numero *indeterminabile* di comportamenti», finendo così per sovrapporla inevitabilmente alla generalità siccome riferita «a un numero *indeterminabile* di soggetti»[65] (corsivi aggiunti).

La divergenza si registra anche sul piano giurisprudenziale. Se la Corte costituzionale parla dell'astrattezza quale «indefinita ripetibilità, nel tempo, delle regole contenute nell'atto, ovvero quale attitudine dell'atto stesso ad essere applicato tutte le volte in cui si verifichino i presupposti da esso indicati»; l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in una pronuncia "bussola" per la distinzione tra regolamento e atto amministrativo generale, sembra operare una sorta di inversione semantica tra i due concetti, allorchè afferma che devono essere intesi «come idoneità alla ripetizione nell'applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza)»[66].

Non è tutto. Al di là di queste oscillazioni definitorie, generalità e astrattezza presentano ben più vistose zone di crisi, che sono il riflesso della crisi di cui ormai da tempo è affetta la legge in ragione della sua perduta centralità nel sistema delle fonti[67].

Con riguardo alla generalità il problema fondamentale è che tale requisito non riesce a svolgere una funzione realmente discretiva, non essendo di per sé sufficiente a distinguere il regolamento dall'atto amministrativo generale, che

[62] Che «tra i giuristi l'aggettivo "generale" viene usato con significati diversi» è la constatazione di G.U. RESCIGNO, *Regolamenti regionali, atti normativi, atti non normativi, alla luce delle sentt. nn. 311 e 348 del 1990 della Corte cost.*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1905, nota 7.

[63] Prova ne sia questo passaggio di V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., 25, in cui l'Autore osserva che per norma generale e astratta si intende «nella sua forma pura […] precetto avente ad oggetto una classe di situazioni assunte come possibili, e pertanto suscettibile di indefinita applicazione (generale-astratta nel senso della "ripetibilità")».

[64] A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro It.*, vol. LXXVII, Parte IV, p. 220, nota 7.

[65] V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, cit., 6.

[66] Consiglio di Stato, Ad. Plen, 4 maggio 2012, n. 9, su cui *amplius* N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2012, p. 1209 ss.

[67] Si veda tra gli altri F. MODUGNO, *A mò di introduzione. Considerazioni sulla crisi della legge*, in ID (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 30 ss.

come il primo esibisce un analogo contenuto generale[68]. Che dire poi delle norme abrogratici, rispetto alle quali l'elemento della ripetibilità non è ravvisabile.

Quanto all'astrattezza, se con tale nozione si vuol far emergere, in ultima analisi, «la contrapposizione fra previsione di un'azione e azione concreta»[69], non si sfugge all'obiezione espositiana per cui «anche gli atti ritenuti concreti regolano in realtà delle astrazioni giuridiche»[70].

Ma soprattutto, dove il requisito dell'astrattezza viene messo maggiormente alla prova è sul terreno della temporaneità dell'atto, che di regola porta ad escluderne la natura normativa, perchè non in grado di approntare una disciplina dei rapporti giuridici stabile nel tempo[71].

Ecco allora che anche in ragione dell'inidoneità della coppia concettuale generalità-astrattezza a fungere sempre da indice certo di riconoscimento della normatività dell'atto, l'attenzione degli interpreti si è rivolta all'accertamento dell'ulteriore requisito della novità, intesa come attitudine della norma ad innovare l'ordinamento giuridico, creando nuovo diritto, facendo sorgere diritti e obblighi che prima non esistevano.

Tale criterio, a ben vedere, è strettamente connesso alla più intima vocazione della norma giuridica che è quella, ad un certo punto, di staccarsi dalla fonte che l'ha prodotta per immettersi nell'ordinamento giuridico e vivere di vita propria, facendo sistema con le altre norme che lo compongono. Ed è proprio in questa prospettiva che si spiega il rilievo preminente che alcuni autori hanno accordato al criterio della novità.

Secondo Aldo M. Sandulli, infatti, «in null'altro che nella "innovatività" rispetto al sistema normativo preesistente può essere [...] individuato, in via tendenziale, il momento caratterizzante degli atti normativi»[72]. A sua volta, per Crisafulli «la prima condizione, che disposizioni contenute in atti pubblici

[68] La «comune capacità di fungere da fonte di precetti generali e astratti ai fini della disciplina dei pubblici uffici o del controllo delle attività private» è rilevata da G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 371. Secondo la richiamata pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sopra richiamata «[*i*]l carattere normativo di un atto non può […] essere disconosciuto solo perché esso si applica esclusivamente agli operatori di un settore (nelle specie ai titolari di impianti per la produzione di energia da fonte solare) dovendosi, al contrario, verificare, se, in quel settore, l'atto è comunque dotato dei sopradescritti requisiti della generalità e dell'astrattezza». Dunque anche un atto settoriale può essere normativo

[69] G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (Aspetti problematici)*, cit., p. 198

[70] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 295.

[71] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 569 del 1988, che nega il carattere regolamentare di un decreto assessorile anche in ragione della sua durata limitata nel tempo (nella specie era annuale).

[72] A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione. Origine - Funzione - Caratteri*, Napoli, Jovene, 1970, p. 89.

autoritari debbono soddisfare per potersi considerare normative alla stregua dell'ordinamento positivo, è di essere innovative (rispetto a questo)»[73].

Nel pensiero di Crisafulli, poi, «[*n*]ovità (come costitutività della fattispecie) e generalità (come ripetibilità)» sono i due criteri che concorrono «ad integrare il concetto empirico del disporre (funzione normativa), in contrapposto al provvedere»[74].

Viene così in rilievo la celebre distinzione crisafulliana tra «il disporre, in linea preventiva e generale, cioè il dare regola all'azione, e il provvedere, caso per caso e in concreto»[75], che assurge a fondamentae criterio di orientamento ai fini della normatività di un atto, a seconda di quale sia il momento di volta in volta prevalente, benché, come avverte lo stesso Crisafulli, si tratta di un criterio che «non sempre si presenta nella pratica con contorni netti e precisi»[76].

I due autori, tuttavia, divergono sul modo di intendere la novità. Per A.M. Sandulli «quando si dice che le fonti di produzione giuridica hanno carattere innovativo dell'ordinamento, non si vuol limitarsi a significare che esse producono una *qualsiasi* modificazione nel mondo del diritto, bensì si vuol significare che esse innovano (o completano) il sistema giuridico che regge il corpo sociale, costituito appunto dalle fonti di produzione che compongono il sistema, e da esse soltanto»[77]; per Crisafulli, invece, la novità non può «intendersi in senso assoluto o iniziale, perché essa non si riscontrerebbe, allora, che in pochissime norme soltanto», dovendosi piuttosto ravvisare «un *quid novi* in qualsiasi statuizione giuridica, che rappresenti comunque sviluppo e incremento del sistema»[78]. A sua volta Rescigno mette l'accento sulla capacità di «innovare stabilmente» il diritto oggettivo[79].

Neppure il terreno della novità è però immune da zone di crisi, specie se si assume la ben nota prospettiva kelseniana per cui funzione creativa e funzione applicativa del diritto non sono affatto in (irriducibile) opposizione tra loro. Secondo Kelsen, infatti, «[*l*]a creazione del diritto è sempre un'applicazione del diritto […] ogni atto è normalmente creativo e applicativo del diritto al

[73] V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 255.

[74] V. CRISAFULLI, *ivi*, p. 256.

[75] V. CRISAFULLI, *ivi*, 255. Secondo 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*, Pisa University Press, 2006, p. 185, «[*l*]a fondamentale distinzione tra il previo disporre e il successivo provvedere in concreto costituisce ancor oggi una delle eredità più vitali dell'antico principio di separazione dei poteri, se si vuol conservare la natura di democrazia liberale al sistema costituzionale italiano».

[76] V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* cit., p. 30.

[77] A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 218-219, nota 4.

[78] V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 243.

[79] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 94.

tempo stesso. La creazione di una norma giuridica è, normalmente, un'applicazione di una norma superiore che regola tale creazione, e l'applicazione di una norma superiore è, normalmente, la creazione di una norma inferiore determinata dalla superiore»[80].

L'altro tipico fronte di crisi della novità è rappresentato dalla natura interna dell'atto. Proprio con riguardo ai dpcm previsti dalla legge n. 400 del 1988, il Consiglio di Stato aveva operato una *summa divisio* tra quelli emanati ai sensi dell'art. 21, comma 5 – per disciplinare l'organizzazione dei dipartimenti affidati ad un Ministro senza portafoglio – e quelli emanati ai sensi del comma 3 per la disciplina di uffici e dipartimenti non affidati alla responsabilità di soggetti esterni. Ebbene, i dpcm del primo tipo vengono considerati veri e propri regolamenti e assoggettati al procedimento di cui all'art, 17; quelli del secondo tipo ne sono invece dispensati, in ragione della loro natura meramente interna, quindi non normativa.

Per non dire dei regolamenti parlamentari, che si sono definitivamente affrancati dal retaggio statutario della loro rilevanza meramente interna (art. 61) solo di recente, allorchè la Corte li ha qualificati a chiare lettere «fonti dell'ordinamento generale della Repubblica, produttive di norme sottoposte agli ordinari canoni interpretativi»[81], così fugando – ovemai ce ne fosse stato ancora bisogno – ogni residuo dubbio a riguardo.

Va infine ricordato che i tre principali requisiti sostanziali sono stati variamente integrati, a seconda dei casi, con altri di ordine funzionale, quali il criterio dello scopo perseguito dall'atto[82] o quello della funzione regolativa esercitata[83].

[80] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 2009, p. 135.

[81] Corte costituzionale, sentenza n. 120 del 2014.

[82] È la tesi di M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 20.

[83] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, Jovene, 2003, p. 76, accomuna nella categoria delle fonti tutti gli atti aventi «vocazione e capacità di regolazione della convivenza». Valorizza la funzione regolativa dell'atto, al di là dei suoi indici sostanziali, anche R. BIN, *"Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale" - Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *www.robertobin.it*. A suo avviso «[*l*]a distinzione tra gli atti normativi e gli atti non normativi (come pure, all'interno dei primi, la distinzione tra le fonti primarie e quelle secondarie) non può fondarsi su una diversità di contenuti prescrittivi, cioè sul differente modo di fraseggiarne le disposizioni. Così come, sotto il profilo della sostanza prescrittiva, leggi e regolamenti sono interscambiabili, per lo stesso profilo entrambi possono sovrapporsi ad atti amministrativi generali, ad accordi, intese, programmi, contratti ecc. Come si scrivono le regole non ci dice molto sulla natura dell'atto che le contiene: questa è determinata dalla forma dell'atto, che a sua volta è connessa al procedimento con cui l'atto è prodotto, il quale poi giustifica la forza regolativa che l'ordinamento ad esso attribuisce».

3. Gli assestamenti della giurisprudenza costituzionale

Se questo è il retroterra teorico che fa da sfondo alla ricerca dei criteri necessari affinché un atto possa essere riconosciuto come normativo, non meno rilevante appare, ai fini dell'indagine, l'esame dell'applicazione che tali criteri hanno poi avuto da parte dei giudici, i quali hanno dato un contributo significativo al loro progressivo assestamento, sia nella direzione di privilegiare l'approccio sostanzialistico ai fini dell'accertamento della normatività dell'atto; sia nell'*actio finium regundorum* tra regolamenti e atti amministrativi generali.

Cominciando la disamina dalla giurisprudenza costituzionale, quando la Corte si è trovata di fronte al problema di dover accertare la natura giuridica di un dpcm ha esibito per lungo tempo un atteggiamento elusivo, preferendo in un certo senso schivare l'argomento, cioè risolvere la questione posta alla sua attenzione – avente per lo più ad oggetto la presunta lesività dell'atto rispetto a competenze regionali – senza prendere posizione sul tema specifico, ma limitandosi a verificare quale materia venisse di volta in volta in rilievo al fine di individuare chi tra Stato e Regione fosse l'ente titolare della competenza ad adottare l'atto contestato[84].

Sul punto l'orientamento è costante sia in epoca precedente alla modifica del Titolo V della Costituzione, sia – almeno in una prima fase – dopo la revisione del 2001. La quale, nel disciplinare il riparto della potestà regolamentare ai sensi dell'art. 117, sesto comma, ha dotato di copertura costituzionale una regola – quella della separazione delle competenze – che già governava i rapporti tra fonti secondarie dello Stato e fonti regionali[85], così aprendo un nuovo capitolo nella saga della "fuga dal regolamento".

Infatti, per aggirare il divieto di regolamenti statali nelle materie di competenza regionale, è invalsa la prassi a livello ministeriale di emanare decreti espressamente qualificati come aventi «natura non regolamentare» in modo da

[84] Di una giurisprudenza costituzionale che «tende a minimizzare il problema dell'identità delle fonti normative, censurando tuttalpiù la lesione delle competenze regionali» ha parlato G. RIVOSECCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 1-2/2019, p. 96. Adesivamente T. CERRUTI, *I decreti ministeriali non regolamentari: alterazione fisiologica o patologica del sistema delle fonti e del riparto di competenze fra Stato e Regioni?*, in *Giur. It.*, 2013, p. 5, secondo cui «la Corte non basa il proprio giudizio sulla natura dell'atto, quanto sulla corretta attribuzione della materia». Una Corte «parsa per lungo tempo sostanzialmente indifferente circa la natura regolamentare o meno degli atti oggetto di conflitti di attribuzione» è quella descritta da E. ALBANESI, *La Corte consolida la propria giurisprudenza sul percorso interpretativo da seguire in un giudizio costituzionale avente ad oggetto un atto d'incerta natura regolamentare*, in *Giur. It.*, 2012, p. 8-9.

[85] Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, un regolamento governativo o ministeriale non può contenere norme volte a limitare la sfera di competenza delle Regioni nelle materie loro attribuite, disattendendo le regole costituzionali relative all'ordine delle fonti normative, nonché i principi espressamente sanciti dall'art. 17, comma 1, lett. *b*) e comma 3, della legge n. 400 del 1988. *Ex multis* Corte costituzionale, sentenze nn. 482 e 333 del 1995; nn. 461 e 97 del 1992.

non incorrere nella violazione del richiamato parametro costituzionale; una prassi – inutile dirlo – palesemente *in fraus constitutionis*[86], che infatti determinerà un *revirement* nella giurisprudenza costituzionale.

Emblematico dell'iniziale tendenza della Corte a lasciare sullo sfondo questo genere di questioni è un passaggio della sentenza n. 250 del 1996, concernente un dpcm con cui venivano determinati i compensi per i componenti delle commissioni di tutti i concorsi banditi dalle pubbliche amministrazioni.

Il giudice costituzionale afferma infatti che l'atto «pales[*a*] […] caratteri di invasività che, a ben vedere, trascendono anche il problema, sul quale indugia la ricorrente, della natura giuridica del medesimo. Sia a ritenere il provvedimento che dà luogo al conflitto un regolamento [...] sia a considerarlo un atto di indirizzo e coordinamento [...] sia a reputarlo un atto governativo a contenuto generale, esso lede sicuramente la sfera di competenza regionale in materia di personale». Il fuoco, dunque, non è sulla natura giuridica dell'atto, ma appunto sulla spettanza della materia.

L'altro grande filone giurisprudenziale che riguarda i dpcm è quello della loro utilizzazione come atti di esercizio della funzione governativa di indirizzo e coordinamento dell'attività amministrativa delle Regioni, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 382 del 1975.

Sin dalla sentenza n. 150 del 1982 la validità di tali atti è stata essenzialmente valutata alla stregua del principio di legalità inteso in senso sostanziale, dovendo la Corte verificare l'esistenza di una base legislativa idonea, che cioè non si limiti a fondare formalmente il potere del Governo, ma ne delimiti adeguatamente la discrezionalità attraverso la previa determinazione dei criteri ai quali esso deve attenersi. Pertanto, neanche rispetto a questa tipologia di dpcm la questione della loro natura giuridica è stata risolutiva ai fini dello scrutinio di costituzionalità.

Questa sorta di ritrosia del giudice costituzionale si registra (in parte) anche dopo la riforma del Titolo V. La Regione Marche aveva sollevato un conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri che, con proprio decreto, aveva aggiornato le disposizioni in materia di cerimoniale. Riteneva si trattasse di un atto amministrativo di indirizzo e coordinamento che interferiva con una materia di competenza residuale regionale, quale doveva intendersi la disciplina dell'ordine delle precedenze degli organi regionali.

La Corte rigetta il ricorso prescidendo del tutto dalla qualificazione giuridica dell'atto e considerandolo semplicemente espressione della competenza

[86] Di «un sotterfugio per eludere l'applicazione del 6° co. del nuovo art. 117 Cost» hanno parlato F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un "non regolamento" statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2003, p. 356.

esclusiva statale in materia di organizzazione amministrativa dello Stato, cui la materia va ricondotta[87].

Ad un certo punto, invece, il giudice costituzionale modifica il suo approccio e inaugura un orientamento che dà la priorità alla qualificazione dell'atto in termini di esercizio o meno di potestà regolamentare: tale qualificazione, dunque, diventa pregiudiziale rispetto allo scrutinio di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, sesto comma, Cost.

Il nuovo indirizzo emerge in modo netto a partire dalla sentenza n. 278 del 2010, che riguarda la natura del potere attribuito al Cipe di definire, con propria delibera, le tipologie degli impianti per la produzione di energia nucleare che possono essere realizzati nel territorio nazionale.

Ancorchè non abbia ad oggetto un dpcm, la sua importanza consiste nell'esplicito rilievo che la Corte accorda ai criteri sostanziali per escludere che la potestà conferita al Cipe sia di tipo regolamentare.

Ad avviso del giudice costituzionale, infatti, «non possono essere requisiti di carattere formale, quali il *nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sè l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito».

Diversamente opinando, infatti, la qualificazione legislativa di un atto del Governo come non avente natura regolamentare diventerebbe un grimaldello per scardinare l'ordine costituzionale delle competenze ed è proprio per scongiurare una simile evenienza che la Corte fissa la sua attenzione sul contenuto dell'atto piuttosto che sui suoi contrassegni formali.

Tale approccio ermeneutico si consolida nella successiva sentenza n. 275 del 2011 sulle linee guida in materia di fonti di energia rinnovabile. Qui la Corte sembra per la prima volta delineare un vero e proprio *test* di giudizio su un atto dalla incerta natura regolamentare, articolato in tre distinte fasi: anzitutto l'esame del quadro normativo in cui l'atto si colloca; quindi l'indagine sulla sua natura giuridica attraverso l'applicazione degli indici sostanziali di qualificazione delle fonti; infine lo scrutinio della sua legittimità costituzionale.

Ma la definitiva conferma del *favor* dei giudici di Palazzo della Consulta per i criteri sostanziali ai fini del riconoscimento di un atto come regolamento si rinviene nella sentenza n. 141 del 2016, avente ad oggetto il dpcm con il quale venivano individuati gli importi e le destinazioni delle riduzioni di spesa a carico delle Regioni, nel caso in cui non fosse stata raggiunta l'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

[87] Corte costituzionale, sentenza n. 104 del 2009.

Nell'escludere che la disposizione impugnata, rinviando al dpcm, violasse l'art. 117, sesto comma, la Corte afferma infatti che «[*n*]el caso in esame […] non ricorrono "gli indici sostanziali che la giurisprudenza costante di questa Corte assume a base della qualificazione degli atti come regolamenti". In particolare, non ricorre di certo il requisito dell'astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità, nel tempo, delle regole contenute nell'atto, ovvero quale attitudine dell'atto stesso ad essere applicato tutte le volte in cui si verifichino i presupposti da esso indicati».

Dalla giurisprudenza passata in rassegna emergono due indicazioni particolarmente rilevanti ai fini del *test* di normatività cui sottoporremo i dpcm pandemici. In primo luogo, che il criterio dell'astrattezza è il vero *discrimen* al fine di distinguere, dentro la categoria degli atti generali, la *species* degli atti normativi da quella degli atti amministrativi.

In secondo luogo, che quando l'atto è espressione di una scelta «essenzialmente tecnica», ciò porta la Corte a negarne la natura regolamentare in ragione del carattere puntuale delle sue previsioni, della loro durata temporanea e dell'interesse concreto alla cui cura l'atto è preordinato[88].

In questi casi, a ben vedere, è proprio il canone dell'astrattezza a venir meno, privando l'atto della capacità di fornire una regolazione stabile nel tempo dei rapporti giuridici per la cui disciplina era stato adottato.

Per quanto riguarda invece il requisito della novità questo deve fare i conti con il carattere «meramente esecutivo» dell'atto, nel quale la Corte ha ravvisato uno dei principali impedimenti al riconoscimento della sua natura normativa sin dalla sentenza n. 61 del 1963[89].

La questione riguardava una legge che stabiliva il principio per cui particolari categorie professionali, in alcune località, potevano beneficiare dei sussidi

[88] È sulla base del contenuto essenzialmente tecnico che la Corte – per restare ai soli decreti del Presidente del Consiglio – riconduce all'esercizio di una funzione amministrativa quello che recepisce le linee guida deliberate dalla Conferenza Stato-Regioni per la definizione della struttura del rendiconto dei gruppi consiliari (sent. n. 39 del 2014); nonché quello che individua gli importi e le destinazioni delle riduzioni di spesa a carico delle Regioni, in caso di mancata intesa in sede di Conferenza (sent. n. 141 del 2016). Ma la stessa argomentazione è utilizzata dal giudice costituzionale nei confronti della delibera Cipe con cui sono definite le tipologie degli impianti per la produzione di energia nucleare che possono essere realizzati nel territorio nazionale (sent. n. 278 del 2010); del decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia che disciplina l'erogazione di incentivi statali a favore delle Regioni che abbiano applicato volontariamente le riduzioni di spesa previste nei loro confronti (sent. n. 139 del 2012); nonché del decreto sempre del Ministro dell'economia che avvia il funzionamento del sistema di tesoreria unica (sent. n. 311 del 2012). Sulle «norme tecniche» e sulla loro distinzione dalle «regole tecniche» e dalla «regolazione a carattere tecnico scientifico» si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; nonché F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001.

[89] C. ESPOSITO, *Sugli atti ministeriali con forza di legge*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 543.

straordinari di disoccupazione e demandava poi ad un decreto ministeriale la determinazione concreta di tali categorie e località.

Nel negare che tale decreto avesse forza di legge e quindi potesse essere sottoposto al suo sindacato ai sensi dell'art. 134, la Corte osserva che «[*q*]uanto al suo contenuto, è da escludere che il decreto impugnato abbia in sé quel contenuto innovativo del preesistente ordinamento legislativo che è caratteristico della legge o dell'atto avente, comunque, forza di legge. *Il legislatore [...] prevede esso, nella legge del 1949, la serie di ipotesi, astratte e generali, organicamente collegate, che danno luogo alla concessione del sussidio straordinario di disoccupazione, ponendo così in essere una compiuta ed esauriente disciplina della materia: al Ministro, in sostanza, resta solo affidata la materiale attuazione del precetto legislativo*, che si estrinseca nella scelta delle località e delle categorie di lavoratori cui applicare il beneficio previsto dalla legge» (corsivo aggiunto).

Questo orientamento viene poi ribadito nella sentenza n. 311 del 1990, sebbene in riferimento ad una legge regionale che affidava alla Giunta gli interventi operativi ed attuativi dei criteri per la realizzazione del sistema informativo regionale deliberati dal Consiglio.

Secondo la Corte tali interventi «hanno natura meramente esecutiva» e ciò comporta che «[*a*]lla Giunta non è affatto conferita una potestà regolamentare ma è demandato il compimento soltanto di atti esecutivi ed attuativi».

Si tratta di un'altra indicazione particolarmente rilevante ai nostri fini, perché porta a ritenere che, in mancanza di un'esplicita attribuzione di potere regolamentare, l'esercizio di una mera potestà di esecuzione di previsioni, misure, interventi già predeterminati dalla legge debba considerarsi un chiaro indice sintomatico di una semplice attività amministrativa e non assurga al rango di attività normativa, neppure quando si estrinsechi attaverso enunciati di carattere generale.

Che l'attributo della novità abbia assunto anche nell'argomentazione della Corte un ruolo centrale ai fini della riconduzione di un atto nel novero delle fonti lo si ricava, a tacer d'altro, dalla sentenza n. 346 del 2010, avente ad oggetto un decreto legislativo che disponeva la permanenza in vigore di un precedente regio-decreto del 1923 sulla denominazione dei comuni dei territori annessi e che la Provincia di Bolzano riteneva invasivo della sua competenza esclusiva in materia di toponomastica.

La Corte dichiara la questione inammissibile perché le norme impugnate non hanno capacità lesiva, rilevando come «[*p*]roprio in ragione della sua funzione meramente ricognitiva, il decreto legislativo n. 179 del 2009 appare [...] sprovvisto di una propria e autonoma forza precettiva o, se si preferisce*, di quel carattere innovativo che si suole considerare proprio degli atti normativi*» (corsivo aggiunto).

A ben vedere, infatti, l'atto si limitava ad individuare le disposizioni da mantenere in vigore senza introdurre alcuna modifica nella disciplina preesistente e dunque senza produrre – crisafullianamente – quell'effetto costitutivo dell'ordinamento come diritto oggettivo che inerisce al concetto stesso di norma giuridica.

4. La giurisprudenza amministrativa sulla distinzione tra regolamento e atto amministrativo generale

La preferenza assegnata agli indici sostanziali come principale strumento di discernimento della natura normativa o amministrativa di un atto rappresenta, in vero, una sorta di *acquis* giurisprudenziale, nel senso che è ormai patrimonio comune tanto della giurisprudenza di legittimità, quanto di quella amministrativa.

Secondo la Suprema Corte, infatti, «ai fini del riconoscimento della natura regolamentare o meno di un decreto ministeriale, occorre avere riguardo essenzialmente al contenuto dell'atto medesimo, essendo, altrimenti, facilmente eludibile, ad opera del potere esecutivo, la procedura di cui al citato art. 17, omettendo di denominare come "regolamenti" provvedimenti aventi invece un intrinseco contenuto di regolamento»[90].

Il Consiglio di Stato, a sua volta, ritiene che «ai fini [...] della individuazione della natura dell'atto, non operando un principio di tipicità delle fonti, con riferimento agli atti di formazione secondaria, deve soccorrere una indagine di tipo sostanzialistico»[91].

Proprio alla giurisprudenza amministrativa, peraltro, si deve la definitiva sistemazione della questione tanto agitata in dottrina sulla differenza tra regolamenti e atti amministrativi generali[92], che ha rappresentato il classico banco di prova per testare l'applicazione degli indici sostanziali di riconoscimento delle fonti.

Gli atti amministrativi generali, infatti, operando «nei confronti di una generalità indeterminata di destinatari e [*essendo*] volti a risolvere specifici

[90] Cassazione civile, sez III, n. 1972 del 2000.

[91] Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2674 del 2012.

[92] Che secondo L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 40, ha rappresentato «un vero e proprio cavallo di battaglia per gli amministrativisti e per gli stessi costituzionalisti». Come rileva A. PIZZORUSSO, *Art. 1-9. Fonti del diritto. Disposizioni preliminari*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 604, «il problema centrale dell'individuazione della funzione regolamentare e della fonte del diritto che da essa è prodotta consiste nella distinzione, da un lato, della funzone regolamentare dalla funzione legislativa ordinaria e dall'altro lato, di tale funzione dalla funzione amministrativa consistente nella produzione di atti amministrativi, anche generali, ma non normativi». Di «ampia area "grigia" di confine» tra fonti secondarie e atti amministrativi parla M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministraivo*, relazione al Convegno AIPDA 2015 su «Le fonti nel diritto amministrativo», in *www.aipda.it*, p. 8.

problemi già disciplinati in astratto dall'ordinamento»[93], sono quelli che presentano le maggiori affinità con i regolamenti, i quali si pongono tradizionalmente al crocevia tra la funzione legislativa e quella esecutiva[94] e si presentano del pari come atti «a carattere generale posti in essere da autorità amministrative, e subordinati alla legge»[95].

Per tale ragione D'Atena ha definito «particolarmente imbarazzante»[96], sul piano della teoria delle fonti, la categoria degli atti amministrativi generali, giacchè fa emergere il "tallone d'Achille" della generalità a fungere da efficace criterio distintivo degli atti normativi.

Nelle elaborazioni della dottrina più risalente la natura non normativa degli atti amministrativi generali era ricondotta alla mancanza di una volontà normativa[97], ovvero, nella riflessione gianniniana, di una causa normativa. Secondo Giannini, infatti, «i provvedimenti, in quanto atti amministrativi, hanno per scopo la cura di un interesse concreto e puntuale, che ne costituisce il motivo. Nei regolamenti lo scopo non è la cura dell'interesse pubblico: questo potrà essere un'occasione; ma lo scopo è quello tipico di qualsiasi atto normativo: la regolamentazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico»[98].

Si deve ad Aldo M. Sandulli, come noto, la principale obiezione a queste tesi di matrice soggettivistica, «non essendo semplice, sul piano pratico, stabilire dove sussista nell'agente una volontà o una causa legislativa, e dove no»[99].

A suo avviso «non è certo la presenza o la mancanza di una intenzione legislativa nell'agente a far si che una disposizione [...] acquisti o non [...] natura regolamentare. *La certezza del diritto esige che tale natura inerisca ai caratteri obiettivi – e immediatamente rilevabili – delle disposizioni*»[100] (corsivo aggiunto).

Di qui l'esigenza di guardare al contenuto dell'atto ed in particolare, nella riflessione sandulliana, alla sua novità. Secondo Sandulli, infatti, il primo elemento che differenzia i regolamenti dai meri atti amministrativi generali «è

[93] A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 217.

[94] La peculiarità dei regolamenti in ragione dei loro punti di intersezione con le due funzioni è ben colta da SANTI ROMANO, *Princìpi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, allorché rileva come «la funzione legislativa e la funzione esecutiva trovano un punto in cui s'incontrano e si esplicano con atti di carattere misto, che costituiscono una legislazione amministrativa minore e secondaria, rispetto a quella delle leggi formali, e anche un'amministrazione normativa superiore all'amministrazione concreta che si estrinseca in singoli provvedimenti».

[95] A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 217.

[96] A. D'ATENA, *Aldo M. Sandulli e i confini della normatività*, cit., p. 467.

[97] C. ESPOSITO, *Sugli atti ministeriali con forza di legge*, cit., p. 542.

[98] M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, cit., p. 20.

[99] A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 218.

[100] *Ibidem.*

dato, per definizione, dal fatto che questi – non essendo fonti di produzione giuridica – non hanno carattere innovativo dell'ordinamento»[101].

Oltre a ciò gli atti amministrativi sono anche privi del predicato dell'astrattezza, il che «inerisce necessariamente alla circostanza che si tratta di atti volti a risolvere in concreto specifici problemi, la cui disciplina in astratto è già posta dall'ordinamento»[102].

E tuttavia, a proposito del peso che i due requisiti hanno nel pensiero di A.M. Sandulli, «[*s*]e [...] la mancanza del carattere di fonte di produzione, e cioè di forza innovativa, *va considerata come sufficiente elemento di differenziazione della categoria*, la concretezza della fattispecie avuta di mira va considerata come attributo essenziale degli atti che in essa rientrano, *e quindi come indizio di riconoscimento*» (corsivi aggiunti)[103].

Sembrano qui ravvisarsi le prime avvisaglie di quell'evoluzione del pensiero del Maestro[104] che lo porterà, nei lavori successivi, a scindere più nettamente l'astrattezza dalla novità fino a ravvisare solo in quest'ultima l'attributo specifico della norma giuridica. Ma già sulla base di questa sua originaria impostazione egli conclude che in mancanza dei due requisiti gli atti amministrativi generali «non sono mai atti normativi».

I successivi sviluppi della prassi vedranno «[*l*]a linea di discrimine [...] spostata a favore degli atti generali e a scapito dei regolamenti, in continuità con una produzione regolamentare che aveva da tempo imboccato la strada della atipicità, riottosa sia ai vincoli legislativi sia ai canoni di un procedimento formale»[105].

Di fronte allo "smottamento" dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988, che si è rivelato del tutto inidoneo ad incanalare l'esercizio del potere regolamentare entro le forme prescritte, è stata soprattutto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a (provare a) mettere un argine[106], da una parte ribadendo la cogenza del modulo procedimentale previsto dal legislatore per l'esercizio della potestà regolamentare del Governo[107]; dall'altra, tracciando un confine ormai sicuro

[101] A.M. SANDULLI, *ivi*, p. 219.

[102] A.M. SANDULLI, *ivi*, p. 220.

[103] *Ibidem.*

[104] Segnalata da A. D'ATENA, *Aldo M. Sandulli e i confini della normatività*, cit., p. 468 ss.

[105] A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, cit., p. 5096. Una atipicità che, secondo M. DELLA MORTE, *Il potere regolamentare sistematica e effettività: tendenza e prospettive*, in *federalismi.it*, numero speciale 2/2017, p. 3, «non è affatto fluidità o, addirittura – come pure potrebbe pretendersi – condizione debitrice della mutevolezza propria del dato storico reale, quanto, in termini maggiormente prosaici, disordine funzionale alla garanzia di un decisionismo strumentale, volontariamente irrispettoso delle regole formali».

[106] Nella già citata pronuncia del 2012.

[107] Allorchè ha affermato che «deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti "atipici", di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga in ordine alla

tra regolamenti e atti amministrativi generali, grazie agli importanti chiarimenti offerti in ordine al significato da attribuire al requisito della generalità, che accomuna entrambi i tipi.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, la natura normativa di un atto non può essere negata in ragione della sua dimensione "settoriale", perché «la "generalità" e l'"astrattezza" […] non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell'ordinamento». Pertanto che l'atto si applichi solo agli operatori di un determinato settore non osta alla sua qualificazione come normativo.

Piuttosto, occorre avere riguardo, in quel settore, al criterio della indeterminabilità dei destinatari e da questo punto di vista «è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori* (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili *a priori*, ma certamente determinabili *a posteriori* in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

La giurisprudenza successiva affinerà ulteriormente la distinzione, anche alla luce di alcuni significativi arresti della Corte di Cassazione[108]. Ciò che distingue i regolamenti dagli atti amministrativi generali viene individuato nel fatto che «questi ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili. I regolamenti, invece, sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono»[109].

A differenza del regolamento, quindi, l'atto amministrativo generale si caratterizza per la mancanza di un contenuto astratto, perché nel rivolgersi a destinatari non determinabili *a priori*, ma solo *a posteriori*, lo fa comunque *una tantum*: i candidati che si presenteranno a *quel* concorso, le imprese che

possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 legge n. 400/1988».

[108] Cassazione civile, sez. un., 28 novembre 1994, n. 10124; Cassazione civile, sez. III, 5 luglio 1999, n. 6933.

[109] Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823.

saranno ammesse a *quella* gara d'appalto, tanto per citare i due tipici casi di scuola.

Sicchè, in ultima analisi, è proprio sul piano dell'astrattezza che si apprezza in pieno la distinzione tra le due tipologie di atto. Da questo angolo visuale, infatti, mentre nel caso dei regolamenti il fondamento giustificativo del relativo potere riposa nell'esigenza di disciplinare nel corso del tempo una serie indefinita di situazioni astrattamente prefigurate; nel caso dell'atto amministrativo generale, invece, sta nel perseguire in concreto un interesse pubblico, peraltro di portata temporalmente circoscritta.

5. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza

Il vaglio dell'opinione della prevalente dottrina che ha ricondotto i dpcm pandemici al tipo delle ordinanze di necessità e urgenza esige il preliminare inquadramento teorico di tali atti nel più ampio contesto del fondamento e dei limiti di esercizio del potere di ordinanza.

Nel suo celebre studio su *Potere di ordinanza e atti necessitati* Massino Severo Giannini osserva come nello Stato assoluto tale potere non aveva alcun limite e «coincideva perciò con la discrezionalità assoluta», nonché con la concezione alla base di quella forma di Stato secondo cui «per il bene comune, valutato dall'autorità, ogni agire dell'autorità è ammesso»; nello Stato costituzionale, invece, il potere di ordinanza «diviene eccezionale, ed ha la funzione di valvola cui si ricorre in casi estremi»[110], sicchè esso viene minuziosamente disciplinato quanto a presupposti, contenuti e modalità d'esercizio.

La riflessione gianniniana risale al 1948, nel momento in cui, cioè, comincia ad avvertirsi in misura crescente nella riflessione scientifica il problema della conformità alla nuova Costituzione dei tanti poteri di ordinanza che la legislazione di epoca fascista aveva conferito ad autorità amministrative statali e locali.

Tra di essi il «più insidioso»[111] – come lo stesso Giannini ebbe a definirlo – era senza dubbio quello previsto dall'art. 2 del Testo unico di pubblica sicurezza del 1931, ai sensi del quale «[*i*]l prefetto, nel caso di urgenza o per grave

[110] M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Scritti 1938-1948*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 951.

[111] M. S. GIANNINI, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione*, in *Democrazia e Diritto*, 1960, p. 67. Tant'è che A. PIZZORUSSO, *Vent'anni dopo*, in *Il Foro italiano*, 1977, I, p. 277, si sorpendeva che «dei poteri prefettizi, tipici di un'amministrazione centralizzata ed autoritaria, si continui a parlare (dimenticando, per non dire altro, il famoso grido di Luigi Einaudi) come di un istituto che trova nell'attuale ordinamento una sua collocazione, invece che come di un relitto degli ordinamenti del passato». Più di recente la Corte è tornata sui poteri del prefetto nella sentenza n. 195 del 2019, ritendendo illegittimo il potere sostitutivo ad esso attribuito nelle attività di Comuni e Province, ai sensi dell'art. 28, primo comma, del decreto-legge n. 113 del 2018 (cd Decreto sicurezza), in quanto lesivo dell'autonomia degli enti locali, nonché del principio di tipicità e legalità dell'azione amministrativa.

necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

Ed è proprio rispetto a tali provvedimenti che la Corte costituzionale, in due famose sentenze dei primi anni della sua attività, ha precisato lo spazio che nel nuovo ordinamento residua all'esercizio del potere di ordinanza[112]; potere – giova ricordare – «essenzialmente derogatorio»[113] della legislazione vigente, attraverso il quale si provvede a fronteggiare situazioni di fatto non espressamente previste dal legislatore.

Si tratta allora capire a che titolo tali ordinanze possano contraddire la disciplina vigente. La spiegazione che è stata tradizionalmente offerta è che l'art. 2 sarebbe la fonte (sulla produzione) di una potestà normativa di rango primario del prefetto e quindi idonea, in quanto tale, a derogare alle norme legislative vigenti. A bene vedere, è la stessa argomentazione utilizzata – *mutatis mutandis* – contro i dpcm pandemici, ritenuti espressione di un potere legislativo del Presidente del Consiglio.

In questo ordine di idee, però, una simile disposizione in tanto potrebbe giustificarsi in quanto rinvenga il suo fondamento – romanianamente – nella necessità come fonte del diritto, che determina il subentro di una disciplina nuova e diversa da quella prevista in via ordinaria, benché di carattere temporaneo ed eccezionale. Con l'ulteriore conseguenza che le ordinanze prefettizie fuoriuscirebbero dall'ambito delle fonti legali per configurarsi come fonti *extra ordinem*.

Ma una simile conclusione si infrange contro il sistema costituzionale, che riserva alle Camere l'esercizio della funzione legislativa (art. 70) e solo in via eccezionale, al ricorrere di presupposti predefiniti e nel rispetto di limiti rigorosi, lo demanda al Governo (art. 77). Una Costituzione di tipo rigido, infatti, non può ammettere eccezioni al normale ordine delle competenze al di fuori di quelle espressamente previste. Sicché, a ragionare nei termini suddetti, l'art. 2 t.u.p.s. sarebbe incostituzionale per violazione dell'art. 77.

Nella sentenza n. 8 del 1956 la Corte, come noto, scioglie il dubbio in via squisitamente interpretativa, valorizzando il significato che l'art. 2 aveva acquistato nel nuovo ordinamento costituzionale e dunque ritenendo che non fosse incostituzionale se intepretato nel senso che i provvedimenti del prefetto «hanno il carattere di atti amministrativi [...] strettamente limitati nel tempo e

[112] Più in generale per una ricostruzione della parabola evolutiva delle ordinanze di necessità e urgenza si veda A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 133 ss. Cfr. anche G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli, Jovene, 2008, p. 1935 ss.

[113] V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. CVIII, 1956, p. 863.

nell'ambito territoriale […] e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico». In quest'ottica l'esercizio del potere prefettizio non è in contrasto con la Costituzione «restando tali provvedimenti nella legittima sfera delle attribuzioni dell'autorità amministrativa locale».

La questione viene dunque risolta sul piano della natura dell'atto e non su quello del fondamento costituzionale del relativo potere; nondimeno, i giudici costituzionali sono ben consapevoli che «la formula dell'art. 2 della legge di p.s., nella sua latitudine, potrebbe dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si affermassero interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte» e non escludono affatto – sembrando anzi quasi suggerire una simile eventualità – di essere di nuovo investiti della questione.

Nel frattempo lanciano un chiaro monito al legislatore affinché «il testo dell'art. 2 trovi una formulazione che lo ponga, nella misura massima possibile, al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione»; a tal fine, delineano quello che appare un vero e proprio statuto ontologico delle ordinanze prefettizie, fondato su quattro fondamentali indici di riconoscimento della loro natura amministrativa: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principii dell'ordinamento giuridico».

Ma come ha subito rilevato Crisafulli a commento della decisione, benchè la qualificazione delle ordinanze d'urgenza alla stregua di atti amministrativi fosse in qualche modo rassicurante, restava il problema che la dizione dell'art. 2 t.u.p.s. era «talmente generica da far persistere pur dopo così autorevole pronuncia, seri dubbi sulla compatibilità con la rafforzata riaffermazione del principio di legalità, che informa l'ordinamento costituzionale vigente, di una norma legislativa assai vicina, in pratica, a una norma in bianco»[114].

Impossibile non instaurare subito un parallelismo tra la norma in esame e un altro articolo 2, quello del decreto-legge n. 6 del 2020, ai sensi del quale «[*l*]e autorità competenti possono adottare *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, comma 1» (corsivo aggiunto).

Anche quest'ultima disposizione, infatti, al pari della prima, finiva in sostanza per demandare alla piena discrezionalità del Presidente del Consiglio il contenuto dei dpcm pandemici, limitandosi semplicemente a stabilire – peraltro con un generico riferimento a non meglio specificate «autorità competenti» – quale soggetto dovesse provvedere e per quale finalità, senza nulla disporre

[114] V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, cit., p. 870.

in ordine a come provvedere e sulla base di quali criteri. Ragion per cui se non fosse stata abrogata, il suo destino sarebbe apparso in ogni caso segnato.

Non minori erano le perplessità di Mortati, secondo il quale dei quattro canoni suggeriti dalla Corte «solo l'ultimo assume rilievo sostanziale al fine di preservare le situazioni giuridiche dei cittadini da attentati incostituzionali, e pertanto si rende necessaria una migliore individuazione del contenuto dei principi richiamati».

L'occasione per riesaminare la questione viene offerta alla Corte dal diverso orientamento assunto dalla Cassazione che, a sezioni unite[115], aveva ricondotto le ordinanze prefettizie nel novero delle ordinanze libere con forza di legge, idonee a limitare temporaneamente anche i diritti costituzionalmente garantiti.

Al cospetto di questa nuova interpretazione, in contrasto con quella posta alla base della sentenza n. 8 del 1956, il Pretore di Livorno, davanti al quale pendevano procedimenti penali a carico di soggetti che avevano violato il divieto, stabilito con ordinanza prefettizia, di distribuire giornali a domicilio a scopo di propaganda politica, chiedeva alla Corte di verificare se l'art. 2, nella lettura che ne avevano dato le Sezioni Unite, fosse ancora da ritenere conforme a Costituzione[116].

La regola interpretativa fissata dalla Cassazione, infatti, scardinava uno dei quattro pilastri posti dal giudicie costituzionale a garanzia del carattere amministrativo dell'atto, ossia che i provvedimenti prefettizi siano vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico, giacchè tale vincolo sarebbe stato *inutiliter dato* se si fosse ammesso – per dirla con Giannini – «che l'amministratore, nell'esercizio di questo potere del tutto eccezionale, quindi da contenere e da circoscrivere, potesse fare ciò che neppure il legislatore potrebbe legittimamente fare»[117].

Nella sentenza n. 26 del 1961 la Corte «ha ristrutturato il potere di ordinanza prefettizio»[118], ribadendo che provvedimenti prefettizi «non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo» e che «*anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo* […] ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi» (corsivo aggiunto).

[115] Cassazione, sez. un. civili, 16 giugno 1958, n. 2068.

[116] Tuttavia già C. MORTATI, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione?*, cit., 72, rilevava come «[*n*]on è […] agevole conciliare l'affermazione che le ordinanze in parola rientrano nella potestà amministrativa (che per sua natura deve svolgersi *secundum legem*) con l'altra secondo cui esse possono incidere su tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione».

[117] M.S. GIANNINI, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione?*, cit., p. 68.

[118] F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 77.

Benchè la decisione sia stata considerata un «esauriente chiarimento dei limiti dei poteri del prefetto in sede di esercizio della potestà di ordinanza»[119], dato che la Corte ha inequivocabilmente chiarito che le ordinanze prefettizie non possano mai incidere sui diritti costituzionalmente garantiti in materie coperte da riserva assoluta di legge, resta una ambiguità di fondo intorno alla loro natura giuridica, nella misura tali provvedimenti vengono qualificati come atti amministrativi, ma non se ne esclude il carattere anche normativo[120].

Qui si apre il secondo grande problema posto dalle ordinanze di urgenza, dopo quello del fondamento costituzionale del relativo potere e cioè se tali atti siano o meno da ricomprendere nel novero delle fonti del diritto. Emblematicamente Crisafulli le ritiene «[*i*]l caso più interessante, proprio al limite tra fonte e provvedimento»[121].

Si tratta di un problema su cui la dottrina in passato si è divisa non meno di quanto avrebbe poi fatto ai giorni nostri rispetto all'analoga questione dei dpcm pandemici e che fornisce una serie di preziose indicazioni ai fini del *test* cui intendiamo sottoporli.

Sulla natura giuridica delle ordinanze di necessità si sono confrontate essenzialmente tre opinioni: quella che nega loro valore normativo e le considera meri atti amministrativi; quella che ne riconosce il carattere normativo, ma non le annovera tra le fonti; quella che le qualifica a tutti gli effetti come fonti del diritto[122].

[119] A. PIZZORUSSO, *Nota a sentenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, parte I, sez. I, p. 758. Secondo V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 896, si tratta di «due facce, intervallate nel tempo, di una sola ed unica soluzione della stessa questione di legittimità costituzionale».

[120] In dottrina un ulteriore elemento di perplessità della sentenza è stato individuato nel riferimento al rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, ritenuto da V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2/2007, p. 360, «di perplessa decifrazione». Anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* cit., p. 35, osserva che "i principi dell'ordinamento giuridico" siano un'«espressione alla quale non è agevole dare un significato preciso». Secondo G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, cit., p. 102, «se con questa espressione si vogliono indicare sinteticamente tutti i limiti che le ordinanze incontrano per poter essere riconosciute conformi a Costituzione, essa può accogliersi, anche se appare imprecisa». Per M.S. GIANNINI, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione*?, cit., p. 68, il riferimento al limite dei principi dell'ordinamento «veniva a significare che non si poteva riconoscere all'amministrazione un potere maggiore di quello che l'ordinamento attribuisse al legislatore primario; di «iperboreo limite dei "principi generali dell'ordinamento giuridico"» parla G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, p. 34.

[121] V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* cit., 35.

[122] Per la tesi che le ordinanze emergenziali siano fonti del diritto cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, *passim*. Anche secondo P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un* factotum, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 15 novembre 2013, «l'imponente fenomeno dell'ordinanza in deroga alla legge […],

La prima tesi prevale in giurisprudenza ed è stata sostenuta in dottrina, tra gli altri, da Rescigno. Il quale, muovendo dal mancato accoglimento in sede giurisprudenziale di alcuni dei più rilevanti corollari che derivano dall'essere un atto assoggettato al regime delle fonti – obbligatorietà indipendentemente dalla sua conoscenza, *iura novit curia*, ricorribilità in Cassazione per violazione di legge in caso di inosservanza – ha rilevato come ciò confermi l'«esattezza della tesi che nega alle ordinanze il carattere di atti normativi»[123].

Cerri, a sua volta, osserva che le ordinanze di necessità «non hanno carattere regolamentare, perché insuscettibili di "conformare" stabilmente il sistema»[124]. Ciò che dunque impedisce di qualificarle come atti normativi è la loro temporaneità ossia l'inidoneità a produrre effetti permanenti.

D'altra parte, come ha rilevato la Corte costituzionale, la temporaneità «è insita nello stesso concetto di emergenza, incompatibile con una sua previsione a tempo indefinito, che renderebbe illegittime tutte le norme fondate su tale premessa»[125].

Alle ordinanze prefettizie è comunemente riconosciuta un'efficacia derogatoria o sospensiva della legislazione vigente – pur sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e limitatamente alla durata della situazione d'emergenza –, ma non un'efficacia abrogativa[126].

soprattutto in tema di gestione dell'emergenze di protezione civile, data la dimensione e la diffusione dello stesso, assieme alla sua tendenziale stabilizzazione, rappresenta oggi al di là di ogni bizantinismo il caso forse più importante di fonte in grado di sostituirsi con la sua disciplina a quella dettata dalla legge ordinaria che risulti assolutamente priva di fondamento costituzionale ed in tutto e per tutto regolata dalla legge».

[123] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo),* cit., p. 94. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 52, «è preferibile la tesi […] che le ordinanze non vadano mai classificate tra gli atti normativi, sia pure "secondari"» Anche M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, cit., p. 260, ritiene «che risultino più persuasive quelle che negano la […] portata normativa» delle ordinanze.

[124] A. CERRI, *Regolamenti*, cit., p. 2.

[125] Corte costituzionale, sentenza n. 83 del 2010.

[126] Lo conferma la Corte costituzionale che nella sentenza n. 201 del 1987 ha precisato la natura e i limiti del potere di ordinanza. Secondo i giudici di Palazzo della Consulta «nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto a casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o urgenza (diverse, come è ovvio, sono le ipotesi di cui agli artt. 78 e 77 Cost.). Per l'esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, *con effetto di deroga - ma non anche di abrogazione o di modifica - della normativa primaria*, occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito […] una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata. Va soggiunto, per un verso, che, anche se non predeterminato, il contenuto delle disposizioni derogatorie è soggetto a rispettare le garanzie costituzionali, e a non invadere la "riserva assoluta" di legge (nello stesso caso di "riserva relativa" la norma primaria attributiva dei cennati poteri deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale: cfr. sent. n. 26 del 1961); per altro verso, che, pur quando le

Secondo Luciani, tuttavia, «le fonti emergenziali non si limitano a sospendere "per un periodo di tempo determinato l'efficacia di una o più norme anteriori" ma – per quel periodo di tempo – disciplinano certe fattispecie in modo diverso da quelle»[127].

Dunque sia quando provvedono in deroga alla legislazione vigente, sia quando la sospendono, le ordinanze di necessità realizzano, a ben vedere, quel «disporre diversamente»[128] in cui Crisafulli ravvisava il *proprium* dell'abrogazione e pertanto esibiscono – come minimo – un contenuto normativo[129]; come massimo, una vera e propria forza di legge[130].

Ma è lo stesso Crisafulli a precisare che «non ogni deroga o sospensione del diritto è modificazione, sia pur temporanea, del diritto stesso, né quindi creazione di nuovo diritto. Non è modificare le norme vigenti, sottrarre alla disciplina da esse risultante singoli casi concreti e determinati, dettando per questi un precetto singolare difforme dal diritto comune»[131].

È esattamente in questo crinale, allora, che si colloca quella sorta di *obiter* contenuto nella sentenza n. 26 del 1961, allorchè la Corte ammette che i provvedimenti prefettizi possano anche essere considerati di natura normativa («anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo»).

disposizioni in parola siano estese ad una generalità di soggetti e ad una serie di casi possibili, i poteri con esse esercitati devono adeguarsi alle dimensioni, territoriali e temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare (cfr. sentt. n. 4 del 1977 e n. 100 del 1987)» (corsivo aggiunto). Tuttavia secondo M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., 5, la deroga essendo «caratterizzata dalla definitività […] non è altro che una forma di abrogazione parziale». La sospensione, invece, ha carattere temporaneo.

[127] *Ibidem.*

[128] V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* cit., p. 116.

[129] Secondo M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 956-957, «[*i*]n quanto atti derogatori, le ordinanze possono […] fare quello che farebbe un legislatore, il quale peraltro avesse potestà circoscritta dall'ambito dei principi generali. Ed ecco che siamo al punto essenziale: le ordinanze sono esse stesse atti normativi creativi di *jus singulare*. Hanno la figura formale di atti amministrativi, ma la loro sostanza è quella dell'atto normativo». Anche per G. TARLI BARBIERI, *Editoriale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2011, p. 7, le ordinanze contingibili e urgenti «sembrano avere dato vita ad un polo sostanzialmente normativo, parallelo tanto rispetto ai decreti legge (che condividono con le prime il presupposto della necessità e dell'urgenza) quanto rispetto ai regolamenti (non essendo le ordinanze atti con forza di legge)».

[130] In questo senso A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Torino, Utet, 1961, p. 530, «poiché forza di legge significa capacità di innovare nell'ordine legislativo, le ordinanze, potendo derogare la legge, hanno forza di legge anche se non hanno valore di legge perchè sono soggette al giudizio del giudice amministrativo e non a quello della Corte costituzionale». *Contra* L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 53, il quale contrapponendo la capacità dergoatoria alla forza abrogativa delle leggi rileva come «le ordinanze posseggono soltanto la prima, mentre è patologico che esse pretendano di dettare una nova normativa a tempo indefinito». Di «[*u*]na normazione […] nella sostanza di rango primario, che fuoriesce dalla legislazione e perciò dal circuito parlamentare» parla V. CERULLI IRELLI, *La forma di governo vigente e la sua riforma*, in *www.astrid-online.it*., 14 giugno 2010.

[131] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 30.

Se infatti le ordinanze d'urgenza, anziché sottrarre alla disciplina di diritto comune singole situazioni concrete o incidere sospensivamente su di esse, hanno riguardo ad una molteplicità di casi astrattamente prefigurati, sotto il profilo strutturale non se ne può negare il contenuto generale e astratto e quindi, secondo concetto, normativo. A maggior ragione se, accogliendo il criterio della novità, si rinviene nella loro efficacia derogatoria la conferma dell'attitudine ad innovare all'ordinamento giuridico.

Semmai, da questo punto di vista, l'ulteriore problema che si pone è se esse siano fonti e, a monte, se se ne possa addirittura predicare il carattere legislativo, malgrado l'esplicita declinatoria da parte della Corte costituzionale.

Inizialmente anche Crisafulli, muovendo dal presupposto che la norma derogante ha natura equiparabile a quella della fonte che viene derogata, le aveva qualificate come «[*f*]onti primarie *di secondo grado* […] perché ripetono la loro efficacia da una legge ordinaria, anziché direttamente – com'è invece il caso dei decreti-legge – da norme costituzionali»[132].

A suo avviso, infatti, «poiché queste norme hanno carattere derogatorio, quindi innovativo rispetto alla legislazione vigente, ci troveremmo su di un piano diverso e superiore rispetto alla potestà regolamentare: su di un piano, propriamente legislativo, ossia in presenza di norme, temporanee ed eccezionali, capaci di derogare alle norme poste dalla legge formale. Le ordinanze d'urgenza sarebbero pertanto fonti normative, e più precisamente fonti primarie, analoghe ai decreti legge, con i quali hanno in comune il presupposto della urgente necessità e i caratteri della straordinarietà e della provvisorietà»[133].

Modugno, dal canto suo, ha osservato come i loro limiti oggettivi «non escludono che le ordinanze possano incidere sulla legislazione "non riservata" e manifestare, in questo ambito, valore legislativo […] Se sono normative e *se consentono interventi limitativi dei diritti fondamentali garantiti da riserva assoluta di legge* in casi e con modalità non previste dalla legge, esse non possono non essere, al tempo stesso, atti dotati di valore legislativo» (corsivo aggiunto)[134].

Di qui la «potenzialità paralegislativa»[135] che esse sono in grado di esprimere e che un'attenta dottrina ha riscontrato anche nei dpcm pandemici nella misura in cui tali atti, limitando di diritti costituzionali con disposizioni generali e astratte, hanno «il contenuto della fonte primaria in senso pieno»[136].

[132] V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, cit., p. 864.

[133] *Ibidem.*

[134] F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, cit., p. 79-80.

[135] F. MODUGNO, *ivi*, p. 80.

[136] C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., p. 176.

Ma rispetto alla posizione di Modugno non si può fare a meno di notare che la Corte, nella sentenza n. 26 del 1961, ha espressamente negato l'ammissibilità di ordinanze *contra legem* nelle materie coperte da riserva assoluta. E lo stesso Crisafulli ha successivamente affinato la sua posizione ritenendo «che esse [*le ordinanze aventi contenuto generale e astratto ndr*] non modificano alcuna norma preesistente, ma si limitano a provvedere alla situazione determinatasi con riguardo a questa soltanto […] Insomma, il "disporre" in generale ed in astratto […] è assorbito nel "provvedere"»[137].

In definitiva, ciò che osta alla loro equiparazione alle fonti dotate di forza di legge che esse sono abilitate a derogare è che «per forza di legge si intende una generale capacità di innovare stabilmente nell'ordine legislativo», mentre le ordinanze hanno «una limitata e temporanea capacità innovativa nell'ordine legislativo secondo i limiti posti dalla Costituzione e dalle stesse norme attributive dei relativi poteri»[138].

A negare recisamente la natura di fonti, ribadendone nel contempo il carattere provvedimentale, è la sentenza n. 4 del 1977, che ha chiarito come «le ordinanze prefettizie, anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge».

È dunque condivisibile il punto di caduta della riflessione crisafulliana sul tema, che situa il potere di ordinanza tra quei poteri «anche strutturalmente normativi, nel senso della generalità ed astrattezza, ma vincolati ad essere provvisori», i quali pertanto «non sarebbero […] alla stregua del diritto positivo annoverabili tra quelli autorizzati a creare nuovo diritto, né gli atti di esercizio di essi sarebbero in conseguenza da ricomprendersi tra gli atti-fonte»[139].

Anche perché, diversamente opinando e quindi riconoscendo forza di legge alle ordinanze di necessità, esse si atteggerebbero, a tutti gli effetti, alla stregua di atti equiparati alla legge e quindi se ne dovrebbe giustificare l'ammissibilità in un sistema di fonti «rigidamente chiuso» a livello primario, che non consente

.[137] V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., p. 36.

[138] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo),* cit., p. 93-94.

[139] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 952. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, 1950,p. 61, pur affermando la natura normativa e derogatoria delle ordinanze osserva che esse non si pongono per l'ordinamento giuridico come fonti «di norme giuridiche in senso stretto». Anche per L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, 540, «non sarebbero fonti, pur potendo derogare temporaneamente, nel rispetto dei principi, a disposizioni di grado legislativo per l'esigenza di provvedere».

alla legge ordinaria di «validamente istituire fonti "concorrenziali", vale a dire dotate della medesima forza»[140].

Se infatti dal combinato disposto degli artt. 70, 76 e 77 si ricava che il Governo non può adottare – di sua iniziativa o su autorizzazione delle Camere – atti aventi forza di legge al di là delle ipotesi tassativamente previste, a maggior ragione un simile divieto non può che valere per quegli organi statali come il prefetto, o il commissario straordinario, che sono collocati in una posizione di dipendenza gerarchico-funzionale rispetto al Governo. E dunque le ordinanze di necessità non potrebbero avere forza di legge se non al prezzo della loro illegittimità costituzionale.

Più di recente, il problema si è riproposto con riguardo alle ordinanze di protezione civile di cui all'art. 5, comma 2, della legge n. 225 del 1992, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile, la quale rappresenta «il punto di arrivo dell'evoluzione del diritto dell'emergenza nel nostro ordinamento costituzionale»[141].

[140] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 940. G. SILVESTRI, *"Questa o quella per me pari sono…". Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, cit., p. 176, considera il numero chiuso delle fonti primarie «il principale argine contro il caos delle fonti». Come chiarisce la sentenza n. 26 del 1966 della Corte costituzionale «se l'art. 70 configura come organo della funzione legislativa il Parlamento, e se altri articoli della ricordata sezione della Costituzione indicano tassativamente i casi in cui è consentito ad organi dello Stato diversi dal Parlamento di porre in essere provvedimenti dotati dello stesso valore giuridico delle leggi approvate da quest'ultimo, ciò non esclude la possibilità che la legge (o atti equiparati) attribuisca il carattere di fonte dell'ordinamento - quando ciò faccia, come nel caso in esame, senza conferire ad essi valore di legge - a provvedimenti diversi da quelli contemplati dalle ricordate disposizioni». Il sistema delle fonti è dunque chiuso a livello primario, ma aperto a livello secondario. La più nota obiezione alla tesi crisafulliana secondo cui la legge non può istituire fonti della medesima forza è quella di F. MODUGNO, *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 43-44. A suo avviso, infatti, «[l]a disciplina di fonti anche primarie recata da leggi ordinarie è ammissibile nei limiti in cui non contrasti con la Costituzione, ossia, propriamente con esplicite specifiche disposizioni costituzionali che non l'ammettano (come non ammettono che possano darsi atti con forza di legge del Governo fuori dai casi in Costituzione contemplati). Ma fuori dai divieti costituzionali espliciti, non è detto che la legislazione ordinaria non possa istituire fonti anche primarie nel loro ambito, per esempio riconoscendo o istituendo autonomie, regolandone i modi di esplicazione, vincolandole a principi, in definitiva variamente condizionandole». Anche secondo M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1178, «[*s*]i deve considerare, invero, che atti di questo genere comunque delimitano l'ambito di efficacia di fonti primarie e che, quando sono in deroga alla legge, della legge sembrano avere la forza, ché altrimenti parrebbero non poter fare ciò che fanno. Senoché, sembra difficile negare che della forza della legge possa disporre solo una fonte che alla legge sia sovraordinata, sicchè dalla difficoltà non si può uscire accontentandosi di affermare che gli atti normativi *extra ordinem* sono legittimi quando hanno il loro fondamento in una previa legge o almeno in un decreto-legge».

[141] 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, p. 317.

Tale disciplina, ora confluita nel decreto legislativo n. 1 del 2018 (Codice della protezione civile), prevede che al verificarsi degli eventi di cui all'(attuale) art. 7, comma 1, lett. *c*)[142], il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, deliberi lo stato d'emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi, nonché autorizzando l'emanazione delle ordinanze di protezione civile (art. 24, comma 1).

Le ordinanze vengono adottate in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza, nonché nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Inoltre, devono essere emanate d'intesa con le Regioni interessate, essere motivate ed indicare le principali norme a cui intendono derogare (art. 25, comma 1).

Con riguardo alle ordinanze di protezione civile i tradizionali problemi legati al fondamento costituzionale del relativo potere[143] ed alla loro natura normativa[144] risultano vieppiù aggravati dalla progressiva estensione dell'ambito di applicazione di tali atti ad ipotesi, come i «grandi eventi» e i casi di disfunzioni amministrative, che appaiono del tutto avulse dal presupposto dell'imprevedibilità della situazione da fronteggiare, il solo a legittimare l'adozione di provvedimenti del genere[145].

Non è chi non veda, infatti, come nel primo caso si tratti di eventi del tutto prevedibili e programmabili in anticipo, nel secondo di situazioni ben note da tempo, che anzi si sono venute via via stratificando nel corso degli anni; nulla,

[142] Si tratta delle «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24».

[143] M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, cit., 1176, rinviene tale fondamento «nel principio (assai meno implicito di quanto si creda) della *salus Reipublicae*, che in Costituzione rintracciamo, fra l'altro, nel principio di indivisibilità (art. 5) e di unità (art. 87) della Repubblica, come in quello dell'intangibilità degli elementi essenziali dell'ordine costituzionale (art. 139)». A suo avviso «[*n*]on si tratta […] di aderire alle dottrine della necessità come fonte (fosse pura sulla produzione), che oggi non godono più di grande successo, ma di constare l'esistenza in Costituzione di un principio positivo (costituzionale, appunto), che ha tale contenuto e che è *spiegato*, ma non è *fondato*, dalla necessità)».

[144] Secondo A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 138, la questione della normatività delle ordinanze di necessità «rischia di risolversi in un gignatesco *cul de sac* dottrinario», perché «ciò che conta davvero non è il carattere normativo o meno delle ordinanze, ma il loro regime giuridico». Invece secondo M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, cit., p. 1174, nota 48, si tratta di una «questione tuttora dirimente».

[145] Secondo il giudice amministrativo, tuttavia, può anche trattarsi «di una situazione endemica, essendo ormai acquisito che il potere di ordinanza *extra ordinem* può essere legittimamente esercitato anche sussistendo da tempo la situazione di fatto per cui si procede» (Cons. St., IV, n. 2795 del 2005; TAR Lazio, Roma, n. 2134 del 2009).

dunque, che non potrebbe essere gestito in via ordinaria dalle amministrazioni interessate con i normali poteri di cui sono dotate.

Per altro verso, ciò che rende il problema particolarmente spinoso ed attira le critiche della dottrina è la «la progressiva dissoluzione del limite della temporaneità e la deriva paranormativa delle ordinanze»[146]. Sicchè le ordinanze di protezione civile diventano un nuovo banco di prova dei criteri di identificazione delle fonti, complice una «normativa primaria […] che ha esteso quei poteri anche a situazioni che con l'emergenza non hanno nulla a che vedere»[147], dando vita ad un vero e proprio «sistema parallelo»[148] di normazione.

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha cercato ancora una volta di rassicurare l'interprete, fissando in linea con i suoi precedenti alcuni punti fermi: e così ha ribadito «il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa»[149]; ha sottolineato che questa autorizzazione non può prescindere dall'indicare «il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»[150]; ha precisato che si tratta in ogni caso «di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti»[151]; ha rilevato che in caso di dubbio «la legge sulla protezione civile deve essere comunque interpretata *secundum ordinem* in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti»[152].

Sul piano giurisprudenziale si registra dunque un consolidamento dell'indirizzo che nega carattere legislativo alle ordinanze contingibili e urgenti e le riconduce al *genus* degli atti amministrativi. In dottrina, invece, la questione resta quantomai aperta, ma soccorre, almeno sul piano del metodo, l'insegnamento di Rescigno il quale, muovendo dal rilievo per cui «ciascun ordinamento determina rispetto a sè quali siano gli atti normativi e quali no» osserva con riguardo alle ordinanze che «va visto volta per volta se esse siano atti normativi, e in secondo luogo se esse oltre che atti normativi siano atti con forza di legge»[153].

[146] A. CARDONE, *Il rapporto tra le ordinanze del Governo e i decreti-legge*, in Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari, *Quaderno n. 22. Seminario 2011*, Giappichelli, 2013, p. 50.

[147] Tale estensione è fortemente stigmatizzata da V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 371 ss. Di un «quadro […] allarmante» e di un potere di ordinanza ormai «diventato il grimaldello attarverso cui l'esecutivo può forzare la stabilità della forma di governo» parla G MARAZZITA, *Il conflitto fra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., p. 19-20.

[148] CESARE PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2/2009, p. 317 ss.

[149] Corte costituzionale, sentenza n. 39 del 2003.

[150] Corte costituzionale, sentenza n. 617 del 1987.

[151] Corte costituzionale, sentenza n. 127 del 1995.

[152] *Ibidem*.

[153] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto*

6. I dpcm pandemici tra principio di legalità e riserva di legge

Nel prisma del potere di ordinanza si rifrange più nitidamente la differenza che passa – e che va mantenuta ferma – tra principio di legalità e riserva di legge. Altro tema sconfinato, che l'economia del lavoro non consente di trattare se non in maniera sommaria, nella misura in cui esso fa da sfondo anche alla problematica che qui interessa più da vicino: la conformità a Costituzione dei dpcm pandemici, come la sentenza n. 198 del 2021 ha messo bene in evidenza.

Conviene anzitutto muovere dall'osservazione gianniniana secondo cui nello Stato costituzionale il potere di ordinanza «*è una deroga al principio della riserva di legge, predeterminata dallo stesso ordinamento per fini eccezionali*»[154].

E la Corte nel 1961 sembra esserne talmente consapevole da premurarsi anzitutto di ribadire che le ordinanze prefettizie, finché «si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, *non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alla attività degli organi legislativi*» (corsivo aggiunto)[155].

In linea di principio, infatti, «il limite dei diritti costituzionali deve ritenersi invalicabile dalle ordinanze di urgenza: ciò che la legge (ordinaria) non potrebbe fare, a più forte ragione ancora è sottratto all'attività amministrativa»[156].

Ma quando è la Costituzione ad autorizzare la legge ad intervenire per comprimere un diritto di libertà, allora si tratta di distinguere, caso per caso, se la materia rientra tra quelle coperte da riserva assoluta, nelle quali cioè «la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia»; ovvero da riserva relativa, nelle quali è invece consentito che «la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché […] indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito»[157]. Ed è esattamente in questa direzione che la Corte si è mossa nella sentenza n. 26, recependo la distinzione suggerita in dottrina da Fois[158].

amministrativo), cit., p. 93.

[154] M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 951.

[155] Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1961.

[156] V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, cit., p. 870.

[157] I virgolettati sono tratti da Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1961. Secondo L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 877, la riserva relativa viene dunque concepita «come una sorta di riserva bipartita, entro la quale il momento normativo rimane affidato al legislatore, mentre il momento esecutivo ricade nell'esclusiva competenza dell'amministrazione».

[158] S. FOIS, *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 23 ss. Non ha invece avuto seguito la distinzione proposta da G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (Aspetti problematici)*, cit., p. 89 ss., tra «riserve di campo materiale» e «riserve di modo di disciplina». La prima tipologia «significa che la fonte cui il campo stesso è affidato può regolare i soggetti che vi operano, attribuir loro situazioni giuridiche senza

Comune ad entrambe le tipologie di riserva è la matrice garantistica dell'istituto, che riposa nel carattere rappresentativo dell'organo da cui la legge deriva, di modo che ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini si risolve – crisafullianamente – «in una sorta di "autolimitazione" indirettamente consentita dai soggetti interessati a mezzo dei loro rappresentanti»[159].

Nella formazione della legge, infatti, non solo vengono coinvolte le minoranze parlamentari, ma ciò avviene nell'ambito di un procedimento che assicura la massima pubblicità e trasparenza, al punto che Rescigno ha rilevato la «incommensurabilità anche giuridica tra legge e regolamento», proprio perché «la legge formale viene discussa e deliberata in pubblico, da tutti i rappresentanti della volontà popolare»[160].

La distinzione tra riserve assolute e riserve relative dipende invece dall'interpretazione che viene data alle singole disposizioni costituzionali che le prevedono e porta la Corte a precisare che quando la riserva è assoluta «non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione»; se invece è relativa «nulla vieta che […] una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, *ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere*» (corsivo aggiunto)[161].

alcun vincolo; essa è quindi libera relativamente al modo di disciplina»; con il secondo tipo di riserva, invece, «non si affida all'una o all'altra fonte la disciplina di certi soggetti in quanto autori di certi comportamenti, ovvero un certo settore dell'organizzazione statuale, bensì, quali che siano i soggetti ed i comportamenti da regolare, solo con l'intervento della fonte primaria potranno essere attribuite talune situazioni giuridiche ovvero istituite talune sanzioni».

[159] V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* cit., p. 64.

[160] G.U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, relazione al Convegno «Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana», Padova, 20 giugno 2003, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*., p. 19 dello stampato.

[161] I virgolettati sono tratti da Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1961. L'enunciazione generale della riserva relativa viene comunemente rivenuta nell'art. 23 Cost. La costante giurisprudenza costituzionale ritiene che «l'espressione "in base alla legge", contenuta nell'art. 23 della Costituzione», debba essere interpretatata «in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione» [...] Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessaria la preventiva determinazione di «sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa» […], richiedendo in particolare che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione» (*ex multis* sentenza n. 83 del 2015). Sul rilievo dell'art. 23 nel sistema costituzionale delle libertà cfr. D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 come norma di chiusura*, Milano, 2007.

Le materie di riserva relativa, dunque, rappresentano il «campo di elezione tradizionale»[162] del potere di ordinanza, che viceversa incontra in quelle di riserva assoluta un limite invalicabile. Come noto, però, la stessa ammissibilità della differenziazione tra le due tipologie di riserve è stata messa in discussione da autorevole dottrina, che l'ha ritenuta «molto opinabile, di incerta determinazione, di incertissimo fondamento», in ragione del fatto che «la riserva di un settore alla disciplina legislativa costituisce un limite per lo stesso legislatore, il quale non può disporre della propria competenza esclusiva nella *materia che è tenuto, viceversa, a regolare direttamente e compiutamente*» (corsivo aggiunto)[163].

Crisafulli ha invece accolto favorevolmente questa giurisprudenza costituzionale[164], che a suo avviso ha il merito di alleviare il rigore del testo costituzionale in materia di riserve di legge[165], sia quando distingue tra riserve assolute e riserve relative, sia quando ammette che le prime possano essere assolte anche mediante atti aventi forza di legge[166].

[162] R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 4/2005, p. 789. Anche secondo M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, VII, p. 20, «deve […] ritenersi legittima l'attribuzone, in questo campo, di poteri di ordinanza alle autorità amministrative centrali e locali, sempre che tali ordinanze siano, secondo ha stabilito la Corte costituzionale, conformi ai principi dell'ordinamento giuridico […], adeguatamente motivate, efficacemente pubblicate e, se prese per ragioni di necessità e di urgenza, limitate nel tempo quanto alla loro efficacia».

[163] Le citazioni sono tratte da L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, rispettivamente p. 22 e 1p. 9.

[164] V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* cit., 66.

[165] Nonché a smitizzarne le premesse ideologiche, come sottolinea G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 6 ss.

[166] Alla stregua del fondamento democratico della riserva l'istituto mette in relazione la produzione della legge con il Parlamento in quanto organo direttamente rappresentativo della sovranità popolare e dunque si traduce in una riserva d'organo. È questa, come noto, la tesi di A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 1969. La Corte costituzionale, tuttavia, nella sentenza n. 184 del 1974, ha precisato come «la parificazione alle leggi formali degli atti "aventi forza di legge" […] abilita tali atti a incidere validamente, al pari delle leggi, nelle materie a queste riservate». A proposito della indistinguibilità tra legge e atti aventi forza di legge ai fini dell'assolvimento della riserva G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, cit., p. 51, osserva che «[*l*]a riserva di legge, dunque, è stata interpretata dalla Corte costituzionale piuttosto come "riserva di livello" (normativo) all'interno della gerarchia delle fonti, ossia come limitazione della competenza a intervenire in favore del solo "gruppo di "tipi" di atti appartenenti al medesimo livello» (p. 51). Si tratta infatti di atti che, o in via preventiva, o in via successiva, vengono comunque sottoposti al controllo delle Camere. Secondo N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disdplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2003, spec. p. 363, dunque, «non può certo destare scandalo che anche gli atti con forza di legge siano considerati idonei a soddisfare le riserve di legge poste dalla carta costituzionale: alla formazione tanto dei decreti-legge quanto dei decreti legislativi il parlamento ha infatti modo di partecipare attraverso l'approvazione, nel primo caso, della legge di conversione e, nel secondo caso, della legge di delega (oltre che, il più delle volte, mediante il parere delle commissioni parlamentari sugli schemi di decreti legislativi)».

Del resto già Bachelet rilevava come «una indiscriminata assunzione […] del principio della riserva (assoluta) di legge come garanzia di posizioni soggettive dei cittadini, rischierebbe di divenire non solo una illusione, ma addirittura una trappola»[167].

Il problema piuttosto è quello di stabilire, sulla scorta della sentenza n. 26 del 1961, quali siano i criteri «idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito» affinchè la riserva relativa possa dirsi rispettata. Ed è appunto su questo piano del discorso che il principio di legalità viene specificamente in rilievo, come uno dei postulati fondamentali dello Stato di diritto.

Esso assume un diverso grado di intensità a seconda che venga concepito come mera «compatibilità» o «non contrarietà» dell'atto amministrativo (o regolamentare) alla legge, di modo che l'amministrazione può agire liberamente dove la legge manchi; oppure come vera e propria «conformità».

In questo secondo senso, poi, si distingue tra una legalità «formale» e una legalità «sostanziale», allorchè si ritenga sufficiente che la legge si limiti a fornire la base legale per l'esercizio del potere; o venga altresì richiesto che l'atto legislativo indirizzi l'azione dell'amministrazione vincolando il contenuto dei relativi atti.

La dottrina prevalente ha accolto questa accezione più intensa del principio, sul presupposto che «la legalità intesa in senso puramente formale finisce per vanificare totalmente le istanze che per suo mezzo dovrebbero venire soddisfatte»[168].

Orbene, sul piano dei limiti immanenti all'esercizio del potere amministrativo non sono tollerabili norme legislative "in bianco", che cioè rimettano alla piena discrezionalità dell'amministrazione il contenuto dei provvedimenti da adottare, senza l'indicazione delle condizioni minime necessarie ad orientare

[167] V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 908.

[168] L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, Treccani, 1990, p. 3. Secondo V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 949, il «principio di legalità […] sarebbe svuotato di ogni reale contenuto ove si riducesse alla formalistica postulazione di un fondamento qualsiasi in una legge formale, anche singolare, degli atti autoritari concretamente incidenti sulle situazioni giuridiche dei sottoposti». Anche per G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo),* cit., p. 95, il principio di legalità dell'azione amministrativa non deve essere interpretato «come mera necessità di autorizzazione contenuta in legge ma come necessaria predeterminazione con legge degli elementi essenziali di ciascun atto della pubblica Amministrazione». Negano invece la dimensione sostanziale del principio di legalità G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale, I, Il sistema costituzionale delle fonti*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 53-54; nonché E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, p. 53 ss., sulla base dell'argomento, riassunto da A. CERRI, *Regolamenti*, cit., p. 5, per cui «un principio di legalità sostanzialmente inteso, ove fosse riferito anche ai regolamenti, finirebbe con il generalizzare l'istituto della riserva di legge, oltre l'intenzione del costituente».

l'azione dell'organo agente, ovvero con l'indicazione di condizioni non sufficienti.

L'art. 2 t.u.p.s. era, da questo punto di vista, paradigmatico, perché stabiliva solo chi poteva adottare provvedimenti d'urgenza e per quale finalità, ma nulla diceva a proposito del come provvedere e sulla base di quali criteri. Disposizioni del genere, pertanto, non possono in alcun modo giustificare l'intervento delle ordinanze di necessità nella sfera dei diritti costituzionalmente garantiti, neppure nelle materie coperte da riserva relativa.

Proprio sulla portata della riserva relativa una precisazione importante è arrivata dalla sentenza n. 115 del 2011, sebbene a proposito di una diversa *species* di ordinanze, quelle sindacali di ordinaria amministrazione.

Secondo la Corte la riserva relativa, pur lasciando all'autorità amministrativa «consistenti margini di regolazione delle fattispecie […] non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, *anche non dettagliata*, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini» (corsivo aggiunto).

Quanto simili affermazioni possano servire ad arginare le «rilevanti tendenze eversive del principio di legalità»[169] che la dottrina più attenta a questi temi ha registrato nella più recente prassi delle ordinanze di protezione civile è questione opinabile.

Di certo il tradizionale orientamento della giurisprudenza costituzionale che rimette al sindacato giurisdizionale la concreta verifica della legittimità delle ordinanze emergenziali[170] ha finito per legittimare una lettura svalutativa del limite delle riserve relative, ritenendole assolte «attraverso l'enunciazione legislativa del fine di interesse pubblico e di una generica determinazione dei presupposti di necessità e urgenza»[171].

Si è così tentato di porre un freno a tali tendenze facendo valere nei confronti delle ordinanze di protezione civile le proposizioni enunciate dal giudice costituzionale con riguardo alle ordinanze sindacali[172].

[169] A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra «presupposizione legislativa» e «conformità alla previa legge». Un doppio regime per la riserva relativa?*, in *Giur. cost.*, 2/2011, p. 2090.

[170] A partire dalla sentenza n. 8 del 1956 la Corte accoglie la tesi, dominante in giurisprudenza, secondo cui «il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente».

[171] G. MELONI, *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei Sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative*, in *federalismi.it*, 14/2011, p. 10.

[172] A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali*, cit., p. 2081.

Senonchè un simile "travaso" sembra precluso dalla pronuncia stessa, laddove chiarisce che «[*l*]e ordinanze oggetto del presente scrutinio di legittimità costituzionale non sono assimilabili a quelle contingibili e urgenti, già valutate nelle pronunce appena richiamate». Le prime, infatti, non possono derogare a norme legislative vigenti, a differenza delle seconde che possono bensì farlo, ma a condizione che le deroghe siano «temporalmente delimitate»[173] e circoscritte alla «concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»[174].

Al netto di queste considerazioni, l'altro aspetto della sentenza che più merita di essere segnalato in questa sede è la declinazione del principio di legalità nella sua valenza sostanziale. Secondo la Corte, infatti, esso «non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione»; pertanto «[*n*]on è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».

Si tratta in realtà di un orientamento granitico, che si è consolidato a partire dalla giurisprudenza sugli atti di indirizzo e coordinamento[175] e che viene da ultimo scolpito nella sentenza n. 45 del 2019, ai sensi della quale «*il riconoscimento di un potere "in bianco" […] sarebbe in manifesto contrasto con il principio di legalità-tipicità* che caratterizza, qualifica e limita tutti i poteri amministrativi, principio che, com'è noto, ha fondamento costituzionale (artt. 23, 97, 103 e 113 Cost.) e va letto non solo in senso formale, come necessità di una previsione espressa del potere, ma anche in senso sostanziale, come determinazione del suo ambito, e cioè dei fini, del contenuto e delle modalità del suo esercizio».

Dalla complessiva rassegna di questa giurisprudenza, tuttavia, non si sfugge all'impressione di una certa sovrapposizione di piani tra principio di legalità e riserva di legge. Se ne ha un esempio tangibile nella sentenza n. 383 del 1998, in materia di accesso ai corsi universitari, laddove la Corte, dopo aver rilevato che «la disposizione censurata riconosce un potere senza precisarne le

[173] *Ex plurimis* Corte costituzionale, sentenza n. 127 del 1995.

[174] Corte costituzionale, sentenza n. 4 del 1977.

[175] Sin dalla sentenza n. 150 del 1982 la Corte condiziona la validità degli atti di indirizzo e coordinamento amministrativo al rispetto del principio di legalità sostanziale. Ad avviso del giudice costituzionale la funzione di indirizzo e coordinamento « è soggetta, quanto a fondamento ed esercizio, a puntuali requisiti di forma e di sostanza che nella specie non si riscontrano: di forma, perché la funzione stessa deve trovare svolgimento in forma collegiale e cioè con una delibera del Consiglio dei ministri; di sostanza, perché occorre idonea base legislativa per salvaguardare il principio di legalità sostanziale, attraverso la previa determinazione, con legge, dei principi ai quali il Governo deve attenersi» (sent. n. 250 del 1996).

condizioni di esercizio», osserva che affiché «*essa possa ritenersi non incompatibile con la Costituzione sotto l'aspetto della riserva di legge*, occorre interpretarla nel senso che il potere ch'essa afferma essere conferito all'amministrazione non sia libero e, perché esso non sia libero, occorre che la disposizione che lo riconosce sia integrata da altre determinazioni che lo circoscrivano» (corsivo aggiunto).

Dunque qui (nella sent. n. 383 del 1998) il conferimento di un potere "in bianco" lede la riserva di legge, lì (nella sent. n. 115 del 2011) il principio di legalità[176]. Questo non stupisce più di tanto, sol che si consideri che la relazione da instaurare tra principio di legalità e riserva di legge è da sempre al centro di una «antica (e mai sopita) *querelle*»[177].

Mentre la riserva di legge viene tradizionalmente riferita ai rapporti tra legge e regolamento – e, a monte, tra legislativo ed esecutivo –, rappresentando la garanzia più intensa conquistata dai parlamenti nei confronti del potere regio nel passaggio storico dalle monarchie assolute alle democrazie; il principio di legalità presenta uno spettro più ampio, coprendo in realtà tutta l'attività dei pubblici poteri (esecutivo, amministrativo, giudiziario), sicchè si può dire che «il principio di legalità governa l'istituto della riserva di legge»[178].

E dunque un'area di sovrapposizione è inevitabile, specie ove si tenda a risolvere la riserva di legge relativa nel principio di legalità inteso in senso sostanziale, dato che quando la Costituzione non richiede che l'intera disciplina di una materia sia contenuta nella legge, non è sufficiente che questa – per rispettare la riserva relativa – rimetta l'integrazione o lo svolgimento effettivo dei suoi contenuti ad un'attività normativa secondaria o di esecuzione concreta, ma è necessario che tali attività siano predeterminate nei loro elementi essenziali dalla norma primaria. Di qui l'assorbimento dell'una (la riserva relativa) nell'altro (il principio di legalità sostanziale).

Eppure non mancano le differenze. A cominciare dal nome ossia «che il primo si chiama "principio", mentre la seconda è un istituto e non un principio»[179]; ancora, il primo è «volto […] a regolare i rapporti fra le fonti»; la

[176] Va tuttavia precisato che nella sent. n. 383 del 1998, oltre agli artt. 3 e 97 Cost., dedotti (insieme a molti altri) anche nella sent. n. 115 del 2011, vengono specificamente evocati come parametri gli artt. 33 e 34 «in particolare per quanto riguarda la riserva di legge che si afferma valere nella materia in esame». Il che spiega la (apparente) aporia.

[177] P. STANCATI, *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol 8, Milano, 2007, p. 692.

[178] G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 1995,p. 286. Per un'ampia e articolata disamina del tema si veda anche S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità e libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del Convegno tenutosi a Salerno nei giorni 14-15 novembre 2014, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*.

[179] G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., p. 248.

seconda «a stabilire limiti normativi all'azione dell'amministrazione»[180]; infine, «[*l*]'uno è un limite al potere esecutivo, e più largamente ai pubblici poteri diversi dal legislativo; l'altra è un vincolo di contenuto alla stessa legge formale»[181].

Una volta chiarito se in materia di diritti costituzionalmente garantiti l'autorità amministrativa possa o meno intervenire per limitarne l'esercizio, si tratta di capire a quali condizioni l'intervento dell'amministrazione – quando consentito – risulti legittimo.

Ebbene, alla prima domanda risponde l'istituto della riserva di legge; alla seconda il principio di legalità (sostanziale) L'una attiene all'*an* dell'intervento, l'altro al *quomodo* (ove l'intervento sia, a monte, ammissibile).

Ove questo ragionamento sia condiviso, applicandolo all'oggetto della nostra indagine, se ne ricava quanto segue. La riserva di legge (relativa) consente al Presidente del Consiglio di adottare un dpcm per limitare la sfera di libertà dei singoli. Il principio di legalità attiene al modo in cui l'organo può concretamente effettuare tale limitazione, nel senso che il suo intervento, per essere conforme al vincolo legislativo, deve essere stato adeguatamente specificato nelle sue modalità di esercizio.

Di conseguenza, un dpcm che avesse introdotto una restrizione della libertà personale dei cittadini, o avesse limitato la libertà di circolazione in mancanza di esplicita autorizzazione legislativa, avrebbe violato la riserva di legge, essendo intervenuto in materia coperta da riserva assoluta, nel primo caso; senza base legale, ancorché in materia coperta da riserva relativa, nel secondo[182].

Avrebbe viceversa violato il principio di legalità se, per ipotesi, avesse introdotto una delle «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza», previste dall'art. 2 del decreto-legge n. 6 del 2020, perché sarebbe stato espressione di un potere amministrativo praticamente libero da ogni vincolo.

Certo si è che anche al netto di queste precisazioni riserva relativa e principio di legalità sostanziale tendono inesorabilmente a confondersi nella misura in cui «la riserva di legge è strutturalmente indirizzata a porre limiti legislativi all'azione dei pubblici poteri» e dunque «finisce col rafforzare il principio di

[180] R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, p. 1218.

[181] V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* cit., p. 64.

[182] Che «[*n*]on si tratta, insomma, di un problema di violazione delle riserve di legge previste in Costituzione, ma semmai di un problema di legalità di atti dell'amministrazione, che devono essere valutati alla luce della disciplina legislativa (o comunque con forza di legge) a cui si riallacciano» è rilevato anche da A. MANGIA, *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, in *Le Regioni*, 3/2021, p. 514, che ribadisce come «[*l*]e limitazioni sono introdotte in via generale dai decreti-legge, e ai d.P.C.M. spetta solo effettuarne il «dosaggio (...) nel tempo e nello spazio a seconda dell'andamento della Pandemia».

legalità, imponendo al legislatore limiti e prescrizioni per la delimitazione dei poteri amministrativi»[183].

Da questo punto di vista, come ha osservato Bachelet, le norme che pongono riserve di legge non sono altro che «una manifestazione qualificata» del principio di legalità e la differenza si può più che altro apprezzare su un piano meramente quantitativo, rispetto all'esigenza di un maggior grado di dettaglio nella «definizione degli organi competenti, dei poteri attribuiti, e dei criteri in base ai quali tali poteri vanno esercitati»[184].

Ma a parere di chi scrive l'utilità di mantenere ferma la distinzione si coglie con chiarezza proprio rispetto alla sentenza n. 198 del 2021 e alle precisazioni che contiene in ordine ai dubbi di costituzionalità che hanno investito i dpcm pandemici.

Dopo aver respinto l'eccezione dall'Avvocatura dello Stato relativa all'inconferenza dei parametri evocati, in quanto – ad avviso della difesa erariale – la doglianza relativa alla violazione del principio di legalità delle sanzioni amministrative avrebbe dovuto essere dedotta rispetto agli artt. 23 e 25 Cost. (e non al 76 e al 77), la Corte rimarca come l'oggetto del suo giudizio resti confinato alla violazione del principio di legalità «quale riflesso dell'alterazione del sistema delle fonti […] *senza attingere specificamente il problema delle riserve di legge, né quelle poste dagli artt. 23 e 25 Cost. […] né le altre potenzialmente incise dalle singole misure di contenimento*» (corsivo aggiunto).

È evidente, infatti, che questo diverso profilo, ove correttamente invocato, avrebbe implicato tutt'altro tipo di scrutinio, richiedendo verosimilmente al giudice costituzionale anche di prendere esplicitamente posizione sulla questione – tutt'altro che pacifica – del carattere assoluto o relativo della riserva di legge di cui all'art. 16 Cost.[185], in ragione della indubbia primazia che tale parametro assume ai fini della complessiva valutazione della costituzionalità del corpo normativo approntato dal Governo per fronteggiare la pandemia.

Se si conviene che le principali misure di contrasto alla diffusione del *virus* – distanziamento sociale, divieto di allontanamento dalla propria abitazione, limitazioni agli spostamenti tra Comuni, etc. – incidono in prima battuta sulla libertà di circolazione, avendo poi un effetto "a cascata" anche sugli altri diritti costituzionalmente garantiti, è giocoforza per la Corte chiarire, ai fini della risoluzione di una così prospettata questione di costituzionalità, se la richiamata disposizione costituzionale sia o meno aperta alla possibilità che la legge

[183] R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., p. 1218.

[184] V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economic*, cit., p. 914.

[185] Questione che la Corte non scioglie nella recente sentenza n. 127 del 2022 benché chiarisca che la quarantena ai contagiati dal Covid-19 è una limitazione che incide nel campo di applicazione dell'art. 16 e non dell'art. 13.

demandi ad atti regolamentari o amministrativi la concreta messa in opera della disciplina ad essa riservata.

E non è chi non veda quanto scivoloso possa rivelarsi tale chiarimento alla luce delle autorevoli posizioni dottrinali che attribuiscono carattere assoluto alla riserva di legge di cui all'art. 16[186], l'adesione alle quali avrebbe come conseguenza l'illegittimità di tutta la catena normativa dell'emergenza.

Ad attenuare il rigore di una simile conclusione, tuttavia, soccorre l'interpretazione che lo stesso giudice costituzionale dà dei dpcm pandemici come strumenti di puntuale esecuzione delle misure restrittive disposte dal decreto-legge, allorché li definisce atti che hanno «unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria».

Si tratta di una lettura che mette la Corte al riparo dalle conseguenze che potrebbero derivarle, *pro futuro*, dalla sua adesione alla tesi secondo cui l'art. 16 contempli una riserva assoluta, sempre che ovviamente si convenga – con Crisafulli – che tanto i regolamenti «di stretta "esecuzione" della legge», quanto i provvedimenti del potere esecutivo «rigorosamente "vincolati" alla legge»[187], possano intervenire anche nelle materie coperte da riserva assoluta.

Un'ulteriore riprova, può aggiungersi, della necessità di un'accurata disamina dei caratteri essenziali che consentono di delineare il prototipo del dpcm pandemico – ciò che sarà oggetto della parte finale di questo lavoro – al fine di saggiare la tenuta della richiamata lettura anche sotto questo specifico profilo.

7. L'atto necessitato nella riflessione scientifica di Massimo Severo Giannini

Il summenzionato saggio di Giannini del 1948 contiene la sua nota teorizzazione della figura dell'atto necessitato, che egli elabora a partire dalla

[186] Ritengono che l'art. 16 preveda una riserva di legge assoluta A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 174; M. CAVINO, *Comitato per la legislazione e d.P.C.M.: il diavolo si cela nei dettagli*, cit., p. 403, secondo il quale «se nella riserva di legge si riconosce la funzione di presidio alle libertà dei cittadini nei confronti dell'amministrazione [*è*] difficilmente accettabile l'attribuzione alla stessa amministrazione del potere di "dettagliare" in termini più restrittivi il precetto legislativo (esso stesso fortemente limitato in relazione a determinate libertà coperte da riserva rinforzata)»; G. DEMURO, *Commento all'art. 16 della Cosituzione*, in A. CELOTTO, M. OLIVETTI, R. BIFULCO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 377; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Ceda, 1988, p. 272; 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»*, cit., p. 18; M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, Relazione presentata al Convegno «I diversi volti della sicurezza», l'Università degli Studi di Milano - Bicocca, 4 giugno 2009, p. 9.

[187] V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale,* cit., p. 62. Adesivamente A. PACE, *ivi*, p. 273, secondo cui «[*s*]e il Costituente ha individuato nel solo legisaltore (statale) l'organo competente a stabilire, in via generale, delle limitazioni, la competenza che residua al Governo e alla p.a. non potrà che essere di natura puramente esecutiva, sia sotto il profilo regolamentare che sotto quello provvedimentale».

distinzione del potere d'ordinanza dagli altri poteri amministrativi con cui ha in comune il presupposto dell'urgente necessità.

Smentendo la diffusa opinione per cui il potere d'ordinanza consista nel «potere di provvedere in via d'urgenza sul presupposto di grave e irreparabile necessità», egli evidenzia come in realtà esso sia «uno strumento che permette all'autorità amministrativa di sfuggire al rigidissimo vincolo delle norme giuridiche»; ove un simile potere non esistesse, infatti, l'autorità competente che si trovasse al cospetto di situazioni non previste dalla legge non potrebbe agire o agirebbe illecitamente e ciò – aggiunge l'Autore – «proprio in quei momenti supremi, i quali, più di ogni altro, richiederebbero il suo intervento»[188].

Ciò premesso, Giannini osserva come tutti gli atti di ordinanza presentino i medesimi presupposti di necessità e urgenza e quindi rientrino nel *genus* degli atti necessitati. Si tratta, tuttavia, di due *species* molto diverse fra loro, che non vanno confuse in quanto hanno in comune il solo presupposto dell'urgenza.

Per il resto, invece, «tra gli uni e le altre c'è una opposizione polare», gli atti necessitati essendo «strumenti che l'ordinamento attribuisce alle autorità per provvedere a situazioni eccezionali in senso temporale, cioè di rara verificazione»; le ordinanze di necessità, invece, provvedendo «a situazioni eccezionali in senso giuridico, cioè che richiedono delle deroghe alle norme vigenti». I primi «contemplano fattispecie, seppure rare, sempre però preordinate nel sistema legislativo e quindi ordinarie»; le seconde riguardano «fattispecie non previste nè prevedibili, quindi straordinarie»[189].

Quando dunque si tratta di fronteggiare situazioni di emergenza nelle quali l'autorità abbia l'urgente necessità di intervenire per tutelare l'interesse della collettività, limitando i diritti dei cittadini, essa ha anzitutto a disposizione lo strumento degli atti di necessità.

I quali possono anche derogare alla legislazione vigente, ma sono «sempre predeterminati dalle norme, e regolati di solito con grande minuziosità, nei presupposti, nei motivi, nell'oggetto, nei fatti di legittimazione, nella competenza».

Sicchè, in definitiva, il *discrimen* fondamentale tra le due categorie è individuato da Giannini nel fatto che «il potere di provvedere d'urgenza mediante tali atti ha carattere eccezionale, ma solo rispetto ai presupposti […] non lo ha rispetto all'oggetto. Invece nelle ordinanze vi è un'eccezionalità anche rispetto all'oggetto»[190].

La distinzione è poi ripresa da Rescigno il quale, dopo aver precisato che «quello che caratterizza il potere di ordinanza non è già il fatto che esso sia

[188] M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 950-951.
[189] M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 952.
[190] M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 956.

libero nel contenuto, ma che esso non abbia un contenuto predeterminato», osserva come gli atti necessitati sono quelli «emanati in casi di urgente necessità per disciplinare eventi eccezionali in modo conforme a norme eccezionali che li prevedono»[191].

Si tratta, dunque, di «normali provvedimenti amministrativi preveduti e disciplinati in ogni loro elemento da norme»; le ordinanze, invece, «sono atti di pubbliche autorità dal contenuto non predeterminato da norme»[192].

Posto che entrambi presentano contenuto derogatorio rispetto alle norme vigenti, Rescigno mette piuttosto l'accento sul fatto che nel caso delle ordinanze di necessità «la deroga viene disposta volta per volta dalle singole ordinanze ma non è predeterminata dalla norma attributiva del relativo potere»; nei casi di atti necessitati, invece, «la stessa norma che disciplina l'atto necessitato si pone in rapporto di eccezione con altra norma cui deroga»[193].

Dunque, per Rescigno, ciò che vale a distinguere le ordinanze di necessità all'interno della più ampia categoria degli atti necessitati è che l'effetto di deroga «corre solo fra norma derogata e ordinanza, mai fra norma derogata e norma attributiva del potere di ordinanza»[194].

Entrambe le ricostruzioni, benché con sfumature diverse, portano a concludere che nel caso degli atti necessitati ci troviamo di fronte all'esercizio di poteri esercitati bensì in via d'urgenza, ma che vengono ordinariamente conferiti all'amministrazione per gestire eventi eccezionali; nel caso delle ordinanze di necessità, invece, siamo al cospetto di un vero e proprio «*potere straordinario* […] per fare fronte a situazioni straordinarie», un potere sostanzialmente libero – di qui la denominazione di «ordinanze libere» – che finisce per attribuire all'autorità agente «una sorta di capacità generale di diritto pubblico»[195].

Sarà poi la Corte costituzionale a cristallizzare la distinzione nella celebre sentenza n. 4 del 1977, che si deve alla penna di Crisafulli. Dopo aver individuato i tratti salienti delle ordinanze di necessità nel fatto che il loro contenuto «non è prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo richiesto dalle circostanze, diverse da caso a caso, che ne impongono l'emanazione»; nonché nel fatto che tali circostanze «non sono, a loro volta, previste – né, di regola, sono prevedibili in astratto – da specifiche disposizioni di legge», il giudice costituzionale ne traccia il confine con gli atti necessitati rilevando come questi sono «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto»; quelle «nell'esplicazione di

[191] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, cit., p. 92.

[192] G.U. RESCIGNO, *ivi*, p. 93.

[193] *Ibidem.*

[194] *Ibidem.*

[195] V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 353.

poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, *per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni*» (corsivo aggiuto).

E non passa certo inosservato come una finalità analoga a quella appena richiamata con riguardo alle ordinanze di necessità – ossia la capcità «di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire»[196] – sia stata invece riferita dalla Corte ad uno strumento – il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri – che la sentenza n. 198 ha poi ricondotto alla diversa categoria dell'atto necessitato.

8. Sulla normatività dei dpcm pandemici

Alla luce dell'imponente apparato concettuale che fa da sfondo al tema oggetto dell'indagine e dei risultati che la sua ricostruzione – per quanto sommaria – ha permesso di illuminare, si può ora procedere, in conclusione, a saggiare sul dpcm pandemico le indicazioni emerse, al fine di verificare anzitutto se possa essere qualificato o meno come atto normativo; e, in secondo luogo, se possa essere meglio accostato alla figura dell'ordinanza di necessità o dell'atto necessitato.

Preliminare a tale verifica, però, è la ricostruzione del "tipo" dpcm pandemico, ossia l'individuazione dei caratteri strutturali che consentono all'atto di assumere una sua precisa identità e quindi di configurare una categoria tipologica a cui esso corrisponda ove esibisca quei tratti somatici.

Da questo punto di vista l'atto, sul piano formale, presenta le seguenti caratteristiche: intestazione recante la denominazione «Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri» con la data di emanazione; adozione da parte del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro della salute, previo parere di una nutrita schiera di ministri, in ragione del fatto che le misure da esso attuate toccano una molteplicità di settori; il che, per inciso, consente di ridimensionare le critiche relative alla mancanza di collegialità del dpcm, sol che si consideri che ai fini della loro emanazione vengono di regola sentiti una quindicina di ministri (sui ventitrè che componevano il Governo Conte II). Al di fuori della compagine governativa, poi, esprimono parere i Presidenti di Regione (o il Presidente della Conferenza delle Regioni) e il Comitato tecnico-scientifico[197].

Sono inoltre previsti la comunicazione alle Camere da parte del Presidente del Consiglio (o di un Ministro da lui delegato) prima dell'adozione dell'atto

[196] Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 2021.

[197] Il decreto-legge n. 19 del 2020 prevede anche un ulteriore procedimento di formazione, nel quale il potere di proporre l'adozione del dpcm è attribuito ai Presidenti delle Regioni interessate o al Presidente della Conferenza delle Regioni, a seconda che le misure abbiano un impatto solo regionale o anche nazionale, con il parere di numerosi ministri (art. 2, comma 1, secondo periodo).

(o anche dopo per ragioni di urgenza); il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti; la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Sul piano sostanziale, invece, il dpcm presenta essenzialmente un doppio contenuto: uno – corrispondente all'*id quod plerumque accidit* – che consiste nello "svolgimento-esecuzione" del decreto-legge, secondo uno schema per cui il decreto-legge elenca in via generale le categorie di limiti che possono essere introdotti per contenere la diffusione del contagio, il dpcm rende operative tali restrizioni, provvedendo al loro «dosaggio […] nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia»[198].

Ad esempio, il decreto-legge dispone il «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus» (art. 1, comma 2, lett. *e*, dl n. 19 del 2020); il dpcm stabilisce che «è fatto divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus» (art. 1, comma 1, lett. *c*, dpcm 26 aprile 2020). Qui l'atto dà pedissequa esecuzione alla norma primaria.

Oppure può accadere che il decreto-legge stabilisca la «limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti» (art. 1, comma 2, lett. *v*, dl n. 19 del 2020); e il dpcm, a sua volta, sospenda le attività dei servizi di ristorazione (fra cui bar, pub, ristoranti, gelaterie, pasticcerie), ma consenta eccezionalmente la sola ristorazione con consegna a domicilio nel rispetto delle norme igienico-sanitarie sia per l'attività di confezionamento che di trasporto, nonché la ristorazione con asporto, fermo restando l'obbligo di rispettare la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, il divieto di consumare i prodotti all'interno dei locali e il divieto di sostare nelle immediate vicinanze degli stessi (art. 1, comma 1, lett. *aa*, dpcm 26 aprile 2020). Qui il contenuto del dpcm è duplice, ricomprendendo nel proprio raggio d'azione tanto la «sospensione», quanto la «limitazione» disposte dalla fonte primaria.

Rientrano nello schema suindicato anche i casi di "svolgimento-specificazione", quelli cioè nei quali il dpcm specifica, ad esempio, le «situazioni di necessità o urgenza» che, ai sensi del decreto-legge n. 19 del 2020, giustificano l'allontanamento dalla propria residenza, domicilio o dimora (art. 1, comma 1, lett. *a*), qualificando come «necessari gli spostamenti per incontrare congiunti», purchè nel rispetto del divieto di assembramento, del distanziamento di almeno un metro e con l'utilizzo delle mascherine (art. 1, comma 1, lett. *a*, dpcm 26 aprile 2020). In tali circostanze il contenuto dell'atto precisa l'ampiezza delle misure disposte a monte dal legislatore.

[198] Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 2021.

In alcune (più limitate) ipotesi, invece, il dpcm si presenta come "svolgimento-integrazione" della norma primaria. Ad esempio, il decreto-legge dispone l'«applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree ubicate al di fuori del territorio italiano» (art.1, comma 2, lett. *d*, dl n. 19/20); il dpcm integra la fattispecie aggiungendo una nuova categoria di soggetti tenuti a «rimanere presso il proprio domicilio»: quelli «con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5°C)» (art. 1, comma 1, lett. *b*, dpcm 20 aprile 2020)[199].

In questi casi, come rileva Cardone, «le limitazioni […] sono […] disposte dai d.P.C.M. attraverso la spendita di un potere e un'articolazione dell'efficacia delle misure nello spazio e nel tempo che non trovano adeguato fondamento nei decreti-legge»[200].

Orbene questi tratti tipologici si riscontrano, in serie, in ciascuno dei dpcm pandemici adottati nelle diverse ondate dell'emergenza[201], il che consente di generalizzare il *test* di normatività che ci si accinge ad effettuare, anche se un approccio metodologico più rigoroso richiederebbe – sulla scorta di Rescigno – un'analisi casistica su ogni singolo decreto del Presidente del Consiglio, per poi ricavarne indicazioni di carattere generale. L'economia dell'indagine, evidentemente, non consente un simile modo di procedere, ma ciò non toglie che i risultati così ottenuti, ove diano adito a dubbi o perplessità, possano sempre essere sottoposti ad un riscontro *ex post* attraverso un più aderente *test* caso per caso.

Ciò premesso, non esistendo un numero chiuso di fonti a livello secondario, si procederà – in linea con la giurisprudenza costituzionale e amministrativa passata in rassegna – privilegiando gli indici sostanziali di identificazione delle norme e dunque saggiando sul dpcm pandemico l'applicazione dei requisiti di generalità, astrattezza e novità, pur con le oscillazioni dottrinali e giurisprudenziali sopra evidenziate rispetto all'uso di questi paradigmi.

In merito al criterio della generalità, il dpcm ha senza dubbio un contenuto generale perché si rivolge ad una pluralità di cittadini non individuabili né *a*

[199] Anche G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2020, segnala «alcune slabbrature» in riferimento al decreto-legge n. 6 del 2020. Esso, infatti, indicava fra le misure restrittive il «divieto di allontanamento dal comune», mentre il dpcm dell'8 marzo aggiungeva «un ulteriore divieto relativo allo spostamento delle persone all'interno dei territori comunali della regione Lombardia e di alcune province». Poi «[*i*]l divieto di spostamenti infra-comunali è stato […] esteso all'interno nazionale dal dpcm del giorno successivo», ma «una cosa è non poter transitare da un comune all'altro, un'altra non potersi spostare nell'ambito del proprio comune».

[200] 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*, cit., p. 332.

[201] In riferimento al Governo Conte II si tratta di 23 decreti del Presidente del Consiglio.

priori né *a posteriori*: tutti i destinatari delle misure di contenimento della pandemia fissate dal decreto-legge.

Quanto all'astrattezza, il dpcm ha bensì ad oggetto categorie di restrizioni ai comportamenti umani configurate in astratto, ma contiene un'esplicita clausola volta a limitare strettamente nel tempo l'efficacia delle sue prescrizioni[202].

Da questo punto di vista un primo elemento di dubbio in ordine alla normatività dell'atto è dato proprio dal suo carattere temporaneo. Si tratta, infatti, di un atto che viene rinnovato con cadenza periodica (anche quindicinale) in modo che le sue prescrizioni siano continuamente aggiornate rispetto alle repentine evoluzioni del quadro epidemiologico, peraltro sulla base delle valutazioni di tipo tecnico-scientifico del Cts. Il che alla luce della giurisprudenza sopra richiamata impedisce di attribuire carattere normativo al dpcm pandemico quand'anche esso esibisca contenuto generale e astratto.

Sotto questo profilo esso si avvicina molto di più ad un atto amministrativo generale, che esaurisce la sua efficacia nel momento in cui abbia realizzato l'interesse pubblico per la cui cura concreta era stato conferito il relativo potere, piuttosto che ad un regolamento, la cui efficacia è temporalmente indefinita.

Questo connotato del dpcm pandemico incide anche sul requisito della novità. Se infatti questo predicato va inteso – crisafullianamente – «come costitutività della fattispecie» e se – sempre con Crisafulli – l'elemento decisivo per aversi atto normativo «non sarebbe […] la novità dell'effetto "in sé", ma il suo ricondursi a quel determinato atto, che, appunto per questa ragione, viene qualificato normativo»[203], i dpcm pandemici non possono dirsi normativi perché la capacità innnovativa, a ben vedere, sta tutta nell'atto avente forza di legge[204].

È il decreto-legge, infatti, ad introdurre le regole nuove, costitutive dell'ordinamento come diritto oggettivo; il dpcm, invece, si inserisce in un quadro in cui tutto l'apparato più significativo di regole volte a contenere la diffusione dell'epidemia è già stato predefinito in via generale dal legislatore e l'atto si limita a dare ad esse (mera) esecuzione e/o (ulteriore) specificazione. Questo, perlomeno, è ciò che accade rispetto ai dpcm il cui contenuto abbiamo definito

[202] Cfr. l'art. 10 del dpcm 26 aprile 2020, ai sensi del quale «Le disposizioni del presente decreto si applicano dalla data del 4 maggio 2020 in sostituzione di quelle del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020 e sono efficaci fino al 17 maggio 2020».

[203] V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 243

[204] Sviluppo qui in maniera più netta una posizione che avevo già espresso in L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., p. 126 ss., ancorchè in una chiave più dubitativa, non avendo potuto prendere in considerazione, *ratione temporis*, alcuni elementi di valutazione che sarebbero intervenuti solo successivamente (come, a tacer d'altro, la sentenza n. 198 del 2021). Invece, secondo C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., p. 177, nota 29, «[*b*]enché le limitazioni dei diritti siano prefigurate dal d.l. 19/2020, l'innovazione nell'ordinamento non deriva dal decreto-legge, che si limita a consentire le misure limitatrici, ma dal d.P.C.M., che sceglie quali misure introdurre».

di svolgimento-esecuzione e svolgimento-specificazione della normativa primaria.

Sulla scorta di Rescigno[205], allora, al Presidente del Consiglio non è attribuito un potere di incidere «stabilmente», con propri decreti, sulla sfera delle libertà delle persone, così innovando l'ordinamento giuridico; si tratta piuttosto di quella specie di poteri che, pur rientrando tra quelli «strutturalmente normativi, nel senso della generalità ed astrattezza» – ammesso e non concesso che di astrattezza si possa parlare quando l'atto è temporaneo[206] – sono «vincolati ad essere provvisori» e dunque «non sarebbero […] alla stregua del diritto positivo, annoverabili tra quelli autorizzati a creare nuovo diritto»[207].

Si tratta infatti di un potere che è attribuito all'autorità governativa per risolvere un problema specifico – limitare la diffusione del contagio –, la cui disciplina in astratto è stata già prediposta dal decreto-legge e non per «porre regole di comportamento destinate a durare e a ripetersi nel tempo»[208]; un potere, può aggiungersi, esercitato in relazione a situazioni contingenti e destinato ad esaurirsi nel momento in cui tali contingenze vengano meno. Sicchè, scomodando Crisafulli, esso integra più gli estremi del «provvedere» in concreto che del «disporre» in generale e astratto e va più opporunamente ascritto all'esercizio di una funzione amministrativa.

Dall'applicazione dei criteri sostanziali di identificazione delle norme al contenuto dei dpcm pandemici si ricava allora che tali atti hanno sicuramente carattere generale; non hanno sicuramente carattere innovativo; è quantomeno dubbio che possano avere carattere astratto. Al netto delle incertezze anche qualificatorie che circondano tali indici, il combinato disposto dell'assenza di novità e dei dubbi intorno all'astrattezza costituisce comunque un serio indizio

[205] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, cit., p. 94.

[206] Sul carattere temporaneo dei dpcm il TAR Lazio, ordinanza n. 7468 del 2020, ha osservato che «le misure finora assunte per fronteggiare l'epidemia da Covid 19 di cui la difesa erariale enfatizza la temporaneità, nei fatti risultano avere sostanzialmente perso tale connotazione stante la rinnovazione di gran parte delle stesse con cadenza quindicinale o mensile». Dunque si tratterebbe di una temporaneità solo formale. Tuttavia, non sembra possibile prescindere da una valutazione del contesto storico nel quale queste misure si collocano, che era quello di una nuova ondata dei contagi. Secondo C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., 177, nota 230, «la temporaneità di una disposizione non ne eslcude il carattere normativo». Adesivamente l'orientamento del Consiglio di Stato, riportato da F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Dike, 2017, p. 464, secondo cui «anche gli atti che contengono precetti temporanei, che cioè innovano la disciplina vigente per un periodo circoscritto hanno carattere normativo».

[207] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 952.

[208] A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta OnLine*, III/2021, p. 846, che osserva peraltro come «i d.p.c.m. appaiono non innovativi rispetto al contenuto dei vari dd.ll.. dei quali assumono natura dichiaratamente attuativa».

– se non già una riprova – del fatto che tali dpcm non presentino sul piano sostanziale i requisiti idonei a riconoscerli come atti normativi.

Senonchè questa conclusione non può essere assolutizzata, in quanto – come si è visto – non ogni misura introdotta dal dpcm corrisponde precisamente alla categoria di limiti prevista in via generale dal decreto-legge. Una parte del contenuto dei dpcm pandemici, infatti, si presenta come "svolgimento-integrazione" della normazione primaria; esibisce, cioè, un'attitudine integrativa della fattispecie descritta dall'atto avente forza di legge che è un tratto tipico della natura regolamentare di un atto.

In questi casi il potere di decretazione attribuito al Presidente del Consiglio incide in senso espansivo sulla preesistente disciplina avente forza di legge, ampliandone il contenuto precettivo sotto un profilo da essa non contemplato e dunque manifestando una portata senza dubbio innovativa dell'ordinamento ossia, secondo concetto, normativa.

Che questo valga a mettere in discussione la conclusione appena raggiunta sulla non normatività dell'atto, però, non sembra possibile affermarlo, se non rispetto ad un dpcm pandemico che – sottoposto ad un *test* specifico – esibisca un contenuto nel quale la regolazione di "svolgimento-integrazione" risulti nettamente prevalente rispetto a quella di "svolgimento-esecuzione" e/o "svolgimento-specificazione".

Il motivo per non revocare in dubbio la nostra conclusione riposa nella giurisprudenza costituzionale richiamata, da cui emerge con chiarezza che ogni potere amministrativo deve bensì essere adeguatamente «determinato nel contenuto e nelle modalità», ma al fine di «mantenere costantemente una, *pur elastica*, copertura legislativa dell'azione amministrativa» (corsivo aggiunto); e che la «precisazione […] dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini», da parte della legge possa essere «*anche non dettagliata*»[209].

Ebbene, la discrezionalità che caratterizza il dpcm pandemico quando provvede *praeter legem* rientra nei margini di elasticità e di disciplina "non dettagliata" consentiti dalla Corte costituzionale in ordine alle modalità di esercizio del potere amministrativo; ed appare del resto coerente con l'«elevazione del livello di responsabilità amministrativa»[210], nonché politica, che è si voluta realizzare attribuendo la competenza a limitare diritti costituzionali al Presidente del Consiglio, il quale può essere sempre chiamato a rispondere davanti alle Camere anche della latitudine con cui ha voluto dare attuazione a questi limiti[211].

[209] Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 2011.

[210] Consiglio di Stato, Sez. I, 13 maggio 2021, n. 850.

[211] Come ha osservato A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, cit., p. 847: «i provvedimenti concretamente attuativi delle norme

Ciò è peraltro in linea di sostanziale continuità con il modello di gestione delle emergenze di cui alla legge n. 225 del 1992, il quale, benchè alternativo all'impianto normativo fondato sul connubio decreto-legge/decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, rappresenta il tronco su cui questo impianto inizialmente si è innestato, salvo poi distaccarsene e vivere di vita propria[212].

Anche quel modello, infatti, ha il suo fulcro nell'attribuzione al Presidente del Consiglio (o su sua delega ad un ministro senza portafoglio) del compito di promuovere e coordinare tutte le amministrazioni pubbliche e i soggetti privati coinvolti nelle attività di protezione civile. Si ispira dunque alla medesima *ratio* di intestare al vertice dell'Esecutivo, per comprensibili esigenze di prontezza e unitarietà della reazione, oltre che per salde motivazioni di ordine costituzionale che riposano nell'art. 95, primo comma, Cost., la regia unitaria delle misure necessarie a fronteggiare la gravità della situazione che si è determinata.

Quando dunque il dpcm introduce tra i soggetti tenuti a rimanere nel proprio domicilio l'ulteriore categoria di coloro che hanno una «sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5°C)» (art. 1, comma 1, lett. *b*, dpcm 20 aprile 2020), non solo persegue la medesima *ratio* che ispira la norma primaria – contenere la diffusione del contagio per tutelare la salute pubblica –, ma lo fa, a ben vedere, in maniera veppiù stringente e rigorosa.

Il potere di decretazione del Presidente del Consiglio, pertanto, non esorbita dal fine per cui è stato attribuito, restando sempre nei limiti del rapporto di strumentalità con la norma primaria. Lo stesso sembra potersi dire allorchè il decreto-legge dispone la «sospensione delle cerimonie civili e religiose», al pari della «limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto» (art. 1, comma 2, lett. *h*, dl n. 19/20) e il dpcm consente invece «le cerimonie funebri con l'esclusiva partecipazione di congiunti», ma circonda questa deroga di una serie di cautele, quali la presenza di un massimo di quindici persone, lo svolgimento della funzione preferibilmente all'aperto, l'obbligo di mascherina e il rispetto del distanziamento di almeno un metro.

contenute negli atti normativi primari non potevano che essere del Presidente del Consiglio in forza della sua attribuzione costituzionale di direzione della politica generale del Governo e la conseguente assunzione di ogni necessaria, responsabilità giuridica e politica». Adesivamente A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2021, p. 3, secondo cui «[*l*]'adozione di un metodo di regolazione fortemente accentrato, basato sul largo impiego dei d.p.c.m., ha comunque inteso rispondere […] a una profonda esigenza costituzionale: quella di una sicura attribuzione di responsabilità politica per agli atti emergenziali che importavano limitazioni drastiche ai diritti fondamentali».

[212] Mette l'accento sulle «caratteristiche totalmente impreviste» di questa emergenza, «che non rispondeva pienamente ad una gestione affidata solo alla protezione civile, ma […] imponeva di mettere in gioco tutto l'assetto del governo e dello Stato» E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, p. 729.

Anche qui il dpcm provvede *praeter legem*: a fronte della generale sospensione delle cerimonie religiose permette lo svolgimento di funerali, pur subordinandolo ad una serie di limiti. Tuttavia, ove si consideri che la celebrazione delle cerimonie funebri avviene di regola all'interno dei luoghi di culto, la distonia tra decreto-legge e dpcm è solo apparente, poiché il contenuto di quest'ultimo, nel prevedere limiti allo svolgimento dei funerali, è comunque coperto da una finalità – la «limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto» – che è contemplata dalla norma primaria. E dunque non si risolve nemmeno in questo caso nell'esercizio di un potere in violazione del vincolo teleologico posto dalla fonte di rango primario.

Semmai ciò che la presenza di questo genere di contenuti di "svolgimento-integrazione" all'interno dei dpcm pandemici denota, lungi dal qualificarli come normativi, è ancora una volta il carattere polimorfo dell'atto, la sua intrinseca poliedricità[213].

Si tratta cioè di un atto che sotto la forma amministrativa ben può veicolare un contenuto di tipo normativo e rispetto al quale si presentano tutti i problemi di dissociazione tra forma e sostanza che la dottrina ha studiato con riguardo ai regolamenti, ai decreti ministeriali[214], ai decreti non aventi contenuto regolamentare.

Laddove la sentenza n. 198 del 2021 delude maggiormente, insomma, non è tanto nell'esplicita qualificazione dei dpcm pandemici come «atti amministrativi tipizzati», che invece risulta corretta alla luce del *test* di normatività qui condotto, quanto nel silenzio da essa serbato intorno alla natura pluridimensionale dell'atto, che è un tratto saliente della sua identità tipologica.

Enfatizzando soltanto il profilo amministrativo del dpcm, senza neppure accennare alla possibilità che possa anche assumere valore normativo, la Corte lo appiattisce su un'unica dimensione, restituendo un'immagine deformata della sua essenza, che coincide solo in parte con quella che un'evoluzione ultratrentennale della prassi applicativa dell'atto ha ormai compiutamente disvelato.

Certo si è che la Corte è sempre molto parca nelle innovazioni classificatorie, che riserva soltanto ai casi in cui ritiene ve ne sia davvero bisogno e dunque nella scelta di non spendere troppe parole su questo aspetto sembra possibile ravvisare un ulteriore esempio di quell'«uso costruttivo del silenzio»[215] che

[213] Come ho cercato più organicamente di evidenziare in L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., spec. p. 49 ss., anche con riguardo ai dpcm adottati prima dell'emergenza pandemica.

[214] F. POLITI, *Decreto ministeriale*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 341 ss.

[215] M. MASSA, *Corte costituzionale e minimalismo*, cit., p. 55.

rappresenta, secondo Massa, uno dei tratti salienti della «vocazione al minimalismo»[216] del nostro giudice costituzionale.

9. Sulla loro (maggiore) assimilabilità alle ordinanze di necessità o agli atti necessitati

Una volta escluso che il dpcm pandemico abbia carattere normativo resta da capire quale delle due tesi principali che si sono confrontate sulla sua natura giuridica – quella della dottrina dominante che lo ha assimilato alle ordinanze di necessità e quella della Corte costituzionale che lo ha qualificato come atto necessitato – sia più calzante rispetto al *test* che si è qui effettuato, tanto alla luce delle premesse teoriche che sorreggono le due categorie di atti, quanto alla stregua dei caratteri essenziali che si sono estrapolati dal dpcm pandemico e ne hanno consentito la configurazione del tipo.

Ebbene sul piano sostanziale, come si è visto, il tratto tipologico maggiormente ricorrente del dpcm è senza dubbio la predeterminazione del suo contenuto da parte del decreto-legge, di modo che – per dirla con Mangia – «all'amministrazione spetta solo il compito […] di "attivare" la singola misura di limitazione»[217].

Qui corre una differenza abissale con le ordinanze di necessità. Le quali, al pari dei dpcm pandemici, sono bensì provvedimenti rivolti ad una generalità di destinatari, adottati per ragioni di necessità e urgenza, sulla base di una specifica abilitazione legislativa; ma – ecco il punto – hanno un contenuto completamente rimesso alla volontà del soggetto agente, che ha in proposito un amplissimo potere discrezionale, mentre è vincolato dal legislatore nei presupposti, negli ambiti e nelle finalità dell'intervento.

Come riassume esattamente Modugno, «[*n*]elle ordinanze, rispetto agli altri "atti necessitati", si manifesta perciò una maggiore discrezionalità nel *quid* e nel *quomodo* dell'adozione del provvedimento»[218]. E questo, può aggiungersi, resta vero anche nei casi in cui i dpcm pandemici presentino la portata integrativa sopra evidenziata, che quando sussiste non è mai comunque tale da eguagliare il tasso di discrezionalità proprio delle ordinanze, perché si traduce nell'aggiunta di un contenuto che – esplicitamente o implicitamente – può essere estrapolato dal perimetro applicativo della fattispecie.

Il Presidente del Consiglio, in altri termini, si limita a manovrare, in ragione dell'evoluzione del quadro epidemiologico, l'ampiezza di limiti che sono espressamente stabiliti dal decreto-legge, oppure porta in superficie limiti presupposti dall'apparato dei vincoli e delle restrizioni disposti dal decreto-legge.

[216] M. MASSA, *ivi*, p. 58.
[217] A. MANGIA, *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, cit., p. 517.
[218] Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 2021.

Nel primo caso il dpcm pandemico è, a tutti gli effetti, "misura" del decreto-legge e resta ancorato al principio di tipicità dell'azione amministrativa, a differenza dell'ordinanza di necessità che ne fuoriesce; nel secondo caso esibisce indubbiamente un tasso di creatività maggiore.

Ciò nondimeno anche in quest'ultima ipotesi, come mostrato nell'esempio delle cerimonie funebri, la misura introdotta dal dpcm non è una (libera) invenzione del Presidente del Consiglio, ma è incorporata nel tessuto dei limiti preesistenti, con i quali si salda e si trova in rapporto di necessaria implicazione.

Una lettura del genere, ove condivisa, dovrebbe valere a rassicurare quella parte della dottrina che ha rilevato come «[*l*]'ampiezza della discrezionalità concessa al Presidente del Consiglio dei ministri impedisce di ricondurla alla mera attività amministrativa necessitata»[219].

Che il decreto-legge n. 19 del 2020, nel vincolare in modo più stringente la discrezionalità del Presidente del Consiglio ai canoni di adeguatezza e proporzionalità, gli lasci comunque dei margini di intervento maggiori rispetto al mero accertamento del presupposto dell'urgente necessità di provvedere – ciò in cui si ravvisa tradizionalmente il *proprium* dell'atto necessitato – è del resto comprensibile tanto in ragione dell'organo chiamato in causa, che è il «massimo livello di responsabilità politico-amministrativa del governo»[220]; quanto alla luce delle caratteristiche dell'emergenza, che fanno sì «che non ne siano *a priori* definibili i contorni e le connesse esigenze regolative, sicché la fonte primaria può normare solo fino a un certo punto le risposte ordinamentali»[221].

Ad ogni buon conto, l'accostamento non pieno, ma solo «per certi versi» dei dpcm agli atti necessitati, lascia supporre che la Corte costituzionale sia in qualche modo "avvertita" delle perplessità della dottrina e si sia voluta

[219] 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, p. 86. Anche secondo G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, cit., p. 294, i dpcm, pur dopo la correzione di rotta impressa dal decreto-legge n. 19, «continuano a disporre di margini di discrezionalità consistenti». Che il decreto-legge n. 19 «lascia al Presidente del Consiglio un'amplissima scelta dal punto di vista sia del contenuto […] sia dell'ambito territoriale» è altresì l'opinione di G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, 4/2020, p. 757. A sua volta C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, cit., 177, sottolinea come «[*i*] d.P.C.M. anti-Covid sono molto lontani dagli atti necessitati, in quanto non si tratta certo di atti che fanno fronte a situazioni «ordinarie», seppur rare (come gli atti necessitati)».

[220] Consiglio di Stato, Sez. I, 13 maggio 2021, n. 850.

[221] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 13. Anche A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, "annichilimento" della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, p. 322, ha osservato come «il modello d.l./d.P.C.M. "funzionava" sulla capacità dei primi di tipizzare le misure adottabili con i secondi, ma tale capacità si è scontrata inevitabilmente con la contingibilità e urgenza della fattispecie emergenziale, che non permette di definire univocamente ed *ex ante* le misure necessarie, anche perché queste possono cambiare con l'evoluzione dell'emergenza in corso, proprio come la sentenza sottolinea».

riservare una "uscita di sicurezza" per il caso in cui il giudice, chiamato di volta in volta a valutare se qualcuno di questi provvedimenti leda diritti costituzionali, dubiti che la discrezionalità del Presidente del Consiglio abbia esorbitato dai limiti che i principi costituzionali pongono all'esercizio del potere amministrativo e quindi investa la Corte della relativa questione.

A quel punto uno scrutinio *ad hoc* potrebbe anche condurre ad esiti divergenti rispetto a quelli cui siamo qui pervenuti. Ma ciò non equivarrebbe necessariamente a revocare in dubbio le conclusioni raggiunte sul piano generale dall'indagine, comportando semmai l'esigenza di una loro verifica *a posteriori* nel caso di specie.

Tali conclusioni, pertanto, si possono così riassumere: le limitazioni dei diritti costituzionalmente garantiti risalgono sempre alla fonte primaria da cui trae specifico fondamento il potere di decretazione del Presidente del Consiglio, anche se in alcuni (più limitati) casi il nesso di derivazione appare meno intenso; l'adozione dei dpcm pandemici soddisfa, nel complesso, i requisiti per il corretto esercizio da parte del Presidente del Consiglio della funzione amministrativa, salva naturalmente la possibilità che, nei loro contenuti specifici, singole disposizioni risultino non conformi a tali requisiti; il sistema costituzionale non è vulnerato, in quanto la norma di rango legislativo vincola e dirige la discrezionalità dell'autorità di governo in conformità alle condizioni richieste dalla giurisprudenza costituzionale perché il principio di legalità sostanziale possa dirsi rispettato.

LA PARTECIPAZIONE NELL'ERA DIGITALE [*]

GIOVANNI DI COSIMO[**]

Sommario

1. Premessa. – 2. Voto digitale. – 3. Sottoscrizione. – 4. Consultazione. – 5. Regole.

Abstract

Digital technology makes citizens' participation faster and cheaper. However, controversial aspects should also be highlighted, such as the digital divide which increases social inequality. The essay reviews three forms of democratic participation: electronic voting, the online collection of signatures for national referenda, digital platforms for citizen participation. The aim is to identify the rules that the lawmaker should adopt to tackle the most controversial aspects of digital technology applied to citizens' participation.

Suggerimento di citazione

G. DI COSIMO, *La partecipazione nell'era digitale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] In corso di pubblicazione nel volume "Processi di regolazione e tecnologie digitali. Il ruolo dei privati" che raccoglie gli esiti della ricerca Prin 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law (SE.CO.R.E TECH)*.

[**] Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Macerata. Contatto: giovanni.dicosimo@unimc.it.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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

Quando, a partire dalla fine degli anni Novanta, la tecnologia digitale ha conosciuto uno sviluppo diffusivo e incontenibile, si è pensato che, fra le altre cose, avrebbe accresciuto il contributo dei cittadini alla definizione delle politiche pubbliche. A distanza di alcuni anni, la situazione appare in una luce diversa a causa di alcuni aspetti critici emersi nel frattempo. Più in generale, all'entusiasmo iniziale è subentrato un approccio realistico, che suggerisce di non alimentare illusioni riguardo agli effetti dell'introduzione della tecnologia digitale sullo stato di salute delle democrazie contemporanee[1].

In considerazione di ciò, in queste pagine mi soffermo brevemente sull'impatto della tecnologia digitale sulla partecipazione democratica dei cittadini, circoscrivendo il campo di indagine al profilo delle modalità di voto, di sottoscrizione e di consultazione[2].

2. Voto digitale

Il legislatore ha di recente previsto una limitata sperimentazione del voto digitale, evidentemente nella consapevolezza degli aspetti critici connessi a tale modalità di voto[3]. I principali fra questi riguardano la segretezza e la pubblicità[4]. Prima di farvi cenno, occorre introdurre la distinzione fra il voto elettronico *presidiato*, nel quale l'elettore vota presso postazioni sorvegliate da pubblici ufficiali, e il voto elettronico *non presidiato*, che si esprime a distanza, per

[1] G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Edizioni ETS, Pisa, 2017, 78.

[2] Un profilo vicino indaga i mutamenti indotti dalla tecnologia digitale nella sfera politica. Per approfondimenti cfr., da ultimo, C.A. CIARALLI, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 171 ss.; A. CIANCIO, *Le sfide della rappresentanza politica nell'epoca di internet. Brevi note a mo' di introduzione*, in *Federalismi.it*, 15/2021; G. DI COSIMO, *In origine venne Rousseau. Le regole dei partiti sull'uso delle tecnologie digitali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2021, 969 ss.; F. NUNZIATA, *Il platform leader*, in *Rivista di Digital Politics*, 1, 2021, 127 ss.; M. BARBERIS, G. GIACOMINI, *La neo-intermediazione populista. Popolo, istituzioni, media*, in *Teoria politica. Nuova serie*, X, 2020, 333 ss.

[3] La legge di bilancio 2020 istituisce un fondo per avviare una sperimentazione del voto digitale «limitata a modelli che garantiscano il concreto esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e degli elettori che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovino in un comune di una regione diversa da quella del comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti». La sperimentazione, inizialmente prevista in occasione delle elezioni regionali e amministrative del 2022, è stata poi rinviata al 2023 in «considerazione della situazione politica internazionale e dei correlati rischi connessi alla cybersicurezza» (dl 41 del 4 maggio 2022). Sulle precedenti sperimentazioni cfr. L. TRUCCO, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier Università, Firenze, 2016, 431 s.

[4] Per un quadro completo cfr. A. GRATTERI, *Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettive della sua attuazione in Italia*, in *forumcostituzionale.it*, 25 marzo 2015.

mezzo di un terminale che può trovarsi in qualsiasi luogo, senza alcuna forma di supervisione[5].

Il decreto interministeriale che approva le linee guida sulla sperimentazione del voto digitale insiste sul necessario rispetto della segretezza del voto in «tutte le fasi della votazione elettronica»[6]. In particolare, stabilisce che per «le attività di scrutinio sono utilizzate tecnologie in grado di rilevare eventuali alterazioni nel rispetto della segretezza del voto», e che il sistema di voto elettronico «assicura la segretezza sia del voto, sia delle operazioni ad esso propedeutiche, impedendo, al contempo, la perdita o l'alterazione dei suffragi»[7].

Tuttavia, è opinione diffusa che il voto tradizionale, espresso nella cabina elettorale, garantisca meglio la segretezza[8]. Per le sue (attuali) caratteristiche tecniche il voto digitale comporta inevitabilmente il rischio di manipolazioni[9]. Un rischio che viene considerato accettabile nel caso del voto degli italiani

[5] Per un esame comparato delle regole sul voto elettronico cfr. Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le riforme istituzionali, *Per la partecipazione dei cittadini. Come ridurre l'astensionismo e agevolare il voto*, 14 aprile 2022, 102 ss. (libro bianco a cura di una commissione di esperti).

[6] Dec. min. dell'interno e min. per l'innovazione tecnologica del 9 luglio 2021. La segretezza del voto (su cui cfr., da ultimo, M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p 235 ss.) protegge l'autonomia del votante, «lo mette nelle condizioni di essere l'unico giudice di ultima istanza dei propri interessi, determinando in tutta libertà sia il contenuto sia i criteri delle scelte politiche che esprime durante le consultazioni popolari» (G. GOMETZ, *Sulla "democrazia liquida". La segretezza del voto tra autonomia politica e bene comune,* in *Statoechiese.it*, 30/2014, .41).

[7] L'importanza della segretezza è sottolineata anche dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2017)5: «E-voting shall be organized in such a way as to ensure that the secrecy of the vote is respected at all stages of the voting procedure».

[8] E. CATERINA, M. GIANNELLI, *Il voto ai tempi del* Blockchain: *per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico*, in *Rivistaaic.it*, 4/2021, 14, i quali osservano che «questo semplice argomento è sufficiente a incrinare, dal punto di vista costituzionale, la realizzabilità del voto elettronico con la nuova tecnica *Blockchain*».

[9] «Scientists and security experts express concern regarding a number of potential vulnerabilities facing any internet voting platform, including malware and denial of service attacks; voter authentication; ballot protection and anonymization; and how disputed ballots are handled. Importantly, there is no way to conduct a valid audit of the results due to the lack of a meaningful voter-verified paper record. If a blockchain architecture is used, serious questions arise regarding what content is stored in it, how the blockchain is decrypted for public access, and how votes are ultimately transferred to some type of durable paper record. No scientific or technical evidence suggests that any internet voting system could or does address these concerns» (*Letter to Governors and Secretaries of State on the insecurity of online voting*, Letter from AAAS EPI Center and leading experts in cybersecurity and computing, 9 aprile 2020, https://www.aaas.org/programs/epi-center/internet-voting-letter). Cfr. M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. Prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'*e-voting *nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivistaic.it*, 1/2021, 43. E. D'ELIA, *Voto elettronico, bello e impossibile*, in *Lavoce.info*, 6 giugno 2022; N. MARTINI, T. MAURI, *Voto elettronico, troppo grande il pericolo brogli: ecco perché i rischi superano i vantaggi*, in *agendadigitale.edu*, 29 settembre 2021; F. BUCCAFURRI, *Luci e ombre del voto elettronico*, in *ICT Security Magazine*, 18 ottobre 2017.

all'estero, nella presunzione che in un'elezione come questa, con un numero limitato di *eligendi*, siano improbabili tentativi di manomissione elettronica[10].

Il problema della segretezza si porrebbe principalmente con il voto non presidiato, l'*home vote*[11], mentre quello presidiato offrirebbe ragionevoli assicurazioni relativamente al momento dell'espressione del voto[12]. In realtà, anche per il voto presidiato le attuali soluzioni tecnologiche non consentono di conciliare in modo soddisfacente le contrapposte esigenze di segretezza e di trasparenza/verificabilità del voto[13]. E per il voto non presidiato si pongono ulteriori e specifici problemi di sicurezza[14]. Dunque, la questione resta aperta, non fosse altro perché l'elevazione degli standard di sicurezza richiede l'adozione di misure, come per esempio software *open source*, che presuppongono il possesso di elevate conoscenze tecniche in capo all'elettore che intenda svolgere un controllo[15]. A conclusioni diverse si giunge in ordinamenti che attribuiscono un valore meno intenso al principio di segretezza[16].

La questione della pubblicità è stata sollevata nel 2009 dal Tribunale costituzionale tedesco, nel presupposto che nelle società democratiche il principio di pubblicità del voto è fondamentale per una corretta formazione della volontà popolare. «The public nature of the state's exercise of power, which is based on the rule of law, serves its transparency and controllability. It is contingent on the citizen being able to perceive acts of the state bodies. This also applies as to the activities of the election bodies»[17]. Il Tribunale rileva che le elezioni costituiscono una questione che interessa l'intero popolo e una

[10] C. FUSARO, *L'esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e le sue modalità applicative*, in *Astrid Rassegna*, 7/2022, 11.

[11] L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. inf. e inform*. 1/2011, 57; ID., *"Segretezza del voto nell'identificabilità del votante" nelle società "in movimento"*, in *diritticomparati.it*, 14 maggio 2013, 5; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. inf. e inform*, 2015, 297.

[12] L. TRUCCO, *"Segretezza del voto nell'identificabilità del votante" nelle società tecnologicamente complesse*, in *medialaws.edu*, 9 maggio 2013, 2.

[13] G. GOMETZ, M. TAWA FOLARIN, *Voto elettronico presidiato e* blockchain, in *Ragion pratica*, 2/2018, 327; G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche* cit., 174.

[14] G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche* cit., 75 s. Per «il voto elettronico via *internet*, si potrebbero porre questioni connesse con l'affidabilità e la sicurezza dei sistemi informatici, che riguardano tanto l'espressione del voto quanto le operazioni di raccolta e conteggio» (libro bianco *Per la partecipazione dei cittadini. Come ridurre l'astensionismo e agevolare il voto* cit., 241).

[15] M. FARINA, *Il diritto di voto alla fermata del "binario elettronico"*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, 618.

[16] Ad es., la Corte suprema estone non ha ravvisato il contrasto con il principio di segretezza anche in considerazione del fatto che la normativa consente all'elettore di rettificare il voto elettronico espresso (sent. n. 3-4-1-13-05 del 1° settembre 2005). Riguardo l'ordinamento italiano, si suggerisce un'interpretazione dinamica del principio di segretezza nel presupposto che i sistemi di voto elettronico a distanza accrescano l'effettività del principio di universalità del suffragio (M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali* cit., 44).

[17] Sent. 3 marzo 2009.

preoccupazione comune a tutti i cittadini. Ne segue che i cittadini devono essere in grado di comprendere e verificare i passaggi principali del procedimento elettorale «in modo affidabile e senza alcuna specifica conoscenza tecnica». Tuttavia, secondo il Tribunale, le macchine per il voto digitale non permettono lo svolgimento di un esame pubblico di questo tipo[18]. Di qui la conclusione dell'incostituzionalità del regolamento che disciplina il voto elettronico[19].

3. Sottoscrizione

Il ricorso alla tecnologia digitale per la sottoscrizione dei referendum e dei progetti di legge di iniziativa popolare consente di raccogliere le firme in modo meno oneroso. La legge di bilancio per il 2021, allo scopo di «di contribuire a rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena inclusione sociale delle persone con disabilità e di garantire loro il diritto alla partecipazione democratica», prevede la realizzazione di una piattaforma informatica «per la raccolta delle firme degli elettori necessarie per i referendum previsti dagli articoli 75 e 138 della Costituzione nonché per i progetti di legge previsti dall'articolo 71, secondo comma, della Costituzione».

Nelle more dell'istituzione della piattaforma, la legge permette ai promotori di raccogliere le sottoscrizioni per mezzo dello strumento della firma digitale. L'innovazione è stata criticata perché comporterebbe effetti negativi a carico della democrazia rappresentativa[20]. In realtà, neppure il sistema tradizionale di raccolta delle firme sfugge al rischio di un uso strumentale, intendendo con ciò un ricorso eccessivo all'istituto referendario in funzione latamente antiparlamentare, per quanto in quel caso il raggiungimento dello scopo richieda senz'altro un maggiore sforzo organizzativo.

[18] «The essential steps in the ascertainment of the results by the voting machines also could not be verified by the public».

[19] «A public examination by means of which the citizen could have reliably verified the ascertainment of the election result himself or herself without prior special technical knowledge was hence ruled out».

[20] F. PACINI, *Verso un mutamento costituzionale tecnicamente indotto? Note sulla digitalizzazione delle firme per il referendum*, in *Quad. cost.li*, 4/2021, 943 s.; N. ROSSI, *Firma digitale per referendum e leggi di iniziativa popolare. Una meditata rivoluzione o un improvvisato azzardo?*, in *Questione giustizia*, 15 settembre 2021. Si teme che comporti un'ulteriore avanzata del processo di disintermediazione (N. LUPO, *La nuova vita "digitale" del referendum abrogativo. Origini e conseguenze*, in School of Government LUISS, *Policy Brief* n. 31/2021, 3); che conduca all'affermazione della cosiddetta *Spid democracy* (F. CLEMENTI, *I correttivi necessari alla deriva della spid democracy*, in *Sole24ore*, 21 settembre 2021); che renda possibili mobilitazioni telematiche animate da spirito vendicativo nei confronti del legislatore (F. PALLANTE, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, in *osservatorioaic.it*, 6/2021, 7); che porti a un abuso del referendum (G. DONATO, *Gli strumenti di democrazia partecipativa alla prova del digital switchover*, in *DPCE online*, 2/2021, 1534).

Soprattutto, simili preoccupazioni sopravvalutano l'impatto dell'introduzione della firma digitale che si limita a facilitare la raccolta delle adesioni, rendendola più veloce[21]. In altre parole, non sembrerebbe che la raccolta delle sottoscrizioni con la firma elettronica comporti effetti controversi, come invece accade nelle ipotesi in cui la tecnologia digitale asseconda forme di manipolazione dell'opinione pubblica[22]. Semplicemente, come accennato, la firma digitale permette di raccogliere più velocemente le firme; non è automatico che ciò consenta altresì di aumentare le sottoscrizioni, come mostra il caso del quesito sul *green pass* che non ha raggiunto il *quorum* malgrado la firma ditale. Senza considerare che, ovviamente, restano gli ostacoli posti dalla (discussa) giurisprudenza costituzionale sulle "cause inespresse" di inammissibilità. Prova ne sia che nel febbraio 2022 la Corte costituzionale non ha ammesso due quesiti per i quali la raccolta delle sottoscrizioni si è avvalsa in misura rilevante della firma elettronica[23].

L'ipotesi che si tratti di una forma di velocizzazione delle esistenti procedure democratiche, piuttosto che la via di accesso a una controversa forma di democrazia digitale e disintermediata, non esclude il rischio di un «automatismo referendario», destinato a scattare subito dopo l'approvazione della legge a iniziativa delle forze parlamentari sconfitte allo scopo di contrapporre il

[21] R. BORRELLO, *Firma digitale e* slow democracy, in *Nomos*, 3/2021, 2; G. DI COSIMO, *Ci salverà la democrazia diretta?*, in corso di pubblicazione in ID. (a cura di), *Curare la democrazia. Una riflessione multidisciplinare*, Wolters Kluwer, Milano, 2022.

[22] Ad esempio, relativamente al consenso politico, con l'uso dei *social bot* e con le pratiche di *microtargeting* e di *big nudging* (P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivistaic.it*, 2/2018; K. MANHEIM, L. KAPLAN, *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 21/2019, 106 ss.; E. MOSTACCI, *Critica della* ragione algoritmica: *internet, partecipazione politica e diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2019, 102 ss.; R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme*, in *Quad. cost.li*, 4/2019, 789 ss.; R. BRACCIALE, F. GRISOLIA, *Information Disorder: acceleratori tecnologici e dinamiche sociali*, in *Federalismi.it*, 11/2020, 62 ss.; M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei* social media, *fra diritto e autodisciplina*, FrancoAngeli, Milano, 2020; M. BETZU, G. DEMURO, *I* big data *e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Medialaws*, 1/2020, 218 ss.; F. SAMMITO, G. SICHERA, *L'informazione (e la disinformazione) nell'epoca di internet: un problema di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021; A. TEDESCHI TOSCHI, G. BERNI FERRETTI, *Social media, profili artificiali e tutela della reputazione. Come l'avvento dei* social bot *per la gestione dei profili social possa rappresentare una grave minaccia per la reputazione delle persone e quali potrebbero essere le risposte a tale pericolo,* in *Riv. it. inform. e dir.*, 2/2021, 107 ss.; ID., *Il contrasto legislativo ai* socialbot *e le soluzioni avanzate negli Stati Uniti d'America a livello federale e statale,* in *Diritto di internet*, 3/2022, 451 ss.; F. AMORETTI, M. SANTANIELLO, *Partecipazione politica e opinione pubblica online in tempo di crisi*, in *Iride*, 92/2021, 57 ss.; O. SPATARO, *Diritti di partecipazione politica e piattaforme digitali, alcune riflessioni*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2022).

[23] Omicidio del consenziente (sent. 50/2022) e depenalizzazione della coltivazione della cannabis (sent. 51/2022).

popolo sovrano al Parlamento[24]. Per capire se il rischio sia reale, bisognerà attendere gli sviluppi della prassi.

In ogni caso, sull'altro piatto della bilancia bisogna tener conto che la firma digitale favorisce la partecipazione politica[25]. L'obiezione secondo cui la firma digitale determinerebbe una spoliticizzazione della partecipazione popolare[26], non tiene conto che la condivisione del contenuto del quesito referendario o della legge di iniziativa popolare, che sta alla base della sottoscrizione, non varia in ragione dello strumento di firma, tradizionale o digitale che sia. Per sostenere il contrario occorrerebbe provare che nel secondo caso l'adesione sia meno consapevole, una dimostrazione tutt'altro che agevole.

4. Consultazione

Il mezzo digitale rende possibile sperimentare forme innovative di consultazione dei cittadini[27]. Concepito per favorire la partecipazione dei cittadini, il software open source *Decidim* ha l'ambizione di rafforzare i processi democratici nell'ambito delle istituzioni pubbliche[28]. Tutto nasce dall'esperienza della città di Barcellona che ha messo a punto la piattaforma di democrazia partecipativa per i propri cittadini[29]. «Decidim is a framework that allows anybody to

[24] A. PUGIOTTO, *Il pericolo non è il click ma il plebiscito*, in *il Riformista*, 30 settembre 2021, che ipotizza anche (una meno probabile) iniziativa della maggioranza allo scopo di plebiscitare la legge.

[25] A. PARMIGIANI, *Firmare online deve essere un diritto per tutti*, in *Lavoce.info*, 18 febbraio 2022.

[26] F. PALLANTE, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento* cit., 8.

[27] F. BRIA, *Come recuperare il controllo sulla nuova democrazia digitale*, in *Domani*, 11 maggio 2021. Sulla nuova centralità che, almeno nelle intenzioni, l'approccio smart intende assegnare ai cittadini cfr. E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2/2016, 249.

[28] «Decidim è una piattaforma radicalmente partecipativa, cioè, permette il controllo e l'intervento delle persone partecipanti su tutti i livelli della sua struttura tecnologica, tanto sul suo codice interno (il suo *back end*) quanto sulle sue interfacce ed esperienze di partecipante (*front end*)» (A. CALLEJA-LÓPEZ, X.E. BARANDIARAN, A. MONTERDE, *Dalle reti sociali alle reti (tecno)politiche Reti di terza generazione per la democrazia del XXI secolo*, in D. GAMBETTA (a cura), *Datacrazia. Politica, cultura algoritmica e conflitti al tempo dei big data*, D Editore, Ladispoli, 2018, 355. «From its first creation, Decidim enabled the participatory elaboration of public policies by creating discussion boards, digital voting mechanisms, and organizing proposals made in face-to-face meetings» (F. MELLO ROSE, *The unexpected persistence of non-corporate platforms: The role of local and network embeddedness*, in *Digital Geography*, 2/2021, 6).

[29] Cfr. I. PEÑA-LÓPEZ, *Shifting participation into sovereignty: the case of decidim.barcelona*, Huygens Editorial, Barcelona, 2019, che osserva come l'introduzione della piattaforma abbia determinato un incremento dela partecipazione (90 ss.); ARAGON, A. KALTENBRUNNER, A. CALLEJA-LOPEZ, A. PEREIRA, A. MONTERDE, X. E. BARANDIARAN, V. GOMEZ, *Deliberative Platform Design: The case study of the online discussions in Decidim Barcelona*, in G. CIAMPAGLIA, A. MASHHADI, T. YASSERI (edit), *Social Informatics 9th International Conference, SocInfo 2017, Oxford, UK, September 13-15, 2017, Proceedings, Part II*, Springer International Publishing, 2017, 277 ss.; A. SMITH, MARTÍN, *Going Beyond the Smart City? Implementing Technopolitical Platforms for Urban Democracy in Madrid and Barcelona*, in *Journal of Urban Technology*, 2020, 311 ss.; G. SMORTO, *Autonomie locali e politiche*

create and configure a website platform, to be used in the form of a political network for democratic participation. The platform allows any organization (local city council, association, university, NGO, neighbourhood or cooperative) to create mass processes for strategic planning, participatory budgeting, collaborative design for regulations, urban spaces and election processes»[30].

Il software è attualmente utilizzato da alcuni soggetti pubblici (città, regioni e organizzazioni), fra i quali la città di Milano[31]. Il regolamento sulla partecipazione del capoluogo lombardo stabilisce che, nell'ambito dell'istruttoria pubblica, i cittadini possono esprimersi per mezzo della piattaforma "Milano partecipa" sulle proposte di modifica ai provvedimenti[32].

Queste esperienze maturate nell'ambito degli enti locali mostrano come la tecnologia digitale renda più veloce ed economica la consultazione dei cittadini. Tuttavia, e non poteva essere altrimenti, la sostanza dei processi partecipativi non cambia, nel senso che i cittadini continuano ad esprimere orientamenti non vincolanti[33]. Gli istituti giuridici restano quelli previsti dall'art. 8 del testo unico degli enti locali rubricato "partecipazione popolare": forme di consultazione, istanze, petizioni e proposte, referendum. Insomma, il digitale facilita la partecipazione popolare, ma non si può dire che il ruolo dei cittadini nell'ambito dei processi di decisione pubblica ne risulti particolarmente rafforzato.

5. Regole

Come s'è visto, l'applicazione della tecnologia digitale nell'ambito dei processi di partecipazione democratica dà risultati ambivalenti. Il voto elettronico non presidiato favorisce la partecipazione democratica dei cittadini, dal momento che può essere esercitato in qualsiasi luogo avvalendosi di un dispositivo elettronico anche di tipo portatile, ma presenta controindicazioni sul fronte della tutela della segretezza del voto. La firma elettronica rende più facile la raccolta delle firme, ma la sua introduzione non aumenta le chance di successo dei quesiti referendari, dato che restano immutati il quadro delle regole procedurali e

pubbliche per l'economia digitale, in *Ist. del federal.*, 4/2019, 911 s.; E. ZANCHINI, *Ripensare da capo le nostre città*, in *Il Mulino*, 3/2021, 200.

[30] https://docs.decidim.org/en/index.html

[31] Sull'esperienza del comune di Udine, dove è stata sperimentata una piattaforma che ha consentito il monitoraggio da parte dei cittadini delle attività realizzate dagli eletti, cfr. G. GIACOMINI, *La piattaforma Open municipio alla prova dei fatt*i, in *Quad. di Sociol.*, 80/2019, p 113 ss. Sulla piattaforma Deciditorino.it cfr. BIANCONE, V. BRESCIA, G. GROSSI, S. SECINARO, *Dialogic accounting through popular reporting and digital platforms*, in *Meditari Accountancy Research*, n. 7/2021, 81 ss.

[32] Art. 10 reg. per l'attuazione dei diritti di partecipazione popolare (modificato nel 2021).

[33] Con la sola eccezione – che è tale a prescindere dell'utilizzo del digitale – del referendum abrogativo (che, peraltro, dispone di uno spazio operativo assai ristretto per effetto della riserva di legge prevista dall'art. 97 Cost. e della disciplina quadro sugli enti locali: A. AMBROSI, *I referendum locali tra statuti, riserve di legge e normativa primaria*, in F. PIZZOLATO, A. SCALONE, F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione fra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019, 79).

le condizioni politiche sostanziali che spiegano la crisi dell'istituto referendario, che ha trovato conferma in occasione del recente referendum del 12 giugno 2022 quando si è registrata una partecipazione che ha appena sfiorato il 21%[34]. Le consultazioni digitali consentono di acquisire più velocemente e a costi inferiori l'opinione dei cittadini, ma ciò non offre garanzie di rappresentatività dei vari interessi in campo[35], e non cambia sostanzialmente il ruolo dei cittadini nei processi decisionali pubblici.

Bisogna altresì considerare che l'utilizzo della tecnologia digitale nell'ambito di processi partecipativi pone problemi inediti quali il *digital divide*[36], per cui di tale tecnologia si avvantaggia solo una ristretta cerchia della popolazione, in genere le élite più colte e abbienti[37], con la conseguenza che si accentuano le diseguaglianze esistenti[38]; i rischi di cattura del regolatore da parte del regolato, e i rischi relativi alla sicurezza dei sistemi informatici e alla scarsa affidabilità delle piattaforme digitali[39]; la prevalenza di soluzioni tecnologiche funzionali al calcolo economico di multinazionali e società più che all'inclusione dei cittadini[40].

Tutto ciò, chiama in causa innanzitutto il legislatore, che in effetti è in qualche caso intervenuto, per esempio con l'introduzione della firma elettronica e con la sperimentazione del voto elettronico. Il secondo intervento individua due obiettivi che la legislazione sul digitale dovrebbe sempre perseguire: da un lato, sperimentare sul campo la validità delle soluzioni normative; dall'altro, precisare la portata di determinati limiti (come, ad esempio, il principio di segretezza) con specifico riferimento alle caratteristiche del mezzo digitale. A questi va aggiunto l'obiettivo di aumentare la trasparenza dei processi decisionali pubblici. A tal riguardo occorre adottare software aperti e funzionali alla

[34] Discorso analogo si può fare*, mutatis mutandis*, per l'iniziativa legislativa popolare che, come noto, è sostanzialmente ignorata dalle Camere (sul punto cfr. V. DE SANTIS, *L'iniziativa popolare rinforzata*, in *Osservatorio sulle fonti,* 2/2019, 5 ss.; sulla crisi dello strumento referendario v., da ultimo, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022),* il Mulino, Bologna, 2022).

[35] G. SGUEO, *I tre problemi della conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2022, 36, il quale inoltre mette in dubbio che le consultazioni digitali garantiscano una maggiore partecipazione; ID., *Tre idee di* design *per l'amministrazione digitale*, in *Gior. di dir. amm.vo*, 1/2021, 28.

[36] Da un rapporto della Commissione risulta che solo il 56% della popolazione europea ha competenze digitali di base (*Digital Economy and Society Index 2021*, 12 novembre 2021).

[37] E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *il Piemonte delle Autonomie*, 2/2015. Da un rapporto della Commissione europea risulta che solo il 56% della popolazione ha competenze digitali (*Digital Economy and Society Index 2021*, 12 novembre 2021).

[38] L. SARTORI, *Alla ricerca della* smart citizenship, in *Ist. del federalismo*, 4/2015, 947.

[39] G. SGUEO, *I tre problemi della conferenza sul futuro dell'Europa* cit., 36 s.

[40] C. BUZZACCHI, Le smart cities *tra sicurezza delle tecnologie e incertezza della dimensione democratica*, in *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, a cura di C. BUZZACCHI, P. COSTA, F. PIZZOLATO, Giuffrè, Milano, 2019, 90 s.; F. PIZZOLATO, *Il consumatore, sovrano della Technopolis*, ivi, 97 ss.

partecipazione, allo scopo di consentire ai cittadini il controllo sulle decisioni assunte dai poteri pubblici, cominciando da quelli locali[41].

Una volta che il legislatore abbia posto regole adeguate in relazione a tali obiettivi, residua uno spazio normativo per il concorso di soggetti privati, come ad esempio associazioni e organizzazioni di interesse, ai quali può essere rimandata la normazione di aspetti circoscritti secondo la logica della auto-regolazione[42].

[41] E. SPILLER, Citizens in the loop? *Partecipazione e smart city*, in F. PIZZOLATO, A. SCALONE, F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione fra diritto e politica* cit., 300. Sulla partecipazione nel modello di democrazia elettronica cfr. G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Cedam, Milano, 2017, 389 ss.

[42] Del resto, anche la regolazione dell'attività delle piattaforme private può essere orientata a un maggiore coinvolgimento dei cittadini «nelle scelte strategiche sul futuro della città digitale» (A. MICHIELI, *Città e capitalismo delle piattaforme*, in F. PIZZOLATO, G. RIVOSECCHI, A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, 349). Sui modelli normativi (regolazione, auto-regolazione, co-regolazione) cfr. D.D. HIRSCH, *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation*? in *Seattle Univ. Law Review*, 34/2011, 439 ss.; M. COHEN, A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in.*The Univ. of Chicago Law Review Dialogue*, 82/2015, 116 ss.; C. BUSH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. CANTERO GAMITO, H.W. MICKLITZ, *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering. Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, 115 ss.; F. DI PORTO E M. ZUPPETTA, *Co-regulating algorithmic disclosure for digital platforms*, in *Policy and Society*, 40/2021, 272 ss.

IL POPOLO: SOGGETTO POLITICO INESISTENTE? (DIALOGANDO CON GLADIO GEMMA SU UNA QUESTIONE DI CRUCIALE RILIEVO TEORICO)*

ANTONIO RUGGERI**

Sommario

1. La tesi che nega l'idea costituzionale di popolo quale soggetto politico ma, stranamente, ammette quella di democrazia, svilita tuttavia alla condizione di mero *valore-mezzo* e non pure di *valore-fine*. – 2. La confutazione della esistenza del popolo, a motivo della (supposta) mancanza di una volontà collettiva ad esso imputabile, e la sua critica. – 3. Il crescente rilievo, in società connotate da flussi viepiù imponenti di immigrati, del rapporto tra persona e territorio e il bisogno di avere riguardo al criterio della stabile residenza nel territorio stesso per il riconoscimento di alcuni diritti costituzionali (e, segnatamente, di quelli politici). – 4. Lo sdoppiamento dell'idea di popolo, al piano nazionale ed a quello eurounitario, e la sovranità condivisa tra Stato e Unione, specificamente apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata. – 5. Il significato dei riferimenti al popolo negli enunciati della Carta, tutti rimandando allo stesso quale entità collettiva, e non già quale mera sommatoria di cittadini, e la conferma del rilievo costituzionale della figura in parola nello stato di eccezione, quale testimoniato dalla vicenda della guerra in Ucraina e, in genere, dalle esperienze di resistenza collettiva alla eversione costituzionale.

Abstract

The paper subjects to critical analysis the thesis according to which the people as a political subject does not exist, especially for the (supposed) lack of a collective will that can be attributed to it, noting that the constitutional references to it all refer to the people as a collective entity. It then dwells on the splitting of the figure at the national and European Union levels and finally highlights the role it plays in the state of exception.

Suggerimento di citazione

A. RUGGERI, *Il popolo: soggetto politico inesistente? (Dialogando con Gladio Gemma su una questione di cruciale rilievo teorico)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Offro *toto corde* questo piccolo contributo alla raccolta di scritti in memoria di G. Gemma: valoroso collega, amico affettuoso, galantuomo d'altri tempi.

** Professore emerito di Diritto costituzionale dell'Università di Messina.

Contatto: antonio.ruggeri@unime.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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 tesi che nega l'idea costituzionale di popolo quale soggetto politico ma, stranamente, ammette quella di democrazia, svilita tuttavia alla condizione di mero *valore-mezzo* e non pure di *valore-fine*

Singolare destino quello toccato alla nozione costituzionale di popolo: ora *quodammodo* mitizzata e "divinizzata" ed ora invece degradata e svilita al punto di essere considerata artificiosa, giuridicamente inesistente[1]. Immediati e rilevanti, poi, i riflessi degli esiti ricostruttivi al riguardo raggiunti a carico di altre nozioni, alla prima a vario titolo legate, a partire da quella di democrazia, il cui senso più genuino e profondo fa tutt'uno con quello di popolo, già secondo una tradizione storico-teorica che affonda le sue radici in esperienze dalle lontane, plurime e ramificate ascendenze.

È chiaro che l'orientamento manifestato con riferimento al popolo non può non lasciare un segno marcato nella conformazione della democrazia; piuttosto, è strano che la premessa non sia portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, predicandosi dunque anche la giuridica inesistenza della stessa democrazia che – non si dimentichi –, nella sua pura accezione, fedele all'etimo della parola, è "governo del popolo" (si faccia caso: non dei cittadini *uti singuli* bensì del popolo *ut sic*), per quanto nelle sue concrete espressioni, specie a partire dalla maturazione della vicenda liberale, la formula si sia trovata costretta a corposo adattamento del suo originario significato, ripiegando e commutandosi nella partecipazione del popolo al governo, in ispecie per mano dei suoi "rappresentanti", la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto[2]. Di modo che un ordinamento tanto più appare essere "democratico", quanto più si dimostra in grado di assicurare l'ottimale partecipazione in parola, ricorrendo a ciascuno degli istituti e dei "tipi" di democrazia finora messi a punto e costituzionalmente recepiti, e segnatamente alla democrazia c.d. diretta, alla rappresentativa, alla pluralista[3].

[1] Di quest'ultima idea si è dichiarato G. GEMMA, che ha a più riprese, con ampia ed appassionata argomentazione, affacciato la tesi secondo cui il popolo non esisterebbe quale soggetto politico [v., part., *Popolo: Moltitudine che non esiste come soggetto politico*, in *Rass. parl.*, 1/2018, p. 85 ss., nonché *Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2018, 10 luglio 2018, p. 201 ss., spec. p. 206, e, da ultimo, *Il popolo non esiste, la democrazia invece sì!*, in *Cost.info* (www.laCostituzione.info), 17 novembre 2021]. Sulla cittadinanza, fatta oggetto – come si sa – di una copiosa produzione letteraria di vario segno, di particolare interesse sono, ora, gli studi di A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, e M. LA TORRE, *Cittadinanza. Teorie e ideologie*, Carocci, Roma 2022.

[2] Alla partecipazione, d'altronde, come si sa, è fatto esplicito riferimento nell'art. 3, II c., della Carta. Della democrazia partecipativa ha, tra gli altri, di recente discorso G. PEPE, *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti teorici e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020.

[3] Sullo schema in parola, che a mia opinione resiste pur dopo l'invenzione di internet e di ciò che – nel bene come nel male – rappresenta (con l'avvento della c.d. *democrazia elettronica*), faccio qui richiamo solo della magistrale riflessione teorica che ne ha dato il mio compianto Maestro, T.

Per la tesi qui specificamente presa in esame, la democrazia rimane, dunque, in vita, malgrado la fine ingloriosa del popolo ma è declassata a mero "mezzo" in vista del conseguimento di "finalità superiori alla stessa"[4]. Ci si deve tuttavia chiedere quali mai possano essere (ed effettivamente siano) tali finalità negli ordinamenti che – non a caso – si autodefiniscono "democratici", con ciò volendo appunto significare che l'attributo in parola avvolge e permea di sé l'intero ordinamento cui si riferisce. D'altronde, il "governo del popolo" non si riduce e converte, di certo, nel mero fatto del governo *attraverso* il popolo, che dunque potrebbe rivelarsi buono come cattivo. Una rappresentazione, questa, chiaramente parziale e deformata, che – come tutti sanno – si è prestata (e si presta) ad usi strumentali aberranti a sostegno dell'avvento di regimi autoritari, giustificati proprio nell'assunto della strutturale incapacità del popolo di provvedere da sé (e, segnatamente, a mezzo di chi lo rappresenta nelle sedi di apparato preposte all'esercizio di attività di governo) alla cura dei propri interessi, che pertanto abbisognano di essere rettamente intesi e salvaguardati dalla mente illuminata dell'autocrate di turno. Di contro, l'impianto delle forme democratiche di Stato (e, in genere, di comunità politiche organizzate[5]) si regge nell'assunto, peraltro avvalorato dalla storia[6], che il governo *attraverso* il popolo sia, per ciò stesso, idoneo a risolversi nel governo *per* il popolo, il più adeguato tra quelli sperimentati a dare l'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive date, dei bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale.

La democrazia, insomma, è, a un tempo, *mezzo* e *fine*, per la elementare ragione che l'una cosa, a conti fatti, si converte ed interamente traduce nell'altra; e, se così non fosse, non avrebbe alcuna ragion d'essere.

MARTINES, in alcuni studi che ancora oggi resistono alla inesorabile usura del tempo e che possono vedersi riuniti in *Opere*, Giuffrè, Milano 2000 (*ivi*, con specifico riguardo alla democrazia pluralista, v. l'omonimo saggio, nel vol. I, p. 239 ss.). Sui modelli di democrazia, poi, non può non farsi menzione almeno di D. HELD, *Models of Democracy*, Polity, Cambridge 1987, trad. it., *Modelli di democrazia*, Il Mulino, Bologna 1989, e, in prospettiva storica, di L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Laterza, Bari-Roma 2004. Sui rischi ai quali va incontro l'ideale democratico e sulla sua più vistosa degenerazione, la c.d. "democratura", v., spec., A. SPADARO, *Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale" (populismo sovranista), fino alla…. "democratura"*, in *DPCE On Line*, 3/2020, p. 3875 ss.

[4] G. GEMMA, *La democrazia non è un fine, ma un mezzo per superiori fini etico-politici*, in Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, V, *La democrazia italiana in equilibrio*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 9 dicembre 2019, p. 119 ss.

[5] L'allargamento del campo si giustifica al fine di comprendere sia forme organizzative delle comunità preesistenti alla nascita degli Stati e sia pure forme comunque diverse da questi ultimi, quale ad es. – per ciò che più da vicino c'interessa – l'Unione europea.

[6] È sufficiente, d'altronde, tenere al riguardo a mente la durata temporale limitata che, quale più quale meno, hanno avuto i regimi autoritari, a fronte invece dei governi democratici o, per dir meglio, liberal-democratici (democratici, infatti, si sono autoqualificati e seguitano a definirsi anche i regimi d'ispirazione marxiana, ai quali qui non può riservarsi neppure un cenno).

Il vero è che non la sola democrazia ma *ogni* valore fondamentale dell'ordinamento, cui dà voce la Costituzione (e faccio ora, per concretezza, specifico riferimento alla nostra) è *sempre*, in tesi, mezzo e fine[7]; e, ove così non fosse, vedrebbe fatalmente smarrita la peculiare connotazione che gli è propria della "fondamentalità". Ciascun principio, infatti, è espressivo di un valore fondamentale il cui *humus* naturale appartiene al mondo del pregiuridico[8], valore che – come si è fatto altrove notare –, nel momento e col fatto stesso della propria positivizzazione, per un verso, si valorizza ed afferma come valore, permeando di sé la Costituzione e, per il suo tramite, l'intero ordinamento, e, però, per un altro verso, s'impoverisce, nessuna traduzione giuridica, pur laddove fatta con rara sapienza e vigore espressivo, riuscendo mai a rendere il valore stesso in tutta la sua cristallina purezza e nella luce abbagliante che dallo stesso promana.

Ebbene, ciascuno dei principi in parola possiede una proprietà internamente composita che lo porta, da un canto, a dispiegarsi e ad espandersi per l'intero ordinamento e, da un altro canto, ad esibire una strutturale parzialità per ciò che attiene alla sua attitudine a comporre l'essenza o – come suol dirsi – il "nucleo duro" della Costituzione[9]. Ogni principio fa insomma, per la propria parte, l'essenza in parola ma nessuno può farla (e la fa) da solo, per la ovvia ragione che, se così invece fosse, esclusivamente un principio potrebbe rivendicare per sé il titolo della "fondamentalità", restando esso in tesi negato per tutti gli altri.

Ciascun principio ha, dunque, bisogno di appoggiarsi agli altri, di saldarsi ad essi e, anzi, di immedesimarsi con essi, dal momento che l'essenza costituzionale è, appunto, una, non frazionabile, irripetibile. Se ne ha che ogni principio è valore in sé e per sé (o, meglio, racchiude in sé l'immagine del valore cui dà voce), *valore-fine*, ma è anche *valore-mezzo* non soltanto per l'affermazione degli altri valori ma, prima (e più ancora), per la compiuta composizione e piena comprensione di questi[10].

[7] Mi pare che possa in tal modo superarsi la stringente obiezione teorica di G. GEMMA, *op. ult. cit.*, 122, a cui opinione "attribuire natura teleologica ad un'entità strumentale costituisce un'incongruenza logica". Obiezione che – come si tenta ora di mostrare – non appare essere risolutiva laddove ad ogni valore fondamentale positivizzato si riconosca, come devesi, la duplice natura di fine e mezzo al servizio dei valori restanti. Così, e solo così, essi fanno "sistema", nella comune ispirazione assiologica e vocazione alla paritaria e congiunta affermazione nell'esperienza, *magis ut valeant*.

[8] Sul rapporto tra valori e principi, acuti svolgimenti teorici possono ora vedersi in Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 15 giugno 2022, p. 634 ss.

[9] Così, per tutti, AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino 2006.

[10] Mi sono sforzato di rendere altrove questa idea facendo l'esempio del rapporto che s'intrattiene nell'esperienza tra il principio dell'autonomia e del decentramento da un canto, quello della salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo dall'altro: il primo pensato proprio in funzione dell'ottimale

Come si vede, la posta in palio è elevata, molto elevata. Perché se non c'è il popolo, non può esservi neppure sovranità popolare, vale a dire democrazia[11] ed esercizio democratico delle pubbliche funzioni[12]; e, se non v'è democrazia, non v'è neppure la Repubblica e la Costituzione repubblicana. Di contro, è proprio muovendo a ritroso da quest'ultima, dai fattori che ne hanno determinato la venuta alla luce in una stagione particolarmente sofferta della storia del nostro Paese e dalle ragioni che ancora al presente ne giustificano e sorreggono il vigore, che può cogliersi ed apprezzarsi l'essenza della democrazia e, con essa, del popolo che vi dà corpo, forma, orientamento, fine.

affermazione del secondo. E, invero, l'autonomia, laddove messa in atto a modo, può, per la propria parte, rendere un prezioso servizio a taluni bisogni elementari della persona, ai suoi diritti fondamentali appunto (su come questi ultimi possano, e debbano, essere intesi, v., per tutti, AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; F. RIGANO, M. TERZI, *Lineamenti dei diritti costituzionali*[2], FrancoAngeli, Milano 2022, spec. p. 63 ss., e M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale. Fonti, diritti, giustizia costituzionale*[2], Giappichelli, Torino, 2022, p. 129 ss.; sul concorso effettivamente dato dalle autonomie territoriali alla salvaguardia dei diritti, v., poi, almeno, AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. MORELLI E L. TRUCCO, Giappichelli, Torino 2014). Dal loro canto, i diritti, una volta appagati nel modo ottimale possibile, seppur alle difficili condizioni del contesto in cui s'inscrivono e pretendono di farsi valere, possono, per la loro parte, dare ulteriore alimento all'autonomia, concorrendo alla sua incessante rigenerazione e promozione.

La circolarità del rapporto intercorrente tra i principi in parola va, poi, vista – come si è venuti dicendo – nel quadro più ampio della correlazione che si ha tra tutti i principi, ciascuno di essi dando ed allo stesso tempo ricevendo dagli altri quanto gli è necessario per la propria affermazione e, prima ancora, per il compiuto perfezionamento della propria struttura. Tutti, poi, a conti fatti, si pongono in funzione servente di quella che a me piace chiamare la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento, risultante da libertà ed eguaglianza, nelle mutue implicazioni che tra di esse s'intrattengono, sì da comporre una unione inscindibile nelle sue parti (su ciò, part., la magistrale riflessione teorica di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Bari-Roma 2009). Per altro verso, il riconoscimento fatto dei valori fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 della Carta quali elementi costitutivi della coppia in parola non priva di certo i valori restanti del medesimo attributo proprio di questi, sol che si ponga mente al fatto che, venuto meno l'appoggio offerto da tali valori, libertà ed eguaglianza finirebbero fatalmente per disperdersi e, prima ancora – come si è rilevato –, ad assistere inermi alla mancata, compiuta maturazione della loro struttura (ma, su ciò, ulteriori rilievi a breve).

[11] Non la pensa così, invece, come s'è veduto, G. GEMMA, negli scritti dietro già richiamati, nonché in *Sovranità popolare: un mito pericoloso*, in *Scritti in onore di L. Arcidiacono*, IV, Giappichelli, Torino 2010, p. 1549 ss., dal titolo emblematicamente espressivo delle riserve nutrite da G. nei riguardi di talune risalenti e tuttora ricorrenti vedute; v., poi, gli ulteriori rilievi che G. GEMMA svolge in *Ordinamenti liberaldemocratici: più liberali che democratici*, in *Scritti in onore di A. D'Atena*, II, Giuffrè, Milano 2015, p. 1261 ss., e *La liberaldemocrazia non esige la democraticità dei sistemi elettorali*, in *Lo Stato,* 12/2019, p. 265 ss.

[12] Non soltanto – si faccia caso – di quella inerente alla direzione politica dello Stato (e degli enti territoriali in cui si articola la Repubblica) ma anche di quelle di garanzia, nelle loro plurime espressioni. Si rammenti, al riguardo, che la stessa giurisdizione è esercitata in nome del popolo *ut sic*, non già dei singoli che lo compongono (di una "democrazia giurisdizionale" ha, di recente, discorso L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021).

2. La confutazione della esistenza del popolo, a motivo della (supposta) mancanza di una volontà collettiva ad esso imputabile, e la sua critica

L'argomento forte al quale si affida la tesi che nega l'esistenza del popolo quale soggetto politico è dato dalla supposta mancanza di una volontà collettiva ed unitaria imputabile al popolo stesso *ut sic*: un assunto, questo, giudicato inconfutabile a motivo della varia composizione della comunità statale in seno alla quale si ha riscontro di plurime articolazioni interne, in ragione dei profili e delle vicende di vita associata di volta in volta in rilievo, persino non di rado di gravi ed insanabili fratture e scissioni tra gli elementi costitutivi della sua struttura.

Ora, è chiaro che ovunque vi sia una pluralità di persone, lì è da mettere in conto la evenienza delle divergenze di orientamento su qualsivoglia questione, ora più ed ora meno rilevante, di vita comunitaria. Non per ciò, tuttavia, com'è chiaro, viene meno il vincolo associativo e la ragion d'essere della formazione sociale cui le persone stesse danno vita. E non occorre, ovviamente, qui ribadire che il pluralismo, in ciascuna delle sue espressioni (in ispecie, in quelle maggiormente qualificanti), è una risorsa preziosa da salvaguardare e trasmettere, per quanto possibile integra, anche alle generazioni che verranno e, anzi, da valorizzare in misura crescente, alle condizioni per vero non benigne del tempo presente. Un dato, questo, che – come si dirà a momenti – richiede di essere tenuto costantemente presente e che si presenta gravido di implicazioni proprio con riferimento alla nozione qui fatta oggetto di studio, anche (e soprattutto) in vista del suo critico, complessivo ripensamento.

Per altro verso, proprio gli esempi addotti dallo studioso cui questo scritto è dedicato dimostrano la gracilità teorica della prospettiva da cui muove la critica alla ricostruzione fatta propria dalla dottrina corrente in tema di popolo. Si fa, infatti, notare che i partecipanti ad un comizio elettorale o coloro che votano allo stesso modo in occasione di una consultazione referendaria possono essere animati da ragioni diverse, spesso peraltro insondabili[13].

Il punto è però che ai motivi non è da assegnare rilievo alcuno, anche perché – come si sa – la mente umana sovente è impenetrabile ed essi restano pertanto del tutto oscuri. Ciò che solo conta è il fatto in sé, vale a dire la omogeneità ed identità del comportamento (l'assistere al comizio o il votare allo stesso modo, l'una e l'altra cosa da tutti voluta), con gli effetti tipici suoi propri.

Di contro, a dar credito al rilievo critico mosso dalla dottrina qui non accolta ed a svolgerlo fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, nessuna formazione sociale potrebbe mai, in tesi, aversi, laddove dotata di ragioni fondative diverse manifestate ovvero tenute segrete da parte di coloro che vi danno vita, peraltro – come si diceva – non poche volte di problematico e comunque

[13] Così, G. GEMMA, *Popolo: Moltitudine che non esiste come soggetto politico*, cit., p. 94 ss.

insicuro accertamento. Gli stessi attori istituzionali, a partire da quelli di governo – a stare alla tesi qui presa in esame – non dovrebbero potersi fregiare del titolo di "soggetti politici", sol che si pensi ai diversi ed imperscrutabili motivi ispiratori delle volontà manifestate da coloro che li compongono e, ciononostante, confluenti in una unitaria volontà finale racchiusa in ogni atto dagli stessi adottato (legge, decreto-legge, decreto legislativo, ecc.). Ma, poi, si pensi, solo per un momento, alla formazione primigenia, la famiglia, che v'è per il mero fatto della sussistenza degli elementi che la compongono, di cui all'art. 29 della Carta[14], ponendosi peraltro come del tutto indifferente il fatto che uno dei coniugi abbia convolato a nozze per trasporto amoroso, a differenza dell'altro che invece sia stato sollecitato da mero calcolo o interesse. O, ancora, si consideri la scuola: c'è chi ci va perché obbligato e chi invece perché assetato di sapere; e così via.

La nozione costituzionale di formazione sociale, insomma, va liberata da ogni incrostazione di stampo soggettivo (o, diciamo pure, psicologico) e riguardata in prospettiva oggettiva, per ciò che ciascuna formazione tipicamente è, per dettato positivo, in struttura ed attività.

Il vincolo associativo, ad ogni buon conto, ha da poggiare sui caratteri sostanziali suoi propri, che reggono la organizzazione del gruppo, ne danno l'orientamento e ne accompagnano i più salienti svolgimenti nel tempo. Al di là di ciò che connota l'azione del singolo e la distingue da quella degli altri componenti il gruppo, v'è (e non può mai fare difetto) un *quid proprium* che unisce e qualifica tutti: con riguardo al popolo, un *idem sentire de re publica* che fa di un numero, a volte molto consistente, di persone diverse e divise sotto molteplici aspetti un'unica comunità, con una sua storia, una sua identità, uno stesso destino collettivo.

Parrebbe, per vero, darsi una differenza di non poco momento tra l'idea di comunità e quella di popolo. Per la prima, infatti, ciò che accomuna supera, per significato e rilievo, ciò che divide, sì da caratterizzare appunto il gruppo, distinguendolo da ogni altro pure della medesima specie; di contro, per il popolo – a stare alla dottrina qui presa in esame – ciò che distingue ogni componente il gruppo dai restanti sarebbe di tale consistenza da non consentire il mantenimento stesso del gruppo *ut sic*: sarebbe come dire, facendo qui utilizzo di una nota teoria matematica, che non possono mettersi assieme elementi talmente eterogenei da non giustificare la comune appartenenza ad uno stesso "insieme".

[14] Resta, ovviamente, estraneo allo studio che si va ora facendo lo scioglimento dei non pochi nodi interpretativi legati dall'enunciato costituzionale in parola e da quelli immediatamente seguenti, specie per ciò che concerne la qualificazione come "famiglia", nella sua ristretta e propria accezione, dell'unione di persone dello stesso sesso, i rapporti tra i coniugi e di questi con i figli, ecc.

Le cose non stanno, però, così come sono qui sommariamente rappresentate. Il popolo, infatti, c'è per il mero fatto della esistenza di una comunanza di interessi che lega coloro che lo compongono, dalla quale poi traggono giustificazione ed alimento le parimenti comuni esperienze fondamentali di vita associata. Non si dimentichi che alla cittadinanza fanno capo diritti e doveri, il cui godimento (quanto ai primi) e adempimento (per i secondi) rende, per ciò solo, testimonianza e conferma della comunanza in parola.

È vero che una risalente ed accreditata ricostruzione teorica suole distinguere tra popolo, popolazione e nazione, riservando – come si sa – a quest'ultima l'attributo della omogeneità di struttura, quale si coglie ed apprezza specificamente al piano culturale. Non a caso, come si ricorderà, si discorre (o, forse, dobbiamo ormai dire, discorreva[15]) di Stati mononazionali e Stati plurinazionali, restando nondimeno unico ed unitario il popolo. La qual cosa, ad ogni buon conto, è la migliore riprova che ciò che lega coloro che lo compongono ha una consistenza tale da resistere ad ogni fattore divisivo interno alla struttura del gruppo cui tutti appartengono.

3. Il crescente rilievo, in società connotate da flussi viepiù imponenti di immigrati, del rapporto tra persona e territorio e il bisogno di avere riguardo al criterio della stabile residenza nel territorio stesso per il riconoscimento di alcuni diritti costituzionali (e, segnatamente, di quelli politici)

Va piuttosto tenuto presente che la vocazione delle comunità statali del tempo presente, in ispecie di quelle dei Paesi occidentali, a connotarsi in modo sempre più marcato e vistoso come plurinazionali non resta, per vero, senza conseguenze nei riguardi del popolo e parrebbe ridare fiato e alimento ai rilievi mossi da chi ne contesta la esistenza quale soggetto politico. Si tratta, tuttavia, di ricercare le soluzioni adeguate a preservare integra in seno al corpo sociale la coesione necessaria per il sostanziale, apprezzabile mantenimento di quell'*idem sentire de re publica* che – come si diceva – sta a base della appartenenza ad una stessa comunità politicamente organizzata.

Ci si avvede subito, al riguardo, del mutamento registratosi in seno alla comunità statale (e, di riflesso, nella teoria costituzionale) tra l'immagine che la stessa, ancora fino a non molti anni addietro, dava di sé e quella invece che si ha nel tempo presente. In passato, infatti, centralità di posto era detenuta dal popolo, con lo *status civitatis* riconosciuto ai suoi componenti, quale fonte di diritti e doveri propri di questi ultimi e distinti da quelli facenti capo ai non cittadini. In molti ordinamenti, nondimeno, si dava una tendenziale, sostanziale coincidenza, quanto all'elemento personale, tra popolo e nazione; e il

[15] … quanto meno con riguardo a Paesi, quale il nostro, fatti oggetto di flussi consistenti d'immigrati.

fattore di aggregazione era costituito proprio da quell'*idem sentire de re publica*, attorno ad un patrimonio culturale omnicondiviso, cui si è poc'anzi fatto cenno.

In questo scenario, il concetto di popolazione era considerato di secondario rilievo rispetto a quello di popolo; in un certo senso, può dirsi che andava a rimorchio di questo, per il fatto che i residenti in modo stabile nel territorio dello Stato erano perlopiù cittadini[16].

Il quadro è, tuttavia, oggi sensibilmente cambiato. La eterogenea composizione della struttura della comunità, anche per effetto del flusso imponente d'immigrati, porta naturalmente a far emergere il primario rilievo della popolazione *ut sic* che, dunque, si propone quale punto di riferimento per il riconoscimento di diritti e doveri un tempo considerati di esclusiva spettanza dei cittadini. Spinge vigorosamente in tal senso la comunanza di esperienze fondamentali di vita associata che è propria di quanti hanno eletto il territorio della Repubblica per la piena maturazione ed affermazione della loro personalità, siano o no provvisti dello *status* di cittadino: indice eloquente e particolarmente attendibile, questo, del viepiù carente rilievo degli *status* in genere nell'esperienza giuridica del tempo presente, di cui peraltro si mostra avvertita la più sensibile dottrina[17].

A conti fatti, la differenza non va fatta tra cittadini e stranieri (o, più largamente, non cittadini) *tout court* bensì tra cittadini e stranieri stabilmente residenti (da un congruo numero di anni: ad es., dieci) da un canto, non residenti dall'altro. Il che poi equivale nei fatti a rivedere *ab ovo*, rigenerandolo, il concetto di cittadinanza quale appartenenza alla comunità, portandolo fino ai suoi ultimi, lineari sviluppi[18].

Per la tesi qui caldeggiata, sarebbe dunque opportuno sottoporre a critico ripensamento il concetto di "straniero" (e, di riflesso, quello di "cittadino"), rivedendolo alla luce del criterio sostanziale (o, meglio, assiologico-sostanziale) che fa capo al rapporto tra la persona e il territorio e, dunque, a seconda che si abbia, o no, comunanza delle esperienze fondamentali di vita con il cittadino stabilmente residente[19].

[16] … fermo restando che alcuni di essi potevano stabilirsi all'estero o, addirittura, non aver mai messo piede nel territorio suddetto, ignorarne la lingua, non aver acquisito il patrimonio culturale proprio dei cittadini rimasti nella madrepatria.

[17] V., part., tra i civilisti, C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2015, p. 7 ss.

[18] Lo stesso dovere di difesa della patria, qualificato come "sacro" ed imputato al cittadino, come si è tentato di mostrare altrove [nel mio *Il lascito della lezione mazziniana sui doveri dell'uomo per la Costituzione repubblicana*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 7 aprile 2022, spec. in nt. 9], meriterebbe di essere esteso al non cittadino stabilmente residente. D'altronde, le bombe che piovono dal cielo per mano di un aggressore esterno non distinguono tra cittadino e non cittadino: tra le persone come pure tra i loro beni. Ed è chiaro – perlomeno così a me pare – che a tutti debba essere offerta l'opportunità di difendere se stessi, i propri cari e i propri averi dal nemico che incalza.

[19] Sposa ora questa proposta anche M. LA TORRE, *Cittadinanza. Teorie e ideologie*, cit., p. 34.

Si dispone di un indice esteriore eloquente e particolarmente attendibile del bisogno pressante di far luogo ad una marcata correzione di prospettiva, accompagnata dalle innovazioni nella disciplina degli *status* ad essa conseguenti; e lo si coglie ed apprezza sul terreno su cui maturano le vicende della rappresentanza politica.

Ebbene, che si dia un'annosa, grave e viepiù crescente carenza di rappresentatività dei rappresentanti è cosa talmente risaputa da non richiedere che si torni nuovamente ad indugiare su di essa, ripetendo stancamente, a mo' di *refrain*, ciò che è sotto gli occhi di tutti e si rende, anzi, sempre più vistoso e inquietante[20].

Sia chiaro. Convengo con lo studioso cui questo scritto è dedicato a riguardo del fatto che "la denigrazione del mondo politico ha effetti negativi sulla funzionalità del regime democratico"[21]. Non si può tuttavia fingere di non avvedersi o di non sapere ciò che è ormai acclarato da annose, negative esperienze; il che, poi, non equivale di certo a far passare sotto silenzio o, come che sia, a rappresentare con toni edulcorati complessive mancanze di cui non sono esenti i cittadini e, in genere, i componenti il corpo sociale[22].

Di qui, tuttavia, sarebbe affrettato ed approssimativo (e, anzi, essenzialmente inesatto) trarre la conclusione volta ad indurre i governanti a dimostrarsi

Portando, poi, la stessa fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, gli stessi cittadini non residenti dovrebbero pertanto essere accomunati, in ordine al godimento o al non godimento di certi diritti ed all'adempimento di certi doveri, agli stranieri non residenti. Una soluzione, questa, che – convengo – potrebbe apparire eccessivamente radicale e, perciò, far storcere il naso a chi ancora oggi si riconosce in taluni schemi consolidati a seguito di una lunga elaborazione teorica e del loro progressivo affinamento. D'altro canto, non sembra realistico immaginare, ad es., che siano privati dell'elettorato attivo e passivo i cittadini residenti all'estero da molti anni (direi, almeno dieci) o, addirittura, da sempre, per ragionevole che possa apparire la soluzione ora prefigurata, sol che si pensi che chi ben poco o nulla sa del quadro politico e dello sviluppo sociale del nostro Paese non è in grado di determinarsi *causa cognita* al momento del voto. Che, poi, per raggiungere l'obiettivo qui astrattamente considerato si debba passare attraverso la previa revisione della Carta è cosa di tutta evidenza, stante il carattere stringente del disposto di cui all'art. 48; non è questo, nondimeno, il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa: il nodo, infatti, con ogni probabilità destinato a restare non sciolto, è dato da una inveterata tradizione giuridica che osta alla messa in atto della ipotesi teorica appena formulata.

[20] … specie per alcuni suoi temibili riflessi, ad es. per ciò che attiene all'astensionismo dal voto che rischia di raggiungere punte mai viste prima: nel qual caso, è francamente problematico seguitare a qualificare come "democratico" un ordinamento in cui la rappresentanza politica si presenta delegittimata, quale che sia il fronte (di maggioranza ovvero di opposizione) in cui prende forma ed opera. Quali, poi, possano essere i rimedi per far fronte a questo e ad altri rischi incombenti è questione – come si sa – animatamente discussa, senza che nondimeno si sia ad oggi riusciti a pervenire a soluzioni complessivamente accettabili, la cui illustrazione, ad ogni buon conto, va ben oltre l'*hortus conclusus* entro il quale questo studio è tenuto a mantenersi.

[21] G. GEMMA, *Responsabilità dei politici e responsabilità del popolo.* Spunti tratti dalla lettura di un libro di Flinders, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), settembre 2014, p. 4.

[22] Ancora G. GEMMA, *op. ult. cit.*, p. 10, lucidamente avvertiva che "i politici hanno la grave colpa … di una certa sudditanza nei confronti di un 'popolo divinizzato' e 'infallibile', e quindi di non difendere il loro operato chiamando in causa anche i difetti e le colpe dei cittadini".

"quanto più è possibile indipendenti dagli orientamenti e desideri popolari"[23]; per dir meglio, essi possono (e devono) operare in tal modo unicamente laddove dal corpo sociale ricevano suggestioni ed indicazioni inconciliabili con la Carta e i suoi valori[24], per il resto trovandosi obbligati a darvi seguito nel quadro di una organica ed incisiva azione politica previamente definita – fin dove possibile – con la massima partecipazione di figure soggettive esponenziali della comunità.

Sta di fatto che a voler misurare in modo adeguato il tasso – se così può dirsi – di effettiva rappresentatività dei rappresentanti dovrebbe, a mio modo di vedere, tenersi conto non soltanto della entità delle aspettative nutrite dai "rappresentati" *titolari del diritto di voto*, cui sia dato un qualche, complessivamente apprezzabile, appagamento, bensì di quelle attese dai componenti la comunità tutta, anche perciò da coloro che, pur accomunati ai primi dalle esperienze di vita associata, siano privi dell'elettorato attivo e passivo, ad oggi legato all'idea antica di cittadinanza.

Insomma, la comunità, nell'accezione propria del termine (che, appunto, rimanda al modo di essere e di maturare delle esperienze suddette) è più larga e capiente rispetto al tempo in cui non appariva ancora segnata da massicci inserimenti d'immigrati. Ed è chiaro che, se si assume a punto di riferimento la composizione della struttura della comunità, ancora più evidente e marcata appare essere la crisi della rappresentanza (*rectius*, della rappresentatività). Non può infatti passarsi sotto silenzio la circostanza per cui i rappresentanti sono naturalmente portati a farsi carico in primo luogo (e – ahimè – non di rado esclusivamente) delle istanze avanzate da coloro che li hanno eletti (nei limiti, peraltro, in cui ciò davvero si abbia…), non pure di coloro che non dispongono dell'arma sulla carta maggiormente efficace per sanzionarne le carenze di operato, il voto[25].

Di qui, appunto, un ulteriore, significativo argomento a favore della proposta qui nuovamente caldeggiata che mira a fare della residenza stabile nel territorio della Repubblica il punto obbligato di riferimento per il riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo e, in genere, dei diritti e doveri usualmente ritenuti propri del solo cittadino. Fino a quando non maturerà la consapevolezza di questo bisogno, che seguiterà pertanto a restare insoddisfatto, l'ordinamento

[23] Così, invece, G. GEMMA, *Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia*, cit., p. 212.

[24] … ferma, ovviamente, restando la eventuale revisione della Carta stessa, nei limiti segnati alle sue innovazioni, per il caso che in seno alla società vengano a formarsi orientamenti largamente diffusi in tal senso.

[25] … men che mai, poi, dei migranti di passaggio, che non coltivino cioè quale loro primario progetto di vita lo stanziamento nel territorio della Repubblica [per la distinzione tra migranti ed immigrati, v., volendo, il mio *Cittadini, immigrati e migranti al bivio tra distinzione e integrazione delle culture (note minime su una spinosa e ad oggi irrisolta questione)*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2021, 20 novembre 2021, p. 393 ss.].

non potrà dirsi *pleno iure* democratico[26] e si avvertirà, anzi, una insanabile (e, a mia opinione, inspiegabile) frattura o vera e propria contraddizione tra i due frammenti di cui si compone l'enunciato iniziale della Carta, per il fatto che una parte consistente di coloro che vivono e lavorano nel territorio della Repubblica resteranno confinati in un cono d'ombra, invisibili ed esclusi dalla partecipazione ad alcune delle più salienti esperienze di vita associata, a partire dalle votazioni per il rinnovo delle assemblee elettive[27]. Una Repubblica dove v'è chi lavora (e, dunque, concorre alla produzione della ricchezza nazionale e, nei limiti dei guadagni percepiti, alle esigenze dell'erario) ma non può far sentire la propria voce al momento in cui si assumono scelte fondamentali per la vita istituzionale e sociale non può dirsi propriamente democratica, checché se ne dica da parte di quanti restano visceralmente affezionati alla nozione tradizionale di popolo ed al modo corrente d'intendere e far valere i diritti politici.

Che ne è, dunque, del glorioso principio *no taxation without representation*?

4. Lo sdoppiamento dell'idea di popolo, al piano nazionale ed a quello eurounitario, e la sovranità condivisa tra Stato e Unione, specificamente apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata

Si diceva poc'anzi della necessità di ripensare il concetto costituzionale di cittadino, anche in relazione al diverso modo di essere dello straniero per il profilo del suo rapporto col territorio. Non è questo, tuttavia, il solo profilo meritevole di essere preso in considerazione. Occorre, infatti, tenere conto altresì del processo d'integrazione sovranazionale ormai avanzato in Europa, con ciò che esso sotto ogni aspetto rappresenta.

A questo riguardo, le cose parrebbero, per vero, complicarsi non poco, ove si ammetta – come devesi – che in aggiunta al concetto di cittadino dello Stato si dà quello di cittadino dell'Unione europea, ciascuno dotato di una propria condizione giuridica in ragione della disciplina, rispettivamente nazionale ed eurounitaria, che lo riguarda. E, poiché – secondo la dottrina tradizionale – è la cittadinanza a fare il popolo, se ne ha lo sdoppiamento della figura, a seconda dell'ambito istituzionale in cui si situa ed opera[28].

[26] … così come privi di concreto, apprezzabile riscontro saranno altri valori fondanti l'ordinamento repubblicano, a partire da quello di solidarietà.

[27] Fa eccezione, nello scenario ora sommariamente delineato, il riconoscimento del diritto di voto per le elezioni c.d. amministrative a beneficio dei cittadini di uno Stato membro dell'Unione stabilmente residenti in altro Stato appartenente alla Unione stessa (vi si richiama ora anche M. LA TORRE, *Cittadinanza. Teorie e ideologie*, cit., p. 23); ma – com'è chiaro – non è di questo che ora specificamente si discute. Rammento, poi, di sfuggita che il rapporto che viene a determinarsi tra elettori ed eletti è pur sempre di rappresentanza politica, malgrado la diversa qualifica comunemente data alle elezioni suddette.

[28] Ho avuto già modo di riflettere sul rapporto intercorrente tra popolo nazionale e popolo eurounitario nel mio *Popolo statale e popolo eurounitario: un rapporto complesso (prime notazioni)*, in *La*

Sempre a stare allo schema ereditato dalla tradizione teorica, lo sdoppiamento in parola non resterebbe, poi, senza conseguenze al piano della sovranità, essa pure sdoppiatasi ed idonea a manifestarsi tanto nell'ordine interno quanto in quello eurounitario[29]. La qual cosa, tuttavia, una volta rivista alla luce della più accreditata ricostruzione teorica invalsa in passato, parrebbe essere inspiegabile, non ammettendosi la eventualità che quote considerevoli (e, anzi, col tempo crescenti) di sovranità possano portarsi fuori delle mura della cittadella statale per appuntarsi in capo ad un ente sovranazionale.

In realtà, queste antiche riserve non possono ormai più invocare alcun argomento a loro sostegno e richiedono di essere messe risolutamente (e senza rimpianto) da canto. E, invero, non si può penetrare dentro la struttura del fenomeno sovranazionale e coglierne la essenza restando visceralmente legati a categorie teoriche del passato, congeniali alle esperienze degli Stati nazionali, chiusi in modo ermetico ed autoreferenziale in se stessi, laddove il contesto internazionale risulti ormai essere profondamente cambiato e perciò non consenta la stanca e meccanica ripetizione delle categorie stesse, a motivo della loro acclarata inadeguatezza a rappresentare la realtà del tempo presente.

V'è di più.

Non è solo il quadro politico-istituzionale ad apparire irriconoscibile se rivisto con le lenti del passato; è la stessa Carta costituzionale a precludere l'uso di queste ultime, dal quale fatalmente si avrebbero immagini deformanti e – ciò che è di non secondario rilievo – inconciliabili con il dettato costituzionale, in ispecie con i suoi enunciati maggiormente qualificanti, espressivi dei valori che stanno a base dell'ordinamento.

Occorre, infatti, tenere al riguardo conto di due indicazioni venute dalla legge fondamentale della Repubblica.

La prima è nello stesso art. 1, in cui si fa parola della sovranità, avvertendo che la stessa è, sì, del popolo ma che può aversene l'esercizio unicamente "nelle forme e nei limiti della Costituzione". Dunque, una sovranità non piena, *constitutioni soluta*, nell'accezione propria del termine o – per dir meglio – in quell'accezione ereditata da una tradizione storico-politica e teorica ormai risalente e – come si viene dicendo – non più riproponibile.

La seconda indicazione si ha sempre dai principi fondamentali: i limiti di maggiore consistenza ai quali la sovranità soggiace si colgono, invero, lungo il versante dei rapporti interordinamentali, avuto specifico riguardo tanto a quelli tra diritto interno e diritto internazionale quanto (e soprattutto) a quelli che il primo intrattiene con il diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario. Il

cittadinanza europea on line (www.lceonline.eu), 0/2021, p. 71 ss.; le notazioni che sono in questo scritto vanno, dunque, ora riconsiderate alla luce di quelle qui svolte.

[29] Di una "sovranità condivisa" tra Unione e Stato si discorre nel mio scritto da ultimo richiamato, spec. al § 2.

transito, infatti, di quote corpose e crescenti di sovranità a beneficio delle organizzazioni cui fa riferimento l'art. 11 della Carta non soltanto *può* ma – di più – *deve* aversi[30], ove sia provato che esso trova giustificazione nel bisogno di preservare la pace e la giustizia tra le nazioni. Un bisogno avvertito in modo particolarmente intenso al momento del varo della Carta, per ragioni di tutta evidenza, riportabili alle travagliate vicende storiche del tempo immediatamente precedente la stesura della Carta stessa, ma con non minore partecipazione e vero e proprio *pathos* emotivo avvertito in modo diffuso nel tempo presente, in cui il vecchio continente appare segnato da una guerra dagli effetti devastanti e dagli imprevedibili ed inquietanti sviluppi.

La pace insomma – come ho ritenuto, ancora non molto tempo addietro, di dover rilevare[31] – è un "bene assoluto", dal momento che senza di essa la Costituzione e lo Stato costituzionale sono costretti a ripiegare e, al pari di una molla dapprima distesa, a riavvolgersi in se stessi, restando sospesi in alcune delle loro più qualificanti espressioni (in ispecie, come si sa, in alcuni diritti fondamentali, a partire da quelli alla salvaguardia della vita e della dignità).

L'appartenenza all'Unione europea è una delle migliori garanzie di cui, a conti fatti, si dispone a presidio della pace, della quale l'ordinamento (e, prima ancora, la stessa Costituzione) non possono ormai più, in alcun caso o modo, fare a meno[32].

È pure vera la reciproca; e la stessa Unione non può fare a meno degli Stati che la compongono, la loro fattiva cooperazione risultando preziosa, indispensabile, in vista dell'ulteriore avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale, senza che nondimeno lo stesso comporti alcuna menomazione dei valori costitutivi dell'identità nazionale che, anzi, può, per effetto della crescita del processo stesso, essere resa viepiù salda e rigogliosa.

[30] Non si dimentichi, d'altronde, che la forma verbale al presente indicativo non ha, qui come altrove, carattere meramente descrittivo bensì anche (e soprattutto) prescrittivo, esprimendo dunque una carica deontica insita nell'ordine costituzionale e della quale la Repubblica, anche volendo, non può disfarsi.

[31] … nel mio *La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo*, Editoriale, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 27 febbraio 2022.

[32] È per ciò che sarebbe, a mia opinione, urgente far luogo alla "razionalizzazione" di questo stato di cose facendo menzione dell'appartenenza del nostro Paese all'Unione, e, dunque, aggiornando opportunamente allo scopo l'art. 11. I principi fondamentali, d'altronde, non soltanto non si sottraggono ad eventuali loro modifiche (sempre che si abbiano nel segno della continuità evolutiva e, anzi, si volgano a rendere i principi stessi ancora più saldi ed espansivi) ma – di più – richiedono, al verificarsi di talune condizioni oggettive di contesto, di essere adeguati a sopravvenienti bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale [maggiori ragguagli sul punto possono, se si vuole, aversi dal mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva dei principi fondamentali*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 12 maggio 2022, p. 473 ss.].

Il principio di apertura dell'ordine interno a quello sovranazionale ha, infatti, la sua speculare proiezione in ambito eurounitario, nel quale esso pure, al pari, della sovranità, si sdoppia e riafferma, in forme nondimeno inusuali e refrattarie ad essere rappresentate a mezzo degli schemi forgiati per le peculiari esperienze di diritto interno, se non a seguito di corposi, necessari adattamenti.

All'art. 11 della Carta fa, dunque, da *pendant* l'art. 4.2 del Trattato dell'Unione: entrambi espressivi di principi fondanti, rispettivamente, l'ordine interno e quello eurounitario e, per ciò stesso, caratterizzanti la loro identità costituzionale che, pertanto, prende forma e si realizza appieno anche grazie e per effetto dell'apertura in parola.

Di questo mutuo *dare-avere* degli ordinamenti in parola si coglie l'essenza e se ne ha l'ottimale rappresentazione in prospettiva assiologicamente orientata, per il modo cioè con cui il valore di apertura fa "sistema" con i valori restanti, a partire da quelli espressivi della *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento, cui si è già fatto poc'anzi cenno.

È solo grazie alla prospettiva in parola che infatti si coglie ed apprezza l'intima natura della sovranità e, per ciò stesso, del popolo, quale che sia il piano istituzionale al quale maturano le loro più salienti vicende. Epurata dalle scorie di un soggettivismo ormai storicamente e positivamente improponibile e riconsiderata nella sua più qualificante accezione – oggettiva (o, meglio, assiologico-sostanziale) – quale *sovranità dei valori*[33], ci si avvede subito che quelle che, a prima impressione, possono apparire limitazioni significative della sovranità stessa, in realtà, si pongono quali risorse preziose per la sua ottimale affermazione.

Se ne ha una tangibile riprova al piano in cui maturano alcune delle più salienti esperienze dei diritti fondamentali che – non è inopportuno rammentare – costituiscono l'autentico cuore pulsante della Costituzione, nella densa e ad oggi attualissima accezione scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Non è di qui, ovviamente, trattare delle Carte dei diritti e delle loro relazioni, quali prendono corpo soprattutto per il tramite delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti. Del "dialogo" che tra queste ultime, ormai pressoché quotidianamente, s'intrattiene e svolge si è detto (e si seguita a dire) in innumerevoli sedi e per le più varie esigenze di ordine teorico-ricostruttivo. Mi limito solo, al riguardo, a rammentare qui che, se è innegabile che si sono avute (e di sicuro si avranno) non poche occasioni di conflitto tra gli operatori di giustizia, è tuttavia parimenti vero che ancora più numerose e – a me pare – rilevanti

[33] Ha finemente argomentato la necessità di questa svolta teorico-ricostruttiva, che rende fedelmente il modo di essere della sovranità nel presente contesto connotato da una integrazione sovranazionale ispirata ai valori fondamentali delle liberal-democrazie, G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005.

sono state (e sono) le convergenze tra gli stessi, fino a pervenire in buona sostanza non di rado ad omogeneità e vera e propria identità di vedute. È così, infatti, che prende forma ed ha modo di farsi apprezzare in concreto quella mutua integrazione delle Carte (Costituzione compresa!) nei fatti interpretativi che – a stare ad una risalente indicazione giurisprudenziale[34] – connota il modo di essere delle Carte stesse, il loro inverarsi nell'esperienza, traducendosi in fecondo *diritto costituzionale vivente*.

Come si è fatto in altri luoghi notare, non pochi dei c.d. nuovi diritti sono stati "inventati" dagli operatori di giustizia, grazie appunto al "dialogo" cui essi incessantemente danno vita e che porta tanto alla stabilizzazione quanto al rinnovamento degli indirizzi giurisprudenziali: sempre nello sforzo poderoso proteso ad assicurare l'ottimale servizio ai più diffusi ed avvertiti bisogni elementari della persona umana, ai suoi diritti fondamentali appunto.

Ebbene, l'arricchimento del patrimonio assiologico di cui ciascuna Carta dispone e che offre agli operatori perché ne facciano buon uso a tutela dei bisogni in parola si traduce – com'è chiaro – in maggiori opportunità di cui la persona dispone per l'affermazione della propria personalità; allo stesso tempo, per ciò che è qui di specifico interesse, porta il concetto di cittadino (e di popolo) a caricarsi di inusuali valenze, obbligando pertanto chi ne fa oggetto di studio a riguardarlo da una prospettiva assai diversa da quelle del passato.

Il cittadino dello Stato dispone, dunque, di risorse un tempo inimmaginabili alle quali attingere per l'affermazione della propria personalità; e le ha, per un verso, proprio perché è anche cittadino dell'Unione, e viceversa, e, per un altro verso, perché è salvaguardato nei suoi più avvertiti bisogni non già da un solo documento normativo materialmente (o – come preferisce dire la Consulta[35] – *tipicamente* costituzionale) bensì da plurime Carte dei diritti che, il più delle volte, si danno mutuo sostegno ed alimento in vista dell'ottimale appagamento dei bisogni stessi.

5. Il significato dei riferimenti al popolo negli enunciati della Carta, tutti rimandando allo stesso quale entità collettiva, e non già quale mera sommatoria di cittadini, e la conferma del rilievo costituzionale della figura in parola nello stato di eccezione, quale testimoniato dalla vicenda della guerra in Ucraina e, in genere, dalle esperienze di resistenza collettiva alla eversione costituzionale

Al tirar delle somme, non è, dunque, da accogliere la critica radicale volta a negare l'esistenza stessa del popolo quale soggetto politico, a tacer d'altro contraddetta dai numerosi riferimenti che vi fa il dettato costituzionale, tutti

[34] V., part., Corte cost. n. 388 del 1999 e, più di recente, nn. 84 del 2021 e 145 del 2022.

[35] Il riferimento – com'è chiaro – è tratto dalla discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017 della Consulta.

riguardanti il popolo *ut sic*, quale insieme di persone aventi una propria identità costituzionale, che specificamente si apprezza – come si è veduto – in prospettiva assiologicamente orientata, alla luce cioè dei valori fondamentali ai quali essa s'informa e dai quali trae costante alimento nel suo incessante divenire e trasmettersi da una generazione all'altra; una identità comunque distinta da quella che è di altri popoli, pur se appartenenti alla medesima "famiglia" delle liberal-democrazie[36].

Ebbene, non v'è disposto alcuno della Carta in cui si faccia menzione del popolo che non si riferisca a quest'ultimo nella sua oggettiva, complessiva consistenza. Fa eccezione il solo enunciato di cui all'art. 47, II c., che di sicuro rimanda *anche* agli individui, per la capacità di risparmio propria di ciascuno di essi, e però allo stesso tempo a quella dell'entità collettiva cui essi appartengono[37]. È vero, invece, che la dissociazione tra popolo e popolazione, di cui si ha esemplare testimonianza in occasione dell'esercizio dei diritti politici, appare incoerente con un'idea matura di democrazia e richiede, pertanto, a mio modo di vedere, di essere urgentemente ricomposta, sì da aversi una fedele rappresentazione della plurale composizione del corpo sociale, dando allo stesso tempo voce proprio a persone ad oggi costrette a restare mute, nella gran parte particolarmente deboli ed esposte, gravemente discriminate[38].

Il disposto che, nondimeno, più di ogni altro dà credito alla tesi favorevole alla esistenza del popolo quale soggetto politico resta proprio quello d'esordio del libro costituzionale, sul quale dunque si è specificamente fermata l'attenzione, a motivo dello stretto ed indissolubile legame che s'intrattiene tra l'idea di popolo e quella di sovranità, l'una non avendo senso alcuno, in un ordinamento che si autodefinisce democratico, se tenuta innaturalmente separata dall'altra, e viceversa.

Se ne ha, peraltro, conferma *per tabulas*, secondo la nota teorizzazione schmittiana[39], in occasione dello stato di eccezione, con riguardo cioè a fatti che

[36] Sulla identità della persona, v., ora, l'ampio ed approfondito studio di Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, cit.

[37] Si rileggano, dunque, i disposti di cui agli artt. 1, 11, 71, 75, 87, 101, 102, 123, 138 e li si metta a raffronto con quello di cui all'art. 47 e si avrà subito evidenza di quanto si viene ora dicendo nel testo. Non si trascurino, poi, i riferimenti alla popolazione, di cui agli artt. 56, 57, 132, 133, nonché IV e XI disp. trans. e fin., in ispecie di quelli concernenti le modifiche territoriali degli enti locali che, se rettamente intesi, dovrebbero portare a non escludere i non cittadini stabilmente residenti dai procedimenti volti alle modifiche stesse. Una soluzione, questa, di speciale significato nel quadro della ricostruzione di ordine generale qui affacciata.

[38] Non si dimentichi, peraltro, che la più avvertita dottrina e giurisprudenza ha da tempo fatto luogo ad una lettura "correttiva" dell'art. 3, al fine di dar modo al principio di eguaglianza di potersi far valere anche a beneficio dei non cittadini, specie in alcune tra le più salienti esperienze di vita associata.

[39] … fatto nondimeno oggetto, ora, di incisivi rilievi critici da M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 13 maggio 2022, p. 59 ss.; in tema, cfr. M. MARAZZINI,

mettono in forse lo stesso fisiologico svolgimento, in linea di continuità evolutiva, dell'ordinamento nel tempo. In una congiuntura siffatta, il popolo è chiamato ad attingere a tutte le risorse di cui dispone al fine di preservare la propria identità e, con essa, quella della Costituzione e dell'intero ordinamento, azionando – se del caso – meccanismi di resistenza collettiva (popolare appunto) nei riguardi di chi si fa artefice dell'eversione costituzionale; e può farlo solo se si propone ed afferma quale un autentico soggetto politico, in grado di volere ed agire. Così facendo, dà mostra di intendere e praticare nel modo migliore quel dovere di fedeltà alla Repubblica che più di ogni altro si tiene ed alimenta da un *idem sentire de re publica* intensamente vissuto e fatto valere[40].

Emblematica al riguardo la luminosa lezione offertaci dal popolo ucraino in occasione della invasione del suo territorio da parte della Russia, alla quale si è già avuto modo di fare cenno. Come negare, dunque, che si sia qui in presenza non già di casuali episodi di resistenza meramente individuale bensì anche (e soprattutto) corale, di tutto un popolo, organizzata, studiata nelle sue forme espressive e negli effetti prodotti? E non è stato così anche nel nostro Paese, durante la sofferta stagione della seconda grande guerra? La resistenza può infatti sortire gli effetti sperati unicamente se diventa fatto collettivo, non già se rimane esperienza di individui disorganizzati e non comunicanti tra di loro.

Il vero è che ciò che balza subito agli occhi, con cristallina evidenza, nello stato di eccezione è stranamente negato nel tempo ordinario, del fisiologico svolgimento della vita istituzionale e sociale. Non si pensa dunque che, se il popolo si manifesta e fa valere in armi, è perché la colla che lega gli uni agli altri individui e li compone in unità significante è sparsa per l'intero corpo sociale e si dimostra salda e forte in tempo di quiete, ponendosi appunto quale risorsa preziosa cui attingere davanti alle prove più dure che la comunità è chiamata ad affrontare.

D'altro canto, il senso della comune appartenenza ad un unico, seppur internamente articolato e composito, corpo sociale non avrebbe modo di farsi apprezzare laddove esistessero unicamente gli individui *uti singuli* e non pure l'insieme dagli stessi composto.

È a quest'ultimo che si è inteso fare riferimento al momento della fondazione della Repubblica e, quindi, del varo della sua legge fondamentale, ai cui valori tutti i componenti la comunità sono chiamati a dare voce, concorrendo

Emergenza politica e custodia della Costituzione. Il contributo di Kelsen e Schmitt nel contesto del processo Prussia contro Reich del 1932, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 31 maggio 2022, p. 545 ss., spec. p. 591 ss.

[40] Il dovere in parola, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, ha costituito oggetto di ripetute ed acute riflessioni part. da parte di A. MORELLI, del quale v., almeno, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

all'affermazione del modello ideale di società che ad essi si rifà, quale appare mirabilmente descritto nei primi enunciati della Carta.

Di questo modello è, dunque, possibile cogliere l'essenza solo tenendo ferma l'idea che esso è figlio della lotta di un popolo e che è stato pensato per il popolo stesso, nel legame indissolubile che s'intrattiene tra le generazioni, la passata, la presente e quella che verrà[41].

Senza il popolo, unitariamente inteso, non v'è dunque né Stato né Costituzione e, di conseguenza, neppure può aversi l'integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo, in linea di continuità evolutiva e fedeltà alla propria identità.

[41] Mi torna in mente la commovente, lucida lezione del 1955 agli studenti universitari milanesi di P. Calamandrei, con l'invito ad essi rivolto a interpellare chi ha fatto la resistenza al fine di cogliere l'essenza della Costituzione, adottando quindi i comportamenti ad essa conseguenti al servizio della Repubblica.

L'APPROCCIO "*NUDGE*" NEL DIRITTO INTERNAZIONALE: UNA NUOVA FRONTIERA DEL *SOFT LAW*

DEBORAH RUSSO*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Sull'ambiguità del concetto di "*nudge*". – 3. La nozione di "nudge" nel diritto internazionale. – 4. Il rapporto tra "*nudge*" e *soft law* nel diritto internazionale. – 5. Considerazioni conclusive.

Abstract

This article critically assesses the recourse to "nudge" in international law. First, the paper introduces the general concept of "nudge", which entails a behavioral approach to law-making, which has raised controversy about its impact on the liberal State and the protection of fundamental rights. Then, it illustrates the prospects of its application to international law as a means to improve the acceptance of international obligations. To this aim, it discusses cases of application of "nudge" in the realm of international law (the resort to opting out mechanisms, non-binding goals and rankings) and highlights the related risks and criticalities. Finally, it questions the general "softness" of nudging in the context of international law and emphasizes that its impact differs according to how it is regulated and to the economic and political conditions of States, concluding that, in certain cases, it risks to encroach on the principles of equality and respect of national identity of States.

Suggerimento di citazione

D. RUSSO, *L'approccio "*nudge*" nel diritto internazionale: una nuova frontiera del* soft law, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professoressa associata di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Firenze. Contatto: deborah.russo@unifi.it.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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 temi che di recente hanno suscitato il dibattito tra giuristi di discipline diverse vi è quello delle potenzialità dell'approccio "*nudge*"[1] nell'offrire un'alternativa più liberale al cosiddetto *hard law*. Il concetto di "*nudge*" è stato teorizzato e illustrato per la prima volta da Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein nel libro di grande successo *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, con il quale gli autori hanno inteso promuovere una tecnica "gentile" di regolazione delle condotte dei cittadini, volta a orientare le scelte individuali nella direzione considerata più utile alla realizzazione del loro benessere, senza vincolarli in tal senso[2]. Quali siano le implicazioni giuridiche dell'applicazione di una strategia "*nudge*" alla regolazione nazionale e internazionale è questione ancora tutt'altro che chiara[3]. In particolare, la relazione tra le cosiddette spinte gentili e le libertà individuali è ampiamente discussa tanto che, via via che il nuovo fenomeno si va diffondendo negli ambienti di progettazione delle politiche pubbliche negli Stati Uniti e, più di recente, nell'Unione europea[4], le opinioni critiche aumentano[5]. Negli ultimi anni, la discussione sul rapporto tra "*nudge*" e diritto ha coinvolto anche il diritto internazionale[6]. Infatti, alcuni studi sull'adozione dell'approccio "*nudge*" nel diritto internazionale hanno discusso la possibilità di impiegarlo al fine di indurre gli Stati ad adottare comportamenti desiderabili, senza obbligarli, sulla base dell'assunto, invero ancora indimostrato scientificamente, che la condotta statale sia soggetta alle stesse distorsioni cognitive che colpiscono gli individui e che dunque

[1] Il termine inglese può essere tradotto in italiano con l'espressione "spinte gentili" che contiene le due componenti concettuali della nozione di "*nudge*": la forza e la gentilezza.

[2] Tra i vari libri che hanno reso celebre l'approccio "*nudge*" alla regolazione si possono citare: R.T. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008; C.R. SUNSTEIN, *Simpler. The Future of Government*, New York, 2013; C.R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven, 2014.

[3] Per un approfondimento sul punto si rinvia al paragrafo 4 e ai relativi riferimenti in nota.

[4] Gli stessi teorizzatori dell'approccio "*nudge*", Thaler e Sunstein, hanno ricoperto il ruolo di programmatori delle politiche pubbliche. Sunstein ha diretto, dal 2009 al 2012, l'Ufficio per le questioni dell'informazione e della regolazione durante la presidenza Obama negli USA promuovendo un vasto programma di semplificazione normativa (https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/oira). Thaler è stato consulente dell'unità amministrativa, poi resa indipendente, "Behavioural Insight Team" voluta dal governo Cameron nel Regno Unito (https://www.gov.uk/government/organisations/behavioural-insights-team). Organizzazioni simili si vanno diffondendo in altri Paesi. Per qualche riferimento sull'Italia si veda: https://performance.gov.it/IBIT.

[5] Per una panoramica di riflessioni si rinvia a A. ALEMANNO, A. SIBONY, *Nudge and The Law. A European Perspective*, Oxford, 2015.

[6] Si vedano, ad esempio, A. VAN AAKEN, *Behavioral International Law and Economics*, in *Harvard Journal of International Law*, 2014, p. 421 ss.; T. BROUDE, *Behavioral International Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, p. 1099 ss. Si veda anche la tavola rotonda "Soft law and nudge regulation in international law", organizzata nell'ambito della X° edizione dell'Incontro tra dottorandi di ricerca in diritto internazionale e diritto dell'Unione europea "Alberico Gentili", 28-29 aprile 2022, http://www.sidi-isil.org/2022/05/02/incontro-tra-dottorandi-di-ricerca-2022/.

sia analogamente suscettibile alle spinte gentili. Nel campo del diritto internazionale, l'impiego dell'approccio "*nudge*", grazie all'adozione di meccanismi capaci di promuovere in modo *soft* i comportamenti auspicabili, consentirebbe di superare la riluttanza degli Stati ad accettare nuovi obblighi, nonché la debolezza dei sistemi di *enforcement*.

In questo scritto non ci si propone di illustrare e discutere compiutamente le diverse implicazioni giuridiche del "*nudging*" ma ci si pone il più limitato obiettivo di valutare se il nuovo approccio incida sul sistema delle fonti, in particolare se questo configuri una dimensione innovativa del *soft law* internazionale. A tal fine si prenderanno in considerazione tre tipologie diverse di spinte gentili, che sono state considerate dagli autori come esemplificative dell'applicazione dell'approccio comportamentale al diritto internazionale, al fine di evidenziare il loro impatto sul sistema delle fonti[7]. L'ultimo paragrafo conterrà considerazioni conclusive più generali sul presunto carattere *soft* del nuovo fenomeno di regolazione internazionale, che trascendono la problematica relativa alle fonti.

2. Sull'ambiguità del concetto di "*nudge*"

Con l'espressione "*nudge*" si indica una tecnica di regolazione fondata sulle acquisizioni della scienza economica e della psicologia comportamentali che hanno dimostrato che gli individui non si comportano in modo logico e razionale, essendo vittime di distorsioni cognitive (*cognitive bias*), ossia imperfezioni, errori di calcolo e inerzie decisionali, che impediscono loro di agire in modo coerente ai loro interessi[8]. Secondo i fautori del "*nudge*", sfruttando i *cognitive bias* che affliggono i consociati, il regolatore accorto può formulare le norme in modo da neutralizzare le imperfezioni dei meccanismi decisionali individuali e spingere l'individuo ad adottare la scelta per lui migliore, senza obbligarlo in tal senso. Stando alle argomentazioni dei promotori del "*nudge*", esso rappresenterebbe un vantaggio sia per l'individuo, che può conservare la propria libertà di scelta senza essere costretto a osservare una regola vincolante, sia per l'autorità pubblica, che può orientare le condotte individuali a costi più bassi (anche in termini di responsabilità), evitando di ricorrere ad una legislazione *ad hoc* e sperando in una adesione volontaria alle regole.

[7] In particolare, per l'individuazione degli esempi si prenderà come riferimento lo scritto di D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, in *The European Journal of International Law*, 2020, p. 1263 ss.

[8] Gli studi empirici condotti sui processi cognitivi individuali hanno confutato la teoria della scelta razionale che per molti decenni ha rappresentato la prospettiva dominante negli studi di teoria e analisi economica del diritto. Secondo quest'ultima teoria gli individui si impegnano per scegliere tra le opzioni a loro disposizione quella più razionale e funzionale al soddisfacimento dei propri interessi e del proprio benessere.

L'esempio più noto di distorsione cognitiva è il cosiddetto "*default effect*" che indica la tendenza della maggioranza degli individui a non modificare la soluzione predefinita da una disposizione normativa. Al fine di sfruttare questa tendenza, l'approccio "*nudge*" suggerisce di formulare le norme in modo da stabilire come soluzione predefinita quella che il regolatore o il *policy-maker* intende promuovere, richiedendo all'individuo di esprimere, se del caso, la propria volontà di modificarla. L'esempio di scuola è quello della donazione degli organi: se si intende promuovere la donazione degli organi, l'approccio "*nudge*" suggerisce di predisporla come opzione di *default*, imponendo ai cittadini di attivarsi se intendono rifiutarla[9]. Confrontando i dati delle legislazioni nazionali che hanno seguito questa strategia con quelli delle legislazioni che hanno invece adottato l'approccio neutro tradizionale, emergerebbe la notevole efficacia del nuovo approccio. In sostanza, il *nudging* include tutte le strategie di regolazione che predispongono "architetture della scelta" dirette a promuovere comportamenti dei cittadini utili nell'interesse proprio e degli altri, salvaguardando la loro libertà di scelta ma al contempo guidandoli nella direzione considerata migliore per loro[10]. Per questa sua pretesa di conciliare libertà e condizionamento, esso è stato definito "paternalismo libertario"[11].

Molte sono le incertezze circa l'ambito concettuale e normativo del "*nudge*" e le perplessità relative al suo impatto sui diritti fondamentali e sui fondamenti dello Stato liberale. Pur senza potere in questa sede esaminare a fondo i molteplici aspetti del dibattito che il ricorso alle spinte gentili sta suscitando, è utile menzionare alcuni dei principali argomenti critici che lo animano. Per semplificare i termini di una discussione complessa e che resta sullo sfondo della questione principale che questo scritto intende affrontare, si possono distinguere due argomenti critici principali. Il primo evidenzia la tensione tra l'impiego del "*nudge*" e i diritti di libertà che sottendono il principio di autonomia individuale[12]. E', in particolare, l'uso di meccanismi *lato sensu* manipolativi della

[9] G. TUZET, *Nudge, paternalismi e principio del danno*, in *Ragion pratica*, 2019, p. 637 ss., in particolare p. 638.

[10] P. JOHN, G. SMITH, G. STOKER, *Nudge Nudge, Think Think: Two Strategies for Changing Civic Behaviour*, in *The Political Quarterly*, 2009, p. 361 ss.; P.G. HANSEN, A.M. JESPERSEN, *Nudge and the Manipulation of Choice. A framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behavior Change in Public Policy*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2013, p. 10 ss.

[11] Per una analisi fortemente critica del concetto di "paternalismo libertario" e dei suoi rapporti con le teorie utilitariste si veda: M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata: una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, p. 227.

[12] L. BOVENS, *The Ethics of Nudge*, in T. GRUNE-YANOFF, S.O. HANSSON (eds.), *Preference Change: Approaches from Phislosophy, Economic and Psychology*, 2009, p. 207, D.M. HAUSMAN, B.WELCH, *Debate: To Nudge or Not to Nudge*, in *Journal of Political Philosophy*, 2010, p. 123 ss.; G. DEL FABBRO, *Freedom to nudge: on the impact of nudging on fundamental rights and liberties and the possible means of scrutiny*, Trento Biolaw Selected Student Papers, file:///C:/Users/debor_6ckz3ol/Downloads/paper+24%20(1).pdf. In senso favorevole al *nudging* si è invece

volontà personale – i quali tendono a condizionare i processi cognitivi che conducono alle scelte che gli individui compiono in un vasto ambito di campi –, che induce a considerare che le spinte gentili possano limitare l'autonomia individuale[13]. Tuttavia, alcuni autori riconoscono che il fenomeno è vario e che si dovrebbero distinguere le forme di "*nudge*" ad impatto manipolativo da quelle a contenuto essenzialmente informativo, che usano la comunicazione di conoscenze e di informazioni come leva delle scelte individuali. Quest'ultime, rispetto alle prime, tenderebbero ad aumentare il livello di consapevolezza e dunque preserverebbero l'autonomia individuale[14]. Come Thaler e Sunstein discutono nel loro libro, l'approccio comportamentale è da sempre una componente essenziale del fenomeno normativo, dato che esso di per sé tende a orientare le condotte individuali. Ma ciò che caratterizza in senso innovativo il "*nudge*" rispetto all'obbligo tradizionale è l'intento di condizionare, senza vincolare, e dunque preservando, almeno apparentemente, la libertà di scelta. Se il carattere "liberale" è presentato dai suoi promotori come il valore aggiunto del nuovo approccio regolativo, resta controverso se l'effetto di condizionamento che esso produce, nascosto nella formulazione della disposizione e non corredato dal crisma dell'obbligatorietà, aumenti o invece riduca la sfera di libertà e autonomia decisionale dell'individuo. Il concetto di "*nudge*" in effetti contiene in sé questa ambiguità di fondo, questo dilemma irrisolto. Ciò che invece è certo, è che la disposizione così concepita resta priva di uno degli elementi tipici della giuridicità, ossia la sua vincolatività, con la conseguenza che l'autorità politica o il regolatore, restano schermati dai principi di responsabilità politica e giuridica connessi alla loro condotta.

Quest'ultimo punto conduce all'altro polo del dibattito che riguarda la tensione tra l'approccio "*nudge*" e il rispetto dei fondamenti dello Stato liberale e dei valori democratici della trasparenza e del controllo dell'opinione pubblica sull'intento promozionale perseguito dal decisore politico[15]. Peraltro, la

pronunciato Viale, il quale tuttavia non nega l'incidenza sull'autonomia individuale tanto che qualifica il relativo processo come di "autonomia individuale assistita" (R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Bologna, 2018, p. 238).

[13] A. VAN AKEN, *Judge the Nudge: in Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU*, cit.

[14] A questo proposito, per una distinzione delle diverse forme di "*nudge*" si rinvia a M. SCHWEIZER, *Nudging and the Principle of Proportionality. Obliged to Nudge?*, *paper presented at the 4th Law and Economic Conference*, Lucerna, 17-18 aprile 2015.

[15] Per una analisi si rinvia a A. ALEMANNO, A. SPINA, *Nudging Legally: On the checks and balances of behavioral regulation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 429 ss. Si veda anche J.T. KELLY, *Framing Democracy. A Behavioural Approach to Democratic Theory*, Princeton, 2012. Nel libro *Human Agency*, Sunstein intende difendere il "*nudge*" dalle critiche circa il suo carattere antidemocratico attraverso l'argomento, puramente formale, secondo il quale, stando ai sondaggi, l'opinione pubblica lo approverebbe, senza considerare che ciò ovviamente non esclude che esso sia sostanzialmente in conflitto coi principi democratici, né che l'opinione pubblica possa essere stata oggetto di

valutazione di interesse sottostante al "*nudge*" potrebbe risultare attaccabile sotto vari aspetti. Innanzitutto, perché non sempre è dichiarato se il "*nudge*" sia ispirato a ragioni autenticamente paternalistiche – perseguendo ciò che è considerato dal regolatore come nell'interesse dell'individuo agente – o se invece persegua l'interesse generale, sulla base dell'assunto – anch'esso implicito e certamente controvertibile – che l'interesse generale rappresenti la somma degli interessi individuali. Peraltro, anche qualora l'interesse individuale e quello generale possano essere ragionevolmente considerati coincidenti (si prenda ad esempio l'interesse a prevenire il consumo di cibo grasso e insano), resta criticabile l'assunto secondo il quale il regolatore abbia il potere di giudicare tale coincidenza, dato che la valutazione dell'interesse personale dell'individuo – quale essere umano caratterizzato non soltanto dagli attributi della razionalità e della logica oggettiva – dovrebbe concernere la sfera ontologica dell'individualità, anche contro il rischio che all'autorità pubblica sia riconosciuto un potere conformativo e omologante sulle persone.

Vi è infine da considerare che l'approccio "*nudge*" può suscitare anche dubbi relativi alla correttezza dell'operazione valutativa condotta dal regolatore, il quale potrebbe essere altrettanto vittima delle imperfezioni cognitive e decisionali che, stando alle acquisizioni della psicologia e della economia comportamentale, colpirebbero i consociati[16]. Non abbiamo invero garanzie che, anche a poter superare le precedenti ragioni di perplessità, il *nudging* dia corpo ad una operazione politica e normativa basata su presupposti logici, razionali e di autentica opportunità e utilità.

3. La nozione di "*nudge*" nel diritto internazionale

Negli ultimi tempi il dibattito sul "*nudge*" ha coinvolto anche alcuni autori internazionalisti che hanno inteso applicare l'approccio comportamentale allo studio del diritto internazionale[17]. Al centro della discussione vi è la possibilità di stabilire una analogia tra il concetto generale di "*nudge*" e quello di "*nudge*" internazionale, estendendo le premesse del primo al secondo e valutando l'opportunità che gli Stati o altri soggetti internazionali formulino le disposizioni dei trattati, o elaborino specifici strumenti giuridici *soft*, in modo funzionale a orientare le condotte degli Stati, senza obbligarli. Si tratta in sostanza di

manipolazione (C.R. SUNSTEIN, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Cham, 2017, p. 17 ss.).

[16] Cfr. S. VIDA, M. GALLETTI, *Libertà vigilata*, cit., p. 49 ss.

[17] E.A. POSNER, A.O. SYKES, *Economic Foundations of International Law*, Harvard, 2013; E. KONTOROVICH, F. PARISI (a cura di), *Economic Analysis of International Law* (2016); A. SYKES, A.T. GUZMAN, *Economics of International Law*, in F. PARISI (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, 2017, vol. 3, p. 439; A. VAN AAKEN, *Behavioral International Law and Economics*, cit., p. 421, in particolare pp. 439-49; T. BROUDE, *Behavioral International Law*, cit., p. 1099.

valutare l'applicazione nei processi di *law making* internazionale degli stessi meccanismi manipolativi che si impiegano per indirizzare le condotte individuali, per esempio sfruttando l'effetto di persuasione generato dalla formulazione della soluzione che si intende promuovere come norma di *default*, accompagnata da una clausola di *opting out*. A questo proposito va innanzitutto chiarito che il ricorso a strumenti di persuasione non rappresenta affatto una novità nei processi di regolazione internazionale (le stesse clausole di *opting out* sono da tempo impiegate nel diritto dei trattati) ma costituisce anzi un tratto tipico della funzione normativa del diritto internazionale che risponde all'esigenza di valorizzare meccanismi alternativi a quello di autorità in un ordinamento anarchico come quello internazionale. La questione che i fautori del "*nudging*" discutono è piuttosto quella di fondare un vero e proprio approccio regolativo diretto a orientare la condotta degli Stati attraverso una progettazione ad arte dell'"ambiente della scelta".

A rigore, questa operazione di "ingegneria testuale" si fonda sull'assunto dell'applicabilità dei risultati delle scienze economiche comportamentali alle condotte statali. Tuttavia, gli studi empirici delle scienze comportamentali hanno riguardato le sole condotte individuali. Se si può certamente ipotizzare che la condotta statale, in quanto catalizzata da scelte individuali, risenta delle stesse imperfezioni cognitive e decisionali che colpiscono gli individui e per questo sia indirettamente soggetta all'effetto di manipolazione, l'ipotesi non è dimostrata da studi scientifici. Del resto, l'idea che le caratteristiche e le dinamiche cognitive individuali possano riflettersi sulle condotte statali non è facilmente generalizzabile, se si tiene conto della disomogeneità propria della società internazionale e della imprevedibile influenza che la varietà delle culture e la molteplicità e conflittualità dei gruppi sociali possa produrre sui processi decisionali internazionali[18].

Certo, alcuni studi sembrano recare supporto all'ipotesi in discussione. Si può, ad esempio, considerare l'indagine condotta da Jean Galbraith che ha confrontato i dati relativi a più di 300 trattati multilaterali contenenti clausole di accettazione della giurisdizione della Corte internazionale di giustizia (d'ora innanzi "CIG")[19]. In alcuni trattati le clausole erano formulate in modo da richiedere agli Stati parti di esprimere il proprio consenso a sottomettere le controversie relative alla interpretazione e applicazione del trattato alla giurisdizione della CIG, secondo un meccanismo di *opting in*. In altri invece la partecipazione al trattato comportava l'automatica accettazione della giurisdizione,

[18] Così, D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit., p. 1264. A. VAN AAKEN, T. BROUDE, *The Psychology of International Law: An Introduction*, in *The European Journal of International Law*, 2019, p. 1225.

[19] J. GALBRAITH, *Treaty Options: Toward a Behavioral Understanding of Treaty Design*, in *Virginia Journal of International Law*, 2013, p. 309 ss.

salva la possibilità di esercitare un potere di *opting out*, che alcune clausole prevedono in modo esplicito ed altre in modo implicito. Confrontando i dati relativi al numero degli Stati parti che hanno accettato la giurisdizione della CIG, l'indagine ha evidenziato che solo il 5 per cento degli Stati parti dei trattati che prevedono meccanismi di *opting in* ha accettato la giurisdizione, mentre la percentuale si attesta intorno all'80 per cento nel caso di previsione espressa del potere di *opting out* e al 95 per cento nel caso di previsione implicita del potere di *opting out*. Alla luce di questi dati, il ricorso a meccanismi di *opting out*, specie se impliciti, aumenta la probabilità che gli Stati accettino la giurisdizione della CIG in caso di controversie. I risultati si mostrano quindi coerenti con l'idea che gli Stati siano soggetti a dinamiche decisionali analoghe a quelle che caratterizzano le condotte individuali e che le indicazioni delle scienze cognitive e comportamentali siano utili anche a predire e influenzare le condotte statali[20].

D'altro canto, come si può dubitare della generale validità dei risultati delle scienze comportamentali rispetto alle condotte statali, si può discutere circa la misura in cui le perplessità sulla compatibilità dell'approccio "*nudge*" con i principi dell'autonomia individuale e con i valori dello Stato liberale pervadano anche la dimensione internazionale. A questo proposito, alcuni autori hanno sostenuto che le preoccupazioni circa la sua incidenza sulla sfera dell'autonomia individuale non siano giustificate quando il "*nudge*" è rivolto agli Stati, poiché in questo caso non vi sarebbe il rischio di comprimere la sfera dei diritti fondamentali individuali. Analogamente, perdono significato i timori che concernono eventuali derive illiberali dello Stato, giocandosi la partita sul piano delle relazioni tra gli Stati. D'altro canto, come sarà più chiaro in seguito all'analisi che sarà condotta nel paragrafo successivo, l'applicazione dell'approccio "*nudge*" nelle relazioni internazionali potrebbe produrre tensioni con alcuni principi di diritto internazionale, come quelli relativi all'eguale sovranità e al rispetto della giurisdizione domestica degli Stati. Su questo punto torneremo a proposito dell'esame di quello specifico tipo di "*nudge*" internazionale, adottato da organizzazioni internazionali o da altri enti di regolazione transnazionale, per misurare le *performance* degli Stati in un ampio ventaglio di settori e materie.

4. Il rapporto tra "*nudge*" e "*soft law*" nel diritto internazionale

Come si è evidenziato, rispetto alle tecniche di regolazione tradizionali che si limitano a obbligare gli individui a tenere una certa condotta, l'approccio "*nudge*" si distinguerebbe per il suo carattere "libertario". Lasciando per un momento da parte la discussione sull'autentica liberalità del "*nudge*", al quale si è

[20] D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit., p. 1269.

già dedicato qualche cenno, si intende ora discutere il fenomeno dal punto di vista delle fonti giuridiche, per comprendere se esso indichi l'emersione di nuova specie di diritto internazionale *soft.* Come è stato osservato, il rapporto tra "*nudge*" e diritto (e a maggior ragione quello tra "*nudge*" e diritto *soft*) è sfuggente[21]. Certo è che il fenomeno ha delle rilevanti implicazioni giuridiche, sia che esso si proponga come tecnica di formulazione delle norme, sia che esso si presenti come forma alternativa alla normazione vincolante. Tuttavia il rapporto tra "*nudge*" e diritto potrebbe mutare proprio a seconda che esso sia utilizzato come forma di ingegneria testuale (è il caso dei meccanismi di *opting out* nei trattati internazionali cui si è accennato nel paragrafo precedente), oppure come forma di regolazione delle condotte individuali alternativa all'uso della norma vincolante. Per questa ragione la questione non può essere discussa in modo generale ma richiede che siano esaminate separatamente alcune diverse tipologie di "*nudge*" nella disciplina internazionalistica.

L'assunto di partenza dell'analisi è che ciò che contraddistingue l'ampia e variegata categoria di strumenti giuridici internazionali che si qualifica come *soft law* sia l'assenza del carattere vincolante[22] e, dunque, la natura meramente raccomandatoria delle regole[23]. Sebbene, infatti, si possa discutere a lungo dei rapporti tra *soft law* e diritto, valorizzando come il primo possa risultare preparatorio, funzionale e prodromico rispetto all'adozione di norme giuridiche vincolanti e abbia indubbie potenzialità interpretative e financo integrative di quest'ultime, non vi è dubbio che il diritto 'soffice' presenti limiti insuperabili in termini di efficacia. Solo le norme vincolanti, infatti, sono assistite da meccanismi di *enforcement* e di controllo giurisdizionale, sia rispetto alla loro legittimità e legalità, sia nel caso di trasgressioni[24].

Procedendo all'esame di alcune ipotesi tipiche di "*nudge"* internazionale, secondo la dottrina internazionalista comportamentale si possono distinguere

[21] Per un approfondimento in chiave filosofica e teorica si rinvia a M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata*, cit., p. 326. Si veda anche A. ALEMANNO, A. SIBONY, *Nudge and the Law: A European Perspective*,cit.

[22] Sul concetto di vincolatività nel diritto internazionale si rinvia a J. D'ASPREMONT, *Bindingness*, in J. D'ASPREMONT, S. SINGH (eds.), *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*, Edward Elgar, 2020, p. 67-82.

[23] Silvia Vida ha affermato che il "*nudge*" sembra eterogeneo rispetto al diritto per ragioni concettuali legate alla natura di mero "consiglio" e anche al mancato rispetto dell'*agency* (M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata,* cit., p. 335).

[24] M. OLIVIER, *The relevance of "soft law" as a source of international human rights*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2002, p. 289 ss.; M. BOTHE, *Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations*, in *Netherland Yearbook of Int Law*, 1980, p. 76 ss.; C.M. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 850 ss.; H. NEUHOLD, *Variations on the Theme of "Soft International Law*, in I. BUFFART e altri (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, 2008, p. 343-60.

tre principali tipologie: i meccanismi di *opting out*, la definizione di obiettivi non vincolanti ("*non binding goals*") e l'uso di classifiche ("*rankings*")[25].

Il primo esempio si riferisce alla possibilità di utilizzare meccanismi di *opting out* dalle disposizioni di trattati internazionali per superare la riluttanza degli Stati ad accettare impegni internazionali, sfruttando la tendenza all'inerzia (il cosiddetto "*default effect*") che, secondo gli studi comportamentali, colpisce gli individui e, si può ipotizzare, anche gli Stati[26]. Pertanto, se i promotori di un accordo internazionale intendono favorire una certa disciplina, l'approccio "*nudge*" suggerisce che la disposizione normativa sia formulata prevedendola come soluzione predefinita, accompagnandola da un meccanismo il più possibile implicito di *opting out*. Occorre anche precisare che il ricorso a meccanismi di *opting out* rappresenta solo una delle possibilità di sfruttamento del "*default effect*". Altri meccanismi di flessibilità, come le riserve ai trattati, possono risultare altrettanto utili a sfruttare la tendenza degli Stati a non modificare la soluzione predefinita dalla disposizione pattizia e dunque a favorire l'assunzione di impegni internazionali. Se si vuole inquadrare questa prima tipologia di "*nudge*" nel sistema delle fonti, si può già notare che esso vi arreca ben poche novità. Infatti, il ricorso a meccanismi di flessibilità per favorire la partecipazione degli Stati ai trattati multilaterali è da tempo diffuso nella prassi di negoziazione dei trattati, pur senza essere stato associato alle acquisizioni delle scienze comportamentali. Peraltro, la stessa previsione del meccanismo di flessibilità è, in questo caso, parte integrante della strategia di persuasione rivolta agli Stati, giacché essi sono maggiormente indotti ad accettare l'obbligo pattizio dalla prospettiva di potersene liberare e di poter scegliere in quale misura restare parti dell'accordo. La formulazione della clausola compromissoria in termini di *opting out* (specie se implicito), invece che di *opting in*, rappresenta dunque un elemento ulteriore della strategia di persuasione, che può massimizzare l'accettazione della disciplina predefinita dal trattato. Queste forme di flessibilità non hanno in verità molto a che vedere con il *soft law* e, se anche volessimo ribattezzarle con l'espressione moderna "*nudge*", esse caratterizzano meccanismi di persuasione in tutto e per tutto integrati nel diritto "*hard*".

La seconda tipologia di "*nudge*" internazionale fa leva su un diverso meccanismo di persuasione, ovvero quello innescato dalla previsione di un obiettivo non vincolante (e che parimenti non sia corredato da meccanismi di

[25] Gli esempi sono tratti dallo studio pubblicato da D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit.

[26] L'uso di "*nudge*" di questo tipo è stato implementato e studiato in vari settori del diritto interno, dalla disciplina degli schemi pensionistici alla donazione degli organi fino al diritto dei contratti. Cfr. B.C. MADRIAN, D.F. SHEA, *The Power of Suggestion: Inertia in 401(K)Participation and Savings Behavior*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2001, p. 1149 ss.; E.J. JOHNSON, D.G. GOLDSTEIN, *Do Defaults Save Lives?*, in *Science*, 2003, p. 1338 ss.; R.B. KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, in *Cornell Law Review*, 1998, p. 608 ss.

incentivo, premi etc.) o anche dalla fissazione di termini e scadenze. Gli studi comportamentali hanno infatti dimostrato che il ricorso a queste tecniche produce un effetto motivazionale che spinge gli individui a conformarsi, pur non essendo in alcun modo vincolati[27]. L'effetto è indotto dal senso di fallimento (denominato "*loss aversion*") che l'individuo associa alla perdita dell'obiettivo o al mancato rispetto di una scadenza. Ecco allora che la previsione di obiettivi non vincolanti e di scadenze può essere utilizzata quale forma di "*nudge*" per promuovere condotte statali che non sono obbligatorie[28]. In effetti, la prassi internazionale degli ultimi anni si è arricchita di strumenti *soft* di regolazione basati sulla previsione di obiettivi non vincolanti. Tra questi vi sono i *Millennium Development Goals* delle Nazioni Unite, adottati nel 2000 per stabilire obiettivi generali di sviluppo e progresso per l'umanità con un ampio raggio tematico, da raggiungere entro il 2015 (salute, istruzione, uguaglianza, lotta alla fame e denutrizione etc.), dai quali si è poi sviluppata l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile[29]. Gli studi che, dopo il 2015, hanno valutato l'impatto dei *Millennium Development Goals* hanno enfatizzato i significativi progressi raggiunti dagli Stati. Benché sia difficile stabilire in che misura essi siano dipesi dalla fissazione di obiettivi e scadenze, i dati sembrano confermare l'efficacia della strategia adottata. Nel 2015, l'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico, oltre a stabilire l'obbligo per gli Stati di contenere l'aumento della temperatura media globale entro i 2° C, ha previsto l'obiettivo di impiegare ogni sforzo possibile per garantire un contenimento di tale aumento intorno ai 1,5° C[30]. Il sistema dell'Accordo di Parigi non è basato sulla previsione di obblighi specifici per ciascuno Stato ma sull'impegno degli Stati a stabilire liberamente i propri obiettivi nazionali e a elaborare dei piani nazionali secondo le indicazioni della scienza climatica che siano costantemente aggiornati[31]. Le future analisi di impatto dell'Accordo di Parigi renderanno possibile una valutazione sull'efficacia di questa strategia di regolazione, che presenta caratteri *soft*, pur essendo integrata in uno strumento vincolante. Ciò che si può già notare, tuttavia, è che la tecnica basata sul ricorso a termini e obiettivi non è necessariamente associata all'uso di strumenti di *soft law*. Infatti, come dimostra

[27] E.A. LOCKE, G.P. LATHAM, *Building a Practically Useful Theory of Goal Setting and Task Motivation: A 35-Year Odyssey*, in *American Psychologist*, 2002, p. 705 ss.

[28] L'impiego di questa forma di "*nudge*" è diffuso in vari settori come quelli relativi alla tutela della salute e al diritto del lavoro (si può vedere come esempio J. HURN, I. KNEEBONE, M. CROPLEY, *Goal Setting as an Outcome Measure: A Systematic Review*, in *Clinical Rehabilitation*, 2006, p. 756 ss.).

[29] Le informazioni sui contenuti e sugli specifici *targets* fissati da questi strumenti si trovano nel sito ufficiale: https://www.un.org/millenniumgoals/.

[30] Accordo di Parigi sul cambiamento climatico, UN doc. FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12 dicembre 2015.

[31] C. VOIGT, *The Paris Agreement: What is the Standard of Conduct for Parties?*, in *Questions of International Law*, 2016, pp. 17-28.

l'esempio dell'Accordo di Parigi, obiettivi non vincolanti e scadenze possono anche essere incorporati in accordi internazionali vincolanti[32]. Poiché l'effetto di *compliance* è generato da previsioni non obbligatorie (per quanto inserite in uno strumento vincolante), la seconda tipologia di "*nudge*" sembrerebbe esulare dal campo del diritto internazionale per avvicinarsi a quello degli impegni meramente raccomandati e non vincolanti. Eppure, l'impressionante aumento del contenzioso climatico nazionale e internazionale basato sugli impegni nazionali assunti dagli Stati in base all'Accordo di Parigi induce a sospettare che la spinta gentile anche in questo caso possa trascendere la mera raccomandazione e acquisire portata vincolante[33].

L'ultima tipologia di "*nudge*" che si intende esaminare è quella più controversa. Il riferimento è alla sempre più frequente elaborazione di classifiche ("*rankings*") da parte degli Stati, ma soprattutto, delle organizzazioni internazionali e di altri enti di regolazione a carattere transnazionale, al fine di valutare la condotta dei governi nei settori e nelle materie più disparate[34]. Un esempio tra tanti è rappresentato dall'indice degli investimenti stranieri diretti (FDI) che è stato elaborato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD) al fine di confrontare le misure nazionali di restrizione agli investimenti presenti in 22 settori economici di 69 Stati[35]. Indirettamente, le classifiche orientano la condotta degli Stati, spingendoli "gentilmente" nella direzione che l'organizzazione intende promuovere. L'effetto promozionale sembra quindi assimilabile a quello generato sugli individui attraverso la leva del confronto sociale. A questo riguardo le scienze comportamentali hanno dimostrato che i meccanismi che confrontano e valutano gli individui fanno leva sul desiderio dell'individuo di non subire il discredito sociale collegato alla *performance* negativa. Pertanto essi producono un effetto motivazionale rilevante, inducendolo a migliorare i propri risultati (per esempio in ambito accademico e professionale), in linea con gli indicatori e gli standard valorizzati da classifiche e tabelle[36]. L'idea degli economisti comportamentali è dunque che si possa costruire una strategia di orientamento delle condotte individuali che sfrutta la

[32] Alcuni autori parlano di norme di soft law inserite in accordi vincolanti (vedi, ad esempio, L. RAJAMANI, *The 2015 Paris Agreement: Interplay between Hard, Soft and Non-Obligations*, in *Journal of Environmental Law*, 2016, p. 337 ss.

[33] Per una ricognizione del contezioso climatico si rinvia a L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell'atto politico: tanto rumore per nulla*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021.

[34] Cfr. D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit., p. 1274; A. COOLEY, *The Emerging Politics of International Rankings and Ratings: A Framework for Analysis*, in A. COOLEY (ed.), *Ranking the World: Grading States as a Tool of Global Governance*, 2015, p. 1.

[35] Per un approfondimento si veda: https://www.oecd.org/investment/FDI-Qualities-Indicators-Measuring-Sustainable-Development-Impacts.pdf.

[36] J.E. SULS, L. WHEELER (eds.), *Handbook of Social Comparison: Theory and Research*, New York, 2010.

leva di persuasione del meccanismo di confronto sociale e di relativa competizione che ne deriva[37]. L'ipotesi degli studiosi di diritto internazionale è poi di estendere questa strategia all'ambito della regolazione delle condotte statali[38]. Tuttavia, la prassi di utilizzare classifiche per misurare le *performance* nazionali è da tempo nel mirino di studi critici che contestano il carattere parziale e strumentale degli indicatori di riferimento (nonché del procedimento, anche poco trasparente, attraverso il quale vengono scelti), i quali rischiano di sottovalutare le specificità delle varie soluzioni nazionali − pretendendo di generalizzare e omogenizzare sistemi diversi, trascurando preferenze e identità nazionali − e persino di creare gerarchie tra Stati, in violazione del principio della loro sovrana uguaglianza[39]. Il problema si pone poi in modo più specifico qualora gli standard di valutazione siano posti quali condizioni per accedere a programmi di finanziamento o ad altre forme di assistenza internazionale. Infatti, nei casi in cui uno Stato versi in una situazione di grave crisi economica e rischi il *default*, gli standard volontari nella sostanza si trasformano in veri e propri obblighi, generando un effetto coercitivo che può persino porsi in tensione con il principio di non interferenza negli affari interni degli Stati e, per i governi autori di riforme e ristrutturazioni, in conflitto con gli obblighi di tutela dei diritti sociali della popolazione[40].

In conclusione, con riguardo a tutte le tipologie di "*nudge*" esaminate, il carattere *soft* caratterizza lo strumento formale che contiene la spinta gentile ma la valutazione della natura autenticamente e sostanzialmente liberale (in questo senso *soft*) del meccanismo di persuasione utilizzato è questione che trascende la dialettica interna alle fonti del diritto (la dialettica del *soft v. hard law*) e che va anche valutata caso per caso, facendo riferimento al modo in cui la spinta gentile è congegnata, applicata e ricevuta dal destinatario. In particolare, se il meccanismo di persuasione è formalmente volontario, ma si inserisce in un contesto in cui il potere di scelta è sostanzialmente compromesso a causa della situazione di vulnerabilità in cui l'individuo o lo Stato si trovano, e delle conseguenze insostenibili di una scelta contraria a quella promossa dal

[37] D. HERBZ, A. MAS, *Peer Effects on Worker Output in the Laboratory Generalize to the Field*, in *Science*, 2015, p. 545.

[38] Si veda ancora D. TEICHMAN, E. ZAMIR, *Nudge Goes International*, cit., p. 1274.

[39] Vedi, ad esempio, A. BROOME, A. HOMOLAR, M. KRANKE, *Bad Science: International Organizations and the Indirect Power of Global Benchmarking*, in *European Journal of Int Relations*, 2017, p. 514 ss.

[40] Cfr. sull'effetto sostanzialmente impositivo: P. DE SENA, D. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2020. Riguardo alla tenuta dei diritti sociali: D. RUSSO, *I vincoli internazionali in materia di diritti sociali: alcuni spunti dalla giurisprudenza recente in materia di "misure di austerità"*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2/2013.

regolatore, allora siamo fuori dal perimetro concettuale del "*nudge*", o per lo meno del *nudging* coerente con le sue premesse di liberalità.

5. Considerazioni conclusive

Giunti alle battute finali di questa breve riflessione, è possibile dubitare che l'approccio "*nudge*" alla regolazione delle condotte degli Stati apra una nuova e proficua frontiera del *soft law* internazionale. La pretesa "morbidità" del nuovo approccio, infatti, non riguarda soltanto la sua collocazione nel sistema delle fonti internazionali, ma soprattutto il suo effetto autenticamente liberale e coerente con le finalità del diritto internazionale. Come si è potuto notare, il fenomeno concerne infatti l'integrazione di meccanismi persuasivi di vario genere nell'ambito di strumenti di *hard law* oppure di *soft law*. Ciò che permette di associare l'approccio "*nudge*" al diritto *soft* è la sua idoneità a lasciare un margine di scelta agli Stati, appunto la sua liberalità. In altri termini, gli Stati dovrebbero poter scegliere di muoversi in una direzione diversa da quella verso la quale sono spinti dal meccanismo di persuasione, sia esso innescato dall'effetto di *default*, dalla previsione di obiettivi e scadenze o dalla pubblicazione di classifiche. Tuttavia, l'effetto del *nudging* sui destinatari non è affatto generalizzabile. In concreto, esso può dipendere dalle caratteristiche e dalla situazione peculiare in cui ogni destinatario si trova nel momento in cui è chiamato ad effettuare la scelta; ciò che per alcuni Stati può essere liberamente scelto, per altri, anche a causa della propria posizione di vulnerabilità, può risultare insostenibile oppure può travolgere aspetti fondamentali della propria identità nazionale. Questo aspetto getta un'ombra sul carattere egalitario e liberale del nuovo fenomeno che, se non correttamente fondato e disciplinato, può condurre ad una gestione burocratica del potere nelle relazioni internazionali, nonché assumere i caratteri di un'operazione politica ad effetto fortemente omologante e conformante, in tensione con gli stessi fondamenti della *rule of law* internazionale, inclusi il rispetto dell'uguaglianza e della *domestic jurisdiction* degli Stati.

CRITICITÀ E PROSPETTIVE DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA DEL VOTO DEGLI ITALIANI ALL'ESTERO*

GIOVANNI TARLI BARBIERI**

Sommario

1. Il voto degli italiani all'estero: una riforma "travagliata" con un'attuazione altrettanto "travagliata". – 2. La disciplina del voto degli italiani all'estero nella prospettiva delle fonti normative: alcuni dubbi sul regolamento di attuazione. – 3. La controversa disciplina delle limitazioni all'elettorato passivo. – 4. La disciplina delle campagne elettorali e delle spese elettorali. – 5. Il voto per corrispondenza: oggettive criticità e possibili "vie di fuga": il voto elettronico come alternativa? – 6. Le limitazioni al voto per corrispondenza. – 7. Il sistema di elezione dei deputati e dei senatori nella circoscrizione estero. – 8. La disciplina del voto di preferenza e l'assenza di previsioni in materia di equilibrio di genere. – 9. Altre riforme possibili, anche alla luce del d.l. 41/2022.

Abstract

The article analyses the current legal framework on the voting of Italians abroad and discusses possible options for its reform

Suggerimento di citazione

G. TARLI BARBIERI, *Criticità e prospettive di riforma della disciplina del voto degli italiani all'estero*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il testo costituisce una versione aggiornata e ampliata dell'audizione svolta il 26 aprile 2022 presso la Giunta delle elezioni della Camera dei deputati.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale all'Università degli Studi di Firenze
Contatto: giovanni.tarlibarbieri@unifi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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 voto degli italiani all'estero: una riforma "travagliata" con un'attuazione altrettanto "travagliata"

Le leggi cost. 1/2020 e 1/2021, che hanno istituito la circoscrizione estero sono ricordate per una genesi assai travagliata [1] e per un'attuazione altrettanto travagliata, dovuta certamente non solo ai contenuti della l. 459/2001 e del suo regolamento di attuazione (d.P.R. 104/2003)[2].

Infatti, per comprendere la portata della riforma del voto degli italiani all'estero, è necessario chiarire quali soggetti vi rientrano.

Sul punto, è da ricordare che la legge sulla cittadinanza (l. 91/1992), essendo ispirata al criterio dello *ius sanguinis*, rende possibile la trasmissione dello *status* di italiano anche a discendenti nati all'estero e lì sempre residenti, qualora non vi siano state interruzioni[3]. In tal modo, è consentita l'attribuzione dello *status civitatis* anche a soggetti ormai privi di ogni collegamento (spesso anche linguistico) con la comunità nazionale, mentre la richiamata procedura di riconoscimento della cittadinanza rende del tutto indeterminato (e indeterminabile) il numero degli italiani all'estero e potenzialmente finisce per accrescerlo[4]; ed infatti il loro numero è largamente variato in aumento proprio a partire dall'attuazione delle leggi costituzionali sopra richiamate.

Peraltro, anche le leggi che si sono seguite negli ultimi cinquant'anni, precedenti l'istituzione della circoscrizione estero, hanno assecondato questa *ratio*.

Così, la l. 40/1979 (modificata dalla l. 470/1988) ha imposto la conservazione dell'iscrizione nelle liste elettorali dell'ultimo Comune di residenza per un periodo di tempo illimitato (in precedenza era previsto un termine di sei anni), disponendo altresì la possibilità per coloro che fossero stati cancellati di richiedere nuovamente l'iscrizione. Tale normativa appare in controtendenza con quanto previsto in altri ordinamenti che sanciscono la perdita del diritto di voto dei cittadini a seguito di periodi di permanenza all'estero prolungati ovvero in assenza di un seppur minimo legame diretto con lo Stato[5].

Si debbono poi ricordare la l. 470/1988 che ha istituito l'Anagrafe degli italiani residenti all'estero (Aire) allo scopo di stabilire il numero e l'identità dei

[1] Per tutti, F. LANCHESTER, *L'innovazione costituzionale dilatoria e il voto degli italiani all'estero*, in *Quad. cost.*, 2000, pp. 123-124.

[2] Sul punto, da ultimo, S. BATTISTON, S. LUCONI, M. VALBRUZZI (a cura di), *Cittadini oltre confine. Storia, opinioni e rappresentanza degli italiani all'estero*, Bologna, Il Mulino, 2022.

[3] La relativa procedura è disciplinata da un'apposita circolare del Ministero dell'interno (si tratta della circolare K.28.1 dell'8 aprile 1991, «Riconoscimento del possesso dello *status civitatis* italiano ai cittadini stranieri di ceppo italiano»).

[4] A. GRATTERI, *Le elezioni dell'altro mondo. Gli italiani all'estero e il voto per corrispondenza*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 180.

[5] M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 61.

cittadini permanentemente stabilitisi in altro Stato e l'art. 5 della l. 459/2001 il quale prevede che l'elenco aggiornato dei cittadini italiani residenti all'estero, finalizzato alla predisposizione delle liste elettorali, sia realizzato mediante unificazione dei dati dell'anagrafe degli italiani residenti all'estero e degli schedari consolari.

È da sottolineare che l'iscrizione in questi elenchi non è obbligatoria. Tali strumenti appaiono quindi imperfetti quanto ai meccanismi di aggiornamento degli elenchi e, soprattutto, non offrono certezze circa la delimitazione di quali e quanti siano i cittadini, dal momento che la legge non prevede che il mancato inserimento nell'Aire determina la perdita dello *status* di cittadino[6]. Anche per questo i giudizi sul funzionamento della l. 470/1988 sono stati prevalentemente negativi.

La Commissione "Bassanini", istituita presso il Dipartimento per i rapporti con il Parlamento della Presidenza del Consiglio, nella recente, pregevole relazione sull'astensionismo elettorale ha evidenziato che per molteplici ragioni le amministrazioni pubbliche sollecitano gli italiani all'estero a iscriversi all'Aire, trattandosi di un diritto-dovere del cittadino (art. 6, l. 470/1988) ai fini, per esempio, del rinnovo dei documenti di identità. Tuttavia, l'iscrizione è ampiamente praticata anche da discendenti dei primi emigrati otto-novecenteschi che in questo modo, grazie al doppio passaporto, possono viaggiare o rimanere all'interno dell'UE o entrare con minori aggravi burocratici negli USA[7].

Tuttavia, non sono sporadici i casi di italiani all'estero non iscritti all'Aire, soprattutto provenienti dal Mezzogiorno, che ha visto, non caso, una crescita di iscritti all'Anagrafe degli italiani all'estero piuttosto modesta. Vi è poi il fenomeno dei cittadini irreperibili all'estero o il cui atto di morte all'estero non risulta pervenuto alle anagrafi comunali[8].

Questi problemi riguardano in primo luogo la disciplina della circoscrizione estero ma non solo.

La relazione della Commissione "Bassanini" ha evidenziato il "peso" degli italiani estero nel corpo elettorale nazionale (ad oggi è pari a circa il 10,3%), più che raddoppiato a seguito dell'entrata in vigore delle leggi costituzionali

[6] U. DE SIERVO, *Il voto dei cittadini residenti all'estero ed alcune caratteristiche della nostra legislazione in tema di cittadinanza*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, Cedam, 1990, pp. 297 ss.

[7] *Per la partecipazione dei cittadini. Come ridurre l'astensionismo e favorire il voto*. Relazione della Commissione di esperti con compiti di studio e consulenza, di analisi ed elaborazione di proposte, anche di carattere normativo, e iniziative idonee a favorire la partecipazione dei cittadini al voto, istituita con decreto del Ministro per i rapporti col Parlamento con delega alle riforme istituzionali on. Dott. Federico D'Incà (aprile 2022), in *www.riformeistituzionali.gov.it*, p. 43.

[8] *Per la partecipazione dei cittadini*, cit., pp. 230-231.

istitutive della circoscrizione estero [9] e, conseguentemente, anche nella determinazione del tasso di astensione dal voto, alto soprattutto nelle elezioni regionali e locali che non consentono l'esercizio del voto per corrispondenza. Non è inutile ricordare che, con riferimento alle sole consultazioni del 2021, il d.l. 25/2021 (convertito, con modificazioni, dalla l. 57/2021) ha abbassato al 40% il *quorum* di validità con riferimento alle elezioni dei Sindaci e dei Consigli comunali con popolazione fino a 15.000 abitanti, qualora si presenti una sola lista, ciò che ha consentito in sedici Comuni di non ripetere la consultazione (gli italiani all'estero superano il 16% del corpo elettorale nei Comuni fino a 5 mila abitanti e costituiscono circa il 30% del complesso degli iscritti all'Aire). La stessa previsione è stata recentemente inserita nel d.l. 41/2022, con riferimento alle elezioni comunali per il 2022 (art. 6, comma 2).

Anche e soprattutto in ragione del comportamento degli italiani all'estero la Commissione "Bassanini" ha parlato di un "astensionismo apparente" da tenere distino da quello "reale".

La Commissione ha allora auspicato una revisione della disciplina dell'Aire, finalizzata, in particolare, a migliorare la qualità delle liste degli aventi diritto al voto, soprattutto allo scopo di evitare la presenza di elettori irreperibili all'estero. Più difficilmente praticabili, anche alla stregua dei principi costituzionali, appaiono altre due proposte: quella di introdurre misure più rigorose per la concessione della cittadinanza italiana ai residenti all'estero e quella di escludere gli stessi dall'elettorato attivo per le elezioni regionali e comunali[10].

Sul primo punto, in verità per gli italiani all'estero, in quanto cittadini, non si pone un problema di "concessione" della cittadinanza, né, salvo eccezioni, di "riacquisto" della stessa, ma solo di riconoscimento di uno *status* che non è stato perduto (salvo che siano intervenuti eventi che hanno determinato la rinuncia o la perdita della cittadinanza). In quanto titolari della cittadinanza, è altresì dubbia la loro esclusione dall'elettorato attivo nelle elezioni regionali e comunali, anche se sarebbe ben possibile rendere permanente una disposizione come quella già ricordata che ha abbassato il *quorum* di validità delle elezioni nei Comuni minori qualora sia stata presentata un'unica lista[11].

[9] Da circa 2 milioni e 300 mila del 2001 a poco meno di cinque milioni e mezzo del 2020; su questo incremento sono possibili diverse chiavi di lettura.

[10] *Per la partecipazione dei cittadini*, cit., pp. 270-271.

[11] Tale soluzione è in effetti prevista nella proposta di legge A.C. n. 3144 («Modifiche al testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, e alla legge 25 marzo 1993, n. 81, concernenti il computo dei votanti per la validità delle elezioni comunali e il numero delle sottoscrizioni per la presentazione dei candidati alle medesime elezioni») già approvata dal Senato.

2. La disciplina del voto degli italiani all'estero nella prospettiva delle fonti normative: alcuni dubbi sul regolamento di attuazione

La legge cost. 1/2020 ha apportato una modifica all'art. 48 Cost., inserendo un ulteriore comma (dopo il 2) la cui prima parte prevede: «La legge stabilisce requisiti e modalità per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero e ne assicura l'effettività».

Si è parlato a tale proposito di una riserva di legge rinforzata («perché l'art. 48 detta taluni contenuti costituzionalmente prestabiliti»[12]), coerente con la più generale riserva di legge in materia elettorale[13].

Tuttavia, la legge di attuazione (l. 459/2001) non è riuscita a sciogliere tutti i complessi nodi di questa materia e ha così autorizzato l'adozione di un successivo regolamento di attuazione-integrazione, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. *b*), della l. 400/1988 (art. 26).

La questione dell'ammissibilità di una fonte secondaria in materia elettorale è stata affrontata ampiamente dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di regolamento, anche se si tratta di un problema non nuovo nella prassi normativa. In tale parere si legge come in questa materia la riserva di legge «si atteggi in modo particolarmente vincolante nella formulazione del comma 3 del predetto art. 48 Cost.». A confermare il carattere assoluto della riserva di legge in materia «sta anche il fatto che le norme in materia di elettorato attivo e passivo, di procedimento elettorale, di modalità di esercizio del diritto di voto da parte dei cittadini residenti nel territorio nazionale sono contenute in atti aventi forza e valore di legge», cosicché «le disposizioni regolamentari possono integrare le disposizioni della legge n. 459 del 2001 e le altre disposizioni legislative, che disciplinino la materia, purché non incidano su ambiti coperti dalla riserva di legge suddetta: in tal caso non possono che limitarsi all'attuazione ed esecuzione delle norme legislative, mentre gli spazi lasciati privi di disciplina andrebbero coperti con appositi provvedimenti legislativi»[14].

[12] Camera dei deputati, XVIII legislatura, Giunta delle elezioni, *Indagine conoscitiva sulle modalità applicative della legge 27 dicembre 2001 n. 459 recante norme per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero. Intervento del prof. Carlo Fusaro*, 27 aprile 2022, in *Boll. Giunte e Comm. parl.*, 27 aprile 2022, p. 37.

[13] Sul punto, con particolare riferimento al fondamento di tale riserva di legge, per tutti, M. AINIS, *Principi* versus *regole (il caso dei seggi mancanti a Forza Italia dopo le politiche del 2001)*, in *Rass. parl.*, 2001, p. 640; R. BALDUZZI, *Art. 34 (sezione II) Legge 25 marzo 1993, n. 81, Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale*, in *Art. 128 Supplemento. Legge 8 giugno 1990, n. 142, Ordinamento delle autonomie locali*, *Comm. cost.*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1996, pp. 1085 ss.; L. SPADACINI, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere. La mancata assegnazione di alcuni seggi alla Camera nella XIV legislatura*, Brescia, Promodis, 2003, pp. 101 ss. e, con ampi riferimenti comparatistici, R. IBRIDO, *Le riserve di legge in materia elettorale nel quadro comparato: quali indicazioni per il caso italiano?*, in *www.federalismi.it*, 2021, n. 28.

[14] Cons. Stato, sez. atti normativi, 20 dicembre 2002, n. 4015, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 2401.

È noto che la Corte costituzionale (sentt. 1/2014; 10/2020) ha ammesso la possibilità, in materia elettorale, di regolamenti avente contenuti «meramente tecnici ed applicativi della presente pronuncia e delle soluzioni interpretative sopra indicate»; ma appunto questa giurisprudenza, proprio laddove parla di contenuti "meramente tecnici ed applicativi", ribadisce la sussistenza di una riserva di legge in materia elettorale; nello stesso senso, il codice di condotta in materia elettorale adottato dalla Commissione di Venezia limita l'intervento delle norme regolamentari alle «regole tecniche e di dettaglio» (n. 67).

Anche a ritenere che la riserva di legge introdotta dalla l. cost. 1/2000 sia relativa, rimane il fatto che la normativa primaria non pone in tutti gli ambiti le scelte caratterizzanti della disciplina «così da circoscrivere sufficientemente la discrezionalità del potere normativo secondario e degli organi dell'applicazione»[15].

In questo senso, ad esempio, sembrano eccedere la competenza del regolamento la previsione contenuta nell'art. 12 di esso, secondo la quale «l'ufficio centrale per la circoscrizione Estero, nel compiere le operazioni di cui all'articolo 22, comma 1, del testo unico per l'elezione della Camera dei deputati, in quanto compatibile con la legge, procede anche a verificare se le liste sono formate da un numero di candidati almeno pari al numero dei seggi da assegnare nella relativa ripartizione, dichiarandole non valide se non corrispondono a questa condizione». Tale sanzione infatti non ha alcuna "copertura" a livello legislativo.

Sono quindi fondati sia i dubbi di costituzionalità dell'art. 26 della legge, laddove prevede un regolamento di attuazione-integrazione senza predeterminarne puntualmente l'oggetto, sia i dubbi di legittimità delle disposizioni del regolamento che intervengono su ambiti coperti da riserva assoluta di legge. Inoltre, alcuni essenziali profili, anche coperti da riserva di legge, non sono disciplinati né dalla legge né dal regolamento, con ciò dandosi luogo a lacune non facilmente colmabili in via interpretativa[16].

Si tratta di un aspetto meritevole di attenzione da parte del legislatore: come è noto, infatti, non solo fonti regolamentari in materia elettorale hanno dato luogo in passato a problemi rilevanti[17] ma è altresì da ricordare che nel

[15] R. BALDUZZI, *Art. 34 (sezione II)*, cit., p. 1094.

[16] Così, in particolare, né la legge né il regolamento disciplinano l'assegnazione del seggio nel caso in cui siano esauriti tutti i candidati della lista cui il seggio è attribuito (sul punto sono possibili almeno due soluzioni possibili, ovvero l'attribuzione del seggio a una lista diversa o l'indizione di consultazioni suppletive, salvo ritenere che il seggio rimanga non attribuito): Cons. Stato, sez. atti normativi, 20 dicembre 2002, n. 4015, cit.

[17] Il riferimento è ovviamente alla vicenda dei "seggi fantasma" alla Camera nella XIV legislatura, sulla quale, per tutti, L. SPADACINI, *Regole elettorali*, cit.; M. AINIS, *Principi* versus *regole*, cit.; G.E. VIGEVANI, *I seggi vacanti di Forza Italia*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 622 ss.; L. STROPPIANA, *Seggi vacanti: si può lasciare la Camera dei deputati senza plenum?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 aprile

Rapporto finale della missione di valutazione elettorale dell'ODIHR riferita alle elezioni del 4 marzo 2018 si legge: «Il quadro normativo che disciplina le elezioni dovrebbe essere riesaminato per colmare le lacune ancora esistenti, rilevate nel presente rapporto e in quelli precedenti dell'ODIHR. Sarebbe opportuno prendere in considerazione la possibilità di integrare i regolamenti nella legislazione elettorale, in modo da garantire la certezza e la coerenza del diritto»[18].

3. La controversa disciplina delle limitazioni all'elettorato passivo

Il complesso della normativa sul voto degli italiani all'estero ha suscitato critiche motivate nella dottrina costituzionalistica. Innanzitutto, la scelta dell'istituzione della circoscrizione estero e quindi di un meccanismo di «rappresentanza separata»[19] appare discutibile, essendo la rappresentanza politica «legata al territorio dello Stato e alla conseguente organizzazione elettorale che alle *comunità territoriali reali* fa necessario riferimento»[20], a maggior ragione in favore di soggetti che in molti casi non hanno più nessun legame con la comunità nazionale[21].

La "separatezza" ha imposto una totale "indipendenza" del sistema elettorale della circoscrizione estero rispetto a quelli previsti per l'elezione dei parlamentari nelle circoscrizioni nazionali, dando luogo a soluzioni assai discutibili,

2002; ID., *L'epilogo dei seggi fantasma*, in *Quad. cost.*, 2003, pp. 162-163; A. GIGLIOTTI, *Le elezioni politiche del 2001 e la questione dei seggi vacanti*, in *Quad. oss. elett.*, 2005, n. 54, pp. 93 ss.

[18] OSCE, ODHIR Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo, *Repubblica Italiana, Elezioni parlamentari 4 marzo 2018, Rapporto finale della missione di valutazione elettorale dell'ODIHR*, in *www.osce.org*, p. 5.

[19] Per tutti, G. SICA, *La legge sul voto degli italiani all'estero e la rottura del principio della rappresentanza parlamentare nazionale*, in *Pol. dir.*, 2008, pp. 703 ss.; diversamente, G. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 141 ss. ritiene che la rappresentanza separata degli italiani all'estero si ponga in linea con l'art. 57, comma 3, Cost. Tale disposizione prevede un'assegnazione dei seggi tra le Regioni che non è strettamente commisurata alla loro consistenza demografica; peraltro, tale autore ammette, da un lato, che «nel caso in esame la deroga al canone di eguaglianza è più vistosa, cristallizzando una volta per tutte, e non solo nel "minimo", il numero dei parlamentari "esteri"» (p. 141) e, dall'altro, che la l. 459/2001 presenta non pochi dubbi anche di costituzionalità, con riferimento alle limitazioni del voto per corrispondenza, alla disciplina delle campagne elettorali, alle limitazioni all'elettorato passivo, all'articolazione delle ripartizioni della circoscrizione estero.

[20] E. BETTINELLI, *Il voto degli italiani all'estero*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Riforme elettorali*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 208.

[21] Per tutti, E. GROSSO, *Legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1 (Voto degli italiani all'estero)*, in *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, *Comm. Cost.*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 2006, pp. 197 ss.; L. RONCHETTI, *Parità e diritto di voto degli italiani residenti all'estero o «frammentazione» della rappresentanza?*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, in particolare pp. 131 ss.

come quella di non computare i voti degli italiani all'estero ai fini della determinazione del premio di maggioranza nella vigenza della l. 270/2005.

La "separatezza" era altresì rafforzata dalla previsione secondo cui potevano essere candidati in una ripartizione solo i residenti e gli elettori nella stessa (art. 8, comma 1, lett. *b*, l. 459/2001); correlativamente, coloro non avevano esercitato l'opzione non potevano essere candidati nelle circoscrizioni nazionali (comma 4)[22].

La l. 165/2017 ha solo parzialmente corretto tali limitazioni, consentendo agli elettori residenti in Italia di candidarsi in una sola ripartizione della circoscrizione estero; è comunque escluso che il candidato nella circoscrizione estero possa essere conseguentemente candidato in un collegio uninominale o plurinominale del territorio nazionale (art. 19, comma 5, d.P.R. 361/1957, come modificato dall'art. 1, comma 11, l. 165/2017). Gli elettori residenti all'estero possono candidarsi solo nella loro ripartizione di residenza (art. 6, comma 2, lett. *b*, n. 1, l. 165/2017)[23].

Tuttavia, la l. 165/2017 non ha eliminato del tutto i problemi di costituzionalità alla stregua sia dell'art. 51, comma 1, Cost., che garantisce a tutti i cittadini di accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive, in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge, sia degli artt. 56, comma 2, e 58, comma 2, Cost., che garantiscono a tutti i cittadini l'eleggibilità a deputato o a senatore, sia, ancora, dell'art. 67 Cost., che sancisce il principio della rappresentanza nazionale[24]. Rimangono infatti almeno tre anomalie: l'obbligo per i residenti all'estero di candidarsi nella loro ripartizione di residenza; in caso di

[22] G.E. VIGEVANI, *Il voto all'estero: interrogativi sulla «riserva indiana»*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 351, secondo il quale la l. 459/2001 configurava (e, anche dopo le modifiche apportate successivamente, parzialmente configura) una «incapacità elettorale passiva» che si aggiunge a quelle previste dalla Costituzione (cittadinanza, godimento del diritto di voto, età). Sul punto, cfr. anche, per tutti, G. CHIARA, *Titolarità del voto*, cit., pp. 145 ss.; E. GROSSO, *Legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1*, cit., pp. 228 ss.

[23] Si può ricordare sul punto nella XVI legislatura la complessa vicenda del sen. Di Girolamo, accusato di aver attestato la propria residenza in Belgio, al fine di potersi candidare nella circoscrizione estero: sul punto, per tutti, P. GAMBALE, E. GRIGLIO, *Il "caso Di Girolamo": limiti e prospettive di apertura del giudizio di convalida parlamentare degli eletti*, in *Rass. parl.*, 2009, pp. 811 ss.; G. PICCIRILLI, *L'epilogo (in Parlamento) del caso Di Girolamo : l'"opzione" tra dimissioni, annullamento dell'elezione e autorizzazione all'arresto di un senatore*, *ivi*, pp. 775 ss.; A. CARMINATI, *L'elezione nella circoscrizione Estero del senatore di Nicola Di Girolamo: una complessa vicenda parlamentare tra autorizzazione all'arresto, verifica dei poteri e dimissioni spontanee*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2010, n. 1.

[24] In particolare, F. LANCHESTER, *I diritti politici e la legislazione italiana in materia di partecipazione politica in Italia a sessant'anni dall'Assemblea Costituente*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. II. *Diritti e libertà*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 361 ss.; M. ARMANNO, *Personale eguale libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 241 ss. *Contra*, C. FUSARO, *Il voto all'estero: quando i costituzionalisti … non ci stanno*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 351 ss.; T.E. FROSINI, *Una nota sull'elettorato (passivo all'estero)*, in *www.forumcostituzionale.it*.

opzione, la facoltà per il residente all'estero di candidarsi in qualsiasi circoscrizione del territorio nazionale; il divieto per i residenti nei paesi in cui non è possibile il voto per corrispondenza di candidarsi nella circoscrizione estero[25].

La l. 165/2017 ha previsto altresì che gli elettori i quali ricoprono o hanno ricoperto nei cinque anni precedenti la data delle elezioni cariche di governo o cariche politiche elettive a qualsiasi livello o incarichi nella magistratura o nelle Forze armate in uno Stato estero non possono essere candidati per le elezioni della Camera o del Senato nella circoscrizione estero (art. 6, comma 2, lett. *b*, n. 2, che ha inserito il comma 4-*bis* all'art. 8 della l. 459/2001). Non immotivatamente la proposta di legge A.C. n. 3463[26] individua un'eccezione, in conformità al d.lgs. 197/1996, consistente negli incarichi ricoperti a livello comunale, provinciale, regionale in uno Stato membro dell'Unione europea (art. 1, comma 1, lett. *d*, n. 2).

Anche su questa previsione sono state avanzate critiche non immotivate, sia perché la sua formulazione appare generica e non ne è chiara la *ratio*, sia perché trova applicazione solo per gli elettori che intendano candidarsi nella circoscrizione estero[27].

Rimangono poi incertezze e potenziali dubbi in fase applicativa derivanti dall'applicazione dell'art. 9 della l. 459/2001 che ha esteso le cause di ineleggibilità di cui all'art. 7 del d.P.R. 361/1957 anche «alla titolarità di analoghe cariche, ove esistenti, rivestite presso corrispondenti organi in Stati esteri».

Tale previsione deve essere interpretata alla luce della giurisprudenza costituzionale che, alla stregua dell'art. 51, comma 1, Cost., interpreta l'eleggibilità come regola e l'ineleggibilità come eccezione.

Ancora, la Giunta delle elezioni della Camera ha evidenziato una disparità derivante dall'art. 10 del d.P.R. 361/1957 che sancisce l'ineleggibilità di coloro che siano rappresentanti, amministratori e dirigenti di società e imprese volte al profitto di privati e sussidiate dallo Stato con sovvenzioni continuative o con garanzia di assegnazioni o di interessi, quando questi sussidi non siano concessi in forza di una legge generale dello Stato. Come è stato evidenziato, un tale divieto non vige in molti Paesi extra-UE in cui risiedono alcuni degli eletti all'estero: da qui la necessità di una modifica della l. 459/2001[28].

[25] G. ALBERICO, *Il voto degli italiani all'estero tra discriminazioni e imperituri dubbi di costituzionalità: cosa è cambiato con la nuova legge elettorale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2018, n. 1; M. GALDI, *Per l'effettività del diritto di voto degli Italiani all'estero*, *ivi*, 2019, n. 1, p. 21.

[26] Recante «Modifiche alla legge 27 dicembre 2001, n. 459, in materia di esercizio del diritto di voto da parte dei cittadini italiani residenti all'estero», di iniziativa dell'on. Ungaro ed altri.

[27] G. ALBERICO, *Il voto degli italiani all'estero*, cit., p. 13.

[28] Camera dei deputati, XVIII legislatura, Giunta delle elezioni, 4 agosto 2020, in *Boll. Giunte e Comm. parl.*, 4 agosto 2020, p. 19.

4. La disciplina delle campagne elettorali e delle spese elettorali

Un ulteriore punto problematico che, in questa sede si può solo accennare, attiene alla cosiddetta normativa elettorale di contorno. In primo luogo, la disciplina delle campagne elettorali e della comunicazione politica, la cui rilevanza sul piano dei principi costituzionali è stata ribadita a più riprese dalla Corte costituzionale (in particolare, sent. 155/2002), sconta l'impossibilità pratica di intervento delle autorità italiane, cosicché è ben possibile una sua applicazione differenziata da Paese a Paese[29]. Sul punto, è da ricordare, in particolare, l'art. 17, comma 1, della l. 459/2001, il quale dispone che lo svolgimento della campagna elettorale è regolato da apposite forme di collaborazione concluse tra lo Stato italiano con gli Stati di residenza degli italiani all'estero, ma ovviamente, «ove possibile». Si tratta di una disposizione, da un lato, insufficiente e, dall'altro, lacunosa[30], a maggior ragione perché l'art. 8, comma 1, del d.P.R. 104/2003 consente l'applicazione del voto per corrispondenza anche in caso di mancata conclusione di tali forme di collaborazione; il che significa ammettere «un pesante *vulnus*» costituzionale[31] e affidare l'attuazione di un rilevante diritto politico all'attività (o, in ipotesi, all'inattività) del Governo e delle rappresentanze diplomatiche[32]; è altresì da ricordare che lo stesso regolamento subordina le disposizioni sulla propaganda elettorale di cui alle ll. 212/1956, 130/1975, nonché all'art. 52 della l. 352/1970 a «quanto regolato da eventuali forme di collaborazione concluse dallo Stato italiano con gli Stati nel cui territorio risiedono gli elettori di cittadinanza italiana», mentre del tutto generica e di limitata portata è la previsione, contenuta nel regolamento, secondo la quale «ai sensi dell'articolo 17, comma 3 della legge, l'ufficio consolare comunica ai principali mezzi di informazione rivolti alle comunità italiane all'estero le liste dei candidati, il quesito referendario e le modalità di voto per corrispondenza ed invita gli editori di quotidiani e periodici che ricevono contributi da parte dello Stato a consentire ai candidati e alle forze politiche l'accesso agli spazi per la diffusione di messaggi politici elettorali e referendari in condizioni di parità» (art. 8, comma 8).

Tuttavia, le censure relative all'illegittimità costituzionale dell'art. 17 della l. 459/2001, nella parte in cui non prevede che gli accordi in forma semplificata possano intervenire solo con Stati che abbiano carattere democratico o rispettino livelli di tutela delle libertà fondamentali tali da garantire la parità delle

[29] Per tutti, per tutti, G. CHIARA, *Titolarità del voto*, cit., pp. 142 ss.; E. GROSSO, *Legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1*, cit., pp. 224 ss.

[30] Similmente, l'art. 17 è stato definito impotente e velleitario: N. VIZIOLI, *La Corte non dissolve i dubbi sul voto degli italiani all'estero ma li aumenta*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1484.

[31] E. GROSSO, *Legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1*, cit., p. 226.

[32] N. VIZIOLI, *La Corte non dissolve i dubbi*, cit., p. 1483.

chances e della *par condicio* nelle campagne elettorali, sono state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale (ord. 195/2003, già ricordata).

Anche la disciplina dei limiti delle spese elettorali dei candidati e dei partiti appare criticabile. In assenza di qualsivoglia previsione nella l. 459/2001, l'art. 8, comma 4, del regolamento estende l'applicabilità delle disposizioni previste per i candidati e i partiti presentatisi nelle circoscrizioni del territorio nazionale, con la precisazione per cui i limiti previsti si intendono computati «sul numero dei cittadini residenti nelle singole ripartizioni, in cui sono presentate le liste». Anche in questo caso, non si sono tenute presenti le evidenti peculiarità della circoscrizione estero, e, in particolare, l'ampiezza delle ripartizioni e la previsione del voto di preferenza, che avrebbero dovuto suggerire soluzioni diverse. A ciò si aggiunga che l'individuazione del parametro del rimborso nel numero dei cittadini residenti nella ripartizione finisce per dare luogo a esiti potenzialmente irrazionali, poiché prescinde dalla dimensione della ripartizione, cosicché i partiti e i candidati in quella più ampia (Asia, Africa, Oceania, Antartide) finiscono per essere penalizzati, dovendo spendere meno di quelli delle altre ripartizioni e, ancor peggio, meno dei candidati nelle circoscrizioni del territorio nazionale (che per di più non debbono "conquistare" le preferenze).

5. Il voto per corrispondenza: oggettive criticità e possibili "vie di fuga": il voto elettronico come alternativa?

La previsione del voto per corrispondenza appare assai problematica alla stregua dell'art. 48, comma 2, Cost., poiché non vi è alcuna certezza che il voto sia espresso dall'elettore personalmente, liberamente e in condizioni di riservatezza[33]. Tuttavia, la Corte costituzionale ha disatteso tali rilievi di costituzionalità, in una prima occasione sul presupposto, invero sbrigativo, che, in caso di loro accoglimento, «si determinerebbe la conseguenza di rendere assai più difficile l'espressione del voto degli italiani residenti all'estero» (ord. 195/2003), in una più recente pronuncia per ragioni processuali, poiché la questione è stata introdotta nell'ambito di un giudizio di mero accertamento dinanzi al giudice civile, nonché per difetto di motivazione quanto all'interesse ad agire (ord. 63/2018). È però da rimarcare che in questa seconda occasione la Corte ha ammesso che la questione di legittimità costituzionale evidenzia «oggettive criticità della normativa denunciata quanto al bilanciamento della "effettività" del

[33] Si tratta di un'obiezione comune a molti autori: per tutti, E. GROSSO, *Legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1*, cit., pp. 217 ss.; N. VIZIOLI, *La Corte non dissolve i dubbi*, cit., pp. 1486 ss.

diritto di voto dei cittadini residenti all'estero con gli imprescindibili requisiti di personalità, libertà e segretezza del voto stesso»[34].

È probabile che alla base della scelta del legislatore vi sia stato un bilanciamento tra l'effettività del diritto di voto dei residenti all'estero, di cui all'art. 48, comma 3, Cost., e i valori di personalità e segretezza di cui allo stesso art. 48, comma 1[35]. Tuttavia, tale bilanciamento è quantomeno opinabile, giacché il sacrificio dei requisiti previsti dall'art. 48, comma 2, definiti dalla Corte "imprescindibili", «è troppo ampio – sia nella fase di formazione della volontà che nella fase del voto»[36]. Peraltro, una volta accolto il modello "anomalo" della circoscrizione estero, modalità alternative al voto per corrispondenza erano difficilmente praticabili.

Le alternative a questa modalità di voto, infatti, o sono interne al modello ovvero non possono che portare al suo abbandono.

Una soluzione del primo tipo porta in primo luogo al "rovesciamento" della logica dell'opzione, in direzione cioè di una richiesta espressa dell'elettore per votare per corrispondenza. Tale innovazione andrebbe in una direzione condivisibile, nel senso cioè di riconoscere il diritto di voto nella circoscrizione estero a chi dimostri un effettivo legame con la madrepatria. In alternativa si è proposto di consentire l'esercizio del voto solo nelle rappresentanze diplomatiche e consolari italiane; tuttavia, tale modalità di voto non è seriamente pensabile (tranne, forse, nei paesi dell'Unione europea), sia a causa di problemi organizzativi, sia a causa della "dispersione" delle stesse (in alcuni casi gli elettori avrebbero dovuto sobbarcarsi comunque viaggi lunghissimi)[37]. A ciò si aggiunga che tale modalità di voto potrebbe incontrare resistenze da parte degli Stati di residenza, in nome della loro sovranità.

Una soluzione del secondo tipo che non voglia portare alla soppressione della circoscrizione estero dovrebbe esplorare diverse modalità di espressione del voto: così, la previsione del voto elettronico è stata prefigurata, anche a

[34] Sull'ord. 195/2003, in particolare, N. VIZIOLI, *La Corte non dissolve i dubbi*, cit., pp. 1481 ss.; F. CAPORILLI, *Il voto per corrispondenza: una conquista per la democrazia?*, in *Foro it.*, 2003, I, cc. 2246 ss.; sull'ord. 63/2018, R. CALVANO, *I caratteri negletti del diritto di voto e le zone franche del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 620 ss.; A. DI CHIARA, *La Corte conferma che l'azione di accertamento del diritto di voto vale solo per le «zone franche»*, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 aprile 2018; M. ARMANNO, *Il voto degli italiani all'estero e la riduzione degli spazi di accesso al giudizio di costituzionalità in materia elettorale*, *ivi*, 1 ottobre 2018.

[35] C. FUSARO, *Il voto all'estero*, cit., p. 353; A. GRATTERI, *Le elezioni dell'altro mondo*, cit., pp. 185 ss.; M. RUBECHI, *Il diritto di voto*, cit., pp. 62-63. Non a caso, la Corte costituzionale nell'ord. 195/2003 allude espressamente a «scelte lasciate alla discrezionalità del legislatore, specie ove si consideri la necessaria attuazione di nuove norme costituzionali relative allo svolgimento di procedimenti elettorali nel territorio di Stati esteri».

[36] N. VIZIOLI, *La Corte non dissolve i dubbi*, cit., p. 1486.

[37] E. GROSSO, *Legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1*, cit., pp. 218 ss.

seguito di un documento approvato dal Cgie alla fine del 2018[38], a partire dall'art. 1, commi 627-628 della legge di bilancio per il 2020 (l. 160/2019); successivamente con il d.l. 77/2021 si è prevista la sperimentazione di modelli di voto elettronico da remoto[39].

In particolare, l'art. 1, comma 628, della l. 160/2019 ha istituito un fondo per il voto elettronico, demandando a un decreto del Ministro dell'interno la disciplina delle modalità attuative di utilizzo dello stesso nonché «della relativa sperimentazione limitata a modelli che garantiscano il concreto esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e degli elettori che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovino in un Comune di una Regione diversa da quella del Comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti»[40].

Ad oggi è stato istituito un gruppo di lavoro interministeriale che ha messo a punto linee guida per la sperimentazione del voto elettronico. Il Ministero dell'interno ha provveduto all'elaborazione di uno studio di fattibilità e alla definizione di requisiti tecnici del sistema di voto elettronico. Peraltro, come si legge nella relazione della Commissione "Bassanini" in materia di astensionismo elettorale, «sono emerse rilevanti criticità, specie sul piano della sicurezza da attacchi informatici. Sono ancora in corso ulteriori, approfondimenti tecnici per un'attenta e ponderata valutazione anche alla luce dell'attuale situazione internazionale, che impone particolari cautele sotto il profilo della sicurezza cibernetica. Resterà poi da valutare, al fine di assicurare la compatibilità con i principi costituzionali in materia di libertà e segretezza del voto, quali strumenti e garanzie dovranno essere previsti al fine di evitare i rischi di controllo di terzi sulla espressione del voto elettronico di alcuni elettori»[41].

Non sembrano quindi scongiurati potenziali rischi e possibili mitigazione anche alla luce dell'attuale situazione politica internazionale[42], tanto che l'art. 6, comma 3, del d.l. 41/2022 ha differito al 2023 l'applicazione dell'introduzione in via sperimentale delle modalità di voto in via digitale, prevedendo il rifinanziamento del fondo per il voto elettronico per un milione di euro per lo

[38] Il documento, dal titolo «Messa in sicurezza del voto all'estero», elaborato dalla III[a] Commissione «Diritti civili, politici e partecipazione», è stato discusso nell'Assemblea plenaria del Cgie del 15 novembre 2018 (il testo è rinvenibile in *www.sitocgie.com*).

[39] In particolare, l'art. 38-*bis*, comma 10, del d.l. 77/2021 (introdotto, in sede di conversione, dalla l. 108/2021) ha esteso la sperimentazione anche alle elezioni regionali e amministrative (la l. 160/2019 limitava la stessa alle sole elezioni politiche), previo necessario adeguamento da realizzare entro il 31 ottobre 2021, in modo da consentirne l'applicazione per il turno elettorale del 2022.

[40] Cfr. anche l'ordine del giorno 9/2471-A/18, presentato dall'on. Ungaro (Iv) e approvato dalla Camera nella seduta dell'11 giugno 2020, relativo al «perfezionamento e la messa in sicurezza del voto, per la circoscrizione estero, anche con ricorso a tecnologie digitali innovative»

[41] *Per la partecipazione dei cittadini*, cit., p. 208.

[42] Sul punto è sufficiente richiamare un recente relazione (ottobre 2021) del Parlamento europeo «sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici nell'Unione europea, inclusa la disinformazione» (Relatrice: Sandra Kalniete): tale relazione è pubblicata in *www.europarl.europa.eu*.

stesso anno «in considerazione della situazione politica internazionale e dei correlati rischi connessi alla cybersicurezza».

Si tratta quindi di iniziative che non sembrano tali da potersi tradurre in riforme almeno nel breve periodo[43].

Se quindi ad oggi, come affermato nella relazione della Commissione "Bassanini", non sembrano emergere valide alternative al voto per corrispondenza nella circoscrizione estero, rimane il fatto che esso non ha soltanto generato fenomeni assai poco commendevoli, puntualmente evidenziati in ogni consultazione elettorale, ma anche ulteriori patologie derivanti dalla complessa disciplina dell'espressione del suffragio.

Almeno diciotto giorni prima del giorno fissato in Italia per la votazione i consolati inviano ad ogni elettore una busta grande preaffrancata con l'indirizzo del consolato. Nella busta l'elettore trova un tagliando col suo nome e un codice alfanumerico che lo identifica. Nella busta grande è contenuta, oltre al tagliando, una busta più piccola contenente le schede di votazione.

L'elettore deve aprire la busta piccola, estrarre la o le schede, votare, reinserirle nella busta piccola, staccare dal tagliando la parte col proprio nome, lasciando solo la parte col numero; infine, deve reinserire il tutto nella busta grande, già affrancata, e spedirla al consolato. Sono inviate in Italia le sole buste che giungano ai consolati entro il giovedì precedente alle elezioni[44]; le buste che arrivano dopo tale scadenza, devono essere immediatamente bruciate[45]. Sono scrutinate le schede giunte al seggio in Italia entro il termine previsto per la conclusione delle operazioni di voto nel territorio nazionale. Quelle giunte successivamente sono depositate presso la Corte di appello di Roma e non sono computate ai fini dell'accertamento della partecipazione alla votazione (art. 18, comma 5, d.P.R. 104/2003).

Questa articolata disciplina dà luogo a numerosi casi di preannullamento delle schede (art. 14, comma 3, lett. *c*), l. 459/2001; art. 19, commi 11 e 12,

[43] Diversa è evidentemente la possibilità di esercizio del voto elettronico presso le rappresentanze diplomatiche e consolari, che garantirebbe la verifica dell'esercizio del voto da parte del titolare [così, nell'attuale legislatura le proposte di legge A.C. 799 (Longo), 990 (Cirielli e altri), A.S. 1323 (Petrocelli)], pur con i problemi che sono accennati nel testo.

[44] In forza dell'art. 16 del d.l. 76/2020 (convertito, con modificazioni, dalla l. 120/2020) il termine è stato anticipato al martedì precedente la data della votazione, limitatamente al *referendum* costituzionale del 20 e 21 settembre 2020; un'analoga previsione non si rinviene nel recente d.l. 41/2022.

[45] Così, nel 2013 sono state bruciate molte schede provenienti dal Sudafrica, a causa di uno sciopero dei servizi postali: il dato è rinvenibile nell'audizione del Presidente dell'ufficio centrale per la circoscrizione estero Francesco Tirelli presso la Giunta delle elezioni della Camera: Camera dei deputati, XVII legislatura, 18 luglio 2013, res. sten., 4.

Come si dirà anche nel testo, la necessità di una modifica legislativa sul punto è stata sollecitata anche dalla Presidente dell'ufficio centrale per la circoscrizione estero, Flavia Perra, nell'ambito dell'audizione presso la Giunta delle elezioni della Camera: Camera dei deputati, XVIII legislatura, 4 ottobre 2018, res. sten., p. 15.

d.P.R. 104/2003) che nella prassi si verificano frequentemente (nelle elezioni del 2013 hanno riguardato circa l'11% delle schede giunte in Italia[46]).

A prescindere da questa considerazione, la procedura prevista dalla l. 459/2001 appare assai complessa e, sul piano organizzativo, assai onerosa, tanto che, come si dirà, il d.l. 41/2022 ha apportato alcune importanti correzioni[47].

6. Le limitazioni al voto per corrispondenza

Il voto nella circoscrizione estero è espresso per corrispondenza (art. 1, comma 2, l. 459/2001), anche se è prevista la possibilità per gli interessati di votare in Italia nel Comune di ultima residenza, previa opzione da esercitare per ogni votazione e valida limitatamente ad essa (comma 3). Chi non ha esercitato l'opzione entro il termine previsto non è ammesso a votare in Italia (art. 5, comma 2).

Per garantire un corretto esercizio del voto per corrispondenza l'art. 19 della l. 459/2001 prevedeva un discutibile ricorso a intese in forma semplificata con i governi degli Stati ove risiedevano cittadini italiani. Tale disciplina è stata abrogata dalla l. 52/2015, inserendo (art. 2, comma 37, l. 52/2015) un comma 1-*bis* all'art. 20 della l. 459/2001, del seguente tenore: «Fatto salvo quanto disposto dal comma 5 dell'articolo 4-*bis*, non è ammesso il voto per corrispondenza negli Stati con cui l'Italia non intrattiene relazioni diplomatiche, nonché negli Stati nei quali la situazione politica o sociale non garantisce neanche temporaneamente che l'esercizio del voto per corrispondenza si svolga in condizioni di eguaglianza, di libertà e di segretezza, ovvero che nessun pregiudizio possa derivare per il posto di lavoro e per i diritti individuali degli elettori e degli altri cittadini italiani in conseguenza della loro partecipazione a tutte le attività previste dalla presente legge» (quali eccezioni è consentito il voto agli appartenenti alle Forze armate e di polizia temporaneamente in questi Paesi nello svolgimento di missioni internazionali e ai dipendenti di ruolo dello Stato in servizio all'estero e alle persone con essi conviventi: art. 4-*bis*, comma 5).

Tale nuova previsione è però criticabile perché lascia al Governo spazi eccessivi di discrezionalità che non appaiono seriamente sindacabili (con riferimento ai *referendum* abrogativi del 2022 sono 22 i Paesi in questione, tra questi

[46] I dati sono tratti dall'audizione del Presidente dell'ufficio centrale per la circoscrizione estero Francesco Tirelli, richiamata nella nt. 45, res. sten., p. 4.

[47] Nelle elezioni del 2018 per lo scrutinio è stata necessaria l'istituzione presso Castelnuovo di Porto di 1.730 sezioni elettorali con 10.380 addetti, oltre a 891 rappresentanti di lista: i dati sono tratti dal testo dell'audizione di Flavia Perra, richiamata nella nt. 45, res. sten., p. 13.

Libia e Ucraina[48]), né è previsto alcun atto formale, sindacabile in sede politica ma anche contenziosa, per l'accertamento delle condizioni che non rendono possibile il voto per corrispondenza.

Laddove sussista (come dovrebbe essere nella normalità dei casi) la possibilità del voto per corrispondenza, non trovano più applicazione le agevolazioni di viaggio di cui all'art. 117 del testo unico sulle elezioni della Camera dei deputati (d.P.R. 361/1957) e all'art. 26 del testo unico sulle elezioni del Senato (d.lgs. 533/1993)[49].

7. Il sistema di elezione dei deputati e dei senatori nella circoscrizione estero

Nel procedimento elettorale preparatorio trova applicazione l'art. 8 della l. 459/2001 e, in forza del comma 1 dello stesso, si osservano in quanto compatibili le disposizioni contenute negli artt. da 14 a 26 del d.P.R. 361/1957. Tale rinvio ha consentito di estendere in via interpretativa anche alla circoscrizione estero le cause di esenzione dalla raccolta delle firme per i soggetti politici individuati nell'art. 18-*bis* dello stesso decreto, e, in particolare, per quelli costituiti in gruppo parlamentare in entrambe le Camere all'inizio della legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi o, addirittura, per le liste rappresentative di minoranze linguistiche (che non hanno seguito elettorale nella circoscrizione estero). In tal modo, sono ingiustamente sfavorite, in modo forse irragionevole, le formazioni politiche che si presentino nella sola circoscrizione estero.

Viceversa, non è stato esteso alle liste che si presentino solo nella circoscrizione estero l'obbligo di indicare il capo della forza politica e il programma: sul punto, il Ministero dell'interno ha motivato l'insussistenza di tali adempimenti «attesa l'evidente incompatibilità col sistema elettorale previsto dalla legge n. 459/2001(che non prevede collegamenti tra liste)»[50]. Si tratta però di una tesi che non convince del tutto, nella misura in cui gli obblighi in questione sono imposti anche per le liste che nelle circoscrizioni nazionali non effettuino alcun collegamento in coalizione.

[48] Oltre a questi, Afghanistan, Bhutan, Burkina Faso, Ciad, Costa d'Avorio, Cuba, Eritrea, Indonesia, Iraq, Liberia, Niger, Repubblica Centrafricana, Repubblica Popolare Democratica di Corea, Sierra Leone, Siria, Sud Sudan, Timor Orientale, Yemen, Zimbawe.

[49] Gli elettori residenti negli Stati di cui all'art. 20, comma 1-*bis*, hanno diritto al rimborso del 75% del costo del biglietto di viaggio (art. 20, comma 2). Ai sensi dell'art. 22 del d.P.R. 104/2003, il rimborso del 75% del costo del biglietto di viaggio è riferito alla classe turistica per il trasporto aereo e alla seconda classe per il trasporto ferroviario o marittimo.

[50] Ministero dell'interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali – Direzione centrale dei servizi elettorali, *Elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella circoscrizione estero 4 marzo 2018. Istruzioni per la presentazione e l'ammissione delle candidature*, Pubblicazione n. 2 (gennaio 2018), in *www.interno.gov.it*, p. 11.

Ciò detto, la l. cost. 1/2001 prevede un numero fisso di parlamentari a fronte di un corpo elettorale indeterminato nel numero perché, come detto (par. 1) non è facilmente definibile il numero degli italiani all'estero ed anzi doppiamente variabile, sia per il meccanismo dell'opzione, sia in applicazione dei casi in cui il voto per corrispondenza non è ammesso.

I parlamentari assegnati alla circoscrizione estero sono eletti in quattro distinte ripartizioni: *a*) Europa, compresi i territori asiatici della Federazione russa e della Turchia; *b*) America meridionale, inclusa Trinidad e Tobago; *c*) America settentrionale e centrale; *d*) Africa, Asia, Oceania e Antartide. A ciascuna delle ripartizioni è assegnato un deputato e un senatore, mentre gli altri seggi sono distribuiti in proporzione al numero degli italiani residenti, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti (art. 6, comma 1, l. 459/2001). Soprattutto al Senato, l'esigua pattuglia degli eletti, unita alla garanzia di assegnazione di almeno un seggio a ciascuna ripartizione, finisce per determinare una sorta di «sovrarappresentanza» delle ripartizioni meno popolose[51].

Questo punto è stato evidenziato criticamente anche dal già menzionato Rapporto finale della missione di valutazione elettorale dell'ODIHR riferita alle elezioni del 4 marzo 2018, nel quale si è osservata criticamente «la grande discrepanza nel numero di votanti necessari per essere eletti, in particolare per il Senato e per la circoscrizioni estere», rilevando la necessità di «prendere in considerazione la possibilità di aderire più strettamente alla quota elettorale per tutte le circoscrizioni del paese, comprese quelle estere, in linea con le buone pratiche internazionali in materia di uguaglianza di voto, fatta salva la tutela delle minoranze»[52].

I seggi sono attribuiti direttamente e isolatamente nelle ripartizioni (art. 15, comma 1, l. 459/2001), cosicché la circoscrizione estero finisce per identificarsi con esse, probabilmente nell'ottica di non sacrificare la rappresentanza delle comunità italiane meno numerose. Tuttavia, queste ripartizioni separate suscitano dubbi di costituzionalità innanzitutto perché con esse la circoscrizione estero appare come una sorta di mero «contenitore» delle quattro ripartizioni. Inoltre, tale scelta legislativa appare discutibile sia in termini di efficienza elettiva *ex ante,* dato l'esiguo numero di seggi riservati alla circoscrizione e, ancor più, a ciascuna ripartizione, sia in termini di proporzionalità territoriale e dell'eguale valenza del voto *ex ante*, «essendo, in concreto, impedita ogni

[51] A. GRATTERI, *Le elezioni dell'altro mondo*, cit., p. 177. Tale effetto potrebbe addirittura essere ancora più distorsivo per l'utilizzazione dell'opzione di voto in Italia (peraltro, poco utilizzata nella prassi), o nell'ipotesi in cui fossero esclusi dalla possibilità del voto per corrispondenza Paesi con un numero considerevole di italiani residenti.

[52] OSCE, ODHIR Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo, *Repubblica Italiana, Elezioni parlamentari 4 marzo 2018*, cit., p. 6.

manovra di *re-districting*»[53]. Come si dirà di seguito, tale effetto è destinato ad accentuarsi ancora più a seguito dell'entrata in vigore della l. cost. 1/2020.

Infine, la configurazione rigida delle ripartizioni, nella loro ampiezza, finisce per determinare esiti paradossali: così nell'unica ripartizione «pluricontinentale» (Africa, Asia, Oceania, Antartide) è ben possibile che un residente in Africa sia rappresentato da un parlamentare residente in Nuova Zelanda (o viceversa): inutile dire quanto ambiti territoriali così definiti non consentano di stabilire alcun serio rapporto tra eletti ed elettori.

La recente l. cost. 1/2020, con la quale è stato ridotto il numero dei parlamentari, lungi dal sopprimere la circoscrizione estero, si è limitata a ridurre, rispettivamente, a otto e a quattro il numero dei deputati e dei senatori spettanti ad essa[54].

Alla luce della distribuzione degli eletti in quattro ripartizioni separate, la riduzione degli eletti è destinata a determinare uno schiacciamento ancora più forte della rappresentanza con riferimento ad entrambi i rami del Parlamento, nonostante le evidenti differenze demografiche, con ciò amplificando la caratteristica negativa già evidenziata, *de iure condito*, dall'ODIHR: alla Camera a fronte di due e un deputato (come avviene *de iure condito*) nelle ripartizioni America settentrionale e Africa, Asia, Oceania, Antartide aventi, rispettivamente, 451.062 e 277.977 abitanti si avrebbero tre deputati per la ripartizione europea e due per quella dell'America Meridionale, con un eletto rispettivamente ogni 895.271 e ogni 779.534 abitanti.

Ancora più evidente sarebbe l'effetto di appiattimento tra le ripartizioni al Senato, perché ognuna eleggerebbe un solo senatore[55], in forza dell'art. 6 della l. 459/2001, secondo il quale a ciascuna ripartizione è assegnato almeno un seggio.

La riduzione dei seggi accentuerebbe ulteriormente il carattere maggioritario del sistema elettorale[56], nonostante che la l. 459/2001 alluda ad un'assegnazione «effettuata in ragione proporzionale»[57]. Si tratta di una questione non irrilevante perché, come è noto, la Corte costituzionale (sent. 1/2014) ha

[53] L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 172-173.

[54] C. NAPOLI, *Sulla ripartizione dei senatori tra le regioni e sulla circoscrizione estero*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, Pisa, Pisa University Press, 2020, pp. 155 ss. Il Consiglio generale degli italiani all'estero aveva peraltro raccomandato la conferma del numero fissato dalla l. cost. 1/2001, per evitare uno iato troppo forte nella rappresentanza (un deputato eletto in Italia, infatti, rappresenterà, a seguito della l. cost. 1/2020, 151.000 abitanti, uno eletto all'estero 687.000 iscritti Aire; un senatore eletto in Italia 302.000 abitanti, uno all'estero 1.375.000 iscritti Aire).

[55] Sul punto, in particolare, A. GRATTERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: un senatore vale due deputati?*, in *Lo Stato*, 2019, n. 13, in particolare pp. 118 ss.

[56] Anzi, nel caso del Senato si potrebbe parlare di un sistema maggioritario uninominale "di fatto".

[57] L'art. 11, comma 1, prevede infatti che «l'assegnazione dei seggi tra le liste concorrenti è effettuata in ragione proporzionale per ciascuna ripartizione, con le modalità previste dagli articoli 15 e 16».

affermato che «qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto».

Sembra quindi necessaria una riforma sul punto della l. 459/2001. Al riguardo, le soluzioni astrattamente percorribili sono almeno due: o la trasformazione del sistema di elezione in un vero e proprio sistema maggioritario, con eliminazione del voto di preferenza e modifica anche dell'art. 11 della l. 459/2001 (che allude a «liste concorrenti» e, come detto, a un metodo proporzionale di assegnazione dei seggi) o, in alternativa, un accorpamento delle ripartizioni in una o due (soluzione, quest'ultima, ben possibile perché, come detto, le ripartizioni non hanno una copertura costituzionale). La già citata proposta di legge n. 3463 prevede tre ripartizioni con la fusione dell'America settentrionale e centrale all'Africa, Asia, Oceania e Antartide.

8. La disciplina del voto di preferenza e l'assenza di previsioni in materia di equilibrio di genere

Gli elettori nella circoscrizione estero possono esprimere un voto di preferenza nelle ripartizioni cui è assegnato un seggio e due voti di preferenza nelle altre (art. 11, comma 3).

Ai sensi dell'art. 15 della l. 459/2001 sono eletti, nel numero di seggi attribuiti a ciascuna lista, i candidati secondo l'ordine delle rispettive cifre elettorali (dato dalla somma dei voti di preferenza riportati dal candidato: art. 15, comma 1, lett. *a* e *d*). I seggi che rimangono vacanti sono attribuiti, nell'ambito della stessa ripartizione, al primo dei non eletti o, a parità di voti, al candidato che precede nell'ordine della lista. Non è invece affatto disciplinata né dalla legge né dal regolamento l'ipotesi in cui si verifichi la vacanza di un seggio e siano esauriti tutti i candidati della lista. Come accennato (par. 2, nt. 16), si tratta di una lacuna assai grave che dovrebbe essere colmata con una modifica alla l. 459/2001.

Emergono quindi differenze evidenti rispetto ai sistemi elettorali per l'elezione dei parlamentari nelle circoscrizioni nazionali. In primo luogo, per la circoscrizione estero è generalizzata la previsione del voto di preferenza e anzi, in alcune ripartizioni le preferenze esprimibili sono più di una (in particolare nelle ripartizioni cui sono assegnati almeno due parlamentari, in prospettiva, come si è detto, questa possibilità potrebbe rimanere, a seguito della diminuzione del numero dei parlamentari, solo per le ripartizioni della Camera, fatta eccezione per quella Asia-Africa-Oceania), e ciò appare un *unicum*, dopo l'abolizione del meccanismo delle preferenze multiple, a seguito del *referendum* abrogativo del 1991.

Peraltro, alla stregua di quanto affermato nella sent. 1/2014, il voto di preferenza nella circoscrizione estero non può essere definito costituzionalmente

necessario, dato il basso numero di seggi assegnati alle diverse ripartizioni. Anzi, si potrebbe affermare che, se il voto di preferenza dovrebbe postulare una «vicinanza» tra candidati ed elettori, questa è assente nelle ripartizioni "continentali" o "pluricontinentali" di cui alla l. 459/2001, che, in quanto tali, rendono quantomeno difficoltosa quella conoscibilità e quell'indicazione personale dei candidati cui la Corte costituzionale si è riferita nella sent. 1/2014.

Gli innegabili problemi evidenziati anche in passato in Italia, soprattutto in alcune parti del territorio nazionale, dal voto di preferenza, finiscono per essere aggravati dalle modalità di esercizio del voto che non consentono se non "virtualmente" di garantire i requisiti costituzionali di libertà e segretezza. Non stupisce allora come da più parti si siano denunciati abusi e scorrettezze, talvolta pilotati a favore o in danno di candidati concorrenti della stessa lista[58]. In più la diseguale utilizzazione del voto di preferenza ha finito per esaltare il peso delle comunità all'estero più radicate e numericamente più forti all'interno di ciascuna ripartizione, oltre a massimizzare le capacità organizzative di organizzazioni e patronati.

Spicca inoltre l'assenza di ogni previsione attuativa del principio dell'equilibrio della rappresentanza di genere (la l. 459/2001 non è stata aggiornata, a seguito dell'entrata in vigore della l. cost. 1/2003). Tuttavia, l'attuazione di tale principio è doverosa (Corte cost., sent. 49/2003), pur potendo avvenire con modalità diverse: non vi sono quindi motivi per ritenere che la circoscrizione estero ne possa andare esente. Sul punto, è appena il caso di ricordare che, con riferimento alle elezioni regionali, il Governo ha esercitato, attraverso un decreto-legge (d.l. 86/2020, convertito dalla l. 98/2020) il potere sostitutivo nei confronti della Puglia, non solo per il mancato adeguamento a un principio fondamentale fissato dalla legge cornice statale[59] ma anche «al fine di assicurare il pieno esercizio dei diritti politici e l'unità giuridica della Repubblica» (art. 1, comma 2).

Peraltro la doppia preferenza di genere è configurabile solo nel caso di ripartizioni che eleggano almeno due parlamentari e sia imposta la presenza di almeno tre/quattro candidati. Più modestamente, la proposta n. 3463 non prevede la doppia preferenza di genere, limitandosi a disporre che, a pena di inammissibilità, nella successione interna delle liste i candidati siano collocati in ordine alternato per sesso.

In caso di trasformazione del sistema elettorale in direzione maggioritaria e uninominale la tutela dell'eguaglianza di genere è più difficilmente assicurabile

[58] Anche nell'attuale legislatura, come è noto, non sono mancate contestazioni relative al conteggio dei voti di preferenza.

[59] Si tratta della l. 20/2016 che allude alla «promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive», prefigurando possibili soluzioni tra le quali il legislatore regionale è chiamato a scegliere.

(data la "separatezza" delle ripartizioni), salvo immaginare la possibilità di una doppia candidatura che pure è stata avanzata[60].

9. Altre riforme possibili, anche alla luce del d.l. 41/2022

Sebbene siano riemersi estesi dubbi sulla riforma del 2000-2001 già dopo le elezioni del 2006 (a seguito delle quali il Governo Prodi II ottenne la fiducia al Senato proprio grazie al sostegno di un parlamentare eletto all'estero), appare politicamente ardua un'organica «riforma della riforma». Si tratta di un punto meritevole della massima attenzione, soprattutto alla luce del fatto che, vigente il *Rosatellum-bis* per l'elezione di Camera e Senato, il «peso» dei risultati nella circoscrizione estero potrebbe risultare decisivo ai fini dell'esito complessivo delle future consultazioni.

Le diffuse criticità della disciplina del voto degli italiani all'estero hanno indotto proposte anche radicali: così, il testo della *Relazione finale del Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali*, costituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica, proponeva, non senza ambiguità, l'eliminazione della circoscrizione estero, «prevedendo il voto per corrispondenza, assicurandone la personalità e la segretezza»[61].

In effetti, poiché uno dei problemi (non il solo) è dato dalla previsione del voto per corrispondenza, la proposta non esplicitava come potesse essere contemperata la conferma di tale modalità con la garanzia dei requisiti di personalità e segretezza del suffragio. Da tale passo si poteva comunque dedurre l'idea che i voti degli italiani all'estero confluissero nelle circoscrizioni nazionali, assumendo come riferimento il Comune in cui ogni elettore risultasse ancora iscritto[62].

Nello stesso senso, nella relazione finale della Commissione per le riforme costituzionali (cosiddetta Commissione "Quagliariello") si affermava: «La Commissione all'unanimità ha espresso una valutazione negativa sul funzionamento del voto degli italiani all'estero. Si propone quindi la soppressione della circoscrizione estero, garantendo comunque l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero mediante strumenti idonei ad assicurare la

[60] Così, ad esempio, si è sostenuta la possibilità di configurare un sistema elettorale uninominale maggioritario, con una doppia candidatura, maschile e femminile, per l'unico seggio. In questo originale modello, il seggio è vinto dalla coppia di candidati i cui voti sommati superino quelli delle altre coppie in competizione; all'interno della coppia vincente, il seggio è assegnato al candidato (uomo o donna) che abbia ottenuto più voti dell'altro: L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, Cedam, 2002, p. 53.

[61] Il testo della relazione è rinvenibile in *www.quirinale.it*.

[62] G. SICA, *L'abolizione della Circoscrizione estero nelle proposte dei «saggi» del Presidente Napolitano*, in *www.federalismi.it*, 2013, n. 14, p. 6.

libertà e la segretezza del voto»[63]. Entrambe le proposte andavano quindi nella direzione dell'eliminazione della rappresentanza separata ma non hanno avuto seguito[64].

Abbandonata la via di riforme radicali, rimangono sul tappeto numerose questioni che potrebbero essere esplorate.

Così, ad esempio, il Cgie nel già citato documento del 2018 (par. 5)[65] e la stessa Giunta delle elezioni della Camera in un pregevole documento dell'agosto 2020 hanno proposto alcune misure che appaiono condivisibili e in parte "recepite" dal d.l. 41/2022. Tra queste:

a) la trasparenza della stampa delle schede, cui dovrebbe provvedere il Ministero dell'interno;

b) l'invio dei plichi elettorali tramite lettera raccomandata o con altri sistemi che ne attestino la ricezione da parte degli elettori nei Paesi in cui i servizi postali presentino disfunzionalità;

c) la custodia delle buste inviate dagli elettori agli uffici consolari e dei plichi non recapitati in uno spazio riservato, in modo da garantirne l'inviolabilità fino al loro inoltro in Italia;

d) la tracciabilità e corretta identificazione dell'elettore tramite codice a barre sulla busta affrancata che l'elettore stesso deve restituire al consolato per garantire la tracciabilità dei plichi elettorali nonché sulla busta bianca; il tutto allo scopo di verificare all'atto dello scrutinio, attraverso l'uso degli appositi lettori ottici assegnati ai seggi, che l'elettore non abbia già votato;

e) l'istituzione, in alternativa allo spoglio nell'unica sede di Castelnuovo di Porto, di Uffici centrali per lo spoglio presso le Corti d'appello di Roma, Firenze, Milano e Napoli, allo scopo di decongestionare le operazioni di voto e di limitare errori e disfunzionalità che in tutte le tornate elettorali sono state riscontrate[66];

f) l'anticipazione dal giovedì al mercoledì antecedente la data stabilita per le votazioni in Italia del termine entro il quale i plichi contenenti le schede votate debbono essere presi in carico dal consolato e quindi da questo spediti

[63] Commissione per le riforme costituzionali, *Per una democrazia migliore. Relazione finale e documentazione*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2013, p. 72.

[64] Nemmeno il testo di revisione costituzionale «Renzi-Boschi» aveva affrontato organicamente la questione, limitandosi a escludere la rappresentanza degli italiani all'estero al Senato, alla stregua della trasformazione di questo ramo del parlamento in una Camera rappresentativa delle istituzioni territoriali.

[65] Sul quale M. GALDI, *Per l'effettività*, cit., pp. 16 ss.

[66] A queste proposte ha alluso anche il presidente dell'ufficio centrale per la circoscrizione estero nell'audizione richiamata nella nt. 45.

all'ufficio centrale per la circoscrizione estero, e ciò per evidenti ragioni organizzative[67];

g) possibilità di trarre presidenti di seggio e scrutatori anche nel Comune di Castelnuovo di Porto e nei Comuni limitrofi, anche per fronteggiare difficoltà logistiche.

Come detto, il d.l. 41/2022 ha previsto l'istituzione di uffici decentrati per la circoscrizione estero presso le Corti di appello di Milano, Bologna, Firenze e Napoli, composti da tre magistrati, dei quali uno con funzione di Presidente, designati dal Presidente della Corte di appello, allo scopo, come si legge nella relazione tecnica al disegno di legge di conversione, di «a) suddividere le suddette operazioni di spoglio in più sedi di corte d'appello, individuate strategicamente sia per facilità di collegamento con la sede centrale (che rimane sempre quella di Roma) che per disponibilità e ampiezza dei locali deputati alle operazioni stesse, i quali normalmente coincidono con quelli dei quartieri fieristici presenti nelle città sedi di distretto giudiziario; b) concentrare le attività precedenti e successive alle operazioni di spoglio presso l'ufficio centrale elettorale della circoscrizione estero di Roma da e verso cui regolare i flussi di carico, smistamento e scarico dei plichi contenenti le schede elettorali».

Sono costituiti seggi, competenti per lo spoglio dei voti, sia presso l'ufficio centrale di Roma sia presso gli uffici decentrati (Milano, Bologna e Firenze per la ripartizione Europa, sulla base di una suddivisione rimessa ad un apposito decreto ministeriale; Roma per la ripartizione America meridionale; Napoli per la ripartizione America settentrionale e centrale e per quella Africa, Asia, Oceania, Antartide). Sia l'ufficio centrale sia gli uffici decentrati si avvalgono del personale in servizio presso tutti gli uffici giudiziari del loro circondario, individuati dal loro Presidente mediante interpello.

L'ufficio centrale per la circoscrizione estero invia agli uffici decentrati, previa apposizione di un nuovo sigillo, i plichi provenienti dagli Stati e territori ad essi assegnati, e a tal fine si avvale della collaborazione del Ministero dell'interno, per l'effettuazione dei servizi di scorta degli stessi plichi.

Anche ai fini di tale ripartizione è inserito un comma 1-*quinquies* all'art. 7 che prevede un decreto annuale del Ministro dell'interno con il quale è pubblicato il numero dei cittadini italiani residenti nelle singole ripartizioni, con riferimento al 31 dicembre dell'anno precedente.

[67] La Presidente dell'ufficio centrale della circoscrizione estero nell'audizione richiamata nella nt. 45 ha affermato sul punto: «Siccome le spedizioni avvengono durante il venerdì e il sabato, qualsiasi problema ridonda […] nel momento di arrivo dei plichi da noi, che può accadere anche di domenica mattina. Almeno questo, proprio per la concentrazione delle operazioni elettorali nella giornata di domenica, potrebbe essere modificato stabilendo come termine ultimo per l'arrivo dei plichi le ore 16 del mercoledì antecedente anziché del giovedì»: res. sten., p. 15.

Inoltre, lo stesso decreto prevede, con riferimento ai *referendum* abrogativi del 2022, che il numero minimo e massimo di elettori presso l'ufficio centrale e gli uffici decentrati sia aumentato, rispettivamente, a quattromila e cinquemila (in relazione forse alla minore complessità di scrutinio di questo tipo di consultazioni) (art. 7, comma 9).

Un'ultima considerazione attiene al fatto che il decreto modifica disposizioni non solo della l. 459/2001 ma anche del regolamento di attuazione: si tratta di una tecnica, che, pur dettata da ragioni di urgenza, appare discutibile per l'evidente ragione di evitare che in uno stesso atto convivano parti o addirittura singole parole aventi diversa natura e diversa collocazione nel sistema delle fonti[68].

La Giunta delle elezioni ha poi affrontato due ulteriori questioni sulle quali la dottrina si è soffermata da tempo, ovvero il ribaltamento del meccanismo dell'opzione e la previsione del voto *in loco*. Si tratta di innovazioni pensate per ridimensionare sul piano quantitativo il voto per corrispondenza e quindi per rendere «tutto il sistema elettorale ben più facile e meno costoso da gestire»[69].

Come detto (par. 5), la prima innovazione andrebbe in una direzione condivisibile, nel senso cioè di riconoscere il diritto di voto nella circoscrizione estero a chi dimostri un effettivo legame con la madrepatria; la seconda, come accennato, sconterebbe obiezioni in punto di effettività del voto, oltre a creare potenziali problemi con gli Stati di residenza degli elettori[70].

Da parte sua, la Commissione "Bassanini", nella sua relazione ha proposto, al fine di tutelare quantomeno il requisito della personalità del voto, di prevedere l'obbligo di recapitare la scheda elettorale personalmente all'elettore destinatario, richiedendo la sua firma autografa all'atto della ricezione, o, ancora, l'apposizione della firma autografa dell'elettore sulla busta esterna preaffrancata contenente la busta sigillata che custodisce la scheda elettorale compilata[71].

[68] Per tutti, A. CELOTTO, *La "frammentazione dell'atomo" (dei decreti-legge che modificano atti regolamentari)*, in *Rass. parl.*, 1997, pp. 461 ss. Per questa ragione, questa tecnica è stata a più riprese criticata nella "giurisprudenza consultiva" del Comitato per la legislazione: sul punto, L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 236 ss.; 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, in particolare pp. 19 ss.

[69] M. GALDI, *Per l'effettività*, cit., p. 19; vedi anche G. SICA, *L'abolizione della Circoscrizione estero*, cit., pp. 6 ss.; A. GRATTERI, *Quali e quante leggi elettorali?*, in *www.rivistaaic.it*, 2017, n. 1, pp. 9-10.

[70] Cfr. *supra*, nt. 37.

[71] *Per la partecipazione dei cittadini*, cit., p. 37.

IL CONFINE (SUPERATO) TRA ATTI AMMINISTRATIVI GENERALI E REGOLAMENTI

LEANDRA ABBRUZZO*

Sommario

1. Cenni introduttivi. – 2. La discrezionalità amministrativa e la funzione regolamentare del Governo. – 3. La "fuga dal regolamento" e le sue cause. – 4. Il recente utilizzo dei decreti ministeriali durante l'emergenza pandemica. – 5. La distinzione tra regolamenti e atti amministrativi generali: i criteri di individuazione. – 6. La giurisprudenza della Corte costituzionale. – 7. La giurisprudenza amministrativa – 8. Il nuovo orientamento della Cassazione. – 9. Conclusioni.

Abstract

From the qualification of an act as a regulation or general administrative act, there are consequences of an application type, such as the submission to the procedural process pursuant to art. 17 l. n. 400/1988, envisaged for regulatory acts. The problem of this distinction is strongly debated in jurisprudence and doctrine, also in order to stem the phenomenon of the so-called "Escape from the regulation", not a recent practice, but absolutely topical in our legal system.

Suggerimento di citazione

L. ABBRUZZO, *Il confine (superato) tra atti amministrativi generali e regolamenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Dottoranda di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

Contatto: leandraabbruzzo@libero.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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

Secondo il modello della forma di governo parlamentare la legge formale, concepita come un «processo di integrazione politica» di interessi particolari confliggenti[1], deve dare forma legislativa alle decisioni politiche costitutive dell'ordinamento giuridico, mentre alle fonti secondarie spetta il compito di attuare tali scelte maturate durante il procedimento legislativo[2]. Con il tempo però le sollecitazioni della finanza e dell'economia volte ad ottenere una regolazione più immediata sono diventate sempre più pressanti al punto da incidere sulla tradizionale classificazione delle fonti del diritto. Non a caso con il tempo quest'ultima ha mostrato alcune "deviazioni" dagli schemi normativi: infatti, nonostante il principio di legalità, secondo cui ogni potere normativo secondario deve trovare il proprio fondamento nella legge, si è registrato un ampliamento della funzione regolamentare del Governo anche a causa delle maggiori richieste di speditezza e velocità normativa. Ad esempio, l'iter procedimentale stabilito ex art. 17. l. n. 400/88 per i regolamenti non ha avuto una grande applicazione: si sono preferiti strumenti maggiormente flessibili, sicuramente più rapidi da adottare, ma caratterizzati da minori garanzie procedurali, come d.P.C.M., linee guida e circolari.

La stessa pandemia da Covid-19 ha comportato un notevole impatto sul sistema delle fonti, il cui assetto ha subito ripercussioni tali da far dubitare della sua effettiva sopravvivenza secondo le logiche precedenti: questi modelli flessibili hanno acquisito un ruolo fondamentale, che ha reso necessario interrogarsi circa la loro normatività ed efficacia, riportando nuovamente l'attenzione sulla prassi nota come "fuga dal regolamento".

Da tale contesto l'articolazione di alcune riflessioni che, partendo dalla nozione di funzione regolamentare e passando attraverso i vari orientamenti giurisprudenziali, si inseriscono nel dibattito relativo all'adozione dei d.P.C.M. in seguito alla dichiarazione dello stato di emergenza.

2. La discrezionalità amministrativa e la funzione regolamentare del Governo

Già antecedentemente all'entrata in vigore della Carta costituzionale la funzione regolamentare rivestiva un ruolo centrale in virtù dei rapporti fra l'ordinamento particolare della pubblica amministrazione e l'ordinamento generale[3].

[1] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Utet, Torino, 1988, p. 13 e ss.

[2] L. CARLASSARE, *Legalità (principio di),* in *Enc. Giur*., vol. XVIII, Treccani, Roma, 1990, p. 3.

[3] S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 283 e ss. L'Autore afferma (p. 286) che «la facoltà regolamentare è circoscritta, anzi tutto, da un criterio negativo e, inoltre, da diversi criteri positivi. Il criterio negativo è il seguente: esso deve concernere una materia che non sia totalmente precisata da altre norme giuridiche, specialmente legislative; (…) Positivamente, è poi a dirsi che, entro i limiti di tali materie, la potestà regolamentare può esercitarsi secondo principi che sono diversi per i regolamenti con efficacia soltanto interna (...) e i regolamenti con efficacia più

A tal proposito, Santi Romano, premettendo la necessità di una legge per consentire ai regolamenti di esplicare effetti nell'ordinamento generale e definendoli come «una manifestazione tipica delle particolari autonomie», basa la funzione regolamentare della pubblica amministrazione sul principio di autonomia di quest'ultima, che «indica soggettivamente, la potestà di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, (…) che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri»[4]. Ciascuna amministrazione, infatti, oltre ad essere parte nell'ordinamento generale, è anche un ordinamento giuridico completo.

L'analisi delle relazioni fra gli ordinamenti, e quindi fra le autonomie, si risolve nella rilevanza che uno di essi può avere per l'altro e «perché ci sia rilevanza occorre che o l'esistenza, o il contenuto o l'efficacia di un ordinamento sia condizionata rispetto ad un altro ordinamento e ciò in base ad un titolo giuridico»[5].

La funzione regolamentare, nata come un vincolo al potere di provvedere in via puntuale attraverso una regola in grado di imporsi alle future esplicazioni della discrezionalità provvedimentale, rinviene il proprio fondamento nella discrezionalità della pubblica amministrazione: quest'ultima, quando è chiamata a decidere, deve considerare le pluralità di interessi pubblici. La discrezionalità amministrativa, infatti, è «una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie»[6].

Partendo da questa concezione pluralistica della discrezionalità la pubblica amministrazione, non più mera esecutrice della legge, diviene un potere tendenzialmente autonomo. L'ordinamento giuridico, infatti, «non è qualcosa di bell'e fatto, né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione». Rileva dunque una interpretazione evolutiva, ovvero «un carattere che l'interpretazione giuridica logicamente assume, in quanto adotti, anziché un indirizzo statico e conservatore, un indirizzo dinamico ed evolutivo»[7].

Nel nostro ordinamento il problema del fondamento della funzione regolamentare assume un significato diverso. Nella vigente Costituzione sono

generale», poiché riguardo a questi ultimi è necessaria una «attribuzione da parte della legge».

[4] S. ROMANO, voce *Autonomia*, in *L'ultimo Santi Romano,* Giuffrè, Milano, 2013, p. 601.

[5] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, II ed., p. 141- 142.

[6] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 74, ora in ID., *Scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, secondo cui «Se essi hanno valore zero o quasi nullo, essi saranno trascurati; se uno di essi domina schiacciando gli altri, esso solo sarà soddisfatto; ma in genere si ha un contemperamento dei singoli interessi».

[7] E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 32 e ss.

menzionati nell'art. 87 i regolamenti emanati dal Presidente della Repubblica, è riconosciuta potestà regolamentare allo Stato, alla Regione ed agli altri enti territoriali ex art. 117 c. 6 e sono parzialmente disciplinati i regolamenti delle Regioni a statuto ordinario ex art. 121 Cost. Le stesse leggi costituzionali contenenti gli statuti delle Regioni ad autonomia speciale dettano alcune norme in materia alla formazione dei regolamenti e sono altresì riconosciuti i regolamenti parlamentari adottati da ciascuna Camera. Ne consegue dunque che mentre il «il sistema legale delle fonti a livello costituzionale e a livello primario è chiuso (…), non è vietato alla legge conferire attribuzioni normative di grado subordinato»[8].

Dalle disposizioni del testo costituzionale emerge la necessità di una posizione autonoma del Governo, inteso come «organo supremo dell'organizzazione amministrativa statale, dotato di poteri propri di indirizzo generale politico ed amministrativo»[9].

L'indirizzo politico, attività di determinazione dei fini statali da parte degli organi competenti, si avvale di categorie generali, ma diviene concreta al fine di adempiere ai compiti degli organi di governo. Tale potere di direzione esercitato dallo Stato vincola quindi la discrezionalità amministrativa poiché è lo Stato che sceglie e determina i singoli fini, che stanno alla base dell'ordinamento giuridico positivo. L'indirizzo politico si configura come un principio generale del diritto, finalizzato ad ispirare tutta l'attività esecutiva coerentemente con quella amministrativa[10]. La funzione regolamentare si colloca dunque in una posizione intermedia tra la funzione di indirizzo politico, cui è subordinata, e quella di amministrazione su cui, invece, prevale[11].

È difficile accertare quando ci si trova in presenza di una fonte quando ad uno stesso soggetto od organo sono attribuite competenze normative e altre di tipo amministrativo. È il caso del Governo e dei singoli ministri che possono adottare regolamenti ed atti amministrativi generali. L'elemento onomastico, infatti, è talvolta insufficiente. Se da un lato è vero che il regolamento reca disposizioni generali ed astratte, qualificandosi come atto normativo, dall'altro si distinguono regolamenti "esterni" ed "interni", riservando la qualifica di fonti ai primi soltanto. Si parla altresì di regolamenti anche in testi legislativi per riferirsi «ad atti normativi privati, non ricompresi tra le fonti: esattamente,

[8] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Cedam, Padova, VI edizione a cura di FRANCESCO CRISAFULLI, 1993, p. 144.

[9] V. CRISAFULLI, *ivi,* p. 145.

[10] V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, con premessa di F. MODUGNO e intr. di M. DOGLIANI E G. SILVESTRI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, in particolare p. 13-42.

[11] E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, in part. p. 434.

perciò, le disp. prel. prevedevano i soli regolamenti del Governo e quelli di 'altre autorità', vale a dire quelli provenienti da soggetti governanti»[12].

La l. n. 400/1988, volta ad operare una «una razionalizzazione dei poteri normativi dell'Esecutivo attraverso la valorizzazione del Parlamento come organo di grande legislazione e di controllo sull'attività normativa dell'Esecutivo e, correlativamente, del Governo attraverso il potenziamento del potere regolamentare»[13] nell'art. 17 ha presentato i regolamenti come espressione della normatività del Governo. In tale disposizione sono presenti le varie tipologie di regolamenti e il processo di formazione degli stessi prevedendo la delibera del Consiglio dei ministri, il parere delle competenti commissioni parlamentari, il parere del Consiglio di Stato, il decreto presidenziale di emanazione, il visto e la registrazione della Corte dei Conti e la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale[14]. Lo stesso articolo si occupa dei regolamenti ministeriali, subordinati a quelli governativi ed emanati con decreto del Ministro nelle materie di sua competenza, per i quali è previsto il parere del Consiglio di Stato, il visto e la registrazione della Corte dei conti nonché l'inserimento nella raccolta ufficiale degli atti normativi e pubblicati sulla G.U. Anche i regolamenti interministeriali ed i regolamenti emanati con d.P.C.M. (collocabili gerarchicamente fra i regolamenti governativi e quelli ministeriali) hanno forme analoghe.

Lo stesso d.lgs. n. 303/1999, recante la disciplina dell'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha riconosciuto implicitamente che, esclusi i d.P.C.M. adottati ai sensi degli artt. 7,8 e 9 (concernenti rispettivamente la decretazione in materia di autonomia organizzativa, di autonomia contabile e di bilancio, nonché di gestione del personale della Presidenza), tutti gli altri devono necessariamente osservare il procedimento sancito dall'art. 17 l. n. 400/1988. Non a caso il Consiglio di Stato[15] ha individuato nel suddetto

[12] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 18.

[13] G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, disponibile all'indirizzo https://www.osservatoriosullefonti.it/, 3, 2018, p. 5.

[14] A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, p. 5075-5108, ma consultabile al sito web https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/ riporta che «interventi normativi successivi hanno previsto il parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia, che precede la definitiva deliberazione del Consiglio dei ministri, con l'evidente volontà di ricondurre la fonte regolamentare al circuito di responsabilità democratica, e di attenuarne la provenienza meramente tecnocratica dall'esecutivo».

Secondo A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 15ª ed., 1989, p. 62, «è da considerare regola comune a tutti gli atti di normazione secondaria quella, enunciata per i regolamenti nell'art. 10 disp. sulla legge in gen., secondo cui gli atti stessi devono essere pubblicati, ed entrano in vigore (salvo che sia diversamente disposto) nel decimoquinto giorno successivo a quello della pubblicazione».

[15]Cons. St., Ad. Gen., con il parere 141/1991 ha affermato il carattere normativo degli atti con cui le amministrazioni identificano le unità organizzative responsabili dell'iter procedimentale delle

articolo la fonte di tipizzazione della funzione regolamentare: a seguito dell'entrata in vigore di tale norma grava sull'amministrazione il dovere di esprimersi in termini normativi, non essendo tollerabile l'indifferenza della stessa per la scelta di un atto normativo o amministrativo.

3. La "fuga dal regolamento" e le sue cause

Nonostante la legge abbia disciplinato il procedimento di formazione di tali atti, è sempre più frequente la c.d. "fuga dal regolamento"[16], prassi che si concretizza mediante l'adozione da parte del Governo di atti non aventi forma di regolamento, espressamente definiti "non regolamentari", direttive, linee guida, atti di indirizzo, cioè atti amministrativi appartenenti a quella fascia «sempre più consistente di decisioni che poteva assumere l'una o l'altra 'forma' giuridica»[17]. Si tratta dunque di fonti secondarie atipiche con contenuti normativi che non ottemperano all'iter procedimentale disposto dall'art. 17 della l. n. 400/1988[18] ed eludono il riparto di competenze tra Stato e Regioni.

L'attribuzione di funzioni regolatorie ad atti non qualificabili come regolamenti appare una scelta irrazionale poiché, non ottemperando a quanto previsto dall'art. 17 c. 3 l. n. 400/1988, tali provvedimenti esplicano efficacia nei riguardi di cittadini, privi delle garanzie procedurali espressamente previste

diverse tipologie di atti: tali determinazioni, pertanto, devono essere adottate in forma di regolamenti poiché sono «suscettibili di incidere, fra l'altro, sulle competenze degli organi e sui rapporti con i terzi».

[16] L'utilizzo di atti formalmente non regolamentari ma sostanzialmente amministrativi è stato spesso analizzato in dottrina: cfr., ad esempio, F. MODUGNO – A. CELOTTO, *Un "non regolamento" statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost*., 2003, p. 355 ss.; N. LUPO, *"Dal regolamento alla legge". Semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?,* in *Dir. soc*., 2006, p. 399 ss.; ID., *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo https://www.federalismi.it/, 3, 2018; G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare del Governo (1996-2006)*, in *Osservatorio sulle fonti,* 2006. *Fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, P. CARETTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2007, p. 188 ss.; V. MARCENÒ*, Quanto il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorisosullefonti.it*, disponibile all'indirizzo https://www.osservatoriosullefonti.it/, 3, 2011; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: https://www.federalismi.it/, 3, 2018; R. MANFRELLOTTI, *Ancora un caso di invasione delle competenze regionali (e di quelle del Consiglio di Stato) da parte di fonti secondarie: regolamenti governativi "blindati" o atti amministrativi generali? Note a margine del d. l. 18 febbraio 2003, n. 24*, in *Consiglio di Stato*, n. 10/2003.

[17] Così G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000, p. 19 e ss., secondo cui tale fenomeno corrisponde «alla evoluzione nel frattempo intervenuta di norma giuridica», per cui «ha perso adesioni la teoria secondo cui solo per gli atti normativi sono predicabili i caratteri della generalità e astrattezza».

[18] C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl*., 2010, p. 370 e ss. osserva che non può essere eluso il controllo della Corte dei Conti, cui devono essere sottoposti tutti "gli atti normativi a rilevanza esterna" ex art. 3, comma 1, lett. c), della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti).

quali il parere del Consiglio di Stato e la collegialità della deliberazione governativa. In questo modo si determina una chiara lesione dell'art. 100 Cost. ovvero delle competenze del Consiglio di Stato, privato del proprio ruolo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione. Ne consegue che l'art. 17, c. 3, l. n. 400/1988 può essere considerato una specificazione dell'art. 100 Cost.[19].

La "fuga" è stata facilitata ricorrendo a «"modelli alternativi" di produzione delle fonti secondarie, già prefigurato dal progressivo superamento del rapporto tra legge e regolamento originariamente sotteso alla legge n. 400/1988, "eroso" da diversi versanti»[20]. In merito a siffatti modelli ci si interroga circa la legittimità di attribuire contenuti normativi ad atti formalmente amministrativi[21] ed il problema della sede del controllo di validità di tali atti[22].

Due sono le principali cause della cd. "fuga dal regolamento": la volontà politica di sottrarsi al rispetto dei vincoli normativi e procedurali della l. n. 400/88 e di derogare al riparto di competenze normative disposto dal Titolo V della Costituzione a seguito della riforma costituzionale del 2001 per consentire allo Stato di intervenire in materie sottratte alla sua competenza legislativa esclusiva e regolamentare. Bisogna tuttavia anche considerare la crescita dei poteri normativi atipici del Governo dovuta al cambiamento della forma di governo in senso maggioritario[23] e l'indeterminatezza degli atti legislativi su cui si basano gli atti dell'Esecutivo[24]. La dottrina fin dal secolo scorso ha sottolineato l'attribuzione di funzioni normative al Governo caratterizzate da stabilità ed organicità e la presenza di una "riserva di amministrazione", ovvero riserva di indirizzo politico ed amministrativo poiché «la legge ordinaria non può spingersi oltre un certo limite fino al punto di cancellare l'esistenza degli apparati di governo o di annullare le sfere di competenza di cui questi apparati sono investiti dalla Costituzione»[25].

Il Legislatore ha quasi "autorizzato" la fuga dal regolamento rinviando a decreti ministeriali di natura non regolamentare predisponendo il ricorso al

[19] R. MANFRELLOTTI, *Ancora un caso di invasione delle competenze regionali*, cit., p. 1985.

[20] G. RIVOSECCHI, *Audizione ai sensi dell'art. 143, comma 2, del regolamento, sulle attuali tendenze della produzione normativa*, Camera dei deputati – Comitato per la legislazione, Roma, 4 dicembre 2018, p. 23, disponibile all'indirizzo https://www.camera.it/.

[21] A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare"*, cit.

[22] G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare del Governo (1996-2006),* cit., p. 183 ss. propone la possibilità che la legge, rinviando a decreti di natura non regolamentare, possa essere censurata per eccesso di potere legislativo.

[23] B. CARAVITA, M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali, Pol. dir.,* 1986, II, p. 263 e ss. individuano un collegamento tra rapporti tra le fonti e redistribuzione del potere tra diversi centri di imputazione.

[24] D. IACOVELLI, *I regolamenti nel disordine delle fonti,* in *Jus*, 2004, p. 189 e ss.

[25] E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale,* Giuffrè, Milano, 1967*,* p. 316

procedimento dell'art. 17 l. n. 400/1988 solo nei casi in cui il Governo godesse di discrezionalità[26].

4. Il recente utilizzo dei decreti ministeriali durante l'emergenza pandemica

Il ricorso all'utilizzo di decreti di natura non regolamentare è particolarmente rilevante[27]. Durante i governi Monti, Letta e Renzi, infatti, la maggior parte dei provvedimenti attuativi, più del 70%, è costituito da decreti ministeriali: ad esempio, l'attuazione del decreto "Sblocca Italia" ha richiesto l'adozione di 19 decreti ministeriali[28], di cui soltanto il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti n. 203 del 1 dicembre 2015 ha osservato la forma del regolamento ministeriale ex art. 17, c. 3, l. n. 400/1988, mentre i restanti diciotto sono sfuggiti all'iter procedimentale previsto.

Risultati analoghi emergono dal Rapporti sulla legislazione 2019- 2020: ad esempio nel d.l. n. 18/ 2020 (cd. "d.l. Cura Italia") sono state individuate 62 disposizioni richiedenti l'adozione di provvedimenti attuativi, tra cui un d.P.R., 3 d.P.C.M., 35 di decreti ministeriali e 23 di atti di altra natura. 156 disposizioni del d. l. n. 34/2020 (cd. "d.l. Rilancio"), invece, hanno necessitato per la loro attuazione di 1 d.P.R., 8 d.P.C.M., 108 decreti ministeriali e 38 atti di altra natura.

Ancora più recentemente dal Rapporto sulla legislazione 2021 emerge che le leggi approvate fino al 30 aprile 2021 hanno previsto 1.700 provvedimenti attuativi di rango non legislativo ovvero 27 decreti del Presidente della Repubblica, 256 d.P.C.M., 1.005 decreti ministeriali e 412 atti di altra natura. In particolare, i decreti legge convertiti fino al 30 aprile 2021 hanno previsto 996 adempimenti: 15 decreti del Presidente della Repubblica, 129 d.P.C.M., 574 decreti ministeriali e 278 atti di altra natura[29].

Si parla, in merito, di una «carica» dei d.P.C.M.[30], il cui contenuto è stato molto ampio, comprendendo atti atipici a carattere normativo cui è demandata «la definizione di una disciplina che dovrebbe essere oggetto di una fonte

[26] G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari ed atti pararegolamentari nel più recente periodo,* in *Osservatorio sulle fonti 1988,* Giappichelli, Torino, 1999, p. 241 e ss.

[27] Cfr. il Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione, Quinto turno di Presidenza, Presidente On. Andrea Giorgis, (8 settembre – 7 luglio 2017), spec. p. 53, consultabile all'indirizzo internet www.camera.it.

[28] Il 15,52% è rappresentata da decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ed il rimanente 15% è composto da atti quali decreti del Presidente della Repubblica, decreti interministeriali e deliberazioni del Cipe. Cfr M. LOSANA, *L'attività esecutiva del Governo tra principi costituzionali e scelte organizzative*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo http://www.osservatoriosullefonti.it/, 1, 2019, p. 17.

[29] Cfr. il Rapporto sulla legislazione 2019-2020 e il Rapporto sulla legislazione 2021 al sito www.camera.it per un'analisi dettagliata.

[30] Così V. DI PORTO, *La carica dei dpcm*, in *Osservatoriosullefonti.it*, disponibile all'indirizzo http://www.osservatoriosullefonti.it/, 2, 2016.

secondaria del diritto e, segnatamente […] di regolamenti governativi emanati a norma dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400»[31]; nomine di commissari straordinari del Governo (nonostante per esse l'art. 11, c. 2, l. n. 400/1988 richieda un d.P.R.), ed altresì d.P.C.M. adottati in seguito a una deliberazione del Consiglio dei Ministri, che, anche in questo caso, avrebbero dovuto assumere la forma di decreti del Presidente della Repubblica, ex art. 1, c. 1, lettera ii), l. n. 13/1991.

I d.P.C.M. hanno rivestito un ruolo assolutamente rilevante anche recentemente nel fronteggiare l'emergenza da Covid-19[32].

Alla stato d'emergenza dichiarato con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 ai sensi dell'art. 24 d.lgs. n. 1/2018 (Codice della Protezione civile), in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'art. 7, comma 1, lett. c) relativa ad «emergenze di rilievo nazionale», sono seguiti numerosi decreti legge, che hanno operato una «delegificazione dell'emergenza»[33] rimettendo la decisione sulle misure da adottare ad atti amministrativi di natura non regolamentare, tra cui d.P.C.M. che hanno inciso sulla regolazione dei diritti costituzionalmente tutelati.

È chiaro che tali decreti debbano rispettare il principio di legalità formale, secondo cui ogni potere amministrativo deve trovare fondamento in una norma attributiva. La disposizione attributiva del potere è stata inizialmente l'art. 3 c. 1 d. l. 6/20, convertito, seppur modificato, nella legge ordinaria n. 13/20: infatti tutti i d.P.C.M. emanati dopo il d.l. 6/2020 riportano nella intestazione: «visto il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 ed in particolare l'art. 3.1».

Il d. l. n. 6/2020 ha suscitato dubbi di costituzionalità e di indeterminatezza prevedendo all'art.1 che «le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» ed all'art. 2 che «le autorità competenti possano adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» rispetto a quelle elencate nell'articolo precedente. Il d.l. n. 19/2020 tuttavia ha abrogato

[31] Così il parere reso dal Comitato per la legislazione, ai sensi dell'art. 96-ter, comma 3, RC (AG 378), in data 1 marzo 2017.

[32] Cfr. A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC,* disponibile all'indirizzo https://www.rivistaaic.it/it/, 2, 2020; E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo https://www.rivistaaic.it/it/, 4, 2021. Cfr., altresì, i contributi di S. BARONCELLI, R. BARTOLI, L. BUFFONI, P. CARETTI, A. CARDONE, E. CATELANI, G.L. CONTI, G. DE MINICO, U. DE SIERVO, G. DI COSIMO, E. D'ORLANDO, M.C. GRISOLIA, E. LONGO, N. LUPO, P. MILAZZO, G. MOBILIO, M. PICCHI, E. ROSSI, G. VERDE, *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo http://www.osservatoriosullefonti.it/, fasc. speciale, 2020.

[33] Cfr. R. MANFRELLOTTI, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, *in Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo https://www.rivistaaic.it/it/, 2, 2021.

il d.l. n. 6/2020 e all'art. 1, c. 1, ha previsto che le misure di attuazione possano essere adottate tramite d.P.C.M. sino al termine dell'emergenza.

I decreti leggi, infatti, non si sono limitati a contenere una normativa di dettaglio, bensì hanno rimesso la propria attuazione ad atti amministrativi. Il Governo ha fatto ricorso a questo strumento per ragioni di speditezza: i d.P.C.M., caratterizzati da una grande flessibilità, prevedono l'intesa tra il Ministro della salute proponente ed il Presidente del Consiglio dei Ministri (cui spetta l'adozione), e non devono indicare, secondo quanto previsto dal d.l. 6/2020, le disposizioni che intendono derogare. È inoltre previsto il dimezzamento dei termini per il controllo preventivo della Corte dei conti, in pendenza dei quali i d.P.C.M. sono efficaci, esecutori ed esecutivi.

Nonostante il d.l. n.19/2020 abbia abrogato l'art. 2 del d.l. n. 6/2020, abbia affermato il carattere temporaneo delle misure adottate, ispirate ai principi di adeguatezza e proporzionalità ex art. 1 c. 2, sono stati avanzati dubbi sulla legittimità dei provvedimenti *de quibus*: una parte della dottrina ritiene che i d.P.C.M. siano atti *extra ordinem*[34], mentre altri operano un'interpretazione estensiva della nozione di «guerra» ex art. 78 Cost.[35].

È d'uopo premettere che la limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti è disposta dai decreti legge e non dai d.P.C.M., ma è pur vero che in numerosi casi questi ultimi non hanno solamente attuato quanto in essi previsto, bensì hanno introdotto misure più ampie. Il d.l. n. 6/2020, ad esempio, disponeva il divieto di allontanamento e di accesso al Comune e nell'area interessata (art. 1, c. 2, lett. a e b), ma l'art. 1, c. 1, lett. a), del d.P.C.M. 8 marzo 2020 ha limitato la libertà di circolazione vietando ogni spostamento delle persone fisiche «in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo», ma anche «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 d.l. n. 19/2020, nonostante faccia salvi gli effetti prodotti dai d.P.C.M. adottati in forza del d.l. n. 6/2020 (art. 2, c. 3), ha introdotto un elenco tassativo di misure adottabili con d.P.C.M, consapevole forse delle precedenti discrasie prodotte rispetto a quanto disposto dai decreti legge. Anche in seguito all'emanazione di questo decreto, tuttavia, le incoerenze non sono mancate[36].

[34] E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, disponibile all'indirizzo https://www.biodiritto.org/, 18 marzo 2020, p. 4.

[35] F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, disponibile all'indirizzo https://www.biodiritto.org/, 26 marzo 2020, p. 6.

[36] Per un'analisi dettagliata delle discrasie attuate mediante d.P.C.M. cfr. 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*, disponibile all'indirizzo https://www.osservatoriosullefonti.it/, fasc. speciale, 2020.

La gestione dell'emergenza desta perplessità perché le limitazioni ai diritti sono state disposte dai d.P.C.M. attraverso la spendita di un potere e di un'efficacia delle misure che non trovano adeguato fondamento nei decreti legge. Ciò inevitabilmente comporta che si dubiti della legittimità delle misure così adottate, considerato anche che i d.P.C.M. *de quibus* non sono riconducibili né alle ordinanze di protezione civile né ai regolamenti o agli atti di delegificazione e che la sola valenza meramente esecutiva degli stessi desta perplessità poiché i decreti legge che ne sono alla base formulano tali misure in maniera assolutamente generica facendo ritenere a parte della dottrina che i d.l. «si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini»[37], dimostrando «in modo inequivocabile, quell'immagine del 'Governo fuggitivo' che riassume in modo efficace le torsioni morfologiche dei d.p.c.m normativi»[38].

Non tutti ovviamente condividono questa opinione, anzi è doveroso riportare anche il diverso orientamento dottrinale e giurisprudenziale. Molti hanno sottolineato che l'urgenza è stata tale da rendere inappropriato il ricorso ai decreti legge per adattare la risposta normativa ai continui cambiamenti della curva epidemiologica, motivo per cui si è registrato un susseguirsi di decreti legge, d.P.C.M., ordinanze del Ministro della Salute e ordinanze regionali e locali[39] alla cui origine ci sarebbe ovviamente la Costituzione che contiene il fondamento legittimante della normazione *extra ordinem*[40]. In altre parole secondo parte della dottrina, il sistema delle fonti durante l'emergenza avrebbe subito «l'attrazione dei rapporti di forza tra i decisori politici, che sono molti (Stato, Regioni, enti locali, per non parlare del ruolo, nemmeno troppo occulto, delle forze sociali e dei mezzi di informazione) e indossano altrettante maschere (decreti legge, dpcm, ordinanze ministeriali)»[41].

Anche la Corte costituzionale, infatti, nella sentenza sent. n. 617/1987 precisò che è «conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il

[37] 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*, disponibile all'indirizzo https://www.osservatoriosullefonti.it/, fasc. speciale, 2020, p. 369.

[38] D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19 Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos, le attualità del diritto*, disponibile all'indirizzo https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/, 2, 2020, p. 8.

[39] M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Questione Giustizia,* disponibile all'indirizzo https://www.questionegiustizia.it/, 2, 20.

[40] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo https://www.rivistaaic.it/it/, 2, 2020, p. 116.

[41] M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto,* cit., p. 14.

contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata» essendo il potere di ordinanza «un 'potere atipico' che deroga, in parte, al principio di legalità sostanziale nel senso che il legislatore si limita a 'nominare' il provvedimento da adottare»[42].

5. La distinzione tra regolamenti e atti amministrativi generali: i criteri di individuazione

In Costituzione si riscontra la volontà di disciplinare differentemente atti di natura diversa distinguendo l'esercizio della funzione regolamentare da quella amministrativa poiché una cosa è disporre, altra è provvedere[43]. Per questo motivo gli atti amministrativi generali si distinguono dagli atti normativi ed in particolar modo da quelli regolamentari[44].

Gli atti amministrativi generali[45] possono essere considerati un'anomalia nel nostro ordinamento giuridico essendo orientamento pacifico che l'amministrazione è deputata all'esercizio di attività concreta e che «l'atto amministrativo è il diritto nel caso individuale»[46]: infatti è stato affermato che gli atti amministrativi generali costituiscono l'eccezione, non la regola[47].

L'atto amministrativo generale differisce dal provvedimento poiché quest'ultimo è rivolto a un numero determinato di persone o di casi, mentre l'atto generale riguarda una pluralità indeterminata di destinatari. Gli atti generali sono «intesi a dettare una disciplina in divenire»[48]. Pertanto gli atti amministrativi generali si riferiscono a una «serie aperta, nel senso che il precetto non ha destinatari previamente individuati o individuabili» mentre «se la serie

[42] Cons. Stato, Sez. VI, sent. 953/2019: «(…) Tale deroga si giustifica (…) in ragione dell'esigenza di assicurare la cura concreta ed immediata di taluni interessi ritenuti prevalenti che richiedono un intervento immediato ed urgente che, in quanto tale, non sarebbe compatibile con una rigida predeterminazione legale del contenuto dell'atto da adottare».

[43] V. CRISAFULLI*, Lezioni di diritto costituzionale,* cit.*,* p 29.

[44] A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Jovene, Napoli, 1990, p. 39 ss.

[45] Tale categoria si distingue dagli atti plurimi e collettivi, ove i destinatari, anche qualora non nominativamente indicati, sono al momento dell'adozione dell'atto già immediatamente identificabili (Cfr. A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., 45). Si occupano dell'argomento anche G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit. e G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, Milano, 1963.

[46] M. RAMAJOLI, B. E. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm*., 2013, 1-2, p. 55.

[47] Così A. ROMANO, *Sulla c.d. "generalità" dei provvedimenti-prezzi del C.I.P.*, in *Foro amm*., 1960, 690 ss., 691. In merito all'ostacolo al riconoscimento degli atti amministrativi generali costituito dal tradizionale principio della divisione dei poteri dello Stato cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 3 ss.

[48] M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., p. 97.

è chiusa (…) allora il precetto ha carattere individuale, anche ove interessi un elevato numero di persone»[49].

Gli atti amministrativi generali sono finalizzati alla cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, «che ne costituisce il motivo», mentre nel regolamento «lo scopo è quello tipico di qualsiasi atto normativo: la regolazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico»[50]. Differentemente dai primi in cui tale vizio è sindacabile dal giudice, «nei secondi il vizio dei motivi [sic!] non esiste addirittura, perché essi non hanno un motivo provvisto di rilevanza giuridica»[51]. I regolamenti, infatti, svolgono una funzione costitutiva dell'ordinamento, dettando norme destinate a «valere *semper et ad semper* finché non si verifichi l'abrogazione», differentemente dagli atti amministrativi generali, la cui efficacia si esaurisce con le singole applicazioni dei medesimi[52].

Rilevano, inoltre, altre importanti differenze: soltanto ai regolamenti, essendo fonti del diritto, si applicano alcuni principi quali il principio *iura novit curia* (art. 10 disp. prel. cod. civ.), il principio *nemo jus ignorare censetur*, le norme sulla interpretazione (ex art. 12 disp. prel. cod. civ) e della ricorribilità in Cassazione (art. 360 cod. proc. civ. e art. 111 Cost.) per mancata o falsa applicazione delle relative norme. Solo i regolamenti, altresì, presentano un carattere normativo, derivante dalla legge attributiva della relativa competenza[53].

Nonostante sia chiara la presenza di una netta linea di confine che dovrebbe impedire di poter utilizzare indistintamente l'uno o l'altro tipo di atto, tale distinzione si è rivelata complessa al punto da richiedere l'introduzione di criteri discretivi di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale[54].

Escludendo che l'atto amministrativo generale e l'atto normativo differiscano in base al criterio formale o nominalistico, secondo cui sono le norme sulla normazione a stabilire quali atti debbano qualificarsi come normativi[55], la giurisprudenza ritiene necessario ricorrere a criteri sostanziali.

[49] Così G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 124 e p. 336.

[50] M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it*., vol. III, p. 20.

[51] IBIDEM, p. 18 e ss.

[52] P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricors*, Giuffrè, Milano, VI. ed.,2001, p. 32.

[53] A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1970, p. 5, nota 10: «rispetto ai provvedimenti concreti della pubblica amministrazione, essi si distinguono per una forza giuridica peculiare, che consiste appunto nella possibilità di innovare (o completare) l'ordinamento - forza che, in tanto può venir estrinsecata, in quanto l'ordinamento l'abbia espressamente attribuita a una certa autorità, conferendo a questa la cosiddetta potestà regolamentare».

[54] Corte cost. sentenze nn. 274 e 278 del 2010 e 39/2014; Cons. St., sez. VI, sent. n.6657/2007; Cons. St., sez. IV, sent. n. 3256/2008; Cons. St., sez. IV, sent. n.2841/2010; Cons. St., sez. VI, sent. n.996/2011. Sui labili confini tra regolamenti e atti amministrativi generali cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 172 ss.

[55] G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 390.

Rifiutando quali canoni formali validi «*il nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento», i giudici hanno ritenuto che vi sia un regolamento quando la potestà affidata all'amministrazione comporta la produzione di norme generali e astratte, mediante le quali si disciplinano i rapporti giuridici, conformi alla previsione normativa, mentre vi sia un atto amministrativo generale quando la potestà «esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge»[56]. L'atto amministrativo generale, differentemente da quello regolamentare, non reca alcuna disciplina generale e astratta dei rapporti giuridici[57] poiché trattasi di una «semplice potestà amministrativa di natura gestionale» rivolta alla cura concreta d'interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari determinabili, mentre i regolamenti «sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa»[58]. Il regolamento dunque detta disposizioni «destinate a regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie»[59].

Secondo canoni consolidati, in definitiva, l'atto normativo è caratterizzato dalla generalità, dall'astrattezza[60], dall'attitudine a integrare la fattispecie astratta, dalla non eccezionalità e temporaneità dei suoi effetti e dalla innovatività (assente negli atti amministrativi generale poiché finalizzati alla risoluzione di specifici problemi, la cui disciplina si rinviene nell'ordinamento[61]). La

[56] Cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 278/2010 cit.

[57] Cons. Stato, sez. V, 1145/1997, in *Giur. it*., 1998, 1274 con nota di C. TUBERTINI, *Gli atti di determinazione di aliquote d'imposta e il discusso limite tra atti normativi e atti amministrativi generali.*

[58] Cass., sez. un., n. 10124/94, in *Giust. civ*. Mass., 1994.

[59] A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Cedam, Padova, 1957, p. 454, secondo cui rientrano tra i regolamenti «le disposizioni sulla circolazione per le vie cittadine impartite dalle autorità comunali mediante i regolamenti di polizia urbana (art. 109 n. 5 reg. com. e prov.) e in applicazione di questi (autorizzazioni e divieti di sosta ai veicoli su certe aree stradali, nonché divieti di marcia ai veicoli o ai pedoni in determinate direzioni, anche se limitai a brevi periodi, e persino a un solo giorno; punti di attraversamento obbligato, ecc.), le disposizioni sull'orario di apertura e di chiusura dei pubblici esercizi (art. 96 t.u.p.s.), le determinazioni dei prezzi di autorità, le determinazioni delle aliquote dei tributi (che talvolta vengono adottate con provvedimenti aventi per unico oggetto le aliquote stesse), e simili».

[60] G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 13 ss., secondo cui generalità e astrattezza sono «criteri deontologici», non requisiti ontologici della norma, e secondo cui il criterio della novità sarebbe inidoneo a caratterizzare gli atti normativi, per cui residuerebbe esclusivamente il criterio formale.

[61] A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 447 e ss. 452, mentre la "forza innovativa" «va considerata come sufficiente elemento di differenziazione della categoria, la concretezza della fattispecie avuta di mira va considerata come attributo essenziale degli atti che in essa rientrano e quindi come indizio di riconoscimento». Gli atti amministrativi generali «non sono mai atti normativi» proprio perché «l'astrattezza inerisce al concetto di norma». Il carattere

dottrina, inoltre, individua un ulteriore criterio formale di distinzione nella diversa configurazione della partecipazione degli interessi degli amministrati al procedimento di formazione dell'atto[62].

La valorizzazione giurisprudenziale del carattere distintivo dell'innovatività ha condotto ad ipotizzare una determinata *species* degli atti generali ovvero gli "atti amministrativi generali a contenuto normativo", definizione nata per distinguere strumenti generali di programmazione che contengono norme carattere regolamentare[63].

L'adozione di un criterio di natura sostanziale precede logicamente la qualificazione formale degli atti: antecedentemente bisogna verificare se l'enunciato ha carattere normativo e successivamente gli si attribuisce la forma e il trattamento giuridico per esso previsto.

La dottrina, tuttavia, ha evidenziato come molto spesso le disposizioni normative, relativamente ad alcuni aspetti, accomunano gli atti amministrativi generali e atti normativi[64] specialmente in riferimento all'esternazione dell'atto.

Ad esempio in passato, «a differenza degli atti a contenuto normativo, per la cui operatività l'art. 10 disp. sulla legge in gen. prescrive sempre la pubblicazione, e, di regola, la *vacatio*», per gli atti amministrativi generali «tali adempimenti non sono prescritti da alcuna disposizione di portata generale»[65].

Attualmente invece il regime previsto per le due categorie di atti è simile: l'art. 26, c. 1, l. n. 241/1990 prescrive la pubblicazione di tutti gli atti generali analogamente a quanto prevede per gli atti normativi il d.P.R. n. 1092/1985.

della astrattezza postula dunque l'insufficienza della capacità dell'atto di rivolgersi ad una generalità di soggetti non individuati né individuabili a priori singolarmente, giacché il requisito della generalità appartiene anche ai meri atti amministrativi generali che tendono «a soddisfare in concreto specifiche esigenze pubbliche». Secondo l'Autore (pag. 453) «rientrano nella categoria dei meri atti amministrativi generali i bandi di concorso o di gare (che sono dei veri e propri inviti alla generalità), gli ordini di censimento, gli ordini di mobilitazione civile e quelli di precettazione generale, i blocchi e gli sblocchi di merci in periodo di contingentamento, gli ordini di conferimento di merci agli ammassi, i provvedimenti apertura, di chiusura o di limitazione della caccia e della pesca, le fissazioni e le proroghe di termini (non disposti in via normativa) di adempimenti cui siano tenuti soggetti indeterminati (presentazione di domande per pubblici concorsi o gare, denuncie e pagamenti di tributi, compilazione e i questionari di censimento, ecc.)» poichè «sono tutti atti che, pur rivolgendosi a una generalità di soggetti istituzionalmente non individuati a priori dalla Amministrazione, sono volti a risolvere, in relazione a singoli casi già concretamente puntualizzati - e non in astratto - determinate esigenze pubbliche».

[62] G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p 395.

[63] Cass., sez. III, n. 17914/ 2003; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5326/2000. La categoria certamente più significativa è rappresentata dai piani regolatori che «da un lato, dispongono in via generale e astratta in ordine al governo e all'utilizzazione dell'intero territorio comunale e, dall'altro, contengono istruzioni, norme e prescrizioni di concreta definizione, destinazione e sistemazione di singole parti del comprensorio urbano» (Cons. Stato Ad. Plen., sent. n. 24/1999).

[64] M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., p. 73.

[65] A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., p. 51.

Inoltre sia gli atti normativi sia gli "atti a contenuto generale" sono sottratti all'obbligo di motivazione, sancito per ogni provvedimento amministrativo ex art. 3, c. 2, l. n. 241/1990, così come tutte le disposizioni sulla partecipazione procedimentale contenute nel capo III della medesima legge non si applicano nei confronti dell'attività amministrativa diretta all'emanazione di atti normativi, atti generali, di pianificazione e di programmazione (art. 13, c. 1, legge n. 241/1990).

Secondo la giurisprudenza la *ratio* di questa scelta risiede nel fatto che, rivolgendosi entrambe le categorie di atti ad una categoria indeterminata di destinatari, l'applicazione ai medesimi degli istituti in materia partecipatoria non avrebbe una sua ragion d'essere[66].

L'art. 17 l. n. 400/88 ha tentato di sostituire tali criteri di individuazione degli atti normativi disciplinando, come suesposto, la funzione regolamentare e il suo esercizio. Questi profili formali integrano i criteri sostanziali e, ove mancanti, sono raramente considerati indici di assenza del carattere normativo dell'atto[67] oppure vizi del procedimento e motivi di annullamento del medesimo con effetti *erga omnes*[68].

La differenza teorica delineata a livello teorico dovrebbe dunque essere rispettata a parere di chi scrive considerata la diversa natura degli atti *de quibus*: i soli regolamenti costituiscono fonti del diritto e sono connotati da un contenuto normativo, motivo per cui non può esserne consentita una sostituzione ricorrendo ad atti amministrativi. Valutate però le distorsioni in materia, prevale il ricorso a criteri sostanziali in ambito giurisdizionale per distinguerli.

6. La giurisprudenza della Corte costituzionale

Molteplici pronunce della Corte costituzionale (e come si avrà modo di vedere *infra* anche del Consiglio di Stato) hanno avuto ad oggetto la fuga dal regolamento e la ripartizione di competenze ex art. 117 Cost. come riformato dalla l. n. 3/2001. Il Giudice delle Leggi non ha mai chiarito la natura di tali decreti ministeriali esprimendosi «a prescindere dalla complessa qualificabilità dei

[66] La dottrina ha individuato ulteriori altre possibili ragioni dell'esclusione normativa, specie come rinvio alle singole discipline di settore; cfr. sul punto G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 271-272.

[67] Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 1011/2005 conferisce rilievo al difetto di requisiti formali, prescritti dall'art. 17 l. n. 400/1988, per escludere la natura di regolamento. Cass., sez. III, n. 6933/1999 attribuisce rilievo alla disciplina ex art. 17 l. n. 400/1988 per l'attribuzione del carattere della normatività, e, in caso di violazione di tale norma, nega carattere di regolamento al decreto con cui il Ministro per l'industria aggiorna gli importi dei massimali minimi di legge in materia di assicurazione obbligatoria r.c. auto.

[68] Cass., sez. III, n. 1972/2000, considerata l'inottemperanza all'art. 17 l. n. 400/1988, dispone l'annullamento del decreto ministeriale di determinazione dei canoni concessori delle utenze di acqua pubblica con effetto nei confronti di tutte le fattispecie concrete riconducibili alla previsione della norma caducata.

poteri in questione come potestà regolamentare in senso proprio»[69], pur concentrandosi sulla censura della lesione delle competenze regionali in seguito alla l. 3/2001 oltre che sul rispetto dell'art. 17 della l. n. 400/88[70].

Successivamente alla riforma costituzionale la Corte Costituzionale ha riconosciuto una corrispondenza tra la competenza regolamentare e quella legislativa: ad esempio, ha ritenuto legittimo il rinvio della legge statale ad atti di natura non regolamentare per la determinazione dei criteri e delle modalità di erogazione dei contributi per le attività dello spettacolo e delle aliquote di ripartizione annuale del fondo unico per lo spettacolo nonostante tale materia rientri nella competenza concorrente a seguito della riforma del Titolo V[71]. In tale pronuncia, la Corte Costituzionale ha fatto ricorso alla temporaneità della disposizione impugnata per sostenere le proprie ragioni: tale argomento è stato più volte utilizzato dal Giudice delle leggi anche per negare carattere normativo ad alcuni atti con natura temporanea[72].

Il Giudice costituzionale ritiene altresì legittimo l'intervento di regolamenti regionali in funzione integrativa anche in materie rientranti nella competenza esclusiva dello Stato come l'ambiente[73].

La Corte costituzionale generalmente non si è mai espressa in termini definitivi, parlando talvolta di «poteri di tipo normativo o programmatorio»"[74] e della possibilità che lo Stato possa «in una materia rimessa alla propria competenza legislativa esclusiva […] esercitare, nelle forme che ritenga più opportune, la potestà regolamentare»[75]. Si riscontra, pertanto, un atteggiamento di "indifferenza" per la reale identità di tali decreti[76].

[69] Così Corte cost. sent. n. 285/2005, punto 11 Considerato in diritto.

[70] Secondo G. RIVOSECCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo https://www.osservatorioaic.it/it/, 1-2, 2019, p. 98 «la Corte costituzionale potrebbe valorizzare la legge n. 400 del 1988 come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, sviluppando un più incisivo sindacato sulle norme che abilitano l'esercizio di tali forme di potestà regolamentare, seguendo il percorso prefigurato in altri "filoni" della giurisprudenza costituzionale».

[71] Corte cost., sent. n. 255/2004, in *Giur. cost.,* 2004.

[72] Cfr. sul punto G.U. RESCIGNO, *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sentenza n. 591 del 1988 della Corte costituzionale,* in *Giur. cost.,* 1988, p. 2749 e ss.; C. TUBERTINI, *Riforma costituzionale e potestà regolamentare dello Stato,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2002, p. 935 ss. ricorda che la Corte fa riferimento talvolta alla temporaneità degli effetti e talvolta all'esecutività delle disposizioni in esso contenute per escludere la normatività dell'atto.

[73] Corte cost., sent. n. 407/2002, in *Giur. cost.,* 2002, 2940 ss., con nota di F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie "trasversali": dalla sentenza n. 282 alla n. 407 del 2002*: la Corte riconduce la competenza, sia dello Stato sia delle Regioni alla materia dell'ambiente. Cfr., altresì, Corte cost. sent. nn. 96/ 2003 e 259/2004.

[74] Corte cost. sent. n. 165/2007, punto 4.4 Considerato in diritto.

[75] Corte cost. sent. n. 35/2005, punto 4 Considerato in diritto.

[76] Significativa in merito è la sentenza n. 129/2016, in cui la Corte giudica la legittimità costituzionale dell'art. 16, c. 6, del d.l. n. 95/2012, nella parte in cui prevede che la riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio e del fondo perequativo per ciascun Comune sia «determinata, con decreto di

La Corte costituzionale ha affrontato nuovamente in una pronuncia del 2006 la questione della natura degli atti non regolamentari del Governo, parlando al riguardo di «atto statale dalla indefinibile natura giuridica» ed illegittimo poiché lesivo della competenza regionale in materia di agricoltura[77].

Il Giudice delle leggi ha negato altresì la natura normativa del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 21 dicembre 2012 concernente lo schema di rendicontazione delle spese dei gruppi dei consigli regionali, affermando che si limitasse «ad indicare i criteri e le regole tecniche volte a soddisfare quelle esigenze di omogeneità nella redazione dei rendiconti annuali di esercizio dei gruppi consiliari»[78].

7. La giurisprudenza amministrativa

Lo stesso orientamento giurisprudenziale, tuttavia, ha consentito un notevole esercizio dalla funzione regolamentare del Governo, consapevole «di potersi inserire nelle zone d'ombra del sistema delle fonti, quale risultante dalla nuova stesura del Titolo V», anche attraverso atti amministrativi generali o decreti di natura non regolamentare con carattere normativo. Da un'analisi della giurisprudenza del Consiglio di Stato, ad esempio, è possibile comprendere la «facilità di superamento di obiezioni di incostituzionalità per violazione dell'art. 117, comma 6 Cost., e dell'elasticità del limite delle materie invocato, dall'organo consultivo, a sostegno della potestà regolamentare dello Stato»[79].

Nelle more dell'entrata in vigore della l. n. 3/2001, il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità dell'esercizio della funzione regolamentare dello Stato in nome della competenza alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali poiché ciò non comporta contrasto con il nuovo ordinamento dell'autonomia regionale[80]. Ha riconosciuto, altresì, la competenza esclusiva dello Stato in materia di ambiente e di tutela

natura non regolamentare del Ministro dell'interno». La disposizione è illegittima, nella parte in cui non prevede, «nel procedimento di determinazione delle riduzioni […] da applicare a ciascun Comune […], alcuna forma di coinvolgimento degli enti interessati, né l'indicazione di un termine per l'adozione del decreto di natura non regolamentare del Ministero dell'interno». Nonostante tale decisione, il Giudice costituzione non si sofferma mai sulla natura del decreto.

[77] Cfr. Corte cost. sent. n. 116/2006, cit., in *Giur. cost.,* 2006, p. 1099 e ss. con nota critica di R. MANFRELLOTTI, *Il riparto di competenze regolative nell'art. 117 della Costituzione: il caso delle biotecnologie*, sottolineando la "fuga dal regolamento" attuata con un atto avente forma di atto amministrativo generale e anima di regolamento, rileva la lesione, dell'art. 100 Cost., fondamento costituzionale della giustizia dell'amministrazione.

[78] Corte cost., sent. n. 39/2014, cit.

[79] A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, cit.

[80] Cons. St., Ad. Gen., con il parere n. 207/2001 afferma la spettanza allo Stato del potere regolamentare per la definizione e l'erogazione dei finanziamenti a favore di associazioni di volontariato per l'assistenza a soggetti con handicap gravi. Cfr. A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, cit., sull'analisi giurisprudenziale del Consiglio di Stato.

dell'ecosistema[81], quella trasversale in materia di concorrenza ritenendo che possa adottare misure idonee ad incidere sull'equilibrio economico generale «mentre appartengono invece alla competenza regionale gli interventi sintonizzati sulle realtà produttive regionali»[82] e ha affermato il potere sostitutivo statale[83] in materia di attuazione di direttive comunitarie.

Si sancisce, dunque, la possibilità dello Stato di intervenire con propri regolamenti anche in materie non rientranti nella sua competenza esclusiva.

Vi sono, tuttavia, alcuni pareri contrari dello stesso organo consultivo alla presenza di una funzione regolamentare statale in materie rientranti nella competenza legislativa concorrente: ad esempio, nel 2002 il Consiglio di Stato ha dichiarato che, essendo state iscritte le materie della "salute" e delle "professioni" in quelle di competenza legislativa concorrente, lo Stato non può disciplinare con regolamenti tali settori[84].

Degni di nota sono anche ulteriori orientamenti del Consiglio di Stato. L'organo ausiliario del Governo, pur indicando criteri sostanziali di identificazione delle fonti, non ha mai preso una posizione chiara in merito. L'Adunanza plenaria n. 9/2012 ha ritenuto che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili, mentre l'atto amministrativo generale, rivolto alla regolamentazione di un caso particolare, ha destinatari determinabili a posteriori. Essa ha riconosciuto la rilevanza della prassi della fuga dal regolamento e ha sostenuto che «deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti 'atipici', di natura non regolamentare». In tale pronuncia l'Adunanza Plenaria ha ammesso il carattere normativo del decreto ministeriale oggetto della controversia: esso non può essere negato solamente perché l'atto si applica esclusivamente agli operatori di un settore, bensì è fondamentale verificare se il decreto sia dotato di generalità e astrattezza in quel determinato ambito.

Vi sono state pronunce intese a considerare taluni atti come non regolamentari: ad esempio, il Consiglio di Stato ha sancito che l'atto ministeriale impositivo dell'obbligo di presentazione di fideiussione bancaria da parte delle imprese di trasformazione privata sia «un provvedimento amministrativo di carattere generale, destinato alla cura concreta di interessi pubblici (...) e non, invece, ad un precetto frutto di un potere normativo di carattere secondario, integrativo della norma primaria, dotato del carattere dell'astrattezza e della generalità»[85]. Parimenti nel 2007, riconoscendo al d.m. in tema di quote latte «carattere generale, ma non astratto», ha stabilito che esso dovesse «essere

[81] Cons. St., sez. C, Ad. Gen., parere n. 1509 del 26 agosto 2002.
[82] Cfr. Cons. St., sez. C, Ad. Gen., parere n. 6849 del 19 aprile 2004.
[83] Cfr. Cons. St., sez. C, Ad. Gen., parere n. 2 del 25 febbraio 2002.
[84] Cfr. Cons. St., Ad. Gen., parere n. 1. dell'11 aprile 2002 e parere n. 1195 del 22 aprile 2002.
[85] Cons. Stato, sez. VI, sent. 2515/2002.

considerato atto generale ma non normativo di natura regolamentare»[86]. Nel 2008, invece, considerata la loro «funzione meramente liquidativa di crediti retributivi»[87], il Consiglio di Stato ha affermato la natura normativa di alcuni d.P.C.M. e nel 2010 di decreti ministeriali disciplinanti la raccolta a distanza delle scommesse pubbliche, espressione della «potestà attribuita all'amministrazione di incidere, integrandola e arricchendola, su una preesistente disciplina legislativa»[88].

Ultimamente, tuttavia, il Consiglio di Stato è intervenuto su alcune decisioni del Giudice di prime cure. Ad esempio, con una sentenza del 2016 ha riformato la sentenza TAR Lazio, che aveva disposto l'annullamento del decreto ministeriale 1 luglio 2014 poiché aveva natura di regolamento ed era stato emanato violando l'art. 17 l. n. 400/1988[89]. Il Consiglio di Stato ha annullato tale pronuncia, basandosi sul piano formale sulla qualificazione di atto non avente natura regolamentare e, sul profilo sostanziale, sull'assenza dei «connotati intrinseci dell'atto normativo»[90].

Tale linea di pensiero è stata poi ribadita in due decisioni relative all'organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali e all'istituzione del Parco Archeologico del Colosseo[91]. Il Consiglio di Stato, infatti, ha reputato legittima l'adozione di un atto non regolamentare ritenendo che la fonte primaria di autorizzazione debba rinvenirsi nelle fonti primarie di autorizzazione speciale, con conseguente legittima adozione di un atto non regolamentare[92], difatti «la qualificazione dell'atto come 'non regolamentare' comporta la inapplicabilità di tale disposizione costituzionale e del vincolo modale da essa previsto nel riparto delle competenze», e comunque «qualora fosse stato qualificato il decreto in esame come atto regolamentare, in ogni caso il legislatore

[86] Cons. Stato, sez. VI, sent. 3777/2007.

[87] Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 2435/2008; Cons. St., sez. VI, sent. n. 2476/2008.

[88] Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. n. 2841/2010, cit.

[89] TAR Lazio, sede di Roma, sez. II-quater, sent. n. 7479/2016.

[90] Cons. St., sez. VI, sent. n. 5035/2016. In tale sentenza è sottolineato il principio di sussidiarietà: «lo Stato, qualora ravvisi l'esistenza di esigenze unitarie, può, però, pur in presenza di materie (esclusive o) concorrenti regionali, 'chiamare in sussidiarietà' funzioni regionali o degli enti locali e, in ossequio al principio di legalità, dettare la relativa disciplina» poiché «il legislatore ha, infatti, previsto il meccanismo della cosiddetta 'chiamata in sussidiarietà', che (…) implica una attrazione della funzione amministrativa, e dunque di un atto amministrativo (anche generale), a livello centrale e la sua disciplina con legge. (…) In questa prospettiva, si giustifica il richiamo, effettuato dalla legge del 2005, ai decreti ministeriali di cui al decreto-legge n. 24 del 2003, che include la loro espressa qualificazione di decreto di «natura non regolamentare».

[91] Tar Lazio, sede di Roma, sez. II quater, sent. nn. 6719/2017 e 6720/2017. Il Giudice di prime cure aveva ritenuto illegittimi per vizi procedurali alcuni decreti di natura non regolamentare perché riteneva dovesse applicarsi la disciplina dell'art. 17, c. 4-bis, l. n. 400/1988.

[92] Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 3666/2017.

statale ha il potere di prevedere un sistema normativo fondato sulla sussidiarietà, che può ricomprendere anche la funzione regolamentare»[93].

Da queste breve analisi giurisprudenziale si può comprende l'assenza di pareri univoci. Non a caso nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 il Presidente del Consiglio di Stato[94] e in una audizione al Comitato per la Legislazione il Presidente hanno auspicato la conferma della previsione del parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo, prima che questo sia sottoposto alle Commissioni parlamentari competenti[95].

8. Il nuovo orientamento della Cassazione

Recentemente anche la Corte di Cassazione si è espressa sui decreti ministeriali, in particolar modo su quelli determinativi del tasso di interesse. Il caso di specie ha riguardato l'onere di allegazione dei "decreti ministeriali ai fini della prova del tasso di usura". Il ricorrente, infatti, valutando che tali decreti fungessero da atti integrativi degli artt. 614 cod. pen e 1815 cod. civ., come novellati dall'art. 1 e dall'art. 4 della l. n. 108/96, in applicazione dell'art. 2 della medesima legge e quindi avessero «valore di norma giuridica», lamentava la violazione del principio *iura novit curia* da parte dei giudici: deduceva, infatti, la violazione dell'art. 113 c.p.c. perchè la Corte d'appello avrebbe erroneamente ritenuto che l'onere di produzione dei decreti ministeriali determinativi dei tassi soglia dovesse essere assolto dalla parte attrice.

La Corte di Cassazione, spiegando che «la Corte di merito (…) ha ritenuto che l'onere processuale della produzione di atti contenenti una normativa secondaria incombe sulla parte deducente, in quanto tali dati non rientrano nella scienza comune», qualificando i decreti ministeriali atti amministravi, ha accolto la censura del ricorrente ribadendo che «la Corte di legittimità si è limitata ad affermare che la nuova produzione di normativa secondaria sia inammissibile (…) unicamente in relazione al giudizio di legittimità» secondo quanto disposto dell'art. 372, c. 1, c.p.c. Dunque è inammissibile il motivo di ricorso con cui si deduce la violazione di decreti ministeriali determinativi del tasso di riferimento di interesse quando non siano acquisiti agli atti del giudizio di merito perché «la loro natura di atti amministrativi rende inapplicabile il principio *jura novit curia*». La Corte di Cassazione con la sentenza 8883/2020 ha affermato che i decreti *de quibus* «fungono da parametri di riferimento

[93] Così Cons. St., sez. VI, sent. n. 5035/2016 cit. Inoltre cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 3665 e n. 3666 del 2017 cit.

[94] Cfr. la Relazione del Presidente Alessandro Pajno, Roma, Palazzo Spada, 30 gennaio 2018, p. 38 ss.

[95] Cfr. Audizione alla Camera dei Deputati – Comitato per la legislazione del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi sulle tendenze della produzione normativa del 27 marzo 2019, reperibile al link http://www.camera.it/.

necessari per la valutazione della fattispecie» e che «non deve tuttavia considerarsi necessario, sulla base del principio di allegazione, che la parte supporti la deduzione di nullità producendo i d.m. che nel tempo hanno fissato i tassi soglia» basandosi esclusivamente sulla natura amministrativa di tali atti perché «conformemente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza di questa Corte, in più occasioni, con riguardo al giudizio di merito, il Giudice di merito ha un potere-dovere di acquisizione in materia».

Anche in questo caso, dunque, si assiste ad un cambiamento rispetto al precedente orientamento della Corte, che con l'ordinanza n. 2543 nel 2019 aveva qualificato tali decreti ministeriali come atti amministrativi affermando che chi volesse contestare la natura usuraria del tasso di interesse avrebbe dovuto depositare copia in giudizio dei decreti ministeriali non essendo applicabile il principio *iura novit curia*.

9. Conclusioni

Si deduce, per concludere, un chiaro ricorso del Governo a decreti-legge che rinviano a loro volta a "decreti di natura non regolamentare" con il risultato di eludere i controlli espressamente previsti ed il confronto parlamentare con le opposizioni. Si assiste ad una duplice fuga dal regolamento: una "verso l'alto", mediante il ricorso alla questione di fiducia ed alla pratica dei maxi-emendamenti, ed una "verso il basso", ovvero ricorrendo ad atti amministrativi generali[96], determinando ripercussioni sul ruolo del Parlamento. La stessa pandemia, difatti, ha mostrato la riduzione della funzione normativa delle Camere: il Rapporto 2019-2020 dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati ha sottolineato come «inevitabilmente il sistema normativo (…) abbia reagito confermando le tendenze già in atto», con una «accelerazione di dinamiche preoccupanti, in particolare con riferimento agli equilibri del sistema delle fonti».

È pur vero che oramai la pandemia si protrae da molto tempo motivo per cui ci troviamo «in una condizione trasformatasi sostanzialmente in ordinaria (per quanto a tempo definito possa essere), che reclamerebbe una parimenti ordinaria risposta delle istituzioni» ed un recupero da parte del Parlamento della funzione normativa. È indubbio, infatti, che «il compito di ridurre le perduranti incertezze intorno al carattere normativo di molti decreti ministeriali, gravi, in prima battuta, sul legislatore» che potrebbe imporre, ad esempio, la forma regolamentare a tutti gli atti con un contenuto normativo[97].

[96] A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo https://www.rivistaaic.it/it/, 3, 2019, p. 15.

[97] M. LOSANA, *L'attuazione delle leggi nella prassi ministeriale. Appunti dalle audizioni dei capi degli uffici legislativi svolte dal Comitato per la legislazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo https://www.osservatoriosullefonti.it/, 3, 2018, p. 24- 25.

Nonostante il Governo abbia fatto ricorso ai d.P.C.M. per ragioni di speditezza e flessibilità, pare opportuno chiedersi se le misure di contenimento potessero essere adottate con altri strumenti come ad esempio decreti-legge, la cui adozione avrebbe coinvolto sia il Presidente della Repubblica che il Parlamento.

La stessa Corte costituzionale nella sentenza n.127 del 1995, chiamata a pronunciarsi sulle misure adottate durante un'emergenza sanitaria, precisò di aver «già sottolineato il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa; e ha precisato trattarsi di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentenze 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956)».

Proprio perché la Costituzione «giusto o sbagliato che sia non contiene – a differenza di altre Costituzioni – disposizioni sulla distribuzione dei poteri in una fase di emergenza»[98] questa crisi potrebbe rappresentare l'occasione per introdurre una disciplina costituzionale della stessa e per arginare con adeguati strumenti la fuga dal regolamento.

A tal proposito bisogna sottolineare che la funzione regolamentare, come già esposto in precedenza, è strettamente connessa con l'indirizzo politico e che una delle cause della fuga dal regolamento si individua nell'evoluzione storica delle forme di Stato. Il rafforzamento della legittimazione dei Governi, e soprattutto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ha avuto un duplice effetto: «la traslazione in capo ad essi delle quote più rilevanti dell'indirizzo politico (…) e sul piano delle fonti del diritto ha invece assecondato (…) l'espansione dei poteri normativi primari e secondari dell'Esecutivo»[99]. I d.P.C.M., «plastica rappresentazione dei rapporti di forza endogovernativi»[100], potrebbero dunque definirsi conseguenza della maggiore forza acquisita dal Presidente del Consiglio all'interno del Governo e lo strumento cui si ricorre al fine di imputare a quest'ultimo la decisione quando sono coinvolte molteplici competenze. Numerose funzioni di indirizzo politico del Presidente del Consiglio dei Ministri previste nell'art. 2, c. 2, d.lgs. 303/99, come ad esempio quelle di promozione, coordinamento e monitoraggio, sono difatti esercitate attraverso atti non considerati normativi, tra cui direttive e linee guida.

[98] B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.*it, disponibile all'indirizzo https://www.federalismi.it, 6, 2020.

[99] D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente,* in *Osservatorio sulle fonti,* disponibile all'indirizzo https://www.osservatoriosullefonti.it/, 2,2019, p. 14.

[100] D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo https://www.federalismi.it, 3, 2017, p. 6.

Il contenuto multiforme dei d.P.C.M., dunque, potrebbe rendere complesso ipotizzare una razionalizzazione della l n. 400/88 poiché «appare più facile vivere alla giornata, per così dire, che inseguire riforme archetipiche destinate ad essere presto erose dal mutevole corso della prassi»[101].

Si potrebbe allora auspicare una maggiore opposizione del Parlamento, considerato che le leggi disciplinanti i procedimenti di approvazione dei d.P.C.M. derogatori rispetto alla l. n. 400/88 godono dell'approvazione delle Camere. Viene dunque da chiedersi perché queste non oppongano una seria resistenza a infiltrazioni nel sistema delle fonti potenzialmente pericolose.

Un intervento maggiormente decisivo (e coerente) potrebbe essere altresì esercitato sia del Giudice amministrativo attraverso l'annullamento dei provvedimenti che della Corte costituzionale mediante la dichiarazione di illegittimità della legge che rinvii ad atti "di natura non regolamentare" la produzione di effetti normativi.

È necessario, difatti, sottolineare la rilevanza all'interno dell'ordinamento giuridico della procedimentalizzazione e della «tipizzazione delle tecniche argomentative dei giudici, al fine di ricostruire, almeno a posteriori, criteri di prevedibilità e di calcolabilità dell'azione dei pubblici poteri»[102].

[101] D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius,* cit., p. 27.
[102] A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare*, cit.

NOTE MINIME SULLA SOPRAVVIVENZA DEI VALORI AMBIENTALI ALLA LORO COSTITUZIONALIZZAZIONE

GIAN LUCA CONTI*

Sommario

1. Premessa: eterogenesi dei fini. – 2. Spunti dai lavori preparatori. – 3. Il futuro incerto dello sviluppo sostenibile. – 4. Sguardi critici e problemi di *drafting*. – 5. La Costituzione degli animali. – 6. Conclusioni: i valori ambientali potranno sopravvivere alla loro costituzionalizzazione?

Abstract

The article critically analyses the constitutional amendment approved by Constitutional Law No. 1 of 2022. Will environmental values survive their constitutionalisation?

Suggerimento di citazione

G.L. CONTI, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore ordinario di Diritto costituzionale all'Università di Pisa.
Contatto: gianluca.conti@unipi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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: eterogenesi dei fini

La l. cost. 1/2022, in apparenza, compie due operazioni: in primo luogo, collega esplicitamente la tutela dell'ambiente alla libertà di iniziativa economica, senza però fare esplicitamente propria la logica dello sviluppo sostenibile che, invece, sembra negare; in secondo luogo, corregge e consolida il filone giurisprudenziale che ha costituzionalizzato l'ambiente sin dal 1986[1], affermando la primazia assoluta dei valori ambientali.

Entrambe le operazioni meritano di essere prese sul serio anche se impongono una notevole prudenza.

Malgrado le sue multiformi ambiguità, la nozione di sviluppo sostenibile è una parte importante della storia dei principi ambientali, e, probabilmente, non sarebbe ragionevole modificare la rotta seguita sin qui dal nostro ordinamento anche per effetto del timone eurounitario.

Nello stesso tempo, questa legge costituzionale pone due questioni che riguardano la struttura della Costituzione. L'integrazione dei principi fondamentali, che non era mai avvenuta dopo la pubblicazione della gazzetta ufficiale del 1° gennaio 1948, cambia l'idea di contratto sociale che aveva guidato i Costituenti? Nel momento in cui la Costituzione chiede al legislatore di assicurare un elevato livello di tutela ambientale, la Corte costituzionale diventa il giudice "tecnico" della legislazione ambientale sotto il profilo della sua adeguatezza?

Di conseguenza, la l. cost. 1/2022 è intrisa di ambiguità: modifica i Principi Fondamentali della Costituzione, ma non chiarisce quale sia la sua efficacia; sembra ricondurre la Corte costituzionale a un esercizio di maggiore prudenza rispetto alla creazione per via pretoria di un valore costituzionale, ma potrebbe essere interpretata in modo da aumentare il potere discrezionale della Corte, spingendolo fino a valutare nel merito tecnico le scelte degli standard ambientali da parte del legislatore.

Queste ambiguità, che sottintendono una sorta di eterogenesi dei fini, possono essere superate solo cercando di interpretare con analitica umiltà la l. cost. 1/2022 perché si tratta, comunque, di una modifica della Costituzione che deve essere oggetto della massima considerazione da parte dei suoi interpreti[2].

[1] Il riferimento è, ovviamente, a Corte cost. 151/1986 e 641/1987, e alla successiva giurisprudenza costituzionale che attraverso diverse tappe, non facilmente organizzabili, ha costruito il valore costituzionale dell'ambiente. Sul tema, per tutti perché caratterizzati da preveggente attualità: S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano – Giuffrè, 2012, e di M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano – Giuffrè, 2000.

[2] La XVIII Legislatura, che spirerà il 25 settembre 2022, non è stata affatto priva di un certo spirito garibaldino in materia costituzionale. Al di là dei programmi di riforma costituzionale propugnati all'inizio del primo governo Conte, su cui il dossier di *astrid-online*, https://www.astrid-online.it/dossier/dossier--r/riforme-costituzionali-governo-conte/index.html?page=1, si è susseguita una riduzione del numero dei parlamentari, che può essere considerata temeraria, e una modifica dell'art. 119,

2. Spunti dai lavori preparatori

I lavori preparatori della l. cost. 1/2022 sono particolarmente scarni.

Può essere considerato meritevole di considerazione che tutte le riforme costituzionali della XVIII Legislatura si sono mosse, in prima lettura, dal Senato che perciò sembra avere assunto il ruolo di avanguardia del diritto costituzionale, se si può utilizzare questa espressione[3].

L'esame in sede referente delle abbinate proposte di legge S. 83, S. 212 e S. 1203 è cominciato al Senato della Repubblica nella seduta dell'8 ottobre 2019 della 1° Commissione Affari costituzionali, quando è stato deliberato lo svolgimento di un ciclo di audizioni informali, che si sono tenute nelle sedute del 24 ottobre, 14 e 27 novembre 2019, 4 febbraio, 23 settembre 2020 e si sono concluse il 19 aprile 2021.

Alle audizioni hanno partecipato: Amendola, D'Atena, Pertici, Morrone, Cerini, Porena, Fracchia, Azzariti, Grasso, Cecchetti, Maddalena, Mazzoli, Palici di Suni, D'Amico, Trucco, nonché l'Unione Veneta Allevatori e l'Unione delle Filiere Agroalimentari.

Nella seduta del 4 novembre 2020, la Commissione ha istituito un Comitato ristretto per l'individuazione di un testo unificato dei disegni di legge in esame: nel corso dei lavori della Commissione sono stati congiunti anche i disegni di legge costituzionale n. 1532, 1627, 1632, 938 e 2160. Il Comitato ristretto ha completato i suoi lavori il 23 marzo 2021 adottando per il prosieguo il testo unificato formulato dalla relatrice. L'esame della Commissione è proseguito nelle sedute del 20 aprile, 5, 18 e 19 maggio 2021, quando è stato proposto il testo unificato. L'assemblea ha approvato il testo unificato proposto dalla Commissione cui è stato aggiunto un ulteriore articolo che prevede una clausola di salvaguardia per le Regioni a statuto speciale e le province autonome in materia di tutela degli animali. La proposta è stata approvata con 224 voti favorevoli, 23 astenuti e nessun voto contrario.

Il tema maggiormente dibattuto è stato la tutela degli animali[4].

Cost. di sicuro interesse perché è la prima volta che un disegno di legge di iniziativa popolare modifica la Costituzione, ma anche di una certa complessità: perché le Isole meritano una speciale considerazione rispetto ad altri territori egualmente svantaggiati?

Il tratto essenziale di tutte queste riforme, però, è stato l'unanimismo che ne ha caratterizzato l'approvazione e che, ovviamente, è nemico di scelte coraggiose o potenzialmente impopolari.

[3] Questo ruolo è particolarmente evidente con riferimento ai regolamenti parlamentari: dal 2017, è il Senato che traina la Camera su questo delicato versante. Questo è interessante perché se Senato significa tradizione, quando l'innovazione viene dalla tradizione significa che il valore dell'innovazione è nel senso della conservazione attraverso limitati interventi di manutenzione piuttosto che della trasformazione.

[4] Sul tema, G. PELAGATTI, *La costituzionalizzazione simbolica degli animali nella revisione dell'art. 9*, in *Amministrazione in cammino*, 8 luglio 2022.

Alla Camera, l'iter è iniziato in Commissione il 23 giugno 2021 ed è terminato in Assemblea il 12 ottobre 2021, quando il testo è stato approvato senza alcuna modificazione, con 387 voti favorevoli e nessun voto contrario.

La I Commissione Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e dell'interno, ha avviato l'esame della proposta C. 3156 pervenuta dal Senato e delle abbinate proposte di legge nella seduta del 23 giugno 2021, il 29 giugno 2021 è stato adottato come testo base il testo pervenuto dal Senato. Nella seduta del 7 luglio 2021, sono state esaminate 21 proposte emendative senza l'approvazione di alcun emendamento. Nella seduta del 29 luglio 2021, si è preso atto dei pareri favorevoli delle Commissioni VI, VII, VIII, X, XII e XIII, dando mandato a riferire alla relatrice in senso favorevole all'Assemblea sul provvedimento nel medesimo testo trasmesso dal Senato. La discussione in Assemblea si è svolta nelle sedute dell'11 e del 12 ottobre 2021.

Il 3 novembre 2021, dopo l'esame in sede referente svolto dalla Commissione Affari costituzionali svolto nella seduta del 26 ottobre 2021, l'Assemblea del Senato ha approvato in seconda deliberazione con la maggioranza dei due terzi, i voti favorevoli sono stati 218, gli astenuti 2, i voti contrari nessuno. È singolare che in seconda deliberazione i voti favorevoli siano stati meno che in prima deliberazione (218 anziché 223).

Nella seduta dell'8 febbraio 2022, dopo l'esame in sede referente da parte della I Commissione permanente, iniziato e terminato il 19 gennaio 2022, la Camera ha approvato definitivamente il testo che le era stato trasmesso dal Senato, con 468 voti favorevoli[5] e un voto contrario.

L'aspetto più interessante dell'iter di approvazione della l. cost. 1/2022 è che questo procedimento legislativo, sul piano politico, sembra essere stato fortemente influenzato dalle dichiarazioni del Presidente del consiglio dei ministri Mario Draghi, in sede di dichiarazioni programmatiche al Senato: la fiducia al Governo Draghi è stata votata il 17 febbraio 2021, la 1° Commissione permanente ha licenziato il testo base il 23 marzo 2021 e nelle sue dichiarazioni programmatiche Draghi collega esplicitamente lo sviluppo, inteso come nuova ricostruzione della Nazione, un compito esplicitamente assimilato al dopo guerra, alla tutela dell'ambiente.

Questo sembra essere il significato più profondo della l. cost. 1/2022: i valori ambientali sono centrali per la costruzione dell'indirizzo politico.

[5] I deputati Deidda e Ferro hanno segnalato che nel corso della votazione avevano erroneamente espresso voto favorevole mentre in realtà si volevano astenere. Entrambi fanno parte del gruppo di Fratelli d'Italia.

3. Il futuro incerto dello sviluppo sostenibile

Lo sviluppo sostenibile è il punto di arrivo del complesso percorso della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale, dopo la stagione dell'ambiente come valore primario e assoluto[6], ha poi considerato l'ambiente come strumento di riequilibrio nei rapporti Stato – regioni disegnati dalla riforma del Titolo V[7], è arrivata a definire l'ambiente come un bene materiale[8], ed è infine giunta a leggere la tutela dell'ambiente nel complessivo prisma dello sviluppo sostenibile, soprattutto con la giurisprudenza che si è confrontata con il caso ILVA (Corte cost. 85/2013, 182/2017, 58/2018).

Rispetto a questo percorso, la l. cost. 1/2022 segna un arretramento che suona come censura. L'ambiente deve essere tutelato in assoluto perché la libertà di iniziativa economica non può sacrificare né la salute né l'ambiente.

Il fulcro delle attribuzioni di arbitraggio di competenza della Corte costituzionale si sposta, perciò, dalla valutazione della ragionevolezza dei limiti reciproci che lo sviluppo e la tutela dell'ambiente si pongono alla efficacia delle misure di tutela dell'ambiente espresse dal legislatore. Prima della l. cost.

[6] Vedi, fra le altre, Corte cost. 641/1987; 1031/1988; 67/1992; 318/1994. Il tratto essenziale di questa giurisprudenza è che l'ambiente viene disegnato come un "valore" assoluto e primario di invenzione della Corte, la quale afferma che si tratta di un diritto individuale, ma anche di un interesse della collettività e, infine, di un bene materiale ovvero immateriale.

[7] Tipicamente Corte cost. 407/2002, dove l'ambiente è definito non "una materia in senso stretto", in quanto la disposizione costituzionale avrebbe un valore non oggettivo, ma finalistico. Inoltre, trattandosi di una competenza che "si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze", si è ritenuto che allo Stato spetterebbe "solo il potere di fissare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali". Si pongono in continuità: Corte cost. 222/2003 e 307/2003.

[8] In questi termini, 367 e 368/2007. Per la prima: il paesaggio è un valore primario ed assoluto, la tutela del paesaggio è la tutela del complesso dei beni materiali che danno una determinata forma al territorio, sul territorio gravano più interessi pubblici, taluni che guardano alla sua conservazione, e che sono di competenza esclusiva dello Stato, talaltri che riguardano la sua fruizione e che appartengono alla competenza concorrente regionale particolarmente in materia di governo del territorio e valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, di talché la conservazione è un limite alla fruizione e la allocazione delle due funzioni a soggetti diversi ha una precisa logica di tutela.

Per la seconda, *per la soluzione del problema del riparto di competenze tra Stato, Regioni e Province autonome in materia di ambiente, che sovente l'ambiente è stato considerato come "bene immateriale".*

Sennonché, quando si guarda all'ambiente come ad una "materia" del riparto della competenza tra Stato e Regioni, è necessario tener presente che si tratta di un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti. In questo senso, del resto, si è già pronunciata questa Corte con l'ordinanza n. 144 del 2007, per distinguere il reato edilizio da quello ambientale.

Oggetto di tutela, come si evince anche dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, è la biosfera, che viene presa in considerazione, non solo per le sue varie componenti, ma anche per le interazioni fra queste ultime, i loro equilibri, la loro qualità, la circolazione dei loro elementi, e così via. Occorre, in altri termini, guardare all'ambiente come "sistema", considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto.

In questi termini, vedi anche 378/2007, 142, 180, 214, 220, 329, 437/2008, 61/2009.

1/2022, la Corte poteva entrare nel merito del bilanciamento perché riteneva inevitabile che questo bilanciamento dovesse essere operato. Dopo l'ambiente diventa un bene *extra commercium* secondo una impostazione sostenuta con forza da Azzariti nel ciclo di audizioni al Senato[9].

Tuttavia la Corte costituzionale può valutare nel merito delle scelte di tutela operate dal legislatore perché nessuna norma di legge può consentire alla libertà di iniziativa economica di svolgersi in modo da arrecare un danno all'ambiente. La costituzionalizzazione del danno ambientale ha un senso se è rivolta essenzialmente verso il legislatore il quale deve assicurare per mezzo degli standard ambientali che nessun fabbricante, nel senso utilizzato dalla legislazione eurounitaria, possa arrecare un danno. Spetta, perciò alla Corte costituzionale di verificare, ad esempio, se i valori soglia indicati nell'allegato 5 alla Parte IV, Titolo V al codice dell'ambiente "Concentrazione soglia di contaminazione nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee in relazione alla specifica destinazione d'uso dei siti", siano effettivamente legittimi perché in grado di assicurare l'impossibilità di danni per l'ambiente.

Si tratta di uno spostamento della Corte costituzionale, se così mi posso esprimere, non da poco.

La Corte nel modello dello sviluppo sostenibile arbitra, nelle forme del giudizio di legittimità incidentale, un conflitto di attribuzioni fra il potere giudiziario e il potere legislativo intorno al diritto alla salute.

Nel modello della l. cost. 1/2022, spinto agli estremi, come sicuramente non accadrà, la Corte potrebbe diventare, dilatando neppure troppo i propri poteri istruttori, il giudice ultimo dell'ambiente.

4. Sguardi critici e problemi di *drafting*

Sono diversi gli sguardi critici che si sono appuntati sulla l. cost. 1/2022.

In primo luogo, vi sono coloro che hanno ritenuto che la modifica di una disposizione della Costituzione espressa dai primi dodici articoli della Costituzione determinerebbe una rottura della continuità costituzionale secondo i principi espressi da Corte cost. 1146/1988[10].

[9] La stessa impostazione ha caratterizzato anche l'intervento di Amendola.

[10] In questi termini, T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi*, 23 giugno 2021, seguito da G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, ivi, 1° luglio 2021. Per Frosini, *con la modifica dell'art. 9 si sfata quello che era considerato un tabù costituzionale, e cioè che non si modificano i principi supremi. Lo ha detto nel 1988 la Corte costituzionale con la sentenza n. 1146, imponendo un limite al potere di revisione costituzionale ex art. 138 e avvalorando la tesi che "la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale", come recita l'art. 139, consiste, appunto, nell'immodificabilità dei principi supremi. Tali debbono essere ritenuti i principi fondamentali, quindi quelli previsti dall'art. 1 all'art. 12, che strutturano l'essenza, come forma, dello stato repubblicano. Se non si volessero ritenere supremi i principi fondamentali, espressamente previsti come tali dalla costituzione, allora sarebbero privati di una precisa codificazione*

Si può obiettare che autorevole dottrina[11] sostiene che i principi fondamentali della Costituzione non sono contenuti dai primi 12 articoli, sia nel senso che vi sono principi fondamentali espressi altrove – uno per tutti: l'art. 139, Cost. – sia nel senso che vi sono articoli nei primi 12 che non possono essere considerati principi fondamentali – uno per tutti l'art. 12, Cost.[12].

Avere collocato la tutela dell'ambiente fra i principi fondamentali, nel luogo in cui lo aveva scoperto la giurisprudenza della Corte costituzionale, può essere considerato un argomento per considerare flessibile, siccome aperto alla evoluzione, il contratto sociale e questo potrebbe aprire a riflessioni piuttosto interessanti.

Altri hanno sottolineato la sostanziale inutilità della riforma che, in fondo, non aggiungerebbe molto al formante giurisprudenziale della Corte, sia in punto di tutela dell'ambiente che di limiti alla libertà di iniziativa economica[13], aggiungendo anche una serrata critica della ideologizzazione dei valori ambientali operata dalla riforma, richiamando i concetti sviluppati dall'ormai anziano, ma non per questo meno acuto o profondo, Schmitt di Ebrach[14].

Il primo aspetto sembra una petizione di principio: nessuno sa come sarà interpretata la l. cost. 1/2022 e il secondo è una battaglia difficile da vincere: è la Corte costituzionale che considera la Costituzione come un luogo di mediazione e composizione di valori assiologicamente vivi e pulsanti nella coscienza della Repubblica.

Al di là delle questioni di fondo poste dalla l. cost. 1/2022, per le quali occorrono più polmoni di quelli che respirano l'afa di queste pagine, i problemi più interessanti sono di *drafting*. Così, in primo luogo: la tutela dell'ecosistema affidata in via esclusiva alla legge dello Stato dall'art. 117, secondo comma, lett. s) costituisce una materia diversa dalla tutela degli ecosistemi che la Repubblica deve assicurare ai sensi dell'art. 9, terzo comma[15]?

costituzionale e quindi andrebbero ritenuti quali meta norme, ovvero meta principi e come tali non potrebbero assurgere a parametro costituzionale. Questo argomento è lucidamente dibattuto da M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in M. Cecchetti, L. Ronchini, E. Bruti Liberati (ed.), *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*, Napoli – Editoriale Scientifica, 2022.

[11] In questi termini, A. CERRI, voce *Revisione costituzionale*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1991 (e aggiornamento 2011), L. PALADIN, *Le fonti del diritto,* Bologna, 1996 e dello stesso A., *I 'princìpi fondamentali' della Costituzione repubblicana: una prospettiva storica*, adesso in Id., *Saggi di storia costituzionale*, Bologna – Il Mulino, 2008.

[12] Ma vedi le osservazioni di G.L. CONTI, *Divagazioni emblematiche: lo stemma della Repubblica come norma*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[13] In questi termini, oltre alle serrate critiche di Di Plinio che si sono rammentate, L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in www.federalismi.it, 23 giugno 2021.

[14] G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, cit.

[15] Non è di questa opinione Cecchetti per il quale la declinazione al singolare del lemma ecosistema in 117, secondo comma, lett. s) sarebbe una incongruenza successivamente corretta dalla legge

Se le parole hanno un senso, la stessa parola se usata al singolare o al plurale deve avere un senso diverso.

In questo preciso caso, la possibilità di distinguere fra una tutela dell'ecosistema intesa in senso generale e astratto come la fissazione degli standard cui è connesso un livello accettabile di conservazione delle risorse naturali, standard che devono essere uniformi sull'intero territorio nazionale, e una tutela sitospecifica che tiene conto delle peculiarità territoriali, sembrerebbe una ragionevole soluzione alle tensioni che la Corte costituzionale ha dapprima risolto con la teoria della materia / non materia e che poi ha esasperato con il filone dell'ambiente come bene materiale, di talché potrebbe essere considerato come un intervento di ragionevole razionalizzazione, nel solco delle revisioni consolidanti[16].

In secondo luogo, la tutela della biodiversità è uno dei compiti fondamentali della Repubblica in 9, terzo comma ma non trova un corrispondente nell'art. 117, secondo comma, lett. s). Questa omissione deve avere un significato e, anche in questo caso, il senso della interpretazione è il tentativo di superare i problemi che i tornanti giurisprudenziali della Corte costituzionale hanno via via evidenziato.

In questo caso, appare ragionevole ricostruire la biodiversità come una materia di legislazione concorrente perché diretta a salvaguardare, regione per regione, ma anche sito per sito, ciò che ha reso ogni luogo singolarmente unico.

In terzo luogo, il rinvio agli interessi delle future generazioni è un richiamo al nucleo essenziale dello sviluppo sostenibile[17], anche se non pare che la l. cost.

cost. 1/2022: *Del tutto opportunamente, dunque, il testo di revisione in esame sceglie di introdurre in Costituzione il riferimento esplicito all'ambiente come oggetto unitario e onnicomprensivo, ma lo fa, al tempo stesso, avendo cura di declinarne le principali componenti, ossia, per un verso, lasciando inalterato il tradizionale e fecondissimo riferimento al "paesaggio" contenuto nel secondo comma dell'art. 9, per l'altro, introducendo gli ormai consolidati riferimenti alla tutela della "biodiversità" e degli "ecosistemi", con ciò definitivamente superando anche l'anomalia della formula contenuta nell'art. 117, secondo comma, lett. s), in cui la materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato è indicata impropriamente con il riferimento all'"ecosistema" declinato al singolare* (M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit.).

[16] Sul tema, vedi, per tutti, G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 1187-1189, cit. da M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit.

[17] La matrice dello sviluppo sostenibile è di diritto internazionale e, in particolare, questo concetto nasce dalla consapevolezza della necessità di tenere in adeguato conto nella fissazione degli standard di tutela ambientale dei bisogni degli Stati in via di sviluppo, ai quali non possono essere imposte le stesse misure di tutela che gravano sui paesi industrializzati i quali hanno potuto raggiungere un elevato livello di benessere anche per effetto di discipline ambientali assenti o comunque non rigorose di talché l'affermazione a livello internazionale di un elevato livello di tutela ambientale nei confronti dei paesi che ancora non hanno raggiunto lo stesso livello di industrializzazione dei paesi più industrializzati avrebbe un sapore protezionistico. In questi termini, merita di essere letta la storia di un concetto

1/2022 abbia saputo cogliere le potenzialità di questo concetto: lo sviluppo sostenibile, per come sviluppato a livello eurounitario e per come affermato dal diritto internazionale a un livello consuetudinario, costituisce una nuova dimensione della equità, è l'elemento chiave dell'equilibrio fra valori inevitabilmente in tensione reciproca che possono trovare un ragionevole assestamento solo attraverso la reciproca tensione e il reciproco riconoscimento. In questa chiave è apparsa molto rilevante la trasfigurazione del CIPE in CIPESS *al fine di rafforzare il coordinamento delle politiche pubbliche in vista del perseguimento degli obiettivi in materia di sviluppo sostenibile indicati dalla risoluzione A/70/L.I adottata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015* (art. 1 bis, d.l. 111/2019)[18].

Tuttavia, se, da un lato, l'orientamento sottostante alla l. cost. 1/2022 sembra avere avuto di mira la negazione piuttosto che la promozione di un bilanciamento fra i valori ambientali e gli altri valori costituzionali, dall'altro lato, poche nozioni sono più complesse e ambigue dello sviluppo sostenibile che costituisce sicuramente un set di valori di grande rilievo per l'opera di sintesi politica affidata al legislatore e per l'esercizio della funzione di indirizzo politico da parte dell'esecutivo, ma che, con altrettanta sicurezza, difficilmente può essere utilizzato dalla Corte costituzionale nel controllo di costituzionalità delle leggi.

Più in generale, e anche questa è una questione di *drafting* perché la scelta di dove collocare una norma all'interno di un testo normativo è in sé una frazione della norma, la collocazione della tutela dell'ambiente fra i principi fondamentali della Repubblica crea una nuova dimensione sia dell'ambiente che dei principi fondamentali, così, a titolo esemplificativo, se la repubblica tutela l'ambiente e l'Italia, intesa come espressione geografica e naturalistica ma anche come il prodotto culturale del risorgimento, è una repubblica democratica, significa che i valori ambientali entrano a far parte della relazione di identità

che trova le proprie origini nella legislazione forestale italiana di inizio secolo (si possono richiamare la legge 20 maggio 1877, n. 3917, legge Maiorana, cui è succeduto il r.d.l. 3267 del 30/12/1923, cc.d. legge Serpieri), che, per prime, hanno imposto di configurare lo sfruttamento economico delle risorse boschive come valorizzazione del patrimonio forestale, ma che si afferma con la dichiarazione di Stoccolma del 1972, il rapporto Brundtland *Our common future* del 1987 e che trova un significativo punto di arrivo nella convenzione di Aarhus del 1998, quando, per la prima volta, il principio dello sviluppo sostenibile viene declinato insieme ai canoni della giustizia sociale e dello Stato di diritto, fino a trovare un assestamento per effetto della Convenzione di Parigi (su cui, P. Pantaleone (ed.), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi e sfide per gli Stati, le imprese e gli individui*, numero monografico di *Il diritto dell'economia*, 2021), come equità armonizzatrice (E. FREDIANI, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2015).

Lo sviluppo sostenibile è uno dei principi cardine del diritto ambientale positivo per effetto dell'art. 3 quater, codice dell'ambiente, introdotto dall'art. 1, secondo comma, d.lgs. 4/2008.

[18] Sul CIPE, con taglio monografico, G. MOBILIO, *CIPE e Costituzione. Governare attraverso i comitati interministeriali*, Napoli – Editoriale Scientifica, 2018.

che 1, Cost. pone fra repubblica e democrazia. O, ancora, l'ambiente come principio fondamentale vive sia della solidarietà di cui a 2, Cost.[19], nel senso che la tutela dell'ambiente non può essere intesa come valore assoluto ma come dovere di tollerare quelle alterazioni che sono indispensabili ad assicurare il perseguimento degli obiettivi di benessere collegati a 3, Cost. L'eguaglianza, letta in uno con la tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità, porta a una intollerabilità verso le diseguaglianze ambientali, diventa molto difficile tollerare che taluno possa essere costretto dai doveri di solidarietà a sopportare condizioni ambientali sproporzionatamente peggiori rispetto al resto del territorio nazionale. Soprattutto, però, l'aver collocato la tutela dell'ambiente nel seno di 9, Cost., dove il patrimonio storico – artistico e il paesaggio definiscono l'identità della nazione, fa sì che l'ambiente sia, a sua volta, una parte essenziale dell'identità della nazione.

Sorgono, in questo modo, due diverse dimensioni dell'ambiente, evidenti dalla diversa collocazione della tutela dell'ambiente: in primo luogo, vi è l'ambiente come principio fondamentale che vive necessariamente in un equilibrio reciprocamente condizionante con tutti gli altri principi fondamentali e che evoca la collaborazione di tutti gli enti che compongono la repubblica. In secondo luogo, vi è l'ambiente come sicurezza ambientale che ha bisogno dell'intervento uniforme dello Stato perché è intollerabile una distribuzione diversificata dei doveri di solidarietà ambientale sul territorio nazionale.

5. La Costituzione degli animali

La riforma dell'art. 9, Cost. non risponde alla domanda di tutela espressa da quanti ritengono gli animali esseri senzienti[20], ovvero più timidamente riflettono sul valore dell'art. 13, TFUE[21].

[19] È la nota impostazione di F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, 3-4/2009.

[20] Sugli animali e il diritto, D. CERINI, *Il diritto e gli animali: note giusprivatistiche*, Torino – Giappichelli, 2012 e l'audizione della stessa Cerini in Senato sul progetto di legge costituzionale di modifica degli artt. 9 e 41: *Audizione presso il Senato della Repubblica sui disegni di legge costituzionale n. 83 del 23 marzo 2018, n. 212 del 3 aprile 2018, n. 1203 del 2 aprile 2019 e 1532 dell'8 ottobre 2019*, facilmente reperibile in rete.

[21] L'art. 13, TFUE stabilisce: *Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale.* Sul tema assume notevole rilievo anche la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione degli animali da compagnia, approvata a Strasburgo il 13 novembre 1987.

Tipicamente è stato detto che questa norma si limita ad esprimere una riserva di legge statale la quale avrebbe dovuto essere espressa emendando l'art. 117, secondo comma, Cost., senza toccare i principi fondamentali[22].

Nessuna riserva di legge, però, è vuota, soprattutto se è espressa nei principi fondamentali della Costituzione: con questa riserva di legge, gli animali sono oggetto di una dereificazione, perché altrimenti non avrebbe senso una loro tutela specifica e distinta dalla tutela dell'ambiente, degli ecosistemi o della biodiversità. Questa tutela ha un senso perché gli animali hanno bisogno di una disciplina che tenga conto della loro sensibilità, della loro capacità di provare qualcosa di simile a un sentimento, di percepire ciò che li circonda esprimendo una loro razionalità tutt'altro che animale.

Nello stesso tempo, si deve ritenere che nel momento in cui si dice che lo Stato deve provvedere a individuare le forme e i limiti della tutela degli animali si afferma una competenza di tipo concorrente in cui allo Stato spettano i principi fondamentali mentre le regioni possono intervenire all'interno di questa cornice. Sarebbe del tutto assurdo pensare che l'art. 9, terzo comma, come introdotto dall'art. 1, legge cost. 1/2022, determini la futura incostituzionalità delle norme regionali in materia, solo per fare un esempio, di anagrafe canina[23].

6. Conclusioni: i valori ambientali potranno sopravvivere alla loro costituzionalizzazione?

Può essere facile sottovalutare il valore della l. cost. 1/2022: in apparenza si tratta di una riforma che si limita a recepire malamente gli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale.

In realtà, come si è tentato di illustrare, questi approdi non sono caratterizzati dalla univocità e non è neppure molto semplice orientarsi all'interno di questa giurisprudenza senza tenere conto delle peculiarità del caso specifico: astrarre senza distinguere non è un buon esercizio quando si manovra il materiale giurisprudenziale.

La l. cost. 1/2022 conosce molto bene questo materiale giurisprudenziale e lo intende superare affermando, almeno in apparenza, la supremazia dei valori ambientali e la loro natura assoluta.

[22] In questi termini, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit.

[23] Si pensi alla legge reg. Toscana 59/2009, Norme per la tutela degli animali. Abrogazione della legge regionale 8 aprile 1995, n. 43 (Norme per la gestione dell'anagrafe del cane, la tutela degli animali d'affezione e la prevenzione del randagismo), ma soprattutto l'art. 4, primo comma, lett. l), dello Statuto della Regione Toscana che prevede fra le finalità della Regione la *promozione della cultura del rispetto per gli animali.*

Nella realtà, però, come si è tentato timidamente di argomentare, questa operazione rischia di travolgere la stessa natura dei valori ambientali: la tutela dell'ambiente vive in una dimensione dinamica e pretende di trovare il proprio equilibrio in relazione agli altri valori costituzionali. La costruzione giuridica dell'ambiente è una costruzione necessariamente antropocentrica in cui l'uomo può tutelare ciò che lo circonda solo se mantiene il proprio spazio all'interno dell'ecosistema, spazio che deve essere oggetto di un radicale ripensamento ma che non può che articolarsi per mezzo della ricerca di un equilibrio secondo le logiche dello sviluppo sostenibile.

Questa impostazione consente di sciogliere i nodi posti dalla l. cost. 1/2022 secondo due direttrici: nella prima, i valori ambientali sono costruiti nell'art. 9, Cost. come novellato secondo una logica fortemente dinamica e improntata alla sussidiarietà: è la Repubblica che deve promuovere la tutela e la conservazione degli ecosistemi e della biodiversità e questi lemmi hanno un significato normativo rispetto a quello che li caratterizza in chiave di riparto delle funzioni fra Stato e regioni nell'art. 117, secondo comma, lett. s). Nella seconda, l'art. 41, Cost., come novellato, impone di considerare come intollerabile una imposizione diversificata sul territorio dei doveri di solidarietà ambientale.

Vi è un sottile paradosso fra la storia della l. cost. 1/2022 e dei suoi lavori preparatori e i suoi approdi: la 1° Commissione permanente del Senato è riuscita ad adottare un testo base solo dopo che Draghi, chiedendo la fiducia per il suo governo, aveva posto la tutela dell'ambiente come uno dei fulcri dell'indirizzo politico, collegando in maniera indissolubile i valori ambientali alla necessità di un intervento pubblico nell'economia della statura di una vera e propria ricostruzione nazionale. In apparenza, però, l'ambiente dell'art. 41, Cost., come emendato, è un valore primario e assoluto che si fonda sulla costituzionalizzazione del danno ambientale e sulla sua elevazione al rango di principio guida del sindacato di costituzionalità.

Il paradosso, però, è solo apparente perché l'ambiente dell'art. 9, Cost. è diverso dall'ambiente dell'art. 41: il primo è intriso di indirizzo politico e chiede la collaborazione di tutti i soggetti e gli enti che compongono la repubblica, il secondo consiste nella – più che ragionevole – intolleranza costituzionale verso una distribuzione dei doveri di solidarietà diversificata sul territorio nazionale.

In definitiva, prendere sul serio la l. cost. 1/2022, almeno a prima lettura, significa cambiare il nostro modo di guardare all'ambiente e pone due sfide che si collocano su due piani diversi, uno continua ad essere quello dello sviluppo sostenibile e l'altro continua ad essere quello dell'ambiente come valore primario e assoluto.

La l. cost. 1/2022, perciò, riesce in un'operazione davvero acrobatica perché deve essere interpretata come la costituzionalizzazione di due filoni

giurisprudenziali della Corte che non avrebbero mai potuto essere considerati il punto di arrivo di una riflessione razionalmente unitaria senza la loro esplicita costituzionalizzazione.

Lo strabismo di questi due modelli interpretativi – quello del caso Ilva e quello dell'ambiente come valore primario e assoluto, per intendersi – deve essere corretto con la lente della separazione fra i poteri.

La Corte costituzionale del dopo l. cost. 1/2022, infatti, sembra doversi orientare piuttosto verso il versante della salvaguardia della costituzionalizzazione del danno ambientale, il versante dell'art. 41, Cost., come emendato, piuttosto che verso il versante della promozione degli interessi delle generazioni future perché quest'ultimo è intriso di valutazioni politiche che trovano l'unico limite nella intolleranza verso una distribuzione diversificata dei doveri di solidarietà ambientale, cui si è fatto più volte cenno.

Si tratta, insomma, di un intervento di coraggiosa manutenzione del testo costituzionale il cui corretto recepimento dipende in gran parte dalla intelligente prudenza della Corte, ovvero da qualcosa che, fortunatamente, non è ancora mai mancato alla nostra storia costituzionale.

IL PRINCIPIO DELLA *RES IUDICATA* E L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEI DIRITTI GARANTITI DALL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE: VERSO NUOVI SVILUPPI DI UNA ANTICA QUESTIONE?[*]

MARCELLA FERRI[**]

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il principio della *res iudicata* e la responsabilità degli Stati membri per violazioni del diritto UE. – 3. La giurisprudenza sugli effetti del giudicato contrario al diritto UE. – 3.1. Le (circoscritte) ipotesi di riesame di una decisione definitiva in contrasto con il diritto dell'Unione. – 3.2. I limiti agli effetti esterni del giudicato che viola il diritto UE. – 3.3. Il ruolo del principio della tutela giurisdizionale effettiva (dei diritti dei consumatori) nella definizione dei limiti all'intangibilità del giudicato. – 3.4. Il superamento del giudicato formatosi in violazione della competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato. – 4. Osservazioni conclusive.

Abstract

According to a well-established case-law of the Court of Justice of the EU, the principle of res iudicata falls within the procedural autonomy of the Member States and must be exercised in compliance with the principles of equivalence and effectiveness. Another relevant limit to the national procedural autonomy stems from the right to effective judicial protection, as a general principle of EU law which is now enshrined in Art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU. The paper discusses the case-law of the Court of Justice on the limitations imposed by EU law on the authority of res judicata of national judgments which are incompatible with EU law. After examining the role played by the principles of equivalence and effectiveness, the analysis focuses on the case-law on consumer protection against unfair contracts in which the Court has meaningfully limited the effect and the scope of the res judicata in order to ensure the (consumers') effective judicial protection, as guaranteed by Art. 47 of the Charter and the relevant secondary law.

Suggerimento di citazione

M. FERRI, *Il principio della* res iudicata *e l'effettività della tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento dell'Unione: verso nuovi sviluppi di una antica questione?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Un ringraziamento alla professoressa Adelina Adinolfi per i preziosi suggerimenti forniti nel corso della redazione del lavoro, un ulteriore ringraziamento al revisore anonimo per i suggerimenti proposti rispetto ad una precedente versione dello scritto. Eventuali errori e imprecisioni devono, ovviamente, essere attribuiti solo all'Autrice.

[**] Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione Europea presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: marcella.ferri@unifi.it.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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

La ormai corposa giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea relativamente ai limiti che il diritto UE pone all'autonomia procedurale degli Stati membri costituisce paradigmatica espressione del grado di incidenza che il processo di integrazione europea ha avuto rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei giudici nazionali[1].

Come noto, il principio dell'autonomia procedurale[2] implica che, qualora il diritto dell'Unione non definisca il giudice competente e le modalità per assicurare tutela ai diritti da esso riconosciuti ai singoli, la competenza al riguardo spetta agli Stati membri, in ragione del principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE)[3]. Tuttavia, l'esercizio dell'autonomia procedurale è soggetto ad alcuni limiti, individuati dalla Corte a partire dalla sentenza *Rewe*[4]. In primo luogo, la tutela procedurale delle posizioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto UE non deve risultare meno favorevole rispetto a quella assicurata a situazioni simili di origine nazionale (principio di equivalenza); in secondo luogo, le norme procedurali nazionali non devono essere strutturate secondo modalità tali da «rendere concretamente impossibile o eccessivamente difficile»[5] l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)[6].

[1] A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2008, 617 ss., in particolare 617.

[2] Sul principio dell'autonomia procedurale, si v. tra gli altri D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Giappichelli, Torino, 2009; G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Editpress, Catania, 2010; M. BOBEK, *Why there is no principle of "Procedural Autonomy" of the Member States*, in H. W. MICKLITZ, B. DE WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, 2012, 305 e ss.; A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia pro-cedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2019, 525 ss.; M. KLAMERT, B. SCHIMA, *Article 19*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, 172 ss.

[3] Sull'origine e l'evoluzione di tale principio cfr. *inter alia* F. CASOLARI, *EU Loyalty after Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, in L. S. ROSSI, F. CASOLARI (eds), *The EU after Lisbon: Amending or Coping with the Existing Treaties*, Springer, Cham, 2014, 93 ss.; ID., *Leale cooperazione tra stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014; ID., *Article 4*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 35 ss.

[4] Corte di Giustizia, *Rewe c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Causa C-33/76, sentenza 16 dicembre 1976.

[5] Tale espressione, usualmente impiegata nella giurisprudenza della Corte sul punto, è stata utilizzata per la prima volta in Corte di Giustizia, *San Giorgio*, Causa C-199/82, sentenza 9 novembre 1983.

[6] In tal modo, il principio dell'autonomia procedurale delinea una «competenza procedurale funzionalizzata» in quanto vincolata e circoscritta dalla necessità di assicurare la corretta ed effettiva applicazione del diritto dell'Unione; cfr. D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, cit.

Il contenuto e le modalità applicative dei principi di equivalenza ed effettività sono stati gradualmente definiti dalla giurisprudenza della Corte. Sia consentito svolgere qualche, pur breve, richiamo al principio di effettività che, come si vedrà, svolge un ruolo particolarmente rilevante per l'analisi svolta in questa sede. Come la Corte ha precisato nelle sentenze *Peterbroeck* e *van Schijndel*, la valutazione relativa alla conformità di una norma processuale nazionale rispetto al principio di effettività richiede di esaminare il «ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento»[7]. La Corte è, quindi, giunta a definire un test che, tenendo conto del contesto normativo in cui si inserisce la norma procedurale rilevante, impone di svolgere un bilanciamento tra la finalità da essa perseguita e la necessità di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione[8].

Peraltro, il principio di effettività pone rilevanti difficoltà applicative poiché richiede non solo che le modalità definite a livello nazionale siano conformi a una «tutela sufficientemente adeguata»[9], ma impone, innanzitutto, che le posizioni giuridiche soggettive conferite dal diritto UE siano giustiziabili. Ciò implica che l'obbligo di interpretazione conforme, cui è soggetto il giudice nazionale, possa arrivare fino all'enucleazione, per via interpretativa, di un mezzo di tutela giurisdizionale non previsto dall'ordinamento nazionale[10].

Appare quindi evidente come l'applicazione di tale principio e, più in generale, dei criteri *Rewe*, unitamente all'obbligo di interpretazione conforme, richieda al giudice nazionale di svolgere significativi «adattamenti»[11] delle norme procedurali del proprio ordinamento al punto da giungere a una sorta di «funzionalizzazione» di tali norme rispetto alle esigenze di effettività del diritto UE[12].

[7] Corte di Giustizia, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie v Belgian State*, Causa C-312/93, sentenza 14 dicembre 1995, punto 14 e *Van Schijndel c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Cause riunite C-430/93 e C-431/93, sentenza 14 dicembre 1995, punto 19.

[8] Cfr. al riguardo, *inter alia*, A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Cacucci editore, Bari, 2015, 75.

[9] A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 1, 2001, 41 ss., in particolare 53.

[10] A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, cit., in particolare 635-636.

[11] *Ivi*, 617.

[12] D.U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Dir. Un. eur.*, 4, 2009, 961-984, in particolare 963; l'Autrice evidenzia che la sentenza *Van Schijndel* ha aperto una seconda fase della giurisprudenza della Corte in materia in cui il richiamo all'obbligo di

Un ulteriore e significativo limite alle norme procedurali nazionali deriva dal diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, quale principio generale di diritto dell'UE, oggi enunciato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali[13]. Le differenze che, come evidenziato in dottrina, sussistono tra il principio di effettività "alla *Rewe*" e il principio della tutela giurisdizionale effettiva quale diritto fondamentale sono all'origine degli esiti - talvolta anche significativamente - differenti cui la Corte è giunta dandovi applicazione[14].

Occorre peraltro richiamare che il diritto di cui all'art. 47 della Carta implica l'*obbligo* degli Stati membri di definire i rimedi giurisdizionali necessari volti a garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto UE. Nell'ordinamento dell'Unione, questo obbligo assume una duplice configurazione[15]. Esso non costituisce esclusivamente il contraltare del diritto soggettivo di cui i singoli sono titolari in forza dell'art. 47 della Carta, ma rappresenta altresì un obbligo che discende in capo agli Stati membri in forza dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE. Questa disposizione, sancendo l'obbligo degli Stati membri di stabilire «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»[16], concretizza il principio di leale cooperazione nel settore della tutela giurisdizionale[17].

interpretazione conforme ha condotto a «delineare i confini di un vero e proprio dovere del giudice nazionale di "funzionalizzare" gli strumenti (procedurali) messi eventualmente a disposizione dal diritto interno per perseguire l'obiettivo primario di garantire l'effettività del diritto comunitario (sostanziale)».

[13] Al riguardo si v. per tutti, P. AALTO ET AL., *Article 47. Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in S. PEERS ET AL. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, London, 2014, 1197 ss.

[14] A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, cit.; S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, *Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection*, in *Review of European Administrative Law*, 2, 2011, 31 ss.; J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in *Common Market Law Review*, 5, 2016, 1395 ss.

[15] A questo riguardo, cfr. A. RASI, *Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, in *European Papers*, 2, 2019, 615 ss., in particolare 618.

[16] La disposizione, introdotta dal Trattato di Lisbona, codifica un obbligo che era già stato affermato dalla Corte in via giurisprudenziale; si veda per tutti Corte di Giustizia, *Unión de Pequeños Agricultores*, Causa C-50/00 P, sentenza 25 luglio 2002, punti 39 e 41.

[17] La connessione tra l'obbligo oggi codificato nell'art. 19, par. 1, co. 2 TUE e il principio di leale cooperazione è stato affermato dalla Corte fin dalla sentenza *Rewe*; v. Corte di Giustizia, *Rewe*, cit., punto 5: «secondo il principio della collaborazione, enunciato dall'art. 5 del trattato, è ai giudici nazionali che è affidato il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta»; in senso analogo si v. Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Unibet*, Causa C-432/05, sentenza del 13 marzo 2007, punto 38; in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte ha poi affermato il legame tra il principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, par. 3, TUE, e l'obbligo sancito dall'art. 19, par. 1, co. 2, TUE; si vedano tra gli altri

Tra gli aspetti che la Corte di Giustizia ha ricondotto al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, e alla conseguente applicazione dei criteri *Rewe*, vi è il principio dell'autorità del giudicato. Quest'ultimo, riconosciuto dalla stessa Corte quale principio generale dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti degli Stati membri, è stato oggetto di una ormai ampia e composita giurisprudenza[18]. Parallelamente - e specialmente nella prassi più recente - il delicato rapporto tra giudicato nazionale e diritto UE è stato affrontato dalla Corte anche sotto il profilo del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva conducendo a esiti particolarmente significativi.

Nei paragrafi seguenti si analizzerà la giurisprudenza elaborata dalla Corte in relazione al rapporto tra il giudicato interno e il diritto dell'Unione[19], dedicando particolare attenzione ai limiti che tale diritto impone agli effetti di un giudicato interno in contrasto con esso. Si cercherà, in primo luogo, di rintracciare il ruolo riconosciuto al principio di autonomia processuale e ai criteri *Rewe*, ponendo l'accento sulle modalità con cui la Corte ha cercato di trovare un delicato equilibrio tra tali criteri e il principio della *res iudicata*. In secondo luogo, si sottolineerà la rilevanza riconosciuta nell'ambito di tale giurisprudenza al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Al di là del rapporto tra tale diritto e il principio di effettività - su cui non ci si soffermerà in questa sede -, preme piuttosto porre l'accento sui limiti, estremamente rilevanti, che la Corte ha individuato agli effetti del giudicato nazionale proprio in ragione della necessità di assicurare il *diritto alla tutela giurisdizionale effettiva*.

2. Il principio della *res iudicata* e la responsabilità degli Stati membri per violazioni del diritto UE

La giurisprudenza della Corte relativa alla questione del contrasto tra una decisione nazionale passata in giudicato e diritto UE si articola in due filoni autonomi ma strettamente connessi: la giurisprudenza in materia di responsabilità dello Stato per violazioni del diritto UE e quella relativa alla possibilità di

ClientEarth, Causa C-404/13, sentenza 19 novembre 2014, punto 52; *Lesoochranárske zoskupenie VLK* (Grande Sezione), Causa C-243/15, sentenza 8 novembre 2016, punto 50; *Sacko*, Causa C-348/16, sentenza 26 luglio 2017, punto 29; *Puskar*, Causa C-73/16, sentenza 27 settembre 2017, punti 57 e 58; *Protect Natur-, Arten- und Landschaftschutz Umweltorganisation*, Causa C-664/15, sentenza 20 dicembre 2017, punto 35; *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (Grande Sezione), Causa C-64/16, sentenza 27 febbraio 2018, punto 34. In dottrina, cfr. *inter alia*, F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra stati membri e Unione europea*, cit., 122 ss. e 156 ss.; M. KLAMERT, B. SCHIMA, *Article 19*, cit., in particolare 182.

[18] Si v., tra gli altri, Corte di Giustizia, *Kapferer*, Causa C-234/04, sentenza 16 marzo 2006, punto 20.

[19] Per semplicità, si utilizzerà sempre questa espressione - e non quella di «diritto comunitario» - anche in relazione a sentenze pronunciate prima che l'Unione sostituisse la Comunità europea (art. 1 TUE).

limitare l'efficacia del giudicato che risulti in contrasto con il diritto dell'Unione[20].

Il primo filone, sviluppatosi a partire dalla celebre sentenza *Köbler*[21], ha portato la Corte a estendere il principio, delineato a partire dalla giurisprudenza *Francovich*[22] secondo cui gli Stati membri devono risarcire i danni causati ai singoli per le violazioni del diritto UE ad essi imputabili alle ipotesi in cui la violazione promani dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultima istanza.

La pronuncia è rilevante per la tematica qui discussa poiché, in tale occasione, la Corte ha respinto le osservazioni sollevate dai governi di alcuni Stati membri secondo cui la responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto UE non avrebbe potuto configurarsi in relazione alle decisioni di un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza poiché ciò avrebbe compromesso il principio della certezza del diritto e, in particolare, dell'autorità del giudicato. A fronte di tali osservazioni, la Corte ha riconosciuto l'importanza del principio della *res iudicata*, specificando che l'autorità del giudicato non è in alcun modo compromessa dal riconoscimento della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado da cui è derivata una violazione dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione. Tale assunto è stato giustificato sulla base di un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, la Corte ha evidenziato che l'azione di responsabilità ha un oggetto, e generalmente anche parti, diversi rispetto al procedimento che ha condotto all'adozione della decisione coperta da giudicato da cui è derivata la violazione del diritto UE[23]. In secondo luogo, essa ha sottolineato che l'accertamento della responsabilità dello Stato, quale principio «inerente all'ordinamento giuridico comunitario» implica il mero risarcimento e non, invece, una revisione della decisione all'origine del danno[24].

[20] In tal senso si veda X. GROUSSOT, T. MINSSEN, Res Judicata *in the ECJ Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2007, 385 ss.

[21] Corte di Giustizia, *Köbler*, Causa C-224/01, sentenza 30 settembre 2003.

[22] Si v. al riguardo Corte di Giustizia, *Francovich e Bonifaci / Italia*, Cause riunite C-6/90, C-9/90, sentenza 19 novembre 1991; *Brasserie du pêcheur/Bundesrepublik Deutschland e The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e a.*, Cause riunite C-46/93 e C-48/93, sentenza 5 marzo 1996.

[23] Questo aspetto ha condotto la dottrina a osservare che la Corte ha aderito a una concezione tripartita della nozione di cosa giudicata secondo cui l'operatività del giudicato presuppone una piena identità tra le parti, l'oggetto e la causa; cfr. A. KORNEZOV, *Res Judicata of National Judgments Incompatible with EU Law: Time for a Major Rethink?*, in *Common Market Law Review*, 3, 2014, 809 ss., in particolare 819-820; Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, *Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire*, in *Revue française de droit administratif*, 3, 2005, 473-481; in tal senso depongono anche le conclusioni dell'Avvocato generale P. Léger, presentate l'8 aprile 2003, Causa C-224/01, *Gerhard Köbler contro Repubblica d'Austria*, punto 101.

[24] Corte di Giustizia, *Köbler*, cit., punto 39. Proprio alla luce di tali considerazioni, non sembra condivisibile l'opinione di quella dottrina secondo cui la giurisprudenza *Köbler* avrebbe messo in

Lo stretto rapporto esistente tra la giurisprudenza *Köbler* e quella relativa ai limiti degli effetti del giudicato in contrasto con il diritto UE non sussiste solo su un piano logico, ma anche sostanziale. Questo secondo filone giurisprudenziale - oggetto di discussione nei paragrafi seguenti - si articola, infatti, attorno ad alcuni principi già presenti, se pur *in nuce*, nella sentenza *Köbler*. In particolare, nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Léger aveva giustificato il fatto che il principio dell'autorità della cosa giudicata non possa opporsi al riconoscimento della responsabilità dello Stato per le violazioni del diritto UE conseguenti alla decisione di un organo giurisdizionale di ultima istanza in ragione del fatto che quest'ultima va ricondotta all'ambito dell'autonomia procedurale degli Stati membri e ai criteri *Rewe*[25].

Tale aspetto emerge in modo ancora più rilevante nella pronuncia *Traghetti del Mediterraneo*[26] in cui la Corte, sviluppando i principi definiti in *Köbler*, ha circoscritto i limiti che la legislazione nazionale può porre al riconoscimento della responsabilità dello Stato membro per i danni derivanti ai singoli dalle violazioni del diritto UE imputabili a un organo giurisdizionale di ultima istanza. È interessante evidenziare che al fine di delineare «*the limitations of the limitations of state liability with regard to* res judicata»[27], la Corte sia stata orientata dalla necessità di evitare che le limitazioni, previste dalla legislazione nazionale, alla responsabilità degli Stati privino di ogni sostanza i principi *Köbler* e, in ultima analisi, dalla necessità di assicurare «ai singoli una protezione giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro»[28].

discussione l'autorità del giudicato nazionale; in tal senso G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2004, 1007 ss., in particolare 1022; *contra* D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, cit., 73, secondo cui «Non si può […] lealmente "gridare" alla rottura della coerenza dell'ordinamento processuale nazionale».

[25] Conclusioni dell'Avvocato generale P. Léger, cit., punti 97 ss. Come evidenziato in dottrina, la sentenza *Köbler* si caratterizza per un richiamo, se pur implicito, all'obbligo di interpretazione conforme e ai criteri *Rewe* che costituiscono il filo conduttore della giurisprudenza relativa alla possibilità di limitare l'efficacia del giudicato in contrasto con il diritto UE; cfr. D.U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, cit., in particolare 968; l'Autrice si riferisce in particolare al punto 48 della sentenza *Köbler* in cui la Corte ha statuito che «se considerazioni collegate al rispetto del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata o dell'indipendenza dei giudici possono avere ispirato ai sistemi giuridici nazionali restrizioni, talvolta severe, alla possibilità di far dichiarare la responsabilità dello Stato per danni causati da decisioni giurisdizionali erronee, considerazioni di tale tipo non sono state tali da escludere in maniera assoluta questa possibilità».

[26] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Traghetti del Mediterraneo*, Causa C-173/03, 13 giugno 2006.

[27] X. GROUSSOT, T. MINSSEN, Res Judicata *in the ECJ Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, cit., in particolare 399 (corsivo aggiunto).

[28] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Traghetti del Mediterraneo*, cit., punto 33.

3. La giurisprudenza sugli effetti del giudicato contrario al diritto UE

Come già anticipato, nell'ambito della giurisprudenza relativa al rapporto tra giudicato e diritto UE è riscontrabile un secondo - e decisamente più ricco - filone costituito da quelle sentenze in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi circa i limiti che il diritto dell'Unione impone agli effetti di un giudicato interno in contrasto con esso.

L'analisi di tale giurisprudenza consente di individuare quattro ulteriori categorie di pronunce che saranno oggetto di esame nei paragrafi seguenti. La prima categoria è costituita da quelle sentenze in cui la Corte ha riconosciuto che, in determinate - e particolarmente circoscritte - condizioni, il giudice nazionale deve riesaminare una decisione, amministrativa o giudiziaria, divenuta definitiva per ripristinarne la conformità con il diritto dell'Unione. Il secondo gruppo di pronunce riguarda le ipotesi in cui i giudici di Lussemburgo hanno individuato alcuni limiti agli effetti esterni del giudicato. Una terza categoria è rappresentata dalla giurisprudenza con cui la Corte ha individuato una serie di considerevoli limiti agli effetti del giudicato a partire dalla necessità di assicurare una effettiva tutela giurisdizionale ai diritti dei consumatori nei confronti delle clausole abusive contenute nei contratti con i professionisti. Da ultimo, si richiamerà brevemente la circoscritta casistica in cui la Corte è giunta ad ammettere un pieno superamento del giudicato interno in contrasto con il diritto UE; come si vedrà questa, tuttavia, costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale e peculiare e, proprio per questa ragione, sarà analizzata in chiusura.

3.1. Le (circoscritte) ipotesi di riesame di una decisione definitiva in contrasto con il diritto dell'Unione

La situazione in cui una decisione definitiva risulti in contrasto con il diritto dell'Unione solleva un conflitto tra l'esigenza di assicurare l'effettività di tale diritto e la necessità di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto, quale principio generale dell'ordinamento dell'Unione e degli Stati membri, di cui la natura definitiva delle decisioni amministrative e giudiziarie costituisce espressione.

La Corte si è pronunciata per la prima volta su questo delicato aspetto con la sentenza *Kühne & Heitz*[29], riconoscendo l'obbligo, pur in presenza di determinate condizioni, di derogare al carattere definitivo di una decisione amministrativa al fine di assicurare il principio di leale cooperazione. Punto di partenza del ragionamento della Corte è stato il richiamo all'obbligo delle autorità nazionali di dare applicazione all'interpretazione di una norma di diritto UE come definita dalla Corte di Giustizia; tale obbligo sussiste in capo alle autorità amministrative anche in relazione a quei rapporti giuridici costituiti prima

[29] Corte di Giustizia, *Kühne & Heitz*, Causa C-453/00, sentenza 13 gennaio 2004.

dell'adozione della sentenza interpretativa. L'altro polo attorno al quale si è mosso il ragionamento della Corte è costituito dal già richiamato principio della certezza del diritto che deve condurre a escludere che il diritto UE esiga che «un organo amministrativo sia, *in linea di principio*, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo»[30].

Svolte tali premesse, la Corte è giunta a riconoscere che dal principio di cooperazione consegue l'obbligo per un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una sua precedente decisione, pur divenuta definitiva, al fine di conformarla a quanto nel frattempo statuito dalla Corte di Giustizia, qualora 1) tale organo disponga del suddetto potere, secondo il diritto nazionale; 2) la decisione amministrativa *de qua* sia divenuta definitiva in seguito alla sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; 3) tale sentenza si fondi su una interpretazione che, come statuito da una sopravvenuta giurisprudenza della Corte di Giustizia, è in contrasto con il diritto UE e sia stata adottata senza che la Corte di Giustizia fosse stata previamente adita in via pregiudiziale; e 4) il soggetto interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della sopravvenuta giurisprudenza di Lussemburgo.

L'analisi svolta dalla Corte denota una natura «ibrida»[31] del ragionamento poiché, da un lato, essa ha giustificato l'obbligo del riesame in ragione del principio di collaborazione, dall'altro, invece, ha affermato che il suddetto obbligo opera qualora sia previsto dall'ordinamento nazionale e nelle modalità da esso definite. La Corte ha così *implicitamente* richiamato il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri[32], svolgendo un ragionamento sostanzialmente costruito attorno al principio di equivalenza[33].

La questione relativa al contrasto tra il diritto UE e una decisione giurisdizionale passata in giudicato è stata invece affrontata nella sentenza *Kapferer*[34]. La pronuncia si segnala innanzitutto per aver, esplicitamente, ricondotto la questione dei limiti al principio della *res iudicata* derivanti dal diritto UE all'ambito del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri e,

[30] *Ivi*, punto 24 (corsivo aggiunto).

[31] Così X. GROUSSOT, T. MINSSEN, Res Judicata *in the ECJ Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, cit., in particolare 400.

[32] *Ivi*, 401; come giustamente evidenziato dagli Autori, la circostanza che l'obbligo di riesame non sia automatico, bensì riconosciuto in ragione del diritto nazionale, comporta il rischio che le modalità di attuazione di tale giurisprudenza possano significativamente differire nei diversi Stati membri; tale rischio sarebbe stato invece evitato qualora la Corte avesse fondato il proprio ragionamento sul principio del primato.

[33] In questo senso A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, cit., 636 ss.

[34] Corte di Giustizia, *Kapferer*, cit.

conseguentemente, ai limiti che esso incontra nei principi di equivalenza ed effettività della tutela[35].

Per l'analisi qui condotta, l'aspetto più interessante della sentenza risiede nel (parziale) *distinguishing* operato rispetto alla pronuncia *Kühne & Heitz*. La Corte ha infatti statuito che il principio di cooperazione *non* implica l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne al fine di riesaminare e annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora questa risulti in contrasto con il diritto UE. Nel giustificare l'assenza di contraddizione tra tale conclusione e la sentenza *Kühne & Heitz*, la Corte ha evidenziato che, in quest'ultima, l'obbligo di riesame per l'organo amministrativo era stato definito esclusivamente in presenza di determinate condizioni non sussistenti nel caso all'origine della sentenza *Kapferer*. È opportuno evidenziare che la Corte, pur non affermando esplicitamente che in presenza delle suddette condizioni l'obbligo definito per l'organo amministrativo debba applicarsi anche a quello giurisdizionale in riferimento a una sentenza passata in giudicato, non ha neppure escluso a priori tale possibilità[36]. Pur lasciando aperta la questione relativa alla possibilità di applicare il principio *Kühne* alle decisioni degli organi giurisdizionali, l'importanza riconosciuta al principio della *res iudicata* ha condotto la Corte a qualificare la suddetta possibilità - qualora ammissibile - come circoscrivibile a ipotesi meramente eccezionali[37].

Il dubbio lasciato insoluto in *Kapferer* è stato, invece, risolto con la sentenza resa sul caso *Pizzarotti*[38]. In tale occasione, il giudice del rinvio chiedeva sostanzialmente alla Corte di valutare se, nell'ipotesi in cui essa - rispondendo alla prima questione pregiudiziale sottopostale - avesse constatato che una precedente sentenza resa dallo stesso giudice del rinvio fosse in contrasto con il diritto dell'Unione, tale sentenza avrebbe dovuto considerarsi inefficace, nonostante coperta da giudicato, in ragione del potere, riconosciuto al giudice amministrativo dal diritto nazionale, di integrare quanto da esso disposto in una precedente decisione con una statuizione che vi dia attuazione, dando così luogo al c.d. giudicato a formazione progressiva.

[35] *Ivi*, punto 22.

[36] *Ivi*, punto 23: «Si deve aggiungere che la citata sentenza *Kühne & Heitz*, cui si riferisce il giudice *a quo* nella sua prima questione, sub a), non è tale da rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, *anche ammettendo che i principi elaborati in tale sentenza siano trasferibili in un contesto che, come quello della causa principale, si riferisce ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato*, occorre ricordare che tale medesima sentenza subordina l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 CE, di riesaminare una decisione definitiva che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione […] Orbene, nel caso di specie, è sufficiente rilevare che dalla decisione di rinvio risulta che la suindicata condizione non ricorre» (corsivo aggiunto).

[37] X. GROUSSOT, T. MINSSEN, Res Judicata *in the ECJ Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, cit., 408-409.

[38] Corte di Giustizia, *Impresa Pizzarotti*, Causa C-213/13, sentenza 10 luglio 2020.

La Corte, dopo aver ribadito l'assenza di un obbligo di disapplicazione delle norme processuali nazionali in materia di giudicato per eliminare il contrasto tra una decisione definitiva e il diritto UE, ha affermato che, qualora le norme procedurali interne prevedano che il giudice nazionale possa ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato al fine di assicurarne la compatibilità con il diritto nazionale, tale potere deve essere esercitato anche al fine di «ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'Unione»[39]. In particolare, il giudice nazionale di ultima istanza, che abbia statuito senza prima sollevare un rinvio pregiudiziale, dovrà completare la pronuncia passata in giudicato che ha condotto a una situazione in contrasto con il diritto UE o ritornare su tale decisione, al fine di assicurare che questo sia applicato conformemente all'interpretazione successivamente definita dalla Corte di Giustizia.

Le pronunce analizzate in questo paragrafo risultano strettamente connesse alla possibilità, auspicata in dottrina[40], di estendere alle ipotesi di giudicato in contrasto con il diritto UE i mezzi di impugnazione straordinari previsti in taluni ordinamenti in relazione ai casi in cui la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) abbia accertato una violazione della CEDU da parte di una sentenza nazionale definitiva. La Corte di Giustizia si è pronunciata al riguardo, nella composizione della Grande Sezione, con la sentenza *XC*[41]. In tale occasione, essa ha negato che un mezzo di impugnazione straordinario, previsto dalla legislazione nazionale al fine di consentire la ripetizione di un procedimento penale conclusosi con una sentenza passata in giudicato che, come accertato dalla Corte EDU[42] , risulta in contrasto con un diritto sancito dalla CEDU, debba essere esteso all'ipotesi di un giudicato nazionale in contrasto con un diritto riconosciuto dalla Carta. Il *fil rouge*, che ha orientato l'analisi con cui la Grande Sezione è giunta a negare la necessità della suddetta estensione in ragione dei principi di equivalenza ed effettività, è costituito dalle specificità dell'ordinamento giuridico dell'UE. Il richiamo ai principi del primato e dell'effetto diretto, al ruolo dei giudici nazionali e della Corte nell'assicurare

[39] *Ivi*, punto 62.

[40] A. KORNEZOV, *Res Judicata of National Judgments Incompatible with EU Law: Time for a Major Rethink?*, cit., 835 ss.

[41] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *XC e a.*, Causa C-234/17, sentenza 24 ottobre 2018.

[42] In forza dell'art. 363a del codice di procedura penale austriaco «Se una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo accerta che una decisione o un provvedimento di un giudice penale viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo[, firmata a Roma il 4 novembre 1950], o uno dei suoi protocolli, qualora non si possa escludere che la violazione possa essere atta ad incidere in modo svantaggioso per l'interessato sul contenuto di una decisione giurisdizionale in materia penale, il procedimento, su richiesta, deve essere ripetuto». Inoltre, la Corte suprema austriaca ha statuito che la ripetizione del procedimento penale possa trovare altresì applicazione qualora la stessa Corte suprema, adita conformemente ai requisiti previsti per l'esperibilità dei ricorsi davanti alla Corte EDU, abbia dichiarato il contrasto tra la pronuncia di un giudice penale nazionale e la CEDU.

la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti in forza del diritto UE e all'importanza del rinvio pregiudiziale, quale «chiave di volta» del sistema[43], ha condotto la Grande Sezione ad affermare che il «quadro costituzionale [dell'UE] assicura a qualsiasi individuo la possibilità di ottenere la tutela effettiva dei diritti che ad esso sono conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione *prima ancora* che intervenga una decisione nazionale avente autorità di cosa giudicata»[44]. Nell'ambito di tale sistema, si deve quindi ritenere che coloro cui siano conferiti dei diritti da parte del diritto dell'Unione, siano in grado di eccepirne l'eventuale violazione davanti ai giudici nazionali[45].

Si tratta di una pronuncia sorprendente che sembra contraddire la giurisprudenza con cui la Corte limita gli effetti del giudicato in contrasto con il diritto UE proprio in ragione di taluni dei principi fondanti l'ordinamento giuridico dell'Unione, tra cui - come si vedrà - segnatamente il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Appare peraltro molto criticabile che la necessità di un rimedio *ex post*, quale la ripetizione del procedimento penale conclusosi con una sentenza definitiva in contrasto con il diritto UE, non sia stato ritenuto necessario dalla Corte in ragione del fatto che gli elementi caratterizzanti l'ordinamento dell'Unione consentono di *prevenire* il verificarsi del suddetto contrasto. Un tale ragionamento, oltre a risultare evidentemente confutabile sul piano fattuale, si fonda esclusivamente sul ruolo di meccanismi *ex ante*[46] operanti in pendenza del procedimento che, tuttavia, danno solo parziale attuazione all'obbligo, derivante dagli articoli 19, par. 1, co. 2 TUE e 47 della Carta in capo agli Stati membri, di prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali volti ad assicurare effettiva tutela giurisdizionale ai diritti derivanti dal diritto dell'Unione[47]. Ferme restando le criticità di tale pronuncia e la difficoltà di

[43] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *XC e a.*, cit., punto 41.

[44] *Ivi*, punto 46 (corsivo aggiunto); in ragione di tali specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e delle caratteristiche del mezzo di impugnazione previsto dalla legislazione nazionale, che risulta invece funzionalmente collegato al sistema di tutela CEDU basato sul principio del previo esaurimento dei ricorsi interni, la Corte è giunta ad affermare che tale mezzo non fosse comparabile ai ricorsi volti a tutelare i diritti riconosciuti nell'ambito del diritto UE e che, dunque, il principio di equivalenza non imponesse di estenderne l'applicabilità a questi ultimi.

[45] Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha concluso che l'effettività del diritto UE sia assicurata senza necessità di estendere il mezzo di impugnazione straordinario previsto dall'art. 363a del codice di procedura penale austriaco alle ipotesi di una pronuncia passata in giudicato e contraria a un diritto fondamentale riconosciuto dal diritto UE.

[46] La distinzione tra meccanismi *ex ante* ed *ex post* è operata da Z. VARGA, *Retrial and principles of effectiveness and equivalence in case of violation of the ECHR and of the Charter*, in *Common Market Law Review*, 6, 2019, 1673 ss., in particolare 1693-4; qui l'Autrice, svolgendo un'analisi critica della sentenza, afferma che l'approccio adottato dalla Corte «would mean that the sheer existence of obligations of national courts to apply EU law makes any further control of the effective and actual application of EU law before national authorities».

[47] A questo riguardo si v., oltre alla giurisprudenza già citata nella nota 17, Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Inuit Tapiriit Kanatami e a. / Parlamento e Consiglio*, Causa C-583/11 P, sentenza

conciliarla con la prassi giurisprudenziale qui analizzata, la posizione assunta in tale occasione dalla Corte sembra doversi ricondurre alla volontà della stessa di affermare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione rispetto al sistema CEDU e, al tempo stesso, difenderne l'autonomia, sottraendo la Carta alla giurisdizione dei giudici nazionali[48]. Benché tale necessità non giustifichi il ruolo del tutto secondario riconosciuto in tale occasione al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, essa consente d'altra parte, di circoscrivere l'eccezionalità di questa pronuncia e stemperare il contrasto esistente tra essa e la giurisprudenza qui analizzata.

3.2. I limiti agli effetti esterni del giudicato che viola il diritto UE

Secondo la tassonomia sopra proposta, un'altra categoria di pronunce in materia di giudicato può essere individuata in relazione alle decisioni in cui la Corte ha considerato gli effetti che una sentenza passata in giudicata e risultante in contrasto con il diritto UE, può avere nell'ambito di un *diverso* procedimento.

Rileva al riguardo innanzitutto la sentenza *Fallimento Olimpiclub*[49] relativa alla possibilità di far valere, nell'ambito di un contenzioso tributario in materia di IVA, quanto precedentemente statuito in due sentenze passate in giudicato relative ad annualità fiscali diverse da quelle oggetto del procedimento principale. Come rilevato dal giudice del rinvio, il riconoscimento di effetti esterni al giudicato, conformemente a quanto definito dalla giurisprudenza nazionale[50], imponendogli di conformarsi ai precedenti giudicati e precludendogli di svolgere autonomamente il proprio sindacato avrebbe potuto compromettere il principio della lotta contro ogni frode e abuso in materia di IVA[51].

3 ottobre 2013, punto 100. Si veda anche Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Torubarov*, Causa C-556/17, sentenza 29 luglio 2019, punto 72; qui la Corte ha ricondotto al contenuto essenziale del diritto a un ricorso effettivo, di cui all'art. 47 della Carta, l'effettività della sentenza del giudice nazionale, emessa conformemente al diritto dell'Unione, evidenziando che il contenuto essenziale di tale diritto risulterebbe compromesso qualora il giudice non disponga «di alcun mezzo per far rispettare la sua sentenza»; sul punto, cfr. A. FAVI, *La dimensione "assiologica" della tutela giurisdizionale effettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di crisi dello Stato di diritto: quali ricadute sulla protezione degli individui?*, in *Dir. Un. eur.*, 4, 2020, 795 ss., in particolare 814 ss.

[48] Sul punto si v. ancora Z. VARGA, *Retrial and principles of effectiveness and equivalence in case of violation of the ECHR and of the Charter*, cit., in particolare 1694-5.

[49] Corte di Giustizia, *Fallimento Olimpiclub*, Causa C-2/08, sentenza 3 settembre 2009.

[50] Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, infatti, il giudicato può essere invocato in una controversia che, pur avendo scopo e *petitum* diversi, riguardi le stesse parti e abbia ad oggetto il medesimo rapporto giuridico, purché la statuizione *de qua* attenga a questioni di fatto e di diritto concernenti un punto fondamentale comune a entrambe le controversie.

[51] Il giudice del rinvio aveva, in particolare, richiamato Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Halifax e a.*, Causa C-255/02, sentenza 21 febbraio 2006.

La sentenza appare estremamente rilevante poiché ha il pregio di aver risolto la questione precisando ulteriormente l'applicazione da dare al principio di effettività qualora si ponga una questione relativa al rapporto tra norme processuali nazionali in materia di giudicato e diritto UE. In particolare, nel solco del giudizio di bilanciamento delineato nelle sentenze *Peterbroeck* e *van Schijndel*, la Corte è quindi andata a valutare, da un lato, se la norma processuale nazionale in materia di giudicato fosse «giustificata» per tutelare il principio della certezza del diritto; d'altra parte, essa ha ponderato le conseguenze che l'applicazione del principio della *res iudicata* avrebbe avuto sotto il profilo dell'effettività del diritto UE.

Dando applicazione a tale test, la Corte è giunta quindi a statuire che il principio della *res iudicata*, come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, *avrebbe potuto* avere l'effetto di «riprodurre» in una nuova controversia una decisione definitiva basata su una scorretta interpretazione del diritto dell'Unione senza possibilità di correggerla. Occorre notare che, nel caso di specie, non era stata rilevata una contrarietà tra la sentenza passata in giudicato e il diritto UE; pertanto, il perpetuarsi di una scorretta interpretazione del diritto UE si configurava come meramente potenziale. Nonostante ciò, la Corte ha ritenuto che un tale rischio avrebbe determinato degli ostacoli all'effettività delle norme in materia di IVA talmente rilevanti da non poter «essere *ragionevolmente giustificat[o]* dal principio della certezza del diritto»[52].

In sintesi, con la sentenza *Olimpiclub*, la Corte è giunta a precisare il giudizio di bilanciamento da svolgersi tra il principio di effettività del diritto UE e il principio della cosa giudicata; nell'ambito di tale giudizio, il rischio che il giudicato esterno conduca al perpetuarsi di una scorretta interpretazione del diritto UE, quale ostacolo all'effettività, deve ritenersi prevalente in relazione al rispetto del giudicato.

La logica del bilanciamento propria del test *Peterbroeck* e applicata in *Olimpiclub* alla materia del contrasto tra giudicato interno e diritto UE, si ritrova anche nella sentenza resa dalla Corte, nella composizione della Grande Sezione, sul caso *Vueling*[53].

[52] *Ivi*, punto 31. Nello stesso senso si veda Corte di Giustizia, *UR (Assoggettamento degli avvocati all'IVA)*, Causa C-424/19, sentenza 16 luglio 2020.

[53] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *CRPNPAC*, Cause riunite C-370/17 e C-37/18, sentenza 2 aprile 2020 (di seguito «*Vueling*»). Il caso riguardava la compagnia aerea spagnola Vueling che era stata condannata dai tribunali francesi, con una sentenza passata in giudicato, per il reato di lavoro non dichiarato; il rinvio pregiudiziale era stato sollevato dai giudici francesi aditi nell'ambito di due procedimenti in sede civile; si trattava, in particolare dell'azione risarcitoria, avviata nei confronti della Vueling dall'ente previdenziale del personale navigante dell'aeronautica civile (CRPNPAC), in relazione al danno subito a seguito della mancata iscrizione del suddetto personale al regime pensionistico complementare da essa gestito e del procedimento avviato da un ex pilota della Vueling, assunto con contratto di diritto spagnolo e distaccato presso l'aeroporto parigino di Roissy - Charles de Gaull, che

In tale occasione, i giudici del rinvio chiedevano sostanzialmente alla Corte di Giustizia di valutare se il principio del primato precludesse al giudice di uno Stato membro, vincolato al rispetto del giudicato penale in sede civile, di definire l'azione risarcitoria esperita da un lavoratore e da un ente previdenziale nei confronti di un datore di lavoro, condannato per il reato di lavoro non dichiarato qualora, come statuito dalla Corte rispondendo alla prima questione pregiudiziale, la sentenza di condanna fosse stata pronunciata in violazione del diritto UE[54].

Dando applicazione al test *Peterbroeck*, già richiamato in *Fallimento Olimpiclub*, la Corte ha evidenziato che, al pari di quanto accaduto nel caso all'origine di quella pronuncia, anche nel procedimento principale l'interpretazione data al principio della *res iudicata* nell'ordinamento nazionale avrebbe, non solo impedito di rimettere in discussione la sentenza penale passata in giudicato, ma avrebbe altresì precluso di accertare, nell'ambito di un procedimento civile, un profilo fondamentale comune alle due controversie. In considerazione del fatto che la sentenza penale passata in giudicato non aveva dato corretta applicazione al diritto dell'Unione, in particolare non espletando la procedura prevista dalla normativa UE in materia, un'estensione degli effetti del giudicato ai procedimenti civili aventi ad oggetto i medesimi fatti avrebbe «riprodotto»[55] l'erronea applicazione del diritto dell'Unione caratterizzante la sentenza penale. Ne consegue che, nella logica del giudizio di bilanciamento operato in *Olimpiclub*, tale "perpetuazione" avrebbe costituito un ostacolo all'effettività del diritto UE non giustificabile in forza del principio della certezza del diritto.

mirava ad ottenere, tra l'altro, il pagamento di una somma forfettaria per il lavoro non dichiarato e il risarcimento del danno subito a causa del mancato pagamento dei contributi presso la previdenza sociale francese per il periodo di distacco presso l'aeroporto francese.

[54] Rispondendo alle prime questioni pregiudiziali sollevate dai giudici *a quo*, la Corte di Giustizia ha, di fatto, constatato che la sentenza penale resa dal giudice francese era in contrasto con il regolamento 1408/71 in materia di sicurezza sociale dei lavoratori subordinati che si spostano all'interno dell'UE (Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, GU L 149 del 5 luglio 1971, pagg. 2-50). In particolare, come statuito dalla Corte, qualora il giudice di uno Stato membro sia adito nell'ambito di un procedimento finalizzato ad accertare la responsabilità di un datore di lavoro per aver ottenuto o utilizzato in modo fraudolento i certificati da rilasciarsi conformemente alla normativa UE in caso di distacco di un lavoratore (si v. Regolamento (CEE) n. 574/72 del Consiglio, del 21 marzo 1972, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, GU L 74 del 27 marzo 1972, 1-83), esso non può - come avevano, invece, fatto i giudici penali francesi - pronunciarsi su tale frode e disapplicare i suddetti certificati senza aver preliminarmente avviato la procedura prevista dal regolamento al fine di assicurare un dialogo tra l'istituzione dello Stato ospitante il lavoratore e l'istituzione dello Stato membro che ha emesso i certificati contestati.

[55] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Vueling*, cit., punto 95.

Molto significativamente, la Corte ha quindi concluso affermando che, nonostante la sentenza penale passata in giudicato, pur in contrasto con il diritto dell'Unione, non possa essere rimessa in discussione, le statuizioni in essa contenute contrarie a tale diritto non possono assumere rilevanza nell'ambito delle azioni risarcitorie in sede civile. Si tratta di una conclusione estremamente significativa con cui la Grande Sezione, ha chiaramente definito il rapporto tra giudicato interno e diritto dell'Unione. Pur richiamando la propria giurisprudenza relativa all'importanza del giudicato e all'assenza di un obbligo degli organi giurisdizionali di ritornare sulle proprie decisioni passate in giudicato per assicurarne la conformità al diritto UE, la Grande Sezione ha ulteriormente sviluppato e portato a compimento quei limiti all'intangibilità del giudicato, ispirati al principio dell'effettività, che nella propria precedente giurisprudenza aveva già cominciato significativamente a enucleare.

Più in generale e come già richiamato, la sentenza *Vueling* si pone nel solco di *Olimpiclub* - non a caso ampiamente citata dalla Corte - di cui riprende sia la logica del bilanciamento che il criterio del rischio di riprodurre in un altro procedimento l'erronea interpretazione del diritto UE caratterizzante la sentenza passata in giudicato[56]. Ciò posto, non si può mancare di cogliere la portata tanto innovativa quanto dirompente di *Vueling* rispetto alla giurisprudenza precedente. L'aspetto innovativo risiede nel fatto che, a differenza di *Olimpiclub* in cui l'effetto esterno del giudicato riguardava una controversia diversa, ma tuttavia pendente tra le medesime parti e avente ad oggetto lo stesso rapporto giuridico, in *Vueling* la Corte ha negato qualsiasi effetto extrapenale al giudicato, giungendo così a circoscrivere ulteriormente la portata di quest'ultimo[57]. L'elemento dirompente è invece rappresentato dalla circostanza che in *Vueling* il contrasto tra la sentenza coperta dall'autorità di giudicato e il diritto UE atteneva a un profilo procedurale e non, invece, sostanziale[58].

[56] Inoltre, come è stato giustamente osservato, la pronuncia *Vueling* conferma l'assetto già definito in precedenza secondo cui, se da un lato, il giudicato si conferma per essere intoccabile nonostante la sua contrarietà al diritto UE, d'altra parte, il principio della *res iudicata* non può estendersi a riconoscerne gli effetti nell'ambito di una diversa controversia; al riguardo, cfr. L. GROSSIO, *La ridefinizione dei rapporti tra giudicato penale e giudizio civile alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 4, 2020, 231 ss.

[57] In questo senso cfr. D. SARMIENTO, *Primacy of EU law and* res iudicata *in national criminal proceedings, revisited and reversed. A comment on Vueling (C-370/17 and C-37/18)*, in *EU law live*, 18th April 2020; l'Autore osserva che «With the judgment in Vueling, it is clear that a criminal conviction with force of *res iudicata* that breaches EU law will be confined to its own perimeter and it will not have an 'intoxicating' effect beyond that criminal procedure. EU Law will allow the criminal conviction to stand, as a result of the principle of legal certainty, but the effects of the judgment will not go beyond that remit».

[58] Per una particolare sottolineatura di tale aspetto, cfr. D. SARMIENTO, *Primacy of EU law and* res iudicata *in national criminal proceedings, revisited and reversed. A comment on Vueling*, cit.; A. TURMO, *National res judicata in the European Union: Revisiting the tension between the temptation of*

Tale aspetto pare particolarmente significativo poiché è espressione della maggiore rilevanza che, nell'ambito del giudizio di bilanciamento, la Corte ha attribuito all'effettività del diritto dell'UE, a discapito del principio dell'autorità del giudicato.

Relativamente agli effetti extra-processuali del giudicato, merita altrsì di essere richiamata la sentenza *FMS*[59]. In tale occasione la Corte, nella composizione della Grande Sezione si è, tra l'altro, pronunciata in relazione al rigetto di una domanda di asilo statuito dall'autorità amministrativa e successivamente confermato in sede giurisdizionale con una decisione definitiva che, tuttavia, risultava fondata su un motivo di inammissibilità contrario al diritto dell'Unione[60]. Ad avviso della Grande Sezione, qualora tale contrarietà sia stata statuita dalla Corte di Giustizia o, in via incidentale, da un giudice nazionale, l'eventuale successiva domanda presentata dallo stesso richiedente non può qualificarsi come «reiterata» ai sensi della direttiva procedure ed essere, quindi, dichiarata inammissibile[61].

effectiveness and the acknowledgement of domestic procedural law, in *Common Market Law Review*, 2, 2021, 361 ss., in particolare 379.

[59] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Országos Idegenrendeszeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság* (di seguito «*FMS*»), Causa C-924/19 PPU, sentenza 14 maggio 2020; la pronuncia ha richiamato l'attenzione della dottrina specialmente in ragione di quanto affermato con riferimento al trattenimento dei richiedenti nelle zone di transito, sul punto cfr. tra gli altri, F. L. GATTA, *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo "scontro" tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito. Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C924/19 PPU e C-925/19 PPU, FMS e altri*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2020, 99 ss.; E. COLOMBO, *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2020, 212 ss.; E. CELORIA, *Stranieri trattenuti alle frontiere esterne dell'Unione: il quadro di garanzie individuato dalla Corte di giustizia e le sfide del Nuovo patto sulle migrazioni e l'asilo*, in *European Papers*, 3, 2020, 1385 ss.

[60] Rispondendo alla prima questione pregiudiziale posta dal giudice del rinvio, la Corte ha statuito che l'art. 33 della direttiva 2013/32/UE (del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, GU L 180, 29.6.2013, 60-95, c.d. direttiva procedure), relativo alle ipotesi di inammissibilità di una domanda di protezione internazionale, osta a una normativa nazionale, quale quella ungherese, che consente di respingere in quanto inammissibile una domanda in ragione del fatto che il richiedente è arrivato nel territorio dello Stato attraverso uno Stato in cui è garantito un adeguato livello di protezione o in cui non è esposto a persecuzioni o a un rischio di danno grave, quale definito dalla direttiva 2011/95/UE (del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), GU L 337, 20.12.2011, 9-26; c.d. direttiva qualifiche).

[61] Ai sensi della direttiva procedure, art. 2, lett. q), per domanda reiterata si intende «un'ulteriore domanda di protezione internazionale presentata dopo che è stata adottata una decisione definitiva su una domanda precedente»; l'art. 33, par. 2, lett. d) della medesima direttiva sancisce l'inammissibilità della domanda reiterata «qualora non siano emersi o non siano stati presentati dal richiedente elementi o risultanze nuovi ai fini dell'esame» finalizzato ad accertare se il richiedente possa qualificarsi come beneficiario di protezione internazionale conformemente alla direttiva qualifiche.

La conclusione della Corte risulta fondata su un duplice ordine di motivazioni. In primo luogo, essa ha ritenuto che qualora, come nel caso di specie, successivamente al rigetto della "prima" domanda intervenga una sentenza della Corte di Giustizia che statuisce la contrarietà al diritto dell'Unione del motivo in ragione del quale la domanda era stata rigettata, la sopravvenuta pronuncia della Corte configura una nuova risultanza che, ai sensi della direttiva procedure, preclude di dichiarare la domanda reiterata come inammissibile. In secondo luogo, la Grande Sezione ha significativamente richiamato, per analogia, quanto affermato in *Vueling*. Essa ha, infatti, rilevato che qualora la domanda reiterata fosse stata dichiarata inammissibile, la contrarietà al diritto dell'UE, caratterizzante la decisione di rigetto della prima domanda, si sarebbe replicata nella "seconda" procedura, compromettendo l'effettiva applicazione delle norme in materia di asilo. Richiamando implicitamente il giudizio di bilanciamento proprio del test *Peterbroeck* e applicato in *Olimpiclub* e successivamente in *Vueling*, la Corte ha quindi concluso che tali esigenze debbano ritenersi prevalenti rispetto al principio della certezza del diritto. In altre parole, la necessità di assicurare effettiva tutela al diritto del richiedente di ottenere protezione internazionale, conformemente alle condizioni definite dal diritto UE, impone di escludere qualsiasi effetto esterno alla decisione di rigetto relativa alla "prima" domanda che abbia ormai acquisito autorità di giudicato[62]. È significativo evidenziare che, a differenza di *Olimpiclub* e *Vueling*, nella sentenza *FMS* il contrasto tra un giudicato nazionale e il diritto dell'Unione emerge solo in filigrana. Il principio *Olimpiclub/Vueling* è, infatti, applicato non per risolvere tale conflitto, bensì quale criterio interpretativo del diritto derivato e, segnatamente, della nozione di domanda reiterata. Questa circostanza, oltre a confermare implicitamente l'importanza riconosciuta dalla Corte al principio in questione, ne espande significativamente la portata; nulla impedisce, infatti, di escludere che la Corte possa applicarlo in chiave interpretativa anche in relazione ad altri settori materiali del diritto UE.

Vi è, infine, un'ulteriore ragione che rende la sentenza *FMS* particolarmente interessante: due significativi *obiter dicta* in cui la Corte ha ulteriormente confermato il criterio *Olimpiclub/Vueling*, ampliandone l'ambito di operatività. Innanzitutto, la Grande sezione ha affermato che la natura definitiva della decisione di rigetto della prima domanda di asilo non impedisce al giudice davanti al quale è stata impugnata la decisione di rimpatrio, successivamente adottata, di esaminare in via incidentale la validità del rigetto della domanda in ragione della sua contrarietà al diritto UE[63]. Inoltre, la Corte ha precisato che la natura

[62] Tale ricostruzione emerge in particolare da Corte di Giustizia (Grande Sezione), *FMS*, cit., punti 193, 195-6.

[63] *Ivi*, punto 199.

definitiva della decisione di rigetto e della decisione di rimpatrio, non preclude che l'allontanamento del richiedente sia rinviato qualora «sia [stato] deciso in violazione del principio «di *non-refoulement*»[64]. A differenza del primo *obiter*, che costituisce un'implicita riaffermazione del criterio *Olimpiclub/Vueling*, nel secondo testé richiamato la valutazione della Corte sembra aver assunto una connotazione assiologica. La limitazione della portata del giudicato non è infatti giustificata a fronte del rischio di perpetuare gli effetti di una pronuncia contraria al diritto UE, ma sembra configurarsi quale conseguenza derivante *esclusivamente* dalla suddetta contrarietà. Certamente, questa affermazione della Grande Sezione deve ritenersi influenzata dall'importanza del principio di *non-refoulement*, quale architrave della protezione garantita dal diritto dell'Unione in materia di asilo, nonché diritto assoluto riconosciuto dall'art. 19, par. 2, della Carta. Ciononostante, l'*obiter* potrebbe aprire la strada a un nuovo (e rivoluzionario) approccio della giurisprudenza qui analizzata, in cui la contrarietà del giudicato rispetto al diritto dell'Unione - e in particolare, ai diritti fondamentali da esso garantiti (o, perlomeno, ad alcuni di essi) - risulta di per sé sufficiente a limitarne gli effetti extraprocessuali, a prescindere da un giudizio di bilanciamento operato in ossequio al test *Peterbroeck*.

3.3. Il ruolo del principio della tutela giurisdizionale effettiva (dei diritti dei consumatori) nella definizione dei limiti all'intangibilità del giudicato

Alcuni rilevanti principi relativi ai limiti che il diritto UE pone agli effetti e alla portata del giudicato nazionale sono stati individuati dalla Corte in relazione alla tutela dei diritti del consumatore definita dalla direttiva 93/13/CEE rispetto all'utilizzo di clausole abusive inserite in un contratto stipulato con un professionista[65].

Secondo una ormai consolidata giurisprudenza, l'art. 6 della direttiva, in forza del quale il consumatore non è vincolato dalle clausole abusive contenute nel contratto stipulato con un professionista, costituisce una norma imperativa in quanto finalizzata a ristabilire una effettiva uguaglianza tra le due parti del contratto che, dal punto di vista fattuale, si trovano in una posizione di inferiorità l'una rispetto all'altra. Poiché la necessità di sostituire all'«equilibrio formale» tra le parti un «equilibrio reale» richiede che il giudice nazionale esamini,

[64] *Ivi*, punti 201-2; al riguardo si v. direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GU L 348, 24.12.2008, 98-107 (c.d. direttiva rimpatri), art. 9, par. 1, lett. a).

[65] Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, GU L 95 del 21 aprile 1993, 29-34.

anche d'ufficio, la natura abusiva di una clausola contrattuale[66], la Corte - pur non qualificando come assoluta la tutela del consumatore - è giunta a riconoscere una pluralità di limiti alle norme processuali nazionali e, in particolare per quanto qui interessa a quelle in materia di giudicato, la cui applicazione compromette una tutela effettiva nei confronti delle suddette clausole.

Tale giurisprudenza trova origine nella sentenza *Finanmadrid*[67] in cui la Corte ha affermato che il diritto UE osta a una normativa nazionale che preclude al giudice dell'esecuzione di valutare d'ufficio la natura abusiva delle clausole inserite in un contratto stipulato con un consumatore in ragione del fatto che il decreto con cui, a fronte del mancato ottemperamento dell'ingiunzione di pagamento o di opposizione da parte del debitore, si chiude il procedimento di ingiunzione, ha autorità di cosa giudicata.

Il punto di partenza del ragionamento della Corte è costituito dalla considerazione che la tutela effettiva dei diritti definiti dalla direttiva 93/13 può essere garantita solo a condizione che le norme processuali nazionali assicurino, nell'ambito del procedimento d'ingiunzione o di quello di esecuzione dell'ingiunzione, un controllo *d'ufficio* circa la natura potenzialmente abusiva delle clausole contrattuali. Come precisato dalla Corte, tale esigenza di effettività della tutela non può essere compromessa neppure in ragione del principio della *res iudicata*. Dopo aver richiamato i criteri *Rewe*, la Corte ha quindi ritenuto che la normativa nazionale in questione, rendendo impossibile o eccessivamente difficile la tutela prevista dalla direttiva 93/13 nei procedimenti instaurati nei confronti dei consumatori, non fosse conforme al principio di effettività.

Un elemento interessante della sentenza è costituito dai parametri interpretativi utilizzati. Nonostante il giudice del rinvio avesse richiamato anche l'art. 47 della Carta, la Corte ha fondato il proprio ragionamento esclusivamente sulla direttiva, asserendo che il giudice *a quo* non avesse presentato indicazioni sufficientemente precise e complete per permetterle di fornire una risposta utile circa questo punto. Un atteggiamento alquanto sorprendente[68] da parte della Corte che pare essere rimasta volutamente silente su un aspetto di certo complesso, lasciandosi però sfuggire un'occasione preziosa[69] per definire il rapporto tra il principio di effettività e l'art. 47 della Carta e, in particolare, la relazione tra lo standard di tutela giurisdizionale effettiva definito da tale

[66] Si v. *inter alia*, Corte di Giustizia, *Mostaza Claro*, Causa C-168/05, sentenza 26 ottobre 2006, punti 25 ss; *Asturcom Telecomunicaciones*, Causa C-40/08, sentenza 6 ottobre 2009, punti 29 ss.

[67] Corte di Giustizia, *Finanmadrid EFC*, Causa C-49/14, sentenza 18 febbraio 2016.

[68] Tale silenzio della Corte si inserisce, peraltro, in una giurisprudenza sul rapporto tra l'art. 47 della Carta e la direttiva 93/13 che presenta alcune incoerenze; al riguardo, cfr. Cfr. A. VAN DUIN, *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2017, 190 ss.

[69] *Ivi*, 196; l'Autrice evidenzia come la Corte abbia «missed an opportunity».

disposizione e quello stabilito dalla direttiva[70]. Su questo punto l'Avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni aveva ritenuto che, nonostante la direttiva 93/13 e il principio di effettività ostassero alla normativa nazionale *de qua*, la medesima conclusione non potesse sostenersi adottando quale unico parametro interpretativo l'art. 47 della Carta. Tale disposizione, infatti, non implica l'obbligo degli Stati membri di assicurare un controllo d'ufficio circa la natura abusiva delle clausole; questo obbligo deriva piuttosto dal sistema di tutela definito dalla direttiva, quale strumento per ovviare alla situazione di squilibrio esistente tra le parti[71].

La questione relativa ai limiti del giudicato derivanti dalla necessità di assicurare un controllo effettivo nei confronti delle clausole abusive dei contratti dei consumatori è emersa altresì nella sentenza *Banco Primus*[72]. In tale occasione, la Corte ha affermato che, da un lato, il diritto UE non osta a una normativa nazionale che vieti al giudice di riesaminare d'ufficio le clausole abusive qualora la legittimità di tali clausole sia già stata sindacata con una decisione passata in giudicato. D'altra parte, qualora nell'ambito della procedura giurisdizionale all'origine della decisione passata in giudicato l'esame abbia riguardato solo una o alcune delle clausole abusive, la necessità di assicurare al consumatore una piena tutela implica che il giudice successivamente adito sia tenuto a valutare, d'ufficio o su istanza di parte, la natura abusiva delle clausole non oggetto di esame in precedenza.

Nel solco di questa giurisprudenza si inseriscono tre pronunce, rese tutte nel medesimo giorno e nella composizione della Grande Sezione particolarmente interessanti per la materia qui discussa. Si tratta delle sentenze *Ibercaja Banco*[73], *SPV Project*[74] e *Unicaja Banco*[75] con cui la Corte è giunta a delimitare significativamente gli effetti e l'operatività del giudicato al fine di assicurare

[70] Al riguardo, rileva altresì l'art. 7, par. 1 e 2, della direttiva in forza del quale: «1. Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori. 2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole».

[71] Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar presentate l'11 novembre 2015, Causa C-49/14, *Finanmadrid EFC SA contro Jesús Vicente Albán Zambrano, María Josefa García Zapata, Jorge Luis Albán Zambrano, Miriam Elisabeth Caicedo Merino*, punti 89 ss.

[72] Corte di Giustizia, *Banco Primus*, Causa C-421/14, sentenza 26 gennaio 2017.

[73] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Ibercaja Banco*, Causa C-600/19, sentenza 17 maggio 2022.

[74] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *SPV Project 1503*, Cause riunite C-693/19 e C-831/19, sentenza 17 maggio 2022.

[75] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Unicaja Banco*, Causa C-869/19, sentenza 17 maggio 2022.

un'effettiva tutela giurisdizionale al consumatore nei confronti delle clausole abusive.

In particolare, in *Unicaja Banco* la Corte ha, sostanzialmente, circoscritto le ipotesi in cui, il mancato ricorso in appello da parte di un consumatore nei confronti di una parte del dispositivo della sentenza ne preclude il riesame in sede di appello[76]. Pur precisando che il rispetto del principio di effettività non può supplire a una completa passività del consumatore[77], la Corte ha escluso il configurarsi di tale passività nel procedimento principale poiché la mancata opposizione da parte del consumatore poteva giustificarsi in ragione del fatto che egli avrebbe *potuto* ritenere di avere poche chances di successo facendo ricorso in appello[78]. Ad avviso della Grande Sezione, qualora in tale circostanza il comportamento del consumatore fosse stato qualificato come completamente passivo in ossequio ai principi del diritto processuale nazionale, la tutela effettiva dei diritti del consumatore, come definita dal legislatore dell'Unione, sarebbe risultata compromessa.

Con la sentenza *SPV Project*, la necessità di assicurare un efficace controllo dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contenute in un contratto con un consumatore ha sostanzialmente condotto la Grande Sezione a escludere la compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale in forza della quale la mancata opposizione da parte del debitore, attribuendo forza di giudicato a un decreto ingiuntivo, preclude al giudice dell'esecuzione di esaminare l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto sulla base del quale è stato adottato il decreto, in ragione del fatto che l'autorità di giudicato

[76] Il caso riguardava un consumatore che non aveva proposto appello nei confronti della sentenza di primo grado che limitava *ratione temporis* gli effetti della dichiarazione di nullità di una clausola contrattuale abusiva; in forza di alcuni principi del diritto processuale nazionale, tra cui quelli della *res iudicata*, della compatibilità del principio dispositivo, di congruenza e del divieto di *reformatio in peius*, il giudice adito in sede di appello non avrebbe potuto disapplicare o modificare la parte del dispositivo non coperta dall'impugnazione.

[77] Si v. in particolare al riguardo Corte di Giustizia, *ERSTE Bank Hungary*, Causa C-32/14, sentenza 1° ottobre 2015, punto 62.

[78] La Corte ha, in particolare, ritenuto che la mancata opposizione da parte del consumatore *potesse* ricondursi alla circostanza che, prima del decorso del termine per la proposizione dell'appello, la Corte di Giustizia non aveva ancora adottato la sentenza *Gutiérrez Naranjo* (Corte di Giustizia, Grande Sezione, *Gutiérrez Naranjo*, Cause riunite C-154/15 e C-307/15, sentenza 21 dicembre 2016); con tale pronuncia, la Corte ha statuito che l'art. 6 della direttiva 93/13 osta a una giurisprudenza nazionale, quale quella della Corte suprema spagnola secondo cui, a fronte dell'accertamento giudiziale della natura abusiva delle clausole di un contratto con un consumatore, la restituzione degli importi indebitamente corrisposti dal consumatore in base alle clausole dichiarate abusive possa essere limitata temporalmente alle sole somme indebitamente versate dal consumatore successivamente alla pronuncia che accerta la natura abusiva della clausola.

del decreto ingiuntivo copre *implicitamente* anche la validità delle clausole contrattuali[79].

Infine, nella sentenza *Ibercaja Banco*, la Corte ha statuito che la necessità di garantire un efficace controllo circa la natura eventualmente abusiva delle clausole contrattuali osta a una normativa nazionale la quale, in forza del principio della *res iudicata*, preclude che, nell'ambito di un procedimento di esecuzione ipotecaria, sia sindacata la natura abusiva delle clausole contrattuali in ragione del fatto che essa è già stata oggetto di valutazione d'ufficio da parte del giudice all'inizio della procedura, senza tuttavia che la motivazione della decisione di autorizzazione dell'esecuzione richiami lo svolgimento e l'esito del suddetto esame[80].

Ai fini dell'analisi qui svolta, è significativo evidenziare che, in tutte e tre le pronunce, il passaggio fondamentale del ragionamento della Corte è costituito dalla constatazione che le condizioni definite dal legislatore nazionale, al fine di tutelare il consumatore nei confronti di clausole abusive, non possono pregiudicare la *sostanza* dei diritti riconosciutigli dal legislatore dell'Unione. Tali diritti sono riconducibili alla necessità di garantire un controllo effettivo circa il carattere potenzialmente abusivo della clausola. L'aspetto interessante è costituito dal fatto che la Corte, dopo aver ricondotto la questione delle procedure applicabili all'esame della natura abusiva delle clausole contrattuali al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri e ai criteri *Rewe*, abbia precisato che l'obbligo degli Stati membri di garantire l'effettività dei diritti definiti dalla direttiva 93/13 «implica […] *un'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva*», sancita dall'art. 7, par. 1, della direttiva e dall'art. 47 della Carta il quale attiene altresì «alla definizione delle modalità procedurali relative alle azioni giudiziarie fondate su tali diritti»[81]. Ne consegue che tali modalità, pur rientrando nella competenza del legislatore nazionale, non possono essere tali da compromettere la sostanza dei diritti definiti dalla direttiva al fine di tutelare i consumatori da clausole abusive.

Il ruolo dell'art. 47 risulta ancora più significativo se si considera che solo nel caso *SPV Project*[82] tale disposizione era stata richiamata, unitamente agli

[79] Le questioni pregiudiziali avevano avuto origine in due diversi procedimenti - di cui uno pendente davanti a un giudice italiano - di esecuzione forzata basata su decreti ingiuntivi che, non essendo stati oggetto di opposizione, avevano acquisito autorità di giudicato.

[80] La Corte ha, in particolare, statuito che qualora la decisione che ha disposto l'avvio del procedimento di esecuzione ipotecaria non menzioni l'esame volto a valutare la natura abusiva delle clausole contrattuali e le motivazioni per cui il giudice è giunto a escludere una tale natura, al consumatore mancherebbero gli elementi per valutare l'opportunità di un ricorso avverso tale decisione.

[81] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *SPV Project 1503*, cit., punto 61; *Unicaja Banco*, cit., punto 29 e *Ibercaja Banco*, cit., punto 45.

[82] Nel caso *Unicaja Banco*, il quesito pregiudiziale faceva riferimento al solo art. 6, par. 1, della direttiva; in *Ibercaja Banco*, ad esso si aggiungeva anche il riferimento all'art. 7, par. 1.

artt. 6 e 7 della direttiva, nel quesito pregiudiziale formulato dal giudice del rinvio. Se tale circostanza mantiene una rilevanza limitata in ragione della ampia facoltà di riformulazione del quesito pregiudiziale esercitata dalla Corte[83], è ben più interessante osservare che, circa il ruolo dell'art. 47 della Carta, la Corte si è significativamente discostata dalla soluzione prospettata dall'Avvocato generale.

Nelle conclusioni presentate sui casi *SPV Project* e *Unicaja Banco*[84], l'Avvocato generale Tanchev, avendo constatato che le parti dei procedimenti principali avevano avuto accesso a mezzi di ricorso effettivi per far valere i diritti loro conferiti dalla direttiva, aveva ritenuto che le questioni sollevate dovessero essere risolte sulla base delle disposizioni della direttiva, interpretate «alla luce del principio di effettività», e *non* tramite l'art. 47 della Carta[85]. Come si è visto, invece, la Grande Sezione, discostandosi dalla soluzione proposta dall'Avvocato generale, ha operato un importante richiamo a tale disposizione, riconoscendola quale fondamento - unitamente all'art. 7, par. 1, della direttiva - dell'esistenza di una «esigenza di tutela giurisdizionale effettiva»[86].

Deve certamente riconoscersi che la formulazione utilizzata dalla Corte induca a classificare le sentenze *Ibercaja Banco*, *SPV Project* e *Unicaja Banco* nell'ambito di quella giurisprudenza in cui la Corte ha qualificato il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta quale *componente* del principio della effettività "alla *Rewe*"[87], riconoscendole una «funzione di

[83] Sulla facoltà di riformulazione della Corte si vedano tra gli altri, G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Laterza, Bari, 2020, 117-118; U. DRAETTA, F. BESTAGNO, A. SANTINI, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2018, 311-312; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, 352.

[84] Conclusioni dell'avvocato generale Evgeni Tanchev, entrambe presentate 15 luglio 2021 sulle Cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl, Dobank SpA c. YB* (C-693/19) e *Banco di Desio e della Brianza SpA, Banca di Credito Cooperativo di Carugate e Inzago Sc, Intesa Sanpaolo SpA, Banca Popolare di Sondrio ScpA, Cerved Credit Management SpA c. YX, ZW* (C-831/19) e sulla Causa C-869/19, *L c. Unicaja Banco, S.A., già Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U.*

[85] In particolare, conclusioni dell'avvocato generale Evgeni Tanchev sulle Cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl, Dobank SpA c. YB* (C-693/19) e *Banco di Desio e della Brianza SpA, Banca di Credito Cooperativo di Carugate* (C-831/19), cit., punto 60 e sulla Causa C-869/19, *L c. Unicaja Banco*, cit., punto 40.

[86] V. *supra*, nota 82.

[87] Come evidenziato in dottrina, il rapporto delineato nella casistica della Corte tra il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e il principio della effettività quale criterio *Rewe* si articola in modo diverso; ci sono casi in cui la Corte fa riferimento all'uno o all'altro e casi in cui li richiama entrambi, delineando un rapporto non sempre lineare e coerente; per un'analisi della casistica al riguardo, cfr. *inter alia* J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, cit., in particolare 1409 ss.

sostegno o di complementarità» rispetto a quet'ultimo[88]. Peraltro, la formulazione utilizzata per richiamare l'«esigenza di tutela giurisdizionale effettiva» e il conseguente riferimento all'art. 47 della Carta paiono attribuire a essi una funzione meramente *ad adiuvandum*[89] rispetto al principio della effettività.

Tuttavia, a ben vedere, lo snodo fondamentale del ragionamento della Corte è precipuamente costituito da tale «esigenza di tutela giurisdizionale effettiva» e dal richiamo alle fonti tanto di diritto derivato (direttiva 93/13) che primario (art. 47 della Carta) in cui essa trova fondamento. È proprio la suddetta esigenza - e non (solo) il principio di effettività - a condurre la Grande Sezione a individuare e giustificare limitazioni molto significative al principio del giudicato interno, giungendo di fatto a circoscriverne la portata oggettiva, a fronte della necessità di assicurare un controllo, anche d'ufficio, sul carattere abusivo delle clausole[90].

In sintesi, benché nelle sentenze *Ibercaja Banco*, *SPV Project* e *Unicaja Banco*, la Corte sembri aver voluto confermare il rapporto di complementarità tra il principio di effettività e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, è quest'ultimo diritto - e non il primo principio - a costituire il grimaldello che permette alla Corte di adottare un approccio ben diverso da quello adottato in *Finanmadrid* e, in tal modo, intaccare l'operatività del principio della *res iudicata*.

3.4. Il superamento del giudicato formatosi in violazione della competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato

Occorre infine concludere questa disamina richiamando la celebre sentenza *Lucchini*[91] in cui la Corte ha statuito che il diritto UE osta all'applicazione di una disposizione nazionale, quale l'art. 2909 del codice civile italiano che sancisce l'autorità di cosa giudicata, in relazione alla sentenza con cui è stato riconosciuto il diritto di una società a ottenere un sostegno economico poiché, come accertato da una decisione della Commissione successivamente intervenuta, ciò risultava in contrasto con le norme di diritto UE.

[88] Conclusioni dell'avvocato generale Evgeni Tanchev sulle Cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project*, cit., punto 60; in senso analogo si v. le conclusioni presentate sulla Causa C-869/19, *Unicaja Banco*, cit., punto 39.

[89] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *SPV Project 1503*, cit., punto 61; il richiamo «all'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva» è introdotto dall'avverbio «inoltre» («En outre» nella versione francese e «In addition» in quella inglese).

[90] Si v. E. VALLINES, *No procedural limits for consumers challenging unfair contract terms? (C-869/19, C-600/19 and C-693/19 & C-831/19)*, in *EU law live*, 26th May 2022; secondo l'Autore, le sentenze *Ibercaja Banco, SPV Project e Unicaja Banco* giungono addirittura a «*destroy* the principle of procedural autonomy and the architecture of civil procedure of some Member States when it comes to proceedings on unfair terms in consumer contracts» (corsivo aggiunto).

[91] Corte di Giustizia (Grande Sezione), *Lucchini*, Causa C-119/05, sentenza 18 luglio 2007.

La statuizione della Corte trova giustificazione nel riparto di competenza tra UE e Stati membri. Essa ha, infatti, aperto la propria argomentazione richiamando che la valutazione relativa alla compatibilità con il mercato interno di misure di aiuto rientra nella competenza esclusiva della Commissione ed è sottratta ai giudici nazionali. Del pari, è sottratta alla competenza di questi ultimi la valutazione relativa all'invalidità degli atti delle istituzioni UE.

La circostanza che l'art. 2909 del codice civile italiano sia interpretato nel senso di precludere la deducibilità in una seconda controversia non solo dei motivi su cui un organo giurisdizionale si sia già esplicitamente pronunciato con la sentenza passata in giudicato, ma anche di quelle questioni su cui tale organo non abbia statuito e che, tuttavia, avrebbero potuto essere esaminate nella precedente controversia, implica che l'effetto del giudicato vada a coprire anche quegli aspetti che, in virtù dei limiti derivanti dal diritto UE, eccedono la competenza del giudice. In particolare, nel caso di specie la richiamata interpretazione, rendendo impossibile il recupero dell'aiuto di Stato concesso in violazione del diritto UE, avrebbe precluso la corretta applicazione di quest'ultimo. Pertanto, nei limiti in cui tale interpretazione dell'art. 2909 del codice civile preclude la corretta attuazione del diritto dell'UE, i principi sanciti dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Simmenthal*[92] ne impongono la disapplicazione da parte del giudice nazionale.

Il riparto di competenze che ha condotto la Corte a giungere a una tale conclusione non riguarda la tipologia della materia all'origine della controversia, quanto piuttosto le competenze riconosciute, in via esclusiva, alla Commissione in tale materia. Il criterio dirimente appare pertanto quello del riparto di competenze tra istituzioni dell'UE e organi nazionali, piuttosto che la natura della competenza per la specifica materia. Nelle conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed emerge, in particolare, la differenza tra la precedente giurisprudenza in materia di giudicato (segnatamente, le sentenze *Köbler*, *Kühne & Heitz* e *Kapferer*) e il caso all'origine della sentenza *Lucchini*. In quest'ultima, la questione non atteneva semplicemente a una errata interpretazione del diritto UE da parte del giudice nazionale, bensì a una pronuncia da questi adottata esorbitando dalla propria competenza[93]. L'approdo cui è giunta la Corte

[92] Corte di Giustizia, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, Causa C-106/77, sentenza 9 marzo 1978.

[93] Conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed, presentate il 14 settembre 2006, Causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contro Lucchini Siderurgica SpA*, punti 38 ss.; si veda in particolare il punto 47: «Nella causa in esame tuttavia la sentenza della Corte d'Appello passata in giudicato non solo ha conseguenze per i rapporti giuridici di diritto italiano tra il beneficiario dell'aiuto e lo Stato italiano, ma scavalca anche la competenza esclusiva della Corte, retta dal diritto comunitario, di valutare l'aiuto controverso e incide sugli obblighi a cui è assoggettato lo Stato italiano ai fini della concessione dell'aiuto di Stato». La peculiarità della sentenza *Lucchini* è stata ampiamente evidenziata in dottrina; cfr., *inter alia*, X. GROUSSOT, T. MINSSEN, Res Judicata *in*

con la sentenza *Lucchini*, successivamente confermato nel caso *Buonotourist*[94], trova origine nella specificità della situazione da essa posta; come affermato dalla stessa Corte nella sua successiva giurisprudenza, si trattava, infatti, di una questione concernente «la ripartizione di competenza tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di stato»[95]. Ed è proprio la suddetta circostanza che può ritenersi all'origine del riferimento operato alla giurisprudenza *Simmenthal* e, più in generale, dello spiccato «judicial activism» dimostrato in tale occasione dalla Corte rispetto all'approccio maggiormente improntato al «judicial restraint» caratterizzante le sentenze *Kühne & Heitz* e *Kapferer*[96].

4. Osservazioni conclusive

Alla luce dell'analisi sopra condotta si può innanzitutto osservare come la giurisprudenza della Corte su una questione tanto complessa quanto delicata, quale quella del giudicato nazionale in contrasto con il diritto UE, abbia subito una significativa evoluzione. Nonostante l'approccio casistico caratterizzante tale giurisprudenza abbia condotto a soluzioni non sempre pienamente coerenti - come paradigmaticamente dimostrato dalla pronuncia *XC* -, la prassi esaminata consente di individuare delle costanti e alcuni approdi, a loro volta aperti a future evoluzioni.

Partendo dalle costanti, occorre innanzitutto rilevare come la Corte, prendendo le mosse da un fermo riconoscimento del principio dell'autorità di cosa giudicata, ne abbia ricondotto l'attuazione all'autonomia procedurale degli

the ECJ Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?, cit., 412; E. M. BARBIERI, *Considerazioni sull'autorità del giudicato nazionale nel diritto comunitario dopo il caso* Interedil, in *Diritto processuale amministrativo*, 1, 2012, 354 ss., in particolare 357; A. BIONDI, *Case C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini SpA, formerly Lucchini Siderurgica SpA, Judgment of the Court of Just*, in *Common Market Law Review*, 5, 2008, 1459 ss.; M. GIAVAZZI, *L'effetto preclusivo del giudicato: la Corte di giustizia chiarisce il proprio pensiero. L'autonomia procedurale non è dunque un paradiso perduto*, in *Dir. Un. eur.*, 1, 2015, 237 ss., in particolare 251; G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, 595 ss.; parte della dottrina si è invece espressa in senso contrario, tra gli altri, C.E. GALLO, *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari*, in Annuario Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Giuffrè, Milano, 2008, 232 ss.; G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2014, 1 ss., in particolare 3 ss.

[94] Tribunale, *Buonotourist c. Commissione*, Causa T-185/15, sentenza 11 luglio 2018, punti 185 ss.; Corte di Giustizia, *Buonotourist c. Commissione*, Causa C-586/18 P, sentenza 4 marzo 2020, punti 90 ss.; in senso analogo, si veda anche Tribunale, *CSTP Azienda della Mobilita/ Commissione*, Causa T-186/15, sentenza 11 luglio 2018, punto 185; per un commento a tali pronunce e all'approccio espansivo che le caratterizza rispetto a *Lucchini*, cfr. C. SCHEPISI, *L'autonomia del giudice nazionale e il principio del giudicato nella materia degli aiuti di Stato: un tentativo di approccio coerente e sistematico*, in *Dir. Un. eur.*, 4, 2018, 743 ss.

[95] Corte di Giustizia, *Fallimento Olimpiclub*, cit., punto 25.

[96] In questo senso, cfr. X. GROUSSOT, T. MINSSEN, Res Judicata *in the ECJ Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, cit., 401 e 414.

Stati membri e, conseguentemente, ai criteri *Rewe*. In ragione di tale inquadramento, la Corte è giunta a escludere un *generale* obbligo del giudice nazionale di disapplicare le norme processuali nazionali in materia di *res iudicata* al fine di rimediare al contrasto esistente tra un giudicato nazionale e il diritto dell'Unione. La chiave di volta per risolvere il suddetto contrasto è costituita dall'obbligo di interpretazione conforme[97] che, quale espressione del più generale principio di leale cooperazione, impone al giudice nazionale di esercitare il proprio potere giurisdizionale interpretando le disposizioni di diritto nazionale in modo da assicurare la piena efficacia del diritto UE[98].

La logica del criterio della interpretazione conforme, unitamente al principio di equivalenza, ha condotto la Corte a definire l'obbligo del giudice di riesaminare una decisione amministrativa (*Kühne & Heitz*) o giudiziaria (*Kapferer* e *Impresa Pizzarotti*), qualora tale potere sia riconosciuto al giudice dalle norme processuali nazionali e nel rispetto delle condizioni da queste previste.

È, tuttavia, attraverso il principio di effettività che la Corte è giunta a circoscrivere maggiormente l'operatività del giudicato. Ciò emerge in relazione a due profili. In primo luogo, in riferimento alle ipotesi in cui gli effetti esterni del giudicato in contrasto con il diritto UE rischino di riprodurre tale contrasto (*Olimpiclub*, *Vueling* e *FMS*) in procedimenti diversi da quello conclusosi con la sentenza passata in giudicato. In secondo luogo, la giurisprudenza relativa ai limiti all'intangibilità del giudicato individuati dalla Corte a fronte della necessità di assicurare un'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dei consumatori riconosciuti dal diritto UE, ha introdotto una nuova dimensione relativa all'effettività della tutela. Negli approdi più recenti di tale giurisprudenza (*Ibercaja Banco*, *SPV Project* e *Unicaja Banco*), emerge come la Corte non si sia limitata a valutare se una norma procedurale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto UE, ma abbia svolto tale valutazione in relazione alla necessità di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva a un complesso di diritti definiti dal diritto dell'Unione. In altre parole, si tratta di situazioni in cui il contrasto tra giudicato nazionale e diritto UE si configura come "qualificato" poiché attiene a disposizioni che conferiscono ai

[97] In questo senso, D.U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, cit.; M. GIAVAZZI, *L'effetto preclusivo del giudicato: la Corte di giustizia chiarisce il proprio pensiero. L'autonomia procedurale non è dunque un paradiso perduto*, cit., in particolare 253.

[98] A questo proposito, *inter alia*, Corte di Giustizia, *Pfeiffer e a.* (Grande Sezione), Cause riunite da C-397/01 a C-403/01, sentenza 5 ottobre 2004, punti 114 ss.; *Mau*, Causa C-160/01, sentenza 15 maggio 2003. Per un'analisi circa le origini e il funzionamento dell'obbligo di interpretazione conforme, cfr. tra gli altri R. BARATTA, *Il* telos *dell'interpretatazione conforme all'*acquis *dell'Unione*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015, 33 ss., in particolare 36 ss.

singoli un novero di diritti, in relazione ai quali il diritto primario e derivato impongono di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva.

Benché la necessità di superare gli esiti del giudicato interno sia stata affermata solo nell'ipotesi, del tutto peculiare, di violazione del riparto di competenze tra Stati membri e Commissione in materia di aiuti di stato (*Lucchini*), la giurisprudenza relativa alla tutela dei consumatori è certamente quella in cui la Corte ha individuato le maggiori restrizioni riguardo al giudicato, giungendo finanche ad ammettere un sostanziale riesame della decisione definitiva qualora esso risulti necessario ad assicurare la tutela giurisdizionale effettiva del singolo, in particolare attraverso la garanzia di un controllo giurisdizionale sull'eventuale natura abusiva delle clausole contrattuali. Tale esito, se certamente comporta un significativo impatto nei confronti dell'autonomia procedurale degli Stati membri[99], è d'altra parte giustificato (e giustificabile) in ragione del ruolo svolto in tale giurisprudenza dal diritto alla tutela giurisdizionale effettiva rispetto al criterio di effettività "alla *Rewe*". Infatti, il principio di effettività "alla Rewe" e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva hanno obiettivi e contenuto diversi. Il primo mira, attraverso la definizione di obblighi essenzialmente negativi, ad assicurare l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione, mediante la definizione di uno standard procedurale minimo. Il secondo si configura come un diritto fondamentale che impone degli obblighi positivi aventi la finalità di assicurare agli individui un'adeguata tutela giurisdizionale dei diritti loro riconosciuti da norme dell'Unione[100].

Ci si può da ultimo interrogare circa i futuri sviluppi che potrebbero caratterizzare tale giurisprudenza alla luce dei più recenti orientamenti che la Corte ha accolto a fronte dell'esigenza di assicurare tutela giurisdizionale effettiva ai consumatori nei confronti di clausole contrattuali abusive. In ragione del crescente riconoscimento che tale esigenza trova oggi nel diritto dell'Unione, a livello sia di diritto primario che derivato, sembra opportuno riflettere circa i rischi (o le potenzialità) che la soluzione cui la Corte è giunta in tale giurisprudenza possa trovare applicazione anche in relazione ad altri settori materiali del diritto dell'Unione, aprendo una nuova fase (forse, già avviatasi) del rapporto tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti degli Stati membri, in un'ottica di maggiore integrazione. Si tratterebbe, infatti, di una fase in cui se, da un

[99] Si richiamano qui i rischi rilevati da E. VALLINES, *No procedural limits for consumers challenging unfair contract terms?*, cit., e A. TURMO, *A new chapter in the saga of national res judicata and the effectiveness of EU Law: Confirming the trend towards increasing encroachments upon domestic procedural law*, in *EU law live*, 30th May 2022.

[100] Cfr., *inter alia*, J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, cit., 1406 ss.; M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, in *Yearbook of European Law*, 1, 2014, 3 ss., in particolare 12 ss.

lato, la Corte potrebbe giungere a riconoscere ulteriori limiti al valore del giudicato nazionale - e più in generale all'autonomia procedurale degli Stati membri - d'altra parte, i suddetti limiti sarebbero individuati e giustificati non più (solo) in ragione del principio dell'effettività, bensì del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

Un ulteriore sviluppo potrebbe essere infine costituito dal consolidamento dell'approccio assiologico adottato dalla Corte nella pronuncia *FMS*. A differenza del primo scenario di sviluppo, sopra richiamato, quest'ultimo appare di ben più difficile realizzazione. Ciò, in primo luogo, a causa della portata dirompente che deriverebbe da un tale approccio e, in secondo luogo, in ragione della necessità e complessità di giustificarne solidamente l'applicazione, specialmente nelle ipotesi di contrasto del giudicato con quei diritti fondamentali suscettibili di subire limitazioni ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta.

IL CASO DELLA BIELORUSSIA SULLA STRUMENTALIZZAZIONE DEI FLUSSI MIGRATORI E STRUMENTI DI CONTRASTO AL TRAFFICO DI MIGRANTI: BREVI PROFILI SULLA RILEVANZA DEL SISTEMA EUROPEO DI SORVEGLIANZA DELLE FRONTIERE *EUROSUR*

GIUSEPPE LICASTRO*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Uno strumento di contrasto: il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere *EUROSUR*. – 3. Il regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 della Commissione di EUROSUR. – 4. Profili problematici.

Abstract

This note discusses of smuggling of migrants: 'A highly worrying phenomenon observed recently is the increasing role of State actors in artificially creating and facilitating irregular migration, using migratory flows as a tool for political purposes'. This note discusses in particular of the European Border Surveillance System (EUROSUR).

Suggerimento di citazione

G. LICASTRO, *Il caso della Bielorussia sulla strumentalizzazione dei flussi migratori e strumenti di contrasto al traffico di migranti: brevi profili sulla rilevanza del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere* EUROSUR, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Dottore in Giurisprudenza (Istituto di Studi Europei *Alcide De Gasperi* di Roma, esperto). Contatto: g_licastro@virgilio.it.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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

«Un fenomeno estremamente preoccupante osservato di recente è il ruolo crescente degli attori statali nella creazione artificiale e nel favoreggiamento della migrazione irregolare, utilizzando i flussi migratori come strumento per fini politici»[1].

«Il modello organizzativo fa dell'adattabilità a ogni situazione un imprescindibile punto di forza»[2].

«Più le frontiere sono ermetiche, almeno ufficialmente, e più certi funzionari 'diventano sensibili a prebende e a traffici'»[3].

«Le frontiere esterne dell'Unione europea sono anche un luogo in cui si afferma un'identità comune di sicurezza interna. La mancanza di una visione comune e di una politica comune chiaramente formulate in materia di frontiere esterne può comportare rischi politici e strategici considerevoli, che potrebbero in futuro ostacolare l'affermazione di una politica valida dell'Unione europea nel settore della Giustizia e Affari interni»[4].

1. Introduzione

Il fenomeno della strumentalizzazione della migrazione irregolare da parte di attori statali ha assunto sempre più una significativa importanza: il recente *caso* della Bielorussia che utilizza *rectius* strumentalizza i flussi migratori appare emblematico[5]. Invero, tale fenomeno è stato posto all'attenzione - sin da subito -

[1] Cfr. doc. COM(2021) 591 final, del 29 settembre 2021, *Piano d'azione rinnovato dell'UE contro il traffico di migranti (2021-2025)*, p. 6.

[2] Cfr. A. DI NICOLA, G. MUSUMECI, *Confessioni di un trafficante di uomini*, Milano, 2015, p. 7. Da menzionare, *rectius* richiamare altresì, un contributo - nel quadro dello *smuggling* per via marittima -, parte di un progetto di ricerca piuttosto datato - correva l'anno duemilaquattro -, ma, ancora attuale, di P. MONZINI (l'apporto delle scienze sociali appare rilevante in tale contesto; v., altresì, M. MASSARI, *Reconsidering Transnational Organised Crime in the Shadow of Globalisation: The Case of Human Smuggling across the Mediterranean*, in S. CARNEVALE, S. FORLATI, O. GIOLO (eds), *Redefining Organised Crime: A Challenge for the European Union?*, Oxford, 2017, p. 75 ss.), un contributo davvero considerevole, dal titolo *Il traffico di migranti per via marittima: il caso dell'Italia* (in P. MONZINI, F. PASTORE, G. SCIORTINO, *L'Italia promessa. Geopolitica e dinamiche organizzative del traffico di migranti verso l'Italia*, w.p. 9/2004, CeSPI, p. 41 ss., in http://www.cespi.it/sites/default/files/documenti/monzini_2004.pdf). La valente ricercatrice aveva posto all'attenzione - all'epoca -, nelle considerazioni finali, anche un aspetto che appare confacente qui riprendere, ossia, «l'esistenza di strutture organizzative molto *flessibili*», organizzazioni criminali dedite al traffico di migranti che operano (appunto) con «*flessibilità*» (*ibidem*, p. 70, corsivo aggiunto).

[3] Cfr. M. GRAZIANO, *Frontiere*, Bologna, 2017, p. 102, che cita O. WEBER, *Frontières*, Paris, 2016, p. 51.

[4] Cfr. doc. COM(2002) 233 definitivo, del 7 maggio 2002, *Verso una gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea*, p. 5.

[5] V., tra i primi commenti, S. MARINAI, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, in *ADiM Blog*, editoriale, 28 dicembre 2021, in https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2021/12/SodaPDF-converted-ADim-Blog-Dicembre-2021-

dal recente nuovo piano d'azione (UE) sul traffico (*smuggling*) di migranti[6], un nuovo piano che si propone di stabilire le azioni quindi le misure da attuare nel corso dei prossimi cinque anni (2021-2025) al fine, appunto, di fronteggiare lo *smuggling* di migranti[7]. Infatti, nel nuovo piano di contrasto è stato posto in evidenza che: la Bielorussia ha inteso rispondere «alle sanzioni dell'UE organizzando e avallando un traffico di migranti nell'UE, per via aerea, da diversi paesi terzi (principalmente dall'Iraq, così come dalla Repubblica del Congo, dal Camerun, dalla Siria e da altri paesi), solitamente con un visto valido o in esenzione dal visto», tuttavia, si puntualizza che l'UE ha prontamente adottato

Editoriale-S.pdf, A. RASI, *La reazione della Polonia alla condotta Bielorussa: il rimedio peggio del male?*, in *SIDIBlog*, 30 dicembre 2021, in http://www.sidiblog.org/2021/12/30/la-reazione-della-polonia-alla-condotta-bielorussa-il-rimedio-peggio-del-male, S. IZZO, *Unione europea e Bielorussia tra misure restrittive e gestione dei flussi migratori*, in *BlogDUE*, 7 gennaio 2022, in https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2022/01/Izzo-BlogDUE-4.pdf; recentemente, A. DI PASCALE, *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, in *Eurojus.it*, 21 marzo 2022, in http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/I-migranti-come----arma----tra-iniziative-di-contrasto-e-obblighi-di-tutela-dei-diritti-fondamentali-Riflessioni-a-margine-della-crisi-ai-confini-orientali-dell---UE1.pdf, nonché C. SCISSA, *Misure emergenziali al confine tra UE e Bielorussia: uno scontro tra 'titani' con gravi ripercussioni per i migranti*, in *European papers*, (Vol. 7, No 1) 2022, European Forum, Insight, 7 aprile 2022, p. 43 ss., in https://www.europeanpapers.eu/it/europeanforum/misure-emergenziali-confine-ue-bielorussia-scontro-titani-gravi-ripercussioni-per-migranti.

[6] Cfr. doc. COM(2021) 591 final, del 29 settembre 2021, *Piano d'azione rinnovato dell'UE contro il traffico di migranti (2021-2025)*, cit., p. 1 ss. Sul nuovo piano, ove di interesse, sia consentito di rinviare al mio scritto dal titolo *Il nuovo piano d'azione UE sul traffico di migranti (2021-2025)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 4/2021, p. 4479 ss.

[7] In dottrina, v., anche, G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, S. CARRERA, E. GUILD (eds), *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings. Policy Dilemmas in the EU*, 2016, Centre for European Policy Studies, in https://www.ceps.eu/ceps-publications/irregular-migration-trafficking-and-smuggling-human-beings-policy-dilemmas-eu/, M. CARTA, *La disciplina del traffico di migranti: prospettive di riforma nel sistema UE*, in *federalismi.*it, 16 novembre 2016, in https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=32737, M. VENTRELLA, *Smuggling of migrants by sea: EU legal framework and future perspective*, USA, 2018, A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Leiden/Boston, 2019, p. 5 ss., specie p. 42 ss. (sulla distinzione fra traffico di migranti e tratta di esseri umani v., V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 86 ss., specie p. 98 ss., altresì, V. MILITELLO, *Trafficking in Human Beings vs. Migrant Smuggling: a Dangerous Relationship*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Between Criminalization and Protection*, cit., p. 55 ss., specie p. 65 ss.), A. SPENA, *L'UE in lotta contro il traffico di migranti: dal facilitators package al nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, nel forum, a cura di V. MILITELLO, M. SAVINO, E. CAVASINO, A. SPENA, *Nuovo Patto sulla Migrazione e l'asilo: un cambio di passo per la mobilità in Europa?*, in *Giustizia Insieme*, 30 giugno 2021, in https://www.giustiziainsieme.it/it/news/130-main/diritti-umani/1831-nuovo-patto-sulla-migrazione-e-l-asilo-un-cambio-di-passo-per-la-mobilita-delle-persone-in-europa. Da considerare, da ultimo, le interessanti riflessioni di A. SPENA, *Smuggled migrants as victims? Reflecting on the UN Protocol against migrant smuggling and on its implementation*, in S. FORLATI (ed.), *The Palermo Convention at Twenty. The Challenge of Implementation*, Leiden/Boston, 2021, p. 43 ss.

una misura nel settore dei visti tesa a sospendere parzialmente l'accordo di facilitazione dei visti con la Bielorussia; la Bielorussia ha addirittura annunciato di sospendere l'accordo di riammissione con l'UE e ha perfino rifiutato di riprendere in carico i migranti irregolari transitati attraverso il suo territorio[8]; tale situazione ha generato la pronta 'offerta' di servizi illeciti da parte degli *smugglers* di migranti nel fornire servizi e indicazioni allo scopo di raggiungere illegalmente la Bielorussia e attraversare irregolarmente la frontiera esterna (dell'UE) con la Lituania, la Lettonia, la Polonia.

2. Uno strumento di contrasto: il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere *EUROSUR*

Il nuovo piano d'azione (UE) sul traffico di migranti (2021-2025) si propone - anche - di fornire adeguate risposte all'uso strumentale della migrazione irregolare da parte di attori statali, mediante una (sorta di) concertazione volta a individuare e sviluppare tutti gli strumenti operativi-giuridici-diplomatici-finanziari ritenuti validi. Appare confacente considerare uno strumento di contrasto che potrebbe, dovrebbe risultare abbastanza efficiente, efficace per fronteggiare tale fenomeno: si tratta del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere *EUROSUR*.

Tale sistema[9], ormai incorporato[10] nel quadro del regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea[11] (FRONTEX),

[8] Sulla disciplina dei visti nonché degli accordi di riammissione, v., da ultimo, G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, seconda ed., Torino, 2021, rispettivamente, p. 55 ss. e p. 126 ss.; ove di interesse, sulle questioni afferenti al *rimpatrio ed espulsione*, v., i contributi che figurano nella sez. IV del più che recente volume *Migrazioni internazionali: questioni giuridiche* aperte, a cura di I. CARACCIOLO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO, Napoli, 2022, p. 693 ss., volume *open access* al seguente indirizzo: http://www.unisa.it/uploads/14702/2022.migrazioni-internazionali-prin.pdf.

[9] Riguardo EUROSUR, v., tra gli altri, J.J. RIJPMA, *Building Borders: the regulatory framework for the management of the external borders of the European Union*, European University Institute EUI PhD theses Department of Law (CADMUS EUI Research Repository), 2009, p. 235 ss., L. MARIN, *Is Europe Turning into a 'Technological Fortress'? Innovation and Technology for the Management of EU's External Borders: Reflections on FRONTEX and EUROSUR*, in M. HELDEWEG, E. KICA (eds), *Regulating Technological Innovation. A Multidisciplinary Approach*, London, 2011, p. 131 ss., J.J. RIJPMA, M. VERMEULEN, *EUROSUR: saving lives or building borders?*, in *European Security*, (vol. 24, issue 3) 2015, p. 454 ss.; da ultimo, v. D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 45 ss.; ove di interesse, sia sommessamente consentito di rinviare anche alla mia succinta nota *La Comunicazione della Commissione sulla «creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR)»*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, (3) 2008, p. 613 ss., la Comunicazione, in doc. COM(2008) 68 definitivo, del 13 febbraio 2008, p. 2 ss.

[10] Il regolamento (UE) 2019/1896 (*infra*), ha abrogato l'originario regolamento (UE) n. 1052/2013 istitutivo di EUROSUR, in GUUE L 295 del 6 novembre 2013, p. 11 ss.

[11] In GUUE L 295 del 14 novembre 2019, p. 1 ss. (v. art. 18 ss.). Per un primo commento, v. D. VITIELLO, E. DE CAPITANI, *Il Regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da "fire brigade" ad amministrazione europea integrata?*, in

si prefigge di favorire, strutturare lo scambio di informazioni e di favorire, strutturare altresì la «cooperazione operativa all'interno della guardia di frontiera e costiera europea», allo scopo «di migliorare la conoscenza situazionale e aumentare la capacità di reazione ai fini della gestione delle frontiere[12], ivi compreso al fine di individuare, prevenire e combattere l'immigrazione illegale e la criminalità transfrontaliera e contribuire a garantire la protezione e la salvezza della vita dei migranti» (art. 18 del regolamento (UE) 2019/1896). Un sistema da utilizzare - si badi bene - non solo nell'ambito delle verifiche di frontiera e della sorveglianza di frontiera - ovviamente, frontiera esterna terrestre, marittima, aerea -, ma, anche, nell'ambito delle attività di osservazione, individuazione, identificazione, nonché prevenzione e intercettazione di attraversamenti non autorizzati delle frontiere (art. 19 del regolamento (UE) 2019/1896).

3. Il regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 della Commissione di EUROSUR

EUROSUR si avvale, si giova di «centri nazionali di coordinamento» istituiti e coordinati dagli Stati membri, che provvedono all'invio, allo scambio di informazioni (tra loro e con FRONTEX[13]), «tratte dai loro quadri situazionali nazionali e, ove opportuno, dai quadri situazionali specifici», informazioni, «che sono necessarie per istituire e aggiornare il quadro situazionale europeo» (art. 20, par. 2 del regolamento (UE) 2019/1896). I quadri situazionali, nazionali e specifici, che agevolano l'aggiornamento del quadro della situazione europea,

SIDIBlog, 6 dicembre 2019, in http://www.sidiblog.org/2019/12/06/il-regolamento-ue-20191896-relativo-alla-riforma-di-frontex-e-della-guardia-di-frontiera-e-costiera-europea-da-fire-brigade-ad-amministrazione-europea-integrata/.

[12] Sulla gestione delle frontiere, v., da ultimo, la monografia di D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit.; da richiamare anche J.J. RIJPMA, *EU Border Management after the Lisbon Treaty*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, (vol. 5) 2009, p. 121 ss. (scritto *open access* al seguente indirizzo: https://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/78); J.J. RIJPMA, M. FINK, *The Management of The European Union's External Borders,* in P. DE BRUYCKER, L. TSOURDI (eds), *Research Handbook on EU Asylum and Migration Law*, London, 2021, in corso di pubblicazione, disponibile anticipatamente al seguente indirizzo: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3737407. Sul tema *frontiere*, da richiamare, l'*inaugural lecture* di E. GUILD, *Moving the Borders of Europe*, University of Nijmegen, 30 maggio 2001 (ancora consultabile al seguente indirizzo: http://cmr.jur.ru.nl/cmr/docs/oratie.eg.pdf), "rivisitata" in occasione del '*farewell speech*' dal titolo *Interrogating Europe's Borders: Reflections from an Academic Career*, Radboud University of Nijmegen (Radboud Repository), 6 settembre 2019, p. 7 ss., nonché E. GUILD, *Danger: Borders under Construction. Assessing the first five Years of Border Policy in an Area of Freedom, Security and Justice*, in J. DE ZWAAN, F. GOUDAPPEL (eds), *Freedom, Security and Justice in the European Union. Implementation of the Hague Programme*, Den Haag, 2006, p. 45 ss.

[13] Ma non solo, l'art. 21 del regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, cit., contempla, al par. 3, lettera *h*, la possibilità di «coordinare misure operative con altri Stati membri e paesi terzi, fatte salve le competenze dell'Agenzia e degli altri Stati membri».

comprendono tutta una serie rilevante di informazioni distinta per i seguenti livelli: eventi, operazioni, analisi (art. 24, par. 1 del regolamento (UE) 2019/1896). Ebbene, il recente regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 di EUROSUR[14], concernente tali quadri situazionali, stabilisce i dettagli, il tipo delle diverse, molteplici informazioni di pertinenza di ciascun livello. Livello *eventi*, ad esempio, attraversamenti irregolari delle frontiere, attività di favoreggiamento dell'ingresso, ai sensi della definizione prevista dalla direttiva 2002/90/CE[15], frode documentale o reati documentali; livello *operazioni*, relazioni attinenti i piani operativi, ad esempio, rapporti, resoconti di operazioni congiunte alle frontiere; livello *analisi*, relazioni inerenti l'analisi dei rischi, ad esempio, di eventi alle frontiere esterne.

Si definisce poi la disciplina relativa all'istituzione e alla condivisione di «quadri situazionali specifici» e la disciplina che regola il funzionamento della complessa 'macchina' EUROSUR.

Peraltro, l'allegato 2 del regolamento di esecuzione di EUROSUR, precisa, che, occorre completare - ove possibile - le informazioni (già) inviate relative all'evento segnalato, specificando ulteriori dettagli, ivi indicati, nell'esaustivo elenco: per quanto riguarda l'attraversamento irregolare delle frontiere, occorre comunicare, ad esempio, il tipo di evento, ad esempio, tentato o effettivo attraversamento irregolare della frontiera, le circostanze, ad esempio, la destinazione, il paese di destinazione; per quanto concerne il favoreggiamento, occorre comunicare, ad esempio, il mezzo di trasporto utilizzato, il numero complessivo delle persone coinvolte - ovverosia gli autori dei reati -, il *modus operandi*; rispetto alla frode documentale, occorre comunicare, ad esempio, il tipo (e il sottotipo) di documento contraffatto, falsificato, etc., ad esempio, passaporto, visto; peraltro ancora, all'agenzia FRONTEX spetta il compito di determinare mensilmente un valore, denominato *indicatore*, connesso proprio agli eventi di attraversamento irregolare delle frontiere, di favoreggiamento, di frode documentale (ma, non solo, v., più diffusamente, l'allegato 1 del regolamento di esecuzione di EUROSUR).

Con riferimento alla frode documentale, sembra comunque utile *qui* richiamare una ricerca attinente proprio al fenomeno dell'immigrazione irregolare per via aerea - veramente, un po' datata, ma, ancora di interesse - dal titolo *La SEA Aeroporti di Milano e i controlli sull'immigrazione irregolare: pratiche e buone prassi*. La sintesi della ricerca - plausibilmente, predisposta dalla SEA Aeroporti di Milano -, che si concentra sull'aeroporto di Milano Malpensa, risulta ancora disponibile (al termine del testo del comunicato stampa della SEA

[14] In GUUE L 124 del 12 aprile 2021, p. 3 ss.
[15] In GUUE L 328 del 5 dicembre 2002, pp. 17-18.

del 5 luglio 2010[16]): nella sintesi[17] si rileva che, frequentemente, per organizzare i viaggi irregolari compiuti per via aerea: «sono necessari non solo documenti contraffatti, ma anche attività di corruzione presso consolati, ambasciate e altre autorità. I viaggi aerei si svolgono infatti con documenti, visti e, a volte, permessi di lavoro per i paesi di destinazione che, in molti casi, sono falsificati. […]» (*per incidens*: ho avuto, all'epoca, la possibilità di fare parte del gruppo di ricerca). Si pone, in fin dei conti, all'attenzione, un *modus operandi* da tenere comunque presente in tale ambito.

Tra l'altro, tale strumento di esecuzione (UE) 2021/581 di EUROSUR, pare adeguato a rafforzare il quadro della c.d. «interoperabilità dei sistemi d'informazione» deputati al controllo[18].

La capacità di osservazione, di rilevamento… l'*intelligence*[19] prefrontaliera (ma, non solo tale capacità) di EUROSUR, potrebbe, dovrebbe rivelarsi abbastanza efficiente, efficace per fronteggiare il preoccupante *caso* della Bielorussia, quindi, migliorare la conoscenza, lo stato della situazione e, al contempo, incrementare la capacità di reazione della gestione delle frontiere, nonché individuare, prevenire, contrastare con più efficacia l'immigrazione illegale e la criminalità transfrontaliera (v. art. 18 del regolamento (UE) 2019/1896, cit., *supra*). Appare opportuno richiamare taluni 'motivi' che hanno spinto, determinato l'UE ad adottare misure restrittive nei confronti di diverse persone e entità «che hanno contribuito a incoraggiare e organizzare attraversamenti illegali delle frontiere verso l'UE attraverso la Bielorussia e hanno partecipato in

[16] Al seguente indirizzo: http://www.mxpairport.it/immigrazione-irregolarepresentazione-dello-studio-promosso-da-sea/.

[17] Per comodità, ecco l'indirizzo diretto della sintesi della ricerca: http://www.mxpairport.it/files/immigrazione_MXP.pdf; v., ivi, specie p. 9 ss.

[18] Sulla «interoperabilità dei sistemi d'informazione», v., da ultimo, D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 51 ss., p. 59 ss., p. 77 ss.

[19] Tale profilo è stato sostanzialmente 'condiviso', nel corso della recente, interessante disamina di F. CURI (però, riguardo) *La giurisdizione in alto mare: tra universalità tentata e territorialità consumata. (Commento a Cassazione, sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2022, p. 206, infatti, si rileva che, «il sistema di misure, adottate e recentissimamente implementate a livello europeo, per contrastare il traffico di migranti, può rappresentare un ausilio concreto ed efficacemente operativo […]», trattandosi di misure «che oltre a rafforzare ulteriormente la cooperazione, si concentrano sul potenziamento dell'*intelligence*, che è strategica per intercettare le informazioni sulla continua evoluzione del *modus operandi* dei trafficanti di uomini» (l'Autrice richiama il mio scritto *Traffico di migranti: una rapida e mirata rassegna sul corposo «insieme completo e operativo di misure» approvate di recente per fronteggiare il fenomeno*, in *L'Indice Penale*, 2/2019, p. 213 ss.); si rileva *altresì* che, tale «rinnovato impegno europeo oltre ad alcuni profili di sicuro impatto, non riesce a superare alcuni limiti per altro già presenti in passato» (l'Autrice richiama inoltre il mio scritto *L'adozione del nuovo piano d'azione (UE) di contrasto al traffico di migranti (2021-2025) e l'incidenza del regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 della Commissione di EUROSUR*, in *L'Indice Penale*, 3/2021, p. 838), con riferimento alla gestione delle *informazioni*… (v., perdipiù, *infra*, il *4. Profili problematici* di questo scritto, in questa sede).

tal modo alla strumentalizzazione della migrazione a fini politici»[20], in modo particolare, riportare i seguenti 'motivi', al fine di avvalorare tale assunto:

> «Oskartur è un operatore turistico che ha facilitato l'ottenimento di visti da parte di migranti provenienti dall'Iraq e ha successivamente organizzato il loro trasferimento verso la Bielorussia mediante voli da Baghdad a Minsk. Tali migranti iracheni sono stati poi portati alla frontiera Bielorussia-Unione ai fini di un attraversamento illegale. Grazie a Oskartur e ai relativi contatti con le compagnie aeree irachene, le autorità bielorusse e l'impresa di proprietà dello Stato Tsentrkurort, il vettore aereo iracheno ha introdotto voli di linea da Baghdad a Minsk per trasportare più persone verso la Bielorussia al fine di far loro attraversare illegalmente le frontiere esterne dell'Unione. Oskartur ha preso parte a tale sistema di attraversamento illegale delle frontiere messo in atto dai servizi di sicurezza bielorussi e da imprese di proprietà dello Stato. Oskartur contribuisce pertanto alle attività del regime di Lukashenko volte ad agevolare l'attraversamento illegale delle frontiere esterne dell'Unione»;
>
> «L'ASAM (Servizio distaccato per le misure attive) è un'unità speciale della guardia di frontiera bielorussa controllata da Viktar Lukashenko e guidata da Ihar Kruchkou. Nell'ambito dell'operazione speciale "Gate", le forze dell'ASAM organizzano attraversamenti illegali delle frontiere attraverso la Bielorussia verso gli Stati membri dell'Unione e sono direttamente coinvolte nel trasporto fisico dei migranti dall'altra parte della frontiera. Inoltre, l'ASAM chiede ai migranti trasportati un pagamento per l'attraversamento della frontiera. L'ASAM contribuisce pertanto alle attività del regime di Lukashenko volte ad agevolare l'attraversamento illegale delle frontiere esterne dell'Unione»[21].

D'altronde, nel nuovo piano d'azione (UE) sul traffico di migranti (2021-2025) appare tangibile la rilevanza del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere - appunto *EUROSUR* - vale la pena infatti (sia consentito) di riportare

[20] Cfr. il seguente indirizzo: https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/12/02/belarus-eu-adopts-5th-package-of-sanctions-over-continued-human-rights-abuses-and-the-instrumentalisation-of-migrants/.

[21] V., più diffusamente, l'allegato del regolamento di esecuzione (UE) 2021/2124 del Consiglio, in GUUE L 430 I, del 2 dicembre 2021, p. 3 ss., concernente le misure restrittive adottate nei confronti di diverse persone e entità, secondo la disciplina di cui all'art. 8 bis, par. 1, del regolamento (CE) 765/2006 relativo a misure restrittive verso la Bielorussia (v., per comodità, il seguente indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02006R0765-20211202&qid=1644593955405&from=IT).

il seguente periodo, parte del punto 3.3.1. *Rafforzamento della cooperazione operativa fra autorità di contrasto contro il traffico di migranti*, ossia:

> «Gli efficaci interventi della **squadra operativa congiunta Mare**, che ha condotto azioni coordinate e basate sull'intelligence contro il favoreggiamento della migrazione irregolare, dovrebbero essere portati avanti, utilizzando le informazioni del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR) - investito ora di un ruolo più incisivo nella lotta alla criminalità transfrontaliera -, e l'ambiente comune per la condivisione delle informazioni»[22].

Da tenere ben presente - nel contesto in esame - una proposta di regolamento molto significativa, concernente misure nei confronti degli operatori di trasporto che *agevolano* il traffico di migranti o la tratta di esseri umani[23], con riferimento all'ingresso illegale - via aerea, marina, fluviale, ferroviaria, stradale - nel territorio dell'Unione europea[24]. Si intende 'penalizzare' talune *condotte*, ossia: l'utilizzazione di veicoli, mezzi di trasporto impiegati nel traffico di migranti o nella tratta di esseri umani; (ovviamente, ancora, 'penalizzare' la condotta del)l'operatore di trasporto che «essendo a conoscenza dello scopo e dell'attività criminale generale di un gruppo criminale organizzato attivo» nel traffico di migranti o nella tratta di esseri umani «o della sua intenzione di commettere tali reati» partecipa «attivamente alle attività criminali di tale gruppo» o organizza, dirige, aiuta, agevola, consiglia «la commissione di atti» di traffico di migranti o di tratta di esseri umani «che coinvolgono un gruppo criminale organizzato o sono complici nella commissione di tali atti»: da notare che questa 'corposa' locuzione utilizzata, fondamentalmente, richiama il contenuto del par. 1, lettera *a* punto ii) e la lettera *b* del par. 1 dell'art. 5 della Convenzione

[22] Grassetto originale; sul gruppo, sulla squadra operativa congiunta (JOT) Mare v., il comunicato stampa del 17 marzo 2015 di EUROPOL, al seguente indirizzo: https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/joint-operational-team-launched-to-combat-irregular-migration-in-mediterranean; nonché il *report* dal titolo *A Study on smuggling of migrants: characteristics, responses and cooperation with third countries*, European Commission Directorate General (DG) for Migration and Home Affairs, European Migration Network Studies, september 2015, p. 86, reperibile anche al seguente indirizzo: https://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Project_material/Study_on_smuggling_of_migrants/study_on_smuggling_of_migrants_final_report_master_091115_final_pdf.pdf.

[23] Sulla tratta di esseri umani, v., anche, lo studio di S. SCARPA, *Contemporary forms of slavery*, European Parliament, PE 603.470, December 2018, p. 25 ss., in http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/603470/EXPO_STU(2018)603470_EN.pdf, nonché da ultimo, M. MANCINI, *Le Nazioni Unite e la lotta contro la tratta di esseri umani*, quaderno n. 20 de *La Comunità Internazionale*, Napoli, 2021, p. 225 ss.

[24] Cfr. doc. COM(2021) 753 final, del 23 novembre 2021, p. 1 ss.

delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale[25] (art. 5, intitolato, *Penalizzazione della partecipazione ad un gruppo criminale organizzato*), del resto, nella relazione introduttiva della proposta di regolamento si manifesta chiaramente il proposito di perseguire gli operatori di trasporto che abbiano partecipato alla strumentalizzazione della migrazione irregolare a fini politici, «abbiano contribuito, talvolta traendone vantaggio», a operazioni di *smuggling* e tratta, e quindi, si punta ad adottare una disciplina efficace, tale da ricalcare (proprio) quella contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale - ratificata da tutti gli Stati membri UE -, al fine di consentire all'Unione di poter utilizzare gli strumenti contemplati dalla summenzionata Convenzione[26], finanche nelle «situazioni di cui all'articolo 15, paragrafo 2, della medesima[27], nei casi in cui le attività» di

[25] V., per comodità, il testo al seguente indirizzo: https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/organised-crime/UNITED_NATIONS_CONVENTION_AGAINST_TRANSNATIONAL_ORGANIZED_CRIME_AND_THE_PROTOCOLS_THERETO.pdf. Sulla *Convenzione di Palermo*, v., anche, il vol. a cura di M. CHERIF BASSIOUNI, *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Milano, 2005, specie la parte seconda, p. 209 ss., ivi il contributo di G. MICHELINI, *I Protocolli delle Nazioni Unite contro la tratta di persone, contro il traffico di migranti, contro il traffico di armi*, p. 241 ss.; sulla Convenzione di Palermo nonché i Protocolli sul traffico di migranti e sulla tratta di esseri umani, v., inoltre, A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge/New York, 2014, p. 34 ss., p. 40 ss., p. 44 ss., p. 66 ss., precedentemente, riguardo i suddetti protocolli, di interesse, A.T. GALLAGHER, *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*, in *Forced Migration review*, (12) january 2012, p. 25 ss., in https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/development-induced-displacement/gallagher.pdf; nonché da ultimo, sulla Convenzione, il vol. a cura di S. FORLATI, *The Palermo Convention at Twenty. The Challenge of Implementation*, cit., p. 1 ss.

[26] La proposta di regolamento (però) in apertura - nell'*incipit* - richiama *anche* i Protocolli sul traffico di migranti e sulla tratta di esseri umani, protocolli addizionali alla Convenzione di Palermo; d'altronde, all'art. 2 della proposta figurano le definizioni di traffico e tratta utilizzate proprio dai protocolli addizionali.

[27] Riguardo tale disposizione della suddetta Convenzione - *per incidens* - sia consentito di richiamare (qui) taluni spunti di riflessione di R. BARBERINI, *Traffico di migranti. Spunti in tema di giurisdizione e incremento cooperazione*, presentati - all'epoca - in occasione della *riunione preparatoria* presso la Procura generale della Corte di Appello di Roma (22 maggio 2018) *del seminario* dal titolo *Le nuove frontiere dell'immigrazione. Verso percorsi di legalità, inclusione e sicurezza* (Catania, 15-16 giugno 2018), per quanto concerne la «necessità della introduzione di una norma di modifica della legge 16 marzo 2006 n. 146 (ratifica e attuazione Convenzione di Palermo) che, sul modello di altre norme speciali in materia di giurisdizione (ad esempio, dell'art. 48 della l. 18/79 sui reati commessi all'estero da Parlamentari europei), riproponga letteralmente la disposizione di cui all'*art. 15 c), I*, e che, quindi, stabilisca l'applicabilità della legge italiana a tutti i reati transnazionali che vedono il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, commessi all'estero al fine di commettere un grave reato sul territorio italiano» (cfr. p. 1 ss., specie p. 4, corsivo aggiunto, testo disponibile al seguente indirizzo: https://www.areadg.it/docs/le-nuove-dell-immigrazione-intervento-barberini.pdf); in argomento *rectius*, sul punto, v., di recente, D. MANDRIOLI, *La giurisdizione penale extraterritoriale e la Convenzione di Palermo: nuove (o antiche?) riflessioni ispirate dalla Corte di Cassazione*, in *SIDIBlog,* 31 gennaio 2022 (in http://www.sidiblog.org/2022/01/31/la-giurisdizione-penale-extraterritoriale-e-la-convenzione-di-palermo-nuove-o-antiche-riflessioni-ispirate-dalla-corte-di-cassazione/; si discute della

traffico di migranti o di tratta di esseri umani «siano effettuate allo scopo di commettere reati gravi nell'Unione».

La proposta di regolamento prevede tutta una serie di misure tese a impedire o limitare l'attività - ovviamente, degli operatori di trasporto - da e verso l'Unione, ad esempio, appare significativa, opportuna, la misura volta a sospendere il diritto di operare, di «prestare servizi di trasporto da e verso l'Unione nonché al suo interno» (art. 3, par. 2, lett. *b*).

4. Profili problematici

Tuttavia, tutta la mole notevole di informazioni e dati da inviare, raccogliere, analizzare, trattare, appare caratterizzarsi proprio dal *carattere*, dal connotato della riservatezza[28], addirittura, il regolamento di esecuzione di EUROSUR, prevede l'istituzione di un comitato di accreditamento, presso l'agenzia FRONTEX, allo scopo di salvaguardare la sicurezza comune dei dati, oltreché garantire un «corretto processo di accreditamento» (v. i *considerando* n. 21, n. 25, n. 26)[29].

sentenza della Cassazione, sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652, disponibile al seguente indirizzo: http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20210813/snpen@s10@a2021@n31652@tS.clean.pdf; di cui *supra* nota 19), in precedenza, v. A. ANNONI, *L'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti di migranti: le responsabilità dell'Italia… e quelle degli altri*, in *SIDIBlog*, 6 maggio 2015 (in http://www.sidiblog.org/2015/05/06/lesercizio-dellazione-penale-nei-confronti-dei-trafficanti-di-migranti-le-responsabilita-dellitalia-e-quelle-degli-altri/; con riferimento alla sentenza della Cassazione, sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, disponibile al seguente indirizzo: https://www.penalecontemporaneo.it/upload/140181714014510 2014.pdf; altresì, v. A. ANNONI, *Traffico di migranti via mare: l'ambito di applicazione della legge penale italiana*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, 2015, p. 420 ss.).

[28] In argomento, si ritiene confacente far presente che la dottrina ha (già) avuto modo di rilevare, *rectius* mettere in evidenza, la mancanza di trasparenza dell'agenzia FRONTEX, che, *peraltro*, ha assunto «formalmente la funzione di ente gestore del sistema Eurosur», cfr., ancora una volta, D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 128 ss.; invero, sin dalle *origini* dell'agenzia FRONTEX, circa la Sua *riservatezza*, tale profilo, era stato posto all'attenzione… v., ancora, J.J. RIJPMA, *Building Borders: the regulatory framework for the management of the external borders of the European Union*, European University Institute EUI PhD theses Department of Law (CADMUS EUI Research Repository), 2009, cit., p. 295 ss., di interesse, anche S. TREVISANUT, *Which Borders for the EU Immigration Policy? Yardsticks of International Protection for EU Joint Borders Management*, in L. AZOULAI, K. DE VRIES (eds), *EU Migration Law, Legal Complexities and Political Rationales*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford, 2014, pp. 117-118, *correlato*, v., anche, L. SALZANO, *Frontex accountability: an impervious path*, in *EU Law Analysis*, 19 aprile 2021, in http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/04/frontex-accountability-impervious-path.html, nonché, da ultimo, la registrazione video del webinar dal titolo eloquente *FRONTEX e i diritti dei migranti: i limiti all'effettività della tutela giurisdizionale*, 28 aprile 2022, forum *Immigrazione, Frontiere, Asilo*, Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE), disponibile al seguente indirizzo: https://www.aisdue.eu/frontex-e-i-diritti-dei-migranti-i-limiti-alleffettivita-della-tutela-giurisdizionale-registrazione-del-28-aprile-2022-youtube/ (riguardo i ricorsi presentati al Tribunale dell'Unione europea, v. la seconda parte dell'interessante relazione di S. NICOLOSI, dell'Università di Utrecht, da 25':00").

[29] Peraltro, gli Stati membri «riferiscono al comitato di accreditamento in merito

Da considerare un aspetto di *border policy*. Il regolamento di esecuzione contempla una base giuridica poco precisa, si menziona genericamente l'art. 77 del TFUE. Si discute di un aspetto piuttosto rilevante, il regolamento di esecuzione di EUROSUR avrebbe magari potuto *indicare* la lettera *c* del par. 1 dell'art. 77 del TFUE, che attiene all'instaurazione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne, quindi, manifestare un significativo indirizzo di *border policy*. Da rammentare, che il regolamento (UE) 2019/1896[30] relativo alla guardia di frontiera e costiera europea (FRONTEX) ha incluso, nella base giuridica, la lettera *d* del par. 2 dell'art. 77 del TFUE, ossia trattasi di una «misura necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne», oltreché prevedere una disposizione dedicata alla «Gestione europea integrata delle frontiere», ossia l'art. 3, che fornisce un elenco puntuale degli elementi, particolari e generali, di tale *gestione*: da richiamare, ad esempio, la componente dello scambio di informazioni. Da rammentare pure - per completare il raffronto -, che l'originario regolamento (UE) n. 1052/2013 istitutivo di EUROSUR (*supra*), aveva indicato, precisato proprio detta base giuridica… la lettera *d* del par. 2 dell'art. 77 del TFUE. Da evidenziare - per concludere sul punto -, che il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo[31] ha ritenuto la *gestione integrata delle frontiere* «uno strumento strategico indispensabile per l'UE» allo scopo di salvaguardare le sue frontiere esterne e proteggere l'integrità e il funzionamento di uno spazio

all'accreditamento delle loro componenti nazionali, in modo da garantire che il comitato di accreditamento possa adottare le pertinenti decisioni in materia di interconnessione» (art. 35, par. 2, lettera *b*, del suddetto regolamento).

[30] Più volte richiamato, *supra*.

[31] Cfr. doc. COM(2020) 609 final, del 23 settembre 2020, p. 13. In dottrina, fra i primi commenti, v., C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-patto-europeo-sulla-migrazione-e-l-asilo-c-e-qualcosa-di-nuovo-anzi-d-antico.

Schengen[32] senza controlli alle frontiere interne[33], nonché un elemento fondamentale ai fini della cooperazione nel quadro di politiche integrate nel settore dell'asilo e del rimpatrio: dunque, si discute davvero di un aspetto piuttosto rilevante.

Vale la pena infine (di) richiamare, correlare, riguardo al settore dell'asilo - appunto, menzionato *supra* -, una datata ma lungimirante considerazione, manifestata - all'epoca - nel contesto della disamina delle implicazioni del cosiddetto «1992 programme (laid down in the Single European Act of 1987 which has among other objectives the completion of the Internal Market before 1st January 1993)», contenuta nell'*Agenda for a Human Rights Action Plan*[34]: «The removal of frontiers in Europe poses a number of human rights questions. As mentioned above, the abolition of frontier checks within the Community could lead to greater internal controls within Member States as well as at external Community frontiers. Already the Netherlands is considering the introduction (together with other measures) of identity cards (presumably in anticipation of 1993[35], or the completion of the objectives of the Schengen Treaty[36]). These

[32] Sul suddetto '*Spazio*', v., già, B. NASCIMBENE, *Lo «spazio Schengen»: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, Milano, 1999, p. 307 ss. (sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen v., già, K. HAILBRONNER, *The New Title on Free Movement of Persons, Asylum and Immigration in the TEC*, in M. DEN BOER (ed.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, European Institute of Public Administration, Maastricht, The Netherlands,1997, p. 201 ss., specie p. 205 ss., G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, nuova ed. riveduta e aggiornata, Roma-Bari, 1999, p. 75); da ultimo, v., M. BORRACCETTI, *Nuove regole per lo spazio Schengen: uno sguardo alle proposte della Commissione europea*, in *ADiM Blog*, *Analisi & Opinioni*, gennaio 2022, in https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2022/01/SodaPDF-processed-2.pdf. Da menzionare altresì un datato studio, nel quadro delle scienze sociali, condotto da F. PASTORE, P. MONZINI, G. SCIORTINO, dal titolo piuttosto eloquente nonché accattivante: *Schengen's Soft Underbelly? Irregular Migration and Human Smuggling across Land and Sea Borders to Italy*, in *International Migration*, (Vol. 44, No 4) 2006, p. 95 ss. Il fenomeno del traffico di migranti rappresenta, costituisce da tempo un punto debole di *Schengen*, dello spazio Schengen.

[33] Oltretutto, tale *aspetto* è stato ribadito nel doc. COM(2021) 277 final, del 2 giugno 2021, "*Strategia per uno spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne pienamente funzionante e resiliente*", p. 4-5.

[34] Cfr. A. CASSESE, A. CLAPHAM, J. WEILER, *1992 – What are our Rights? Agenda for a Human Rights Action Plan*, EUI working paper LAW, No 90/2, marzo 1990 (CADMUS EUI Research Repository; versione digitale anno 2020, *open access*), p. 1 ss., specificamente p. 1 e p. 8, corsivo originale.

[35] Tale riferimento attiene, appunto, al *completamento* del 'mercato interno' previsto, all'epoca, dall'Atto Unico Europeo, all'art. 8 A, par. 1 e par. 2 (Trattato CEE), ossia: «all'instaurazione progressiva del mercato interno, nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992 […]», «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali […]»: cfr. GUCE L 169 del 29 giugno 1987, p. 1 ss., specificamente p. 7; v. anche il 'libro bianco della Commissione', doc. COM(85) 310 def, del 14 giugno 1985, p. 1 ss.

[36] *Accordo di Schengen* del 14 giugno 1985, entrato in vigore il 2 marzo 1986: sull'accordo di Schengen, v. L.S. ROSSI, *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, p. 80 ss.; per comodità, il testo di detto accordo, in GUCE L 239 del 22 settembre 2000, p. 13 ss.

measures were, or will be, implemented *independently* of Community provisions and the mechanisms for their monitoring and control for conformity with human rights. If we place the abolition of frontiers in the context of racism, xenophobia, terrorism, drug trafficking and international crime, AIDS testing, *refugee policy and the granting of asylum*[37], it is clear that the human rights implications loom large». Invero, il *caso* della Bielorussia pone davvero la *questione* della tutela dei diritti fondamentali, tanto da intaccare «sensibilmente le garanzie del diritto di asilo, andando a derogare obblighi configurati in termini "assoluti", quali il divieto di trattamenti inumani e degradanti, il principio di non respingimento e la proibizione di espulsioni collettive»[38].

[37] Corsivo aggiunto.

[38] È stata infatti attirata l'attenzione, alla complessa e delicata situazione verificatasi in Lettonia, in Lituania e, in particolare, in Polonia, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza nonché delle restrizioni in materia di contrasto al covid: cfr., più diffusamente, A. DI PASCALE, *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, cit., p. 259 ss., specie p. 275 ss., ivi, in argomento, puntuali riferimenti alla corrispondente, pertinente, recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In dottrina, sul principio di non-respingimento, v., anche, A. SACCUCCI, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 150 ss., M. DI FILIPPO, *L'ammissione di cittadini stranieri*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 92 ss., B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013, p. 64 ss., A. DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016, p. 25 ss., M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dell'individuo straniero*, in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Padova, 2021, p. 245 ss. Riguardo il *divieto di trattamenti inumani o degradanti* (sulla base di talune indicazioni fornite dalla Corte di Strasburgo, dalla sua giurisprudenza), nonché il *divieto di espulsioni collettive*, v., da ultimo, G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, seconda ed., cit., rispettivamente, p. 159 ss. e p. 177 ss., su tale divieto, v. anche un contributo antecedente di A. SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *Diritti umani* e *diritto internazionale*, 2018, p. 29 ss.

L'EGUAGLIANZA DEI GENITORI NELL'ATTRIBUZIONE DEL COGNOME: UNA NUOVA *REGOLA IURIS* DETTATA DAL GIUDICE COSTITUZIONALE

COSTANZA MASCIOTTA*

Sommario

1. Introduzione. – 2. La manifesta inammissibilità della questione per rispetto della discrezionalità legislativa. – 3. Una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. – 4. La declaratoria di illegittimità parziale, con riduzione del *petitum*, risponde solo transitoriamente ai moniti inadempiuti. – 5. Le recenti ordinanze di rimessione nella "saga" del cognome materno. – 6. La declaratoria di incostituzionalità introduce una nuova *regula iuris* e indica la "via" al legislatore per realizzare l'eguaglianza attraverso l'accordo fra genitori.

Abstract

This essay aims to reconstruct the constitutional judge cases-law on the issue of the attribution of the surname at the birth certificate in order to evaluate the "predictability" of the recent judgment n. 131/2022, the internal coherence of the constitutional jurisprudence and, nevertheless, to question the distinction between constitutional legality and respect for legislative discretion.

Suggerimento di citazione

C. MASCIOTTA, *L'eguaglianza dei genitori nell'attribuzione del cognome: una nuova* regola iuris *dettata dal giudice costituzionale,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: costanza.masciotta@unifi.it.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 2/2022
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'automatica attribuzione del cognome paterno è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale ed il "cammino" della Corte costituzionale quale interprete del sentire sociale e dei valori costituzionali non si è arrestato.

Tutto è iniziato con le due ordinanze del 1988 nn. 176 e 586[1] concernenti quella norma, desumibile da varie disposizioni legislative, per la quale alla nascita si ha automatica attribuzione del cognome paterno, con conseguente impossibilità di attribuire anche quello materno. Dichiarata la manifesta inammissibilità delle questioni per rispetto della discrezionalità legislativa, la Corte è intervenuta successivamente con la sentenza n. 61/2006, formalmente di inammissibilità, sostanzialmente di incostituzionalità accertata ma non dichiarata per incompatibilità con il principio di eguaglianza. Si è poi giunti, dieci anni dopo, con la sentenza n. 286/2016 alla "sanzione", seppur parziale, dell'inadempimento legislativo ai propri precedenti moniti con una sentenza additiva che ha consentito ai genitori di comune accordo di trasmettere anche il cognome materno alla nascita. L'ultima tappa di questa articolata vicenda è, infine, rappresentata dalla recente sentenza n. 131/2022 che, enfatizzando il vano decorso del tempo e l'inadempimento dei moniti costituzionali, è intervenuta con forza, introducendo una nuova *regula iuris* in tema di attribuzione del cognome all'atto di nascita, pur in presenza di diverse vie costituzionalmente percorribili.

Con il presente contributo si intende ricostruire i precedenti del giudice costituzionale sul tema dell'attribuzione del cognome all'atto di nascita onde valutare la "prevedibilità" del recente arresto giurisprudenziale, la coerenza interna alla giurisprudenza costituzionale e, nondimeno, interrogarsi sul discrimine tra legalità costituzionale e rispetto della discrezionalità legislativa.

2. La manifesta inammissibilità della questione per rispetto della discrezionalità legislativa

Nell'ambito della prima ordinanza sul tema, la n. 176/1988, il giudizio in via principale riguardava la richiesta di rettifica di un atto di nascita da parte dei coniugi a causa del rifiuto dell'ufficiale di stato civile rispetto alla loro richiesta consensuale di attribuire al figlio entrambi i cognomi. Il tribunale di Trento sollevava questione di legittimità costituzionale su tre disposizioni dell'ordinamento dello stato civile per asserito contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., con particolare riguardo al diritto all'identità personale del figlio, al principio

[1] D. CARUSO, nota redazione, in *Il Foro italiano*, 6/1988, 1812 ss.; di recente N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in AIC, 4/2017.

di eguaglianza in via generale e con riferimento specifico ai coniugi e per una discriminazione dei membri della famiglia legittima rispetto al caso dei figli naturali riconosciuti per primi dalla madre.

La Corte costituzionale, innanzitutto, esclude che il diritto al nome consista nel diritto di scegliere e trasmettere il nome, circoscrivendolo al diritto al «nome per legge attribuito» e prende non a caso come riferimento l'art. 22 Cost., anzichè, come farà successivamente, il ben più ampio art. 2 Cost., proprio al fine di limitare la portata del diritto in questione. In linea con la coscienza sociale dell'epoca la Corte esclude poi la comparabilità tra figlio legittimo e la posizione del figlio naturale riconosciuto dal padre solo in un secondo momento, ciò che vale a escludere qualsiasi discriminazione, ritenendo la posizione del figlio legittimo comparabile piuttosto con quella del figlio naturale in caso di riconoscimento contestuale dei genitori, per la quale analogamente si applica la regola del patronimico. Il motivo forse più significativo, anche alla luce del seguito giurisprudenziale della vicenda, consta, però, nelle argomentazioni relative all'art. 29 Cost.: la tutela dell'unità familiare sarebbe pregiudicata gravemente se il cognome dei figli legittimi non fosse prestabilito al momento della costituzione della famiglia, tuttavia «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente» del patronimico con una diversa che contemperi i due principi dell'uguaglianza e dell'unità familiare *ex* art. 29 Cost., anziché limitare l'una in funzione dell'altra. La Corte, quindi, ammette la possibilità di introdurre una soluzione normativa diversa, ma al contempo riconosce che tale iniziativa rientra nella esclusiva discrezionalità legislativa, pertanto, dichiara manifestamente inammissibile la questione.

In questa decisione, pertanto, la Corte si limita a constatare una evoluzione nel sentire sociale favorevole ad una soluzione più conforme al principio di eguaglianza, ma non si pone al comando di tali mutamenti: segnala soltanto tale evoluzione perché la sua codificazione giuridica spetta all'organo politico[2]. Spetta, quindi, al legislatore contemperare le istanze di certezza e unità nell'individuazione della famiglia e il diritto dei genitori di determinare il cognome dei figli.

In questa ordinanza, così come nella coeva n. 586, il *self-restraint* della Corte dinanzi alla discrezionalità del legislatore sembra, quindi, prevalere, come dimostra anche l'impiego della tipologia decisoria della manifesta inammissibilità.

Nella ordinanza n. 586/1988 la questione sollevata dal Tribunale di Lucca ha ad oggetto diverse disposizioni del codice civile e dell'ordinamento sullo stato civile in riferimento ai medesimi parametri evocati in precedenza (artt. 2, 3, 29 Cost.) ad eccezione dell'art. 30 Cost., nella parte in cui non consentono

[2] N. ZANON, cit., 7.

di trasmettere il cognome materno ai figli legittimi: si tratta, pertanto, di questione analoga alla precedente. La regola del patronimico, fondata sull'«influenza che la concezione patriarcale della famiglia ha avuto ed ha nella nostra società», secondo il rimettente contrasterebbe con l'art. 2 Cost. e, in particolare, con l'identità personale del minore, con la identificazione della sua provenienza genealogica, analogamente a quanto già addotto in precedenza. Del pari il rimettente invoca l'argomento, anch'esso già addotto, della discriminazione del figlio legittimo rispetto al figlio naturale nel caso di riconoscimento paterno successivo a quello materno, cui aggiunge, innovando, anche il trattamento deteriore rispetto al figlio adottivo e, infine, l'ampiamente arato argomento dell'uguaglianza dei coniugi. Anche in questo caso, quindi, il giudice *a quo* chiede l'adozione di una sentenza additiva che consenta l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori ai figli legittimi e lo fa sulla base di argomenti del tutto analoghi a quelli addotti nel caso dell'ordinanza n. 176, già ritenuti dalla Corte inconsistenti (i.e. diritto all'identità personale, discriminazione con il figlio naturale) e sulla base di un'unica motivazione innovativa, ma palesemente inconcludente (discriminazione rispetto ai figli adottivi) perché fondata su un errore ermeneutico.

La Corte, però, in questa decisione sembra fare un passo indietro rispetto all'evoluzione della coscienza sociale: il limite derivante dal patronimico all'eguaglianza fra i coniugi «non contrasta con l'art. 29 Cost., in quanto utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio». Diversamente dal precedente in materia la Corte sembra dire che il mutamento della coscienza sociale non è più così manifesto, forse per fermare altre rimessioni immediate. L'attribuzione del cognome paterno, ci dice la Corte, rappresenta una ipotesi derogatoria all'uguaglianza dei coniugi, posta a garanzia dell'unità familiare a norma dell'art. 29 Cost.: nel sentire sociale il patronimico è un mezzo di identificazione della famiglia, pertanto, non è illegittimo. Anche in questo caso, quindi, considerato anche lo scarso peso innovativo degli argomenti addotti dal giudice *a quo*, la Corte ritiene che una diversa modalità di attribuzione del cognome rientri nella ampia e esclusiva discrezionalità del legislatore, non sussistendo una via costituzionalmente obbligata, pertanto, la questione è ancora una volta manifestamente inammissibile.

3. Una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata

Diciotto anni dopo le ordinanze richiamate la Corte è investita nuovamente della questione del patronimico e, pur adottando una decisione di inammissibilità, peraltro, non più manifesta, tale decisione si distanzia notevolmente dai precedenti del 1988, mostrando un decisivo cambio di rotta.

Come è stato efficacemente osservato in dottrina la sentenza 61/2006 è una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata[3] con la quale la Corte costituzionale accerta un *vulnus* costituzionale, ma mantiene un certo *self restraint* a tutela della discrezionalità legislativa.

In questo caso la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione aveva ad oggetto diverse disposizioni legislative nella parte in cui prevedono che il figlio legittimo acquisisca automaticamente il cognome paterno anche quando i coniugi abbiano manifestato legittimamente una diversa volontà. In particolare, la Corte di Cassazione era stata investita del ricorso di due coniugi, Cusan e Fazzo, gli stessi che successivamente ricorreranno a Strasburgo per una violazione della Cedu, avverso la decisione della Corte di appello di Milano che aveva rigettato la loro domanda di rettifica dell'atto di nascita della figlia minore volta a ottenere l'iscrizione del solo cognome materno in luogo di quello paterno su consenso unanime. La questione aveva, pertanto, ad oggetto la norma secondo cui il figlio legittimo acquista automaticamente il cognome paterno alla nascita senza possibilità di deroga per i coniugi di comune accordo, norma presupposta, desumibile da una molteplicità di disposizioni legislative vigenti secondo il rimettente e incompatibile con gli artt. 2, 3, 29 Cost. È interessante notare preliminarmente, dal punto di vista del sistema delle fonti, che secondo il giudice *a quo* la regola del patronimico è «immanente» nel sistema, traduzione in regola giuridica di una «usanza consolidata nel tempo», secondo la quale il cognome del figlio legittimo si estende *ipso iure* dal padre al figlio, rigettando, così, la tesi del fondamento meramente

[3] E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?,* in AIC, 4/2020, 279. In dottrina sulla decisione cfr. F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, 2013; V. CARFÌ, *Il cognome del figlio al vaglio della Consulta*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2007, 35 ss.; A. CIERVO, *Il diritto al doppio cognome del minore*, in AIC; A.O. COZZI, *I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli tra eguaglianza e unità familiare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, parte II, 449 ss.; L. DE GAETANO, *Attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo. Un intervento del legislatore ormai improcrastinabile*, in *Giustizia civile*, 5/2007, 1061 ss.; G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 739 ss.; G. DOSI, *Doppio cognome, no alla via giudiziaria*, in *Diritto e giustizia*, 10/2006, 14 ss; G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in *Gruppo di Pisa*, 2013; S. NICCOLAI, *Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2006, 558 ss.; I. NICOTRA, *La famiglia in "divenire" dinanzi ad un legislatore "fuori tempo massimo"*, in Gruppo di Pisa, 2013; E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 1/2006, 552 ss.; G. REPETTO, *Famiglia e figli in tre recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *AIC*, 2006; A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014; F. SHERIF, *Ancora sul cognome*, in *Giustizia civile*, 10/2007, 2079 ss.; S. SILVERIO, *La consuetudine nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 4/2014, 863 ss.; S. STEFANELLI, *Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*, in *Famiglia e diritto*, 3/2014, 221 ss.; M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 3/2013, 243 ss.

consuetudinario del patronimico e della possibile disapplicazione della regola consuetudinaria *contra legem.*

Il rimettente, pur consapevole delle precedenti declaratorie di inammissibilità, adduce a fondamento della illegittimità il fattore temporale, «il lungo tempo trascorso», il mutamento della coscienza sociale, nonché gli obblighi discendenti da convenzioni internazionali e le «sollecitazioni» promananti da istituzioni unionali. In particolare, è interessante la prospettiva del giudice *a quo* rispetto all'art. 2 Cost, concepito come norma a fattispecie aperta, funzionale alla tutela di nuove istanze, suscettibile di ricomprendere una pluralità di valori anche se non espressamente previsti nella Carta, quali il diritto al nome, desumibile dal diritto all'identità personale e inteso come segno di riconoscimento della persona da garantire anche nell'ambito della formazione familiare. Tale diritto si concretizza nella duplice accezione del diritto della madre di trasmettere il proprio cognome e del diritto del figlio di acquisire segni identificativo-distintivi rispetto a entrambi i genitori, a tutela della continuità della sua appartenenza familiare anche in riferimento al ramo materno. La violazione dell'art. 3 Cost., prospettata dal rimettente, discenderebbe, invece, dall'automatismo, indice sintomatico di una discriminazione tra coniugi. Del pari, rispetto alla violazione dell'art. 29 Cost., secondo il rimettente, il bilanciamento tra unità familiare e principio di uguaglianza sarebbe irragionevole a causa del carattere discriminatorio della regola giuridica «tenuto anche conto che l'unità familiare si rafforza nella misura in cui i rapporti tra i coniugi siano governati dalla solidarietà e dalla parità». L'argomento secondo cui l'unità familiare sarebbe corroborata dalla parità fra coniugi assume connotati di innovatività rispetto ai precedenti in materia e, come vedremo, sarà accolto dal giudice costituzionale nella successiva sentenza 286/2016, ma sorprendentemente non in questa decisione. Nella prospettiva del rimettente la norma censurata non rispetterebbe il canone della necessarietà della misura limitativa dell'uguaglianza dei coniugi a tutela dell'unità familiare[4].

Come anticipato, la Corte costituzionale si pronuncia, però, in questa sede nel senso della declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa.

Nonostante la questione di costituzionalità non fosse perfettamente sovrapponibile a quelle oggetto delle decisioni del 1988, concernenti l'attribuzione *anche* del cognome materno, la Corte qualifica le questioni come «pressochè identiche» per giustificare il proprio *self-restraint* in materia.

[4] Il rimettente si fa, altresì, carico del problema della certezza del diritto al nome, ritenendo, però, che nel bilanciamento il principio di uguaglianza debba prevalere, ben potendo i problemi di certezza del diritto essere risolti in via legislativa.

Dopo un lungo *excursus* giurisprudenziale, la Corte riconosce l'importanza del fattore tempo e dell'evoluzione della coscienza sociale: «a distanza di diciotto anni dalle decisioni in precedenza richiamate, non può non rimarcarsi che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna»[5]. L'elemento temporale, nel discorso del giudice costituzionale, sembra aver inciso sul sentire sociale ed è posto a fondamento dell'accertamento di incompatibilità rispetto al principio di eguaglianza di genere e ragionevolezza, con i quali «non [è] più coerente».

Del pari è significativa l'enfasi che la Corte ripone negli impegni assunti dall'Italia a livello internazionale, quali la Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna[6]: la Corte prospetta un contrasto tra la disciplina censurata e tale convenzione, la giurisprudenza Cedu, e atti di *soft law*[7], giungendo ad accertare ma non a dichiarare l'incostituzionalità della norma censurata. Nonostante tale accertamento, infatti, l'intervento richiesto dal rimettente implica una manipolazione «esorbitante dai poteri della Corte» poiché comporta valutazioni politiche in mancanza delle rime obbligate[8]: la Corte ivi afferma la necessità di un intervento del legislatore volto a garantire l'uguaglianza in ambito familiare. L'eventuale additiva, secondo la Consulta, lascerebbe spazio ad una serie di questioni cui solo il legislatore potrebbe dare una risposta, tutte conformi a Costituzione ma nessuna costituzionalmente imposta, quali l'eventuale scelta del cognome esclusivamente secondo la volontà dei coniugi e le conseguenti regole in caso di disaccordo, o la previsione della mera possibilità di deroga di comune accordo, fino alla decisione del momento temporale nel quale esprimere l'eventuale scelta. Si tratta, come vedremo, di questioni dirimenti anche nella recente declaratoria di accoglimento n. 131/2022: nonostante questa pluralità di opzioni spetti al *conditor iuris*, oggi come in passato, nel 2022 la Corte interviene con fermezza, superando il proprio precedente *self-restraint*.

Nella fattispecie in oggetto, invece, la mancanza di rime obbligate e l'*horror vacui* (i.e. la mancanza di regole autoapplicative) impediscono un intervento additivo della Corte che rimetta al legislatore la regolazione futura della materia.

[5] C. Cost., n. 61/2006, 2.2.

[6] Adottata a New York nel 1979 e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 132/1985.

[7] Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271/1995, 1362/1998, 37/1978.

[8] A corroborare la molteplicità di opzioni esperibili la Corte richiama, altresì, l'eterogeneità delle soluzioni offerte dai diversi disegni di legge presentati in materia nella XIV legislatura.

La declaratoria di inammissibilità serve alla Corte per "ammonire e guidare" il legislatore, accertando ma non dichiarando l'incostituzionalità, ma tale *self restraint* è stato interpretato da più parti come una rinuncia della Corte all'espletamento delle proprie funzioni, risultando incoerente accertare un vizio di costituzionalità senza la relativa declaratoria di illegittimità[9].

4. La declaratoria di illegittimità parziale, con riduzione del *petitum*, risponde solo transitoriamente ai moniti inadempiuti

Dieci anni dopo la decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, nella perdurante inerzia legislativa, la Corte è investita nuovamente della questione del cognome materno e questa volta interviene, seppur "delicatamente", con una decisione additiva carica di moniti al legislatore con la sentenza n. 286/2016[10].

[9] Cfr. N. ZANON, cit., 6. Nel 2007 interviene anche la decisione n. 145 in cui, però, la Corte ribadisce quanto affermato nel 2006, negando il proprio intervento manipolativo e dichiarando la manifesta inammissibilità. Nella fattispecie *a quo* si trattava di genitori non coniugati, di riconoscimento contestuale del figlio e si richiedeva l'attribuzione del solo cognome materno. Anche in tale decisione la Corte ribadisce che il patronimico è retaggio del passato, incoerente rispetto all'uguaglianza di genere anche nell'ambito della filiazione naturale. Tuttavia, ribadisce che una operazione manipolativa esorbiterebbe dai propri poteri: «le medesime argomentazioni sono riproponibili con riguardo alla questione all'odierno esame, ove si tenga presente, dal un lato, che la disciplina contenuta nella disposizione impugnata è sostanzialmente esemplata su quella relativa alla trasmissione del cognome paterno in caso di filiazione legittima e, dall'altro, che – come del resto è confermato dal disegno di legge attualmente all'esame del Senato (n. 19), in materia di cognome dei coniugi e dei figli – la disciplina delle due situazioni non può non essere simile, se non identica, allo scopo di evitare censure di incostituzionalità, in riferimento all'art. 29 della Costituzione».

[10] La dottrina è copiosa sulla sentenza n. 286/2016, cfr. almeno B. AGOSTINELLI, *Il cognome materno tra parità dei coniugi e identità personale del figlio*, in *www.rivistaoidu.net,* 1/2017; E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Famiglia e diritto*, 3/2017, 218 ss.; F. ASTONE, *Il cognome materno: un passo avanti, non un punto d'arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2017, 485 ss.; V. CARBONE, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*, in *Il Corriere giuridico*, 2/2017, 167 ss.; G. CASABURI, *La Corte costituzionale apre al cognome materno, ma restano molte questioni irrisolte*, in *Il Foro italiano*, 1/2017, 6 ss.; G. FABRIZI, *Brevi note sulla trasmissibilità alla nascita del cognome materno dopo la sentenza della Corte EDU Cusan e Fazzo c. Italia del 7 gennaio 2014, n. 77. Nota a Corte costituzionale n. 286 del 21 dicembre 2016*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1/2017, 97 ss.; R. FAVALE, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2016, 815 ss.; C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 6/2017, 823 ss.; C. FIORAVANTI, *La Consulta (finalmente!) dichiara incostituzionale l'automatismo nell'assegnazione del cognome paterno*, in *Studium iuris,* 6/2017, 678 ss.; E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?,* in *Osservatorio AIC*, 4/2021; A. FUSCO, "*Chi fuor li maggior tui?*": *la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, ivi, 3/2017; C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, ivi, 2/2017; E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in

La Corte di appello di Genova aveva sollevato questione di costituzionalità sulla norma, desumibile da diverse disposizioni legislative, che prevede l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa volontà dei genitori, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 117 Cost. (i.e. quest'ultimo aggiunto rispetto al *thema decidendum* della n. 61/2006). Si tratta di un *petitum* formulato in termini piuttosto ampi, perché a ben vedere la diversa volontà dei genitori poteva consistere nel doppio cognome o nell'attribuzione del solo cognome materno. Come vedremo, però, la Corte ridimensiona il *petitum* sulla base della fattispecie concreta del giudizio *a quo*, fondata sulla richiesta dei coniugi di attribuire al figlio il cognome materno *in aggiunta* a quello paterno, fattispecie diversa da quella oggetto della sentenza n. 61/2006.

Nello specifico si dubita della legittimità costituzionale dell'automatismo in riferimento al diritto all'identità personale del figlio nella accezione del diritto ad essere identificato da entrambi i genitori, alla eguaglianza e pari dignità fra genitori e nei confronti del figlio, nonché ad una serie di parametri internazionali.

La Corte costituzionale, dopo aver ribadito che la norma sul patronimico esiste e vige nel sistema in quanto presupposta da diverse disposizioni legislative, ritiene la questione fondata, ma circoscrivendo il *petitum* alla sola parte che non consente ai genitori di attribuire di comune accordo *anche* il cognome materno: la Corte, quindi, "ritaglia" la questione sulla base del caso concreto probabilmente per superare il limite dell'inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa.

Dopo aver, come di consueto, ricostruito i propri precedenti in materia, il giudice costituzionale enfatizza il fattore temporale: già nel 2006 era stato riscontrato un vizio costituzionale, la sentenza n. 61/2006 è stata un precedente fondamentale, e decorsi «molti anni» da tale decisione il legislatore non ha risposto ai moniti costituzionali, quindi, il fattore tempo e il silenzio del legislatore sono la "molla" dell'accoglimento nel caso di specie.

Tale inerzia è resa ancor più censurabile dal fatto che la riforma sulla filiazione che ha equiparato lo *status* di figlio fuori e dentro il matrimonio non ha intaccato questa regola «patriarcale» nonostante fosse la *sedes materiae* più idonea per intervenire in materia[11].

La Corte dà atto anche delle diverse proposte di legge in tema di cognome mai venute alla luce, quale fattore sintomatico di una evoluzione del sentire sociale verso la pari dignità dei genitori.

www.forumcostituzionale.it, 2017; S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *AIC*, 2/2017; N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale"*, cit.

[11] E. FRONTONI, cit., 280.

Sono in gioco due posizioni soggettive, quella della madre e quella del figlio, entrambe pregiudicate dalla preclusione legislativa: «La Corte ritiene che siffatta preclusione pregiudichi il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisca un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi, che non trova alcuna giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare». Dal primo punto di vista sussiste una stretta connessione tra nome e identità: la Corte, allontanandosi dai precedenti del 1988, ritiene che il nome sia un elemento identificativo delle origini della persona, della sua appartenenza ad una determinata famiglia, dotato di un significato pubblicistico che postula la stabilità dell'identificazione e di una valenza privatistica che richiede autonomia. Ne discende che il cognome è elemento costitutivo determinante della identità personale del minore anche nella sua proiezione sociale. In sostanza e condivisibilmente il riconoscimento del cognome materno contribuisce a garantire le origini parentali del minore, concreto riconoscimento della sua provenienza bilaterale. È importante anche il richiamo alla giurisprudenza convenzionale, in particolare alla sentenza *Cusan e Fazzo c. Italia*, successiva all'ordinanza di rimessione, dunque, non adducibile dal rimettente, ma evocata dalle parti nel giudizio costituzionale. Occorre, tuttavia, rilevare che la fattispecie concreta al vaglio delle due Corti non era omologa, essendo stato invocato a Strasburgo il diritto di attribuire il cognome materno in luogo di quello del padre e l'enfasi del giudice convenzionale era stata posta non sul diritto all'identità del figlio quanto piuttosto sulla garanzia della parità tra coniugi.

La Corte costituzionale giunge, così, in questa decisione ad affermare una nuova posizione giuridica soggettiva, ossia il diritto del figlio ad essere identificato sin dalla nascita con il cognome di entrambi i genitori come corollario del diritto all'identità personale e del paritario ruolo dei genitori nella sua formazione. L'affermazione di tale nuova posizione soggettiva del minore costituisce il presupposto logico per la successiva declaratoria di incostituzionalità del 2022 e per l'introduzione della nuova regola *iuris* del doppio cognome, mentre, come vedremo, mal si concilia con l'ipotesi derogatoria fondata sul consenso dei genitori.

Il secondo vizio di legittimità costituzionale concerne la violazione del principio di eguaglianza dei coniugi *ex* artt. 3 e 29 Cost.: la «*perdurante* violazione del principio di eguaglianza [..] contraddice, *ora come allora*, quella finalità di garanzia dell'unità familiare, individuata quale ratio giustificatrice, in generale, di eventuali deroga alla parità dei coniugi», pregiudicando anche il diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome. Il *vulnus* costituzionale, pertanto, c'era in passato e permane nell'ordinamento, ciò giustifica l'intervento questa volta caducatorio della Corte e traccia una linea di continuità con il precedente del 2006. La motivazione sulla violazione del principio di eguaglianza è, però, piuttosto scarna, a differenza della sentenza n. 131/2022, e si

limita a ribadire quanto in precedenza affermato, ovvero che la disparità di trattamento tra coniugi nell'attribuzione del cognome è retaggio di una superata concezione patriarcale della famiglia, incompatibile con il principio di eguaglianza e pari dignità.

Infine, la Corte ha cura di precisare l'ambito applicativo del proprio accoglimento, riducendo, come detto, il *petitum* al solo caso di accordo tra genitori per l'aggiunta del cognome materno e dichiara consequenzialmente illegittima anche la norma concernente il riconoscimento contestuale del figlio naturale e quella applicabile in caso di adozione. La Corte, quindi, non interviene in caso di disaccordo, fattispecie nella quale continua ad operare l'attribuzione del cognome paterno, e invia un ammonimento cogente al legislatore, il cui intervento è «indifferibile»: quella prospettata dalla Corte sembra, quindi, una sorta di misura temporanea, così di fatto ponendo le basi per la successiva declaratoria di incostituzionalità del 2022.

Come evidenziato in dottrina, infatti, questa decisione non poteva rappresentare l'ultima tappa della giurisprudenza costituzionale, poiché lasciava in piedi la regola del patronimico in caso di disaccordo, questione non a caso oggetto, come vedremo, dell'autorimessione del 2021, e la stessa sentenza *Cusan e Fazzo* richiedeva un risultato ulteriore in nome del «diritto personale dei genitori di intervenire nel processo di determinazione del cognome del figlio». Del pari, anche in caso di accordo, il cognome materno si aggiungeva a quello paterno, con conseguente impossibilità di scelta sull'ordine dei cognomi.

Anche se una parte della dottrina ha letto in questa decisione profili di incoerenza rispetto al precedente del 2006, poiché avrebbe accolto una questione analoga a quella in precedenza dichiarata inammissibile senza addurre i motivi, in realtà, ad un attento vaglio della sentenza appare chiaro che sia stata l'inerzia legislativa nell'adeguarsi alla evoluzione della coscienza sociale, dal 2006, anno di accertamento del *vulnus*, al 2016, a spingerla all'accoglimento, "sanzionando" il mancato seguito ai moniti costituzionali, reso ancor più grave dall'"occasione persa" nell'ambito della riforma della filiazione[12]. La decisione ha, inoltre, il *quid pluris* di salvaguardare lo Stato italiano dal pericolo di una sanzione a livello unionale nei casi in cui, come nella fattispecie oggetto del giudizio principale, il minore abbia doppia cittadinanza, italiana e di un altro Stato che prevede il doppio cognome, con conseguente pregiudizio per l'identità del minore nei due Paesi.

Il "convitato di pietra" della decisione appare, infine, l'art. 117 Cost.: la questione relativa ai parametri internazionali è dichiarata assorbita, nonostante il rimettente e le parti avessero ampiamente motivato sul punto. La questione è accolta in riferimento ai soli parametri costituzionali interni, quasi a voler dire

[12] E. FRONTONI, cit., 280; N. ZANON, cit., 6.

che il significato dell'identità familiare è talmente incardinato su valori culturali che la fonte internazionale non può incidere su di esso[13].

5. Le recenti ordinanze di rimessione nella "saga" del cognome materno

A dare avvio al giudizio poi concluso con la recente sentenza n. 131/2022 sono state due ordinanze di rimessione, nn. 78/2020, 221/2021 e una di autorimessione della Corte, la n. 18/2021.

La prima ordinanza è la n. 78/2020 del Tribunale di Bolzano, competente nel procedimento civile di rettifica dell'atto di nascita promosso contro i genitori di una minore, nata fuori dal matrimonio e riconosciuta contemporaneamente da entrambi. Oggetto della questione in tal caso è la possibilità per i genitori non coniugati, laddove sussista il loro accordo, di trasmettere alla figlia all'atto di nascita il solo cognome materno[14]: si tratta, pertanto, di una fattispecie diversa da quella oggetto della sentenza n. 286/2016.

L'ordinanza di rimessione si concentra particolarmente sulla descrizione della fattispecie concreta che aveva portato al giudizio principale e sulle dichiarazioni dei genitori effettuate in udienza[15] che non avevano sollevato questioni attinenti alla parità uomo-donna o all'identità del figlio.

Il giudice *a quo* spiega come la norma censurata sia rilevante per la definizione del giudizio principale: la sua applicazione, con il solo correttivo introdotto dalla sentenza 286/2016, porterebbe ad accogliere l'istanza del pubblico ministero e alla rettifica dell'atto di nascita, mentre solo con una declaratoria di incostituzionalità sarebbe consentita l'assunzione del solo cognome materno. Il rimettente afferma la violazione tanto dell'art. 2 Cost., posto a tutela dell'identità personale del minore, quanto dell'art. 3 Cost. sotto il profilo dell'uguaglianza di genere.

L'intera ordinanza si fonda, però, sull'ampio richiamo alla sentenza n. 286/2016 senza addurre reali profili di novità dinanzi alla Consulta. L'unico elemento innovativo concerne il richiamo a *Cusan e Fazzo c. Italia* per affermare l'importanza dell'eguaglianza di genere e del divieto di discriminazioni fondate sul sesso nella scelta del cognome, nonché l'inidoneità dell'argomento dell'unità familiare a sorreggere una disparità di trattamento nei confronti della donna. Nel caso *Cusan e Fazzo*, omologo a quello in oggetto, si riconosce che

[13] Vd. N. ZANON, cit., 11.

[14] Il pubblico ministero, vista la dichiarazione di nascita nella quale i genitori attribuivano il solo cognome materno, chiedeva la rettifica dell'atto di nascita sotto il profilo del cognome, in modo da renderlo conforme a quanto statuito con la decisione n. 286/2016 della Corte costituzionale e alla possibilità di trasmettere anche il cognome materno.

[15] Essi avevano insistito per l'attribuzione del solo cognome materno per motivazioni essenzialmente "estetiche" quali la difficoltà di comprensione del cognome paterno e la circostanza che il nome breve dato alla minore meglio si abbinerebbe al cognome breve della madre, inoltre, il cognome materno sarebbe ben conosciuto tanto dai tedeschi quanto dagli italiani.

la determinazione del cognome dei figli legittimi si è basata unicamente su una discriminazione di genere fra genitori, a prescindere dal coniugio: a contrastare con la Cedu è l'impossibilità di derogare alla regola del patronimico all'atto di nascita, regola pertanto troppo rigida e discriminatoria[16]. Alla luce di tale interpretazione degli artt. 8 e 14 Cedu per come "vivono" nella giurisprudenza convenzionale il giudice *a quo* solleva a buon diritto questione anche con riferimento all'art. 117 Cost.[17] La questione di legittimità costituzionale si fonda pertanto sui parametri interni, convenzionali e unionali, rispettivamente artt. 2, 3, 11 e 117, questi ultimi rispetto agli artt. 8 e 14 Cedu e 7 e 21 Carta UE. Si tratta, quindi, di un'ordinanza di rimessione caratterizzata da luci e ombre: il giudizio di rilevanza è analiticamente ricostruito, ben spiegando il giudice *a quo* come l'applicazione della norma censurata incida sulla definizione del giudizio principale. Viceversa, rispetto alla non manifesta infondatezza la motivazione è piuttosto apodittica, l'intera ordinanza si fonda su richiami a Corte cost. n. 286/2016 e Corte edu, *Cusan e Fazzo*, mentre non è motivata la violazione del parametro unionale.

È proprio nell'ambito del giudizio costituzionale introdotto con l'ordinanza n. 78/2020 che la Corte costituzionale decide di sollevare dinanzi a sé un'ulteriore questione di legittimità costituzionale con un'interessante ordinanza di autorimessione, la n. 18/2021[18].

Dal punto di vista procedurale occorre premettere che il potere di autorimessione è stato esercitato di rado e ancor più di rado è stata dichiarata l'infondatezza di una questione autorimessa.

[16] C. INGENITO, cit., 18.

[17] Appare, invece, palesemente inammissibile la censura relativa alla violazione degli artt. 7 e 21 Carta UE, poiché il giudice *a quo* non spiega come la Carta possa rilevare nella fattispecie: la "doppia pregiudizialità" addotta dal giudice rimettente non è sufficientemente spiegata e la relativa censura è destinata a cadere sotto la scure dell'inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza.

[18] Sulla quale cfr. M. N. BUGETTI, F.G. PIZZETTI, *(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli*, in *Famiglia e diritto*, 5/2021; G. CASABURI, *La Corte costituzionale chiama, la Consulta risponderà. Conto alla rovescia per la prevalenza del patronimico*, in *Il Foro italiano*, 6/2021, 1949; E. FRONTONI, *Il cognome del figlio*, cit.; C. INGENITO, *Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi,* 11/2021; E. MALFATTI, *Ricostruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *nomos*, 1/2021; V. MARCENÒ, Il giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, 377; MONACO G., *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 11/2021; A. PATRONI GRIFFI, *Forza e limiti dell'autorimessione della questione di costituzionalità (a proposito della ord. n. 18/2021)*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, 414; L. PRINCIPATO, *Il cognome del minore come identità e non come dominio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2021, 153; L. SANTORO, *L'attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore... alla discrezionalità dei genitori (considerazioni controcorrente a partire dalla ord. n. 18/2021 della Corte costituzionale)*, in *www.giurcost.org*, 2/2021; S. TROIANO, *Il cognome dei figli ancora al vaglio della Consulta*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2021, 598; C. VELLANI, *I processi civili nel prosieguo della XVIII legislatura*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2021.

Si pensi a titolo esemplificativo alla questione relativa all'impugnazione preventiva sulle leggi siciliane cui ha fatto seguito la declaratoria di incostituzionalità con sentenza n. 255/2014[19]. In tale ordinanza l'autorimessione era giustificata dalla pregiudizialità e strumentalità della questione autorimessa rispetto a quella sollevata dal giudice rimettente ed è significativo notare che la medesima motivazione è posta a fondamento della ordinanza n. 18/2021. La Corte costituzionale in tale ordinanza, dopo aver ricostruito i termini della questione sollevata dal Tribunale di Bolzano, prende posizione sulle eccezioni preliminari dell'Avvocatura dello Stato, in particolare sulla inammissibilità della questione per mancanza di rime obbligate, rigettandola: il giudice rimettente chiede l'addizione di una specifica norma derogatoria, ritenuta costituzionalmente obbligata, discendente dal principio di uguaglianza uomo-donna, perché volta a riconoscere la paritaria posizione dei genitori nella trasmissione del cognome al figlio.

La questione sollevata dal giudice *a quo*, secondo la Consulta, è strettamente connessa alla più ampia questione concernente la generale e automatica attribuzione del cognome paterno, desumibile da una pluralità di disposizioni legislative. Come di consueto la Corte, per corroborare la propria posizione, ricostruisce i propri precedenti in materia (ord. nn. 176 e 586/1988, 61/2006, 286/2016): in particolare, già con l'ordinanza n. 61/2006 la Corte aveva riconosciuto nella regola del patronimico un «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia [..] e di una tramontata potestà maritale» non più coerente con l'uguaglianza di genere, sostanzialmente accertando ma non ancora dichiarandone l'illegittimità. Successivamente con la sentenza 286/2016 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma sul patronimico, ma nella sola parte in cui non consente di trasmettere ai figli anche il cognome materno, censurando così l'inerzia legislativa dopo i moniti del 2006, di fatto riconoscendo che il perdurante silenzio legislativo si risolveva in un *vulnus* costituzionale non più tollerabile[20]. Tuttavia, tale decisione additiva riconosceva espressamente la temporanea sopravvivenza della regola del patronimico in mancanza di accordo dei genitori in attesa di un «indifferibile intervento legislativo».

Ebbene l'urgenza di agire in autorimessione appare fondata proprio sul mancato seguito del legislatore agli inviti costituzionali: la regola del patronimico, a causa del mancato intervento legislativo, è ancora operante e, anche laddove fosse accolta la questione sollevata dal giudice *a quo*, detta regola si applicherebbe in tutti i casi in cui manchi un accordo o non sia stato legittimamente espresso, casi verosimilmente più frequenti nella prassi.

[19] Come ricorda E. FRONTONI, cit., 283.
[20] E. FRONTONI, cit., 281.

In questa ordinanza la Corte riconosce espressamente che detta regola è incompatibile con il valore fondamentale dell'eguaglianza, come emerge dalla giurisprudenza pregressa, di fatto lasciando presagire in modo manifesto l'esito del futuro vaglio di costituzionalità.

Il vero vizio costituzionale secondo la Corte non è soltanto quello sollevato dal rimettente, bensì la regola del patronimico in caso di disaccordo, perché in tale fattispecie il padre mantiene una posizione privilegiata, non avendo bisogno del consenso della madre per far prevalere il proprio cognome: tale automatismo lede la parità di trattamento tra madre e padre e l'identità personale del figlio[21].

L'intervento manipolativo richiesto dal giudice *a quo* lascerebbe quindi in vita una previsione incostituzionale, non ponendo rimedio «allo squilibrio e alla disparità dei genitori».

L'autorimessione è, quindi, giustificata dal rapporto di presupposizione e continenza tra questione sollevata dal giudice rimettente e quella "autorimessa", poiché la risoluzione di quest'ultima sarebbe pregiudiziale e strumentale alla definizione della prima, quasi un presupposto logico-giuridico della questione sollevata dal giudice *a quo*. A ben vedere, però, tale motivazione non sembra cogliere nel segno, perché la questione autorimessa concerne la norma sul patronimico nella parte in cui in mancanza di accordo impone l'automatica attribuzione del cognome paterno «anziché dei cognomi di entrambi i genitori», dunque, una questione indubbiamente connessa a quella del solo cognome materno, ma non pregiudiziale o strumentale rispetto ad essa.

Un altro importante argomento addotto dalla Consulta è quello di evitare vuoti di tutela nel suo sindacato quando sono in gioco diritti fondamentali anche in mancanza di rime obbligate, poiché in tali casi «l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia».

Giustificata da un punto di vista processuale l'autorimessione, la Corte si sofferma sul contrasto della regola del patronimico «con la necessità costituzionalmente imposta dagli artt. 2 e 3 Cost.» di assicurare la parità dei genitori, la piena identità personale del figlio e l'unità familiare: la successiva declaratoria di incostituzionalità del 2022 appariva, quindi, "scontata" alla luce di tale ordinanza.

La non manifesta infondatezza della questione autorimessa si fonda, nel ragionamento della Corte, essenzialmente sul principio della parità di genere: in linea con la posizione espressa dal giudice rimettente l'unità familiare è garantita e rafforzata dalla eguaglianza e messa a rischio dalle diseguaglianze. La

[21] E. FRONTONI, cit., 282.

perdurante violazione del principio di eguaglianza dei genitori contraddice proprio la garanzia dell'unità familiare. È, invece, molto circoscritta la motivazione sulla lesione del diritto all'identità personale del minore così come quella concernente i parametri convenzionali (artt. 8 e 14 Cedu): in linea con la prospettiva del giudice rimettente la Corte richiama *Cusan e Fazzo c. Italia,* anche se detto richiamo, indubbiamente pertinente nella fattispecie oggetto del giudizio principale, non appare rilevante rispetto alla questione "autorimessa", ben diversa perché concernente non l'attribuzione del solo cognome materno come a Strasburgo, bensì il doppio cognome in caso di disaccordo[22].

Indubbiamente questa ordinanza si colloca nell'alveo di quell'orientamento che privilegia l'autonomia del giudizio costituzionale rispetto a quello principale[23] alla luce del quale il requisito della rilevanza si affievolisce dinanzi all'interesse pubblicistico alla caducazione di leggi incompatibili con il dettato costituzionale. Questo orientamento, peraltro, non costituisce un *novum* nella giurisprudenza costituzionale, ciò che, invece, "innova" è la decisione di autorimettere una questione che negli anni passati aveva dichiarato inammissibile[24] per rispetto della discrezionalità legislativa (i.e. 61/2006 e nella 286/2016 la Corte aveva ridotto il *petitum* per evitare una nuova inammissibilità). In questa decisione la Corte decide, infatti, di valutare la questione del patronimico nella sua pienezza, nelle sue rimanenti sfaccettature, superando così l'ostacolo della discrezionalità legislativa in precedenza ritenuto preminente. Occorre, quindi, chiedersi quali siano state le ragioni di questo *nuovum*: indubbiamente il protrarsi dell'inadempimento legislativo. È ormai consolidato quell'orientamento costituzionale[25] che in nome della tutela di diritti fondamentali va oltre le rime obbligate dinanzi al silenzio legislativo e non a caso la Corte richiama il precedente Cappato, esempio emblematico di tale orientamento.

A ciò si aggiunga che il vano decorso del tempo tra le decisioni in materia e il mutare della coscienza sociale sembrano aver spinto la Corte verso l'autorimessione, perché anche se la soluzione del doppio cognome non è l'unica via costituzionalmente obbligata, tuttavia, alla luce anche del contesto sociale, appare la più coerente con il dettato costituzionale[26]. Fattore temporale, silenzio legislativo e coscienza sociale sono, dunque, il perno dell'autorimessione e di questa diversa percezione della gravità del *vulnus* costituzionale rispetto al

[22] Ovviamente, data la fattispecie concreta, la Corte non individua quale parametro l'art. 29 Cost., ben potendo l'art. 3 Cost. rispondere alle istanze di tutela sostanziale in gioco e, altrettanto correttamente, il parametro della Carta Ue non è, in questo caso, invocato dalla Corte, perché evidentemente tale fonte è ritenuta non applicabile alla fattispecie.

[23] E. FRONTONI, cit., 284.

[24] E. FRONTONI, op. e loc. ult. cit.

[25] E. FRONTONI, cit., 285.

[26] E. FRONTONI, cit., 287.

passato: la declaratoria di incostituzionalità del 2022 era, pertanto, "preannunciata".

Successivamente la Corte di Appello di Potenza adotta un'altra ordinanza di rimessione, la n. 222/2021, sollevando una questione concernente la preclusione, questa volta per i coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli alla nascita il solo cognome materno.

Si tratta, pertanto, di una questione analoga a quella oggetto della ordinanza n. 78/2020, con la differenza che in questo caso siamo dinanzi ad una situazione di coniugio e vengono impugnate una molteplicità di disposizioni dalle quali sarebbe desumibile la regola del patronimico. Tra i parametri dedotti in questo caso figurano oltre ai consueti artt. 2 e 3 Cost., nella declinazione del diritto alla formazione dell'identità personale in maniera omogenea tra i figli e all'unitarietà familiare, e della parità di trattamento dei genitori, anche l'art. 29 Cost. ed il 117 Cost., ma solo con riferimento ai parametri Cedu (artt. 8 e 14 Cedu).

La fattispecie concreta dalla quale prende le mosse il giudizio principale è particolarmente significativa: i coniugi avevano in primo grado richiesto, invano, l'iscrizione del figlio con il solo cognome materno, già proprio delle altre due figlie, nate quando i genitori non erano sposati e riconosciute dalla madre per prima. Successivamente i coniugi avevano proposto reclamo affermando che sarebbero stati obbligati a dare al terzo figlio un cognome diverso rispetto alle sorelle, con evidente menomazione per lo sviluppo equilibrato della loro personalità o, alternativamente, a dare alle prime due figlie il doppio cognome con conseguente danno per la loro identità già pienamente formata. I coniugi avevano, quindi, richiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale sulla norma che preclude ai coniugi di attribuire il solo cognome materno. Ben si comprende come la fattispecie concreta abbia un certo rilievo ai fini della non manifesta infondatezza della questione: soltanto l'attribuzione del medesimo cognome (materno) avrebbe garantito al terzo figlio la costruzione dell'identità personale in modo armonico rispetto alle altre due sorelle. La Corte di appello, dopo aver escluso la via di un'interpretazione costituzionalmente orientata anche alla luce della sentenza n. 286/2016, decide così di sollevare la relativa questione di costituzionalità, adducendo, però, motivazioni piuttosto circoscritte sulla non manifesta infondatezza, ad eccezione della violazione dell'art. 8 Cedu, grazie all'ampio richiamo alla giurisprudenza convenzionale sul caso *Cusan e Fazzo c. Italia*, pertinente vista l'analogia fra le questioni.

6. La declaratoria di incostituzionalità introduce una nuova *regula iuris* e indica la "via" al legislatore per realizzare l'eguaglianza attraverso l'accordo fra genitori

La recente decisione n. 131/2022 è una sentenza ampiamente "preannunciata" dal giudice costituzionale dal punto di vista dell'*an* dell'intervento caducatorio, ma è inaspettatamente incardinata sul principio consensualistico che esalta l'eguaglianza fra genitori attraverso lo strumento dell'accordo. Con questa decisione la Corte decide di decidere, intervenendo a gamba tesa con la scure di una sentenza sostitutiva che pone, tuttavia, problemi di compatibilità con il rispetto della discrezionalità legislativa.

Preliminarmente, l'analogia delle questioni sollevate con le citate ordinanze di rimessione ha portato la Corte a riunire i giudizi e, come altrettanto prevedibile, a dichiarare l'inammissibilità delle questioni sollevate con l'ordinanza n. 222/2021 per apoditticità e conseguente carenza di motivazione in punto di non manifesta infondatezza.

Le questioni sollevate con le altre due ordinanze di rimessione sono, invece, dichiarate fondate e a spingere la Corte verso questo epilogo sembrano essere stati anche in questo caso il fattore temporale e i moniti costituzionali inadempiuti, resi ancor più gravi dal mancato recepimento nella riforma della filiazione. Il fattore tempo caratterizza tutto il *decisum*, sottolineando la Corte di essere stata «interpellata più volte», «lungo un arco temporale che oramai ha superato il trentennio» e, dopo aver ricostruito i propri precedenti in materia, fonda la decisione di accoglimento su due valori fondamentali: l'identità personale del figlio e l'eguaglianza tra genitori.

Il cognome costituisce il fulcro dell'identità della persona nella sua dimensione giuridica e sociale poiché consente la sua identificazione ed è «rappresentazione sintetica della personalità individuale», elemento di collegamento con la famiglia, rappresentativo della identità familiare, quindi, diritto fondamentale della persona. La fondamentalità di tale diritto è, tuttavia, proclamata ma non sanzionata in concreto: il diritto del figlio ad essere identificato da entrambi i cognomi, riconosciuto apertamente già nella sentenza n. 286/2016, in questa decisione non assume in concreto i contorni di un diritto fondamentale, perché suscettibile di limitazione su accordo dei genitori.

La soluzione del doppio cognome salvo deroga su consenso delle parti non costituisce, in effetti, una soluzione a rime obbligate alla luce del fondamentale diritto del minore ad essere identificato mediante entrambi i rami genitoriali.

Il principio di eguaglianza fra genitori e l'elemento della discriminazione nei rapporti con il figlio rappresentano, infatti, il vero fulcro della decisione, insieme al principio consensualistico: sono le «modalità con cui il cognome testimonia l'identità familiare del figlio a dover rispecchiare e rispettare

l'eguaglianza e la pari dignità dei genitori», perché la selezione della sola discendenza paterna «oscura unilateralmente il rapporto genitoriale con la madre», relegandola in una posizione di «invisibilità». L'automatismo della regola del patronimico identifica una diseguaglianza che si ripercuote sull'identità del figlio, determinando la contestuale violazione degli artt. 2 e 3 Cost. Accogliendo le ragioni addotte dal rimettente e in linea con la sentenza n. 286/2016, la Corte ritiene che detto automatismo confligga, altresì, con l'istanza di tutela dell'unità familiare poiché quest'ultima si rafforza con l'eguaglianza, come emerge dalla riforma della famiglia del 1975 e sulla filiazione del 2012-2013: occorre un bilanciamento valoriale ragionevole tra unità ed uguaglianza, nessuna delle quali può farsi "tiranna" negando l'esistenza dell'altra.

Il *vulnus* costituzionale è considerato dalla Corte «intollerabile» anche alla luce della giurisprudenza convenzionale[27] e delle sollecitazioni internazionali[28] sull'eguaglianza tra sessi nei rapporti familiari. L'eguaglianza è considerata dalla Corte presupposto logico e valoriale di qualsiasi accordo tra genitori, pertanto, l'automatica attribuzione del cognome paterno, violando il principio di eguaglianza, pregiudica *ab origine* anche l'elemento consensualistico posto alla base della richiesta additiva del Tribunale di Bolzano: la violazione dell'eguaglianza è un vizio "originario" che si riverbera sulla disciplina del consenso.

L'esigenza di assicurare una tutela costituzionale effettiva a fronte della lunga inerzia parlamentare spinge la Corte ad enunciare una nuova *regola iuris*, generale ed astratta, di fatto superando il limite, ormai divenuto "mobile" in funzione del trascorrere del tempo, del rispetto della discrezionalità legislativa: il cognome del figlio è formato dai cognomi dei genitori salvo loro diverso accordo. Detta regola è individuata dalla Corte come «automatico riflesso dei principi costituzionali coinvolti», nonostante nei propri precedenti avesse evidenziato la mancanza di rime obbligate e l'ampia discrezionalità del legislatore in materia.

Suscita, inoltre, perplessità il carattere quasi "accessorio" della violazione dell'identità del figlio rispetto alla preponderante istanza di eguaglianza fra genitori, elemento che serve alla Corte per sorreggere l'ipotesi derogatoria fondata sull'accordo. Se la proiezione sul cognome del figlio della duplice relazione genitoriale, come sostiene la Corte, identifica lo *status filiationis*, elemento cardine dell'identità personale, è difficile dubitare della fondamentalità del diritto in gioco e della sua prevalenza nel bilanciamento con il principio consensualistico. Il diritto ad essere identificato con entrambi i cognomi costituisce il presupposto logico per la regola *iuris* del doppio cognome, mentre mal si concilia con l'ipotesi derogatoria fondata sul consenso.

[27] Viene richiamata *Cusan e Fazzo c. Italia*.
[28] Vengono richiamati gli stessi parametri internazionali evocati nella sentenza n. 61/2006.

Una sentenza sostitutiva di tal fatta ha, chiaramente, posto il problema anche dell'ordine dei cognomi rispetto al quale, secondo la Corte, deve prevalere l'accordo dei genitori e, in mancanza, il ricorso al giudice per dirimere il contrasto su scelte inerenti al figlio.

Occorre, tuttavia, osservare che la questione dell'ordine dei cognomi indubbiamente rientra nell'ampia sfera di discrezionalità legislativa, ben potendo il legislatore optare per una soluzione diversa quale l'ordine alfabetico: pur in mancanza di rime obbligate la Corte aggiunge una *regula iuris* non costituzionalmente imposta ma costituzionalmente compatibile.

La Corte dichiara, quindi, illegittima la mancata previsione della deroga che consente di attribuire un solo cognome su accordo dei genitori, dando concreta prevalenza alla «volontà di essere rappresentati entrambi, nel rapporto con il figlio, dal cognome di uno di loro soltanto»: il principio consensualistico prevale sul diritto del figlio a essere identificato da entrambi i rami familiari, quindi, sul diritto a uno *status filiationis* bilaterale e la chiave di volta della decisione è, quindi, la volontà. La via intrapresa dal giudice costituzionale per giustificare tale bilanciamento si sostanzia nella identificazione dell'accordo come strumento attuativo del principio di eguaglianza, forse oscurando il fatto che non sempre alla base dell'accordo vi è una condizione di parità fra genitori.

L'ipotesi derogatoria fondata sul consenso avrebbe potuto essere limitata alla istanza di tutela di legami con fratelli e sorelle che portano il cognome di uno solo dei genitori, o con i figli di uno solo dei genitori, in modo da garantire un bilanciamento ragionevole con il diritto fondamentale del figlio ad una identificazione bilaterale. Indubbiamente, però, la sentenza *Cusan e Fazzo c. Italia* della Corte edu e il principio di diritto consolidato ivi sancito hanno spinto la Corte costituzionale verso questo "esito consensualistico", seppur il richiamo a Strasburgo sia stato fugace e avrebbe potuto essere valorizzato per giustificare la prevalenza dell'accordo, fondamentale anche a Strasburgo.

La Corte afferma, altresì, l'impossibilità di surrogare giudizialmente l'accordo tra genitori, scelta che, tuttavia, sembra rientrare nell'ampia discrezionalità del legislatore, soprattutto se pensiamo alle ipotesi di disaccordo in cui sussista l'esigenza di tutelare il rapporto con fratelli e sorelle che hanno già un solo cognome.

La declaratoria di illegittimità costituzionale fondata sugli artt. 2, 3, 117 Cost., investe non soltanto l'ipotesi del riconoscimento contestuale di entrambi i genitori, ma in via consequenziale anche quella del figlio nato in costanza di matrimonio e dell'adottato, in ragione dell'identità contenutistica di tali disposizioni.

La sentenza sostitutiva si chiude con un duplice invito all'organo legislativo: *in primis* è «impellente» un intervento per impedire la proliferazione dei cognomi nelle generazioni future a garanzia della funzione di certezza identitaria

e identificativa del cognome. Anche in questo caso la Corte indica una via al legislatore incentrata sull'elemento consensualistico: la scelta del genitore, titolare del doppio cognome, di quello che vuole sia «rappresentativo del rapporto genitoriale» salvo che i genitori di comune accordo optino per l'attribuzione del doppio cognome di uno soltanto.

L'altro intervento legislativo necessario riguarda la tutela dell'interesse all'identità familiare del figlio, ovvero a non vedersi attribuire un cognome diverso rispetto a fratelli o sorelle ed anche in questo caso la Corte indica una via "costituzionalmente percorribile" anche se non a rime obbligate: riservare la scelta sul cognome al momento del riconoscimento, della nascita o dell'adozione del primo figlio, vincolando i genitori per i figli successivi.

Il *petitum* consente, infine, meritoriamente alla Corte di limitare gli effetti di questa dirompente decisione alle sole ipotesi di attribuzione originaria del cognome, escludendo le istanze di modifica del cognome già acquisito.

In definitiva, alla luce di questa sentenza indubbiamente significativa dal punto di vista culturale, si dubita che la regola generale introdotta dalla Corte fosse l'unica costituzionalmente percorribile, pensiamo ad esempio al rischio di moltiplicazione dei cognomi nelle generazioni, con conseguente pregiudizio per l'identità dei figli, ciò che avrebbe potuto condurre ad una soluzione diversa, rientrante nella discrezionalità legislativa, quale ad esempio l'accordo dei genitori su uno solo dei cognomi, surrogabile giudizialmente. Del resto, proprio l'*horror vacui* avrebbe potuto spingere la Corte a rinviare la discussione a una nuova udienza per consentire al legislatore di intervenire entro un termine prestabilito, decorso il quale la caducazione sarebbe stata inevitabile, analogamente al caso Cappato.

Evidentemente il vano decorso di ben sei anni dall'ultimo ammonimento costituzionale, oltre ai reiterati inviti espressi fin dal 2006 hanno affievolito nella concezione della Corte l'esigenza di leale collaborazione con il legislatore e il rispetto della sua discrezionalità.

In ultima analisi questa decisione testimonia la propensione della Consulta a superare le rime obbligate in caso di silenzio protratto dal legislatore nella tutela di diritti fondamentali dinanzi a moniti costituzionali rimasti "lettera morta".

LA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL COGNOME DEI FIGLI: UNA NUOVA OCCASIONE DI DIALOGO COL LEGISLATORE

MARTA PICCHI*

Sommario

1. Premessa. – 2. Un'evoluzione ultratrentennale della giurisprudenza costituzionale in tema di cognome dei figli. – 3. La sentenza n. 131/2022. – 4. Riflessioni conclusive. A proposito del dialogo tra Corte costituzionale e legislatore. – 5. Segue: Un risultato non del tutto convincente nel merito.

Abstract

This essay analyses decision no. 131/2022 of the Constitutional Court. It focuses on the institutional collaboration between the Constitutional Court and the lawgiver and on the merits of the decision after a reconstruction on the evolution of constitutional line of cases regarding the surname attributed to the children.

Suggerimento di citazione

M. PICCHI, *La pronuncia della Corte costituzionale sul cognome dei figli: una nuova occasione di dialogo col legislatore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022 Disponibile in: http://www.osservatoriosulle-fonti.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 2/2022
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

Con la sentenza n. 131/2022[1], la Corte costituzionale ha definito nuovi criteri nell'attribuzione del cognome ai figli: la pronuncia si è occupata della norma che impediva ai genitori, di comune accordo, di attribuire al figlio il solo cognome della madre ed imponeva, in mancanza d'accordo, il solo cognome del padre anziché quello di entrambi i genitori. La prima questione – relativamente all'art. 262, comma 1, secondo periodo, cod. civ. – è scaturita dalla rimessione del Tribunale ordinario di Bolzano; dopodiché, durante il giudizio, la Corte ha disposto[2] la trattazione innanzi sé della seconda questione[3].

[1] Fra i primi commenti si vedano: M.C. AMOROSO, E. PIERAZZI, *Il cognome della madre*, in *Giust. ins.*, 1° giugno 2022; M. PICCHI, *Tutela dell'identità familiare e dell'eguaglianza tra i genitori nell'attribuzione del cognome al figlio*, in *https://www.rivistafamilia.it*, 7 giugno 2022; G. PACINI, *Il cognome dei figli: la decisione della Corte costituzionale*, *ivi*. In precedenza, sul Comunicato del 27 aprile 2022, si veda M.A. IANNICELLI, *La scelta del cognome da attribuire al figlio deve poter essere condivisa dai genitori*, *ivi*, 30 aprile 2022.

[2] Cfr. Corte cost., ord. n. 18/2021, commentata da: C. BASSU, *Il diritto all'identità anagrafica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, spec. p. 205 ss.; M.N. BUGETTI, F.G. PIZZETTI, *(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli*, in *Fam. dir.*, 5/2021, p. 464 ss.; G. CASABURI, *La Corte costituzionale chiama, la Consulta risponderà: conto alla rovescia per la prevalenza del patronimico*, in *Foro it.*, 6/2021, I, col. 1951 ss.; M. CAVALLARO, *Cronaca di una morte annunciata: il tramonto del patronimico*, in *AJI*, 16 *bis*/2022, p. 560 ss.; M. DE ANGELIS, *L'automatica attribuzione del cognome paterno al vaglio della Consulta*, in *https://www.rivistafamilia.it*, 25 gennaio 2021; E. DEL PRATO, *Interesse del genitore e interesse del figlio nella modifica del cognome*; in *Riv. dir. civ.*, 5/2021, p. 945 ss.; A. FIGONE, *Cognome dei figli: la Corte costituzionale si autoinveste della questione*, in *Ilfamiliarista.it*, 31 maggio 2021; E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?*, in *Oss. cost. AIC*, 4/2020, p. 276 ss.; C. INGENITO, *Una nuova occasione per superare* "l'anche" *nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 11/2021, p. 57 ss.; E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una* long story *a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *Nomos*, 1/2021, p. 1 ss.; G. MARINO, *L'attribuzione automatica del cognome paterno viola la Costituzione?*, in *Dir. & Giust.*, 31/2021, p. 3 ss.; G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 11/2021, p. 161 ss.; L. OLIVERO, *Cognome dei figli: i rischi dell'autonomia e dell'alfabeto*, in *Giur. It.*, 8-9/2021, p. 1811 ss.; G. PASSARELLI, *Note sull'attribuzione del cognome materno. Una questione (ancora)* de iure condendo, in *Fam. dir.*, 5/2021, p. 551 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Forza e limiti dell'autorimessione della questione di costituzionalità (A proposito della ord. n. 18/2021)*, in *Quad. cost.*, 2/2021, p. 414 ss.; D. PITTELLA, *L'attribuzione del cognome paterno: una regola in contrasto con il* 'best interest' *del nato*, in *Dir. succ. fam.*, 2/2021, p. 461 ss.; L. PRINCIPATO, *Il cognome del minore come identità e non come dominio*, in *Giur. cost.*, 1/2021, p. 153 ss.; E. REPETTO, *La trasmissione del cognome ai figli: fine di un'era?*, in *Familia*, 4/2021, p. 544 ss.; R. ROMBOLI, *Sull'attribuzione del cognome al figlio*, in *Foro it.*, 6/2021, I, col. 1949 ss.; G.M. SALERNO, *Sollevata la questione di legittimità sulla "prevalenza del patronimico"*, in *Guida dir.*, 8/2021, p. 34 ss.; L. SANTORO, *L'attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore … alla discrezionalità dei genitori (considerazioni controcorrente a partire dalla ord. n. 18/2021 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2/2021, p. 543 ss.; S. TROIANO, *Il cognome dei figli ancora al vaglio della Consulta*, in *Nuova giur. civ.*, 3/2021, p. 598 ss.

[3] Successivamente, anche la Corte d'appello di Potenza ha sollevato una questione di legittimità costituzionale relativamente alla norma che non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, il solo cognome materno e la Corte costituzionale, visto lo stretto collegamento con le altre questioni in precedenza sollevate, ha disposto la riunione dei giudizi: tuttavia, ha poi dichiarato l'inammissibilità della questione proposta per carenza di un'adeguata e autonoma

La Corte costituzionale, con una sentenza manipolativa di tipo sostitutivo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1, secondo periodo, cod. civ. – per contrasto con gli artt. 2, 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU) – nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assuma il cognome del padre anziché prevedere che il figlio assuma i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire soltanto il cognome di uno di loro.

In via consequenziale ha poi dichiarato l'illegittimità costituzionale di tutte le norme che prevedono, con riferimento ai figli nati nel matrimonio e a quelli adottivi anche maggiorenni, l'automatica attribuzione del cognome paterno.

Inoltre, il giudice costituzionale ha precisato che, in mancanza di un accordo sull'ordine di attribuzione del cognome di entrambi i genitori, resta salvo l'intervento del giudice, conformemente a quanto già dispone l'ordinamento giuridico per risolvere il contrasto fra i genitori su scelte di particolare rilevanza riguardanti i figli, almeno fino a quando il legislatore non individui nuovi e diversi criteri.

La pronuncia in commento è stata accolta con entusiasmo più per il suo valore sociale e culturale, avendo rimosso «una discriminazione così radicata da essere quasi invisibile, come fosse una espressione dell'ordine naturale delle cose anziché la perpetuazione di una antica e ingiusta discriminazione»[4], che per quello giuridico, sebbene presenti molteplici profili di interesse.

Questo contributo, dopo una ricostruzione volta ad evidenziare l'evoluzione maturata nella giurisprudenza costituzionale sia sul merito della questione che in punto di strumenti processuali utilizzati, intende riflettere sulla collaborazione istituzionale fra Corte costituzionale e Parlamento e sui contenuti della decisione.

2. Un'evoluzione ultratrentennale della giurisprudenza costituzionale in tema di cognome dei figli

Nell'ordinanza n. 176 del 1988, la Corte costituzionale si è occupata di una questione di legittimità costituzionale riguardante la norma implicita nel sistema del codice civile che attribuiva ai figli legittimi esclusivamente il cognome paterno, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost.: secondo il giudice *a quo*, avrebbe violato il diritto del figlio all'identità personale, nonché il

illustrazione delle ragioni per le quali la norma censurata integrerebbe una violazione del parametro costituzionale evocato (cons. dir. § 5).

[4] M.C. AMOROSO, E. PIERAZZI, *Il cognome della madre*, cit., p. 1.

principio di uguaglianza dei cittadini in generale e il principio di uguaglianza dei coniugi in particolare.

La Corte costituzionale – pur rilevando che «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concilii i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro» – ha osservato che l'interesse alla conservazione dell'unità familiare, garantito dalla medesima previsione costituzionale, sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito *ope legis* fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia e, invece, fosse lasciato alla scelta dei genitori. In ogni caso, una siffatta innovazione rientrava nella competenza esclusiva del legislatore e, anche se fino a quel momento le varie proposte di riforma non si erano tradotte in legge, la Corte costituzionale non poteva far altro che dichiarare la manifesta inammissibilità della questione poiché investiva scelte di natura politica e di tecnica legislativa di spettanza esclusiva del *conditor iuris*, che non consentivano un intervento del giudice costituzionale.

Poco dopo, la Corte ha confermato la sua posizione con delle precisazioni[5]: in particolare, ha ritenuto che il limite derivante dall'eguaglianza dei coniugi in punto di attribuzione del cognome ai figli non fosse in contrasto con l'art. 29 Cost. poiché «utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio». Inoltre, a fronte della possibile diversa soluzione prospettata dal giudice *a quo*, la Corte ha osservato che «si prospetta un'altra soluzione, la quale evita la complicazione del doppio cognome, di guisa che si pone un problema di scelta del sistema più opportuno e delle relative modalità tecniche, la cui decisione compete esclusivamente al legislatore»: così, ha dichiarato nuovamente la manifesta inammissibilità della questione.

Diciotto anni più tardi, la Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi ancora dell'attribuzione del cognome ai figli ed ha osservato che «non può non rimarcarsi che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna»[6], a maggior ragione tenendo conto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale, dalle raccomandazioni del Consiglio d'Europa e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

[5] Cfr. Corte cost., ord. n. 586/1988.
[6] Corte cost., sent. n. 61/2006, cons. dir. § 2.2.

Nondimeno, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione[7] ritenendo di non poter compiere un'operazione manipolativa perché sarebbe esorbitata dai poteri della stessa, stante la molteplicità di possibili soluzioni, come evidenziato dalle diverse proposte di legge presentate innanzi al Parlamento. Né ha ritenuto di poter caducare la disciplina denunciata demandando ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia perché si sarebbe creato un totale vuoto di regole.

Nel 2014, sul tema è intervenuta la sentenza della Corte EDU nel caso *Cusan e Fazzo c. Italia*[8]: la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'impossibilità per i ricorrenti, al momento della nascita della figlia, di far iscrivere quest'ultima nei registri dello stato civile attribuendole il solo cognome della madre si ponesse in palese violazione dell'art. 14 CEDU, in combinato disposto con l'art. 8. Secondo la Corte EDU, tale impossibilità derivava da una lacuna del sistema giuridico italiano, che comportava la necessità di riformare la legislazione e/o la prassi allo scopo di rendere la disciplina compatibile con le esigenze degli artt. 8 e 14 CEDU, anche perché la successiva autorizzazione amministrativa a cambiare il cognome dei figli minori per aggiungere a quello paterno il cognome della madre non poteva essere ritenuta pienamente satisfattiva.

Due anni più tardi la Corte costituzionale muta il proprio precedente indirizzo, visto anche che a «distanza di molti anni […], un "criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi" non è ancora stato introdotto»[9], sebbene molte proposte siano state presentate nel corso delle diverse legislature. Così, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., 72, comma 1, r.d. n. 1238/1939 (*Ordinamento dello stato civile*), 33 e 34, d.P.R. n. 396/2000 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della l. 15 maggio 1997, n. 127*), nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno. Ha poi esteso in via consequenziale gli effetti della decisione sia alla previsione relativa al riconoscimento, effettuato contemporaneamente dai due genitori, del figlio nato fuori dal matrimonio sia alla norma sull'attribuzione del cognome all'adottato da parte di coniugi[10]. La Corte ha ritenuto cioè che siffatta preclusione pregiudicasse il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisse un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi, che non trovava alcuna giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare: infatti, come aveva già affermato in precedenza,

[7] Cfr. cons. dir. § 2.3. Questa ricostruzione è poi stata confermata nei medesimi termini nell'ordinanza n. 145/2007.

[8] Corte EDU, sez. II, sent. 7 gennaio 2014, ricorso n. 77/07.

[9] Corte cost., sent. n. 286/2016, cons. dir. § 3.3.

[10] Cfr. cons. dir. §§ 4, 5 e 5.1.

«"è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo", poiché l'unità "si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità" (sentenza n. 133 del 1970)» [11].

Nella medesima decisione, la Corte ha riaffermato altresì la necessità di ristabilire il principio della parità dei genitori e, però, in via temporanea e «in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità» [12] continuava ad operare la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno in mancanza di accordo fra i genitori. La Corte, dunque, era consapevole che dalla propria pronuncia sarebbe derivata l'incostituzionalità del regime del cognome del figlio in assenza dell'accordo tra i genitori poiché, in tal caso, continuava ad essere applicato il solo patronimico.

3. La sentenza n. 131/2022

Nonostante l'invito rivolto al legislatore, nell'ordinanza n. 18/2021 la Corte costituzionale osserva che il legislatore è rimasto inerte: non ha provveduto a rimodulare la disciplina in maniera da coniugare il trattamento paritario delle posizioni soggettive dei genitori con il diritto all'identità personale del figlio, secondo una lettura della Carta costituzionale che tenga conto anche della mutata coscienza sociale [13], dopo quanto già rilevato nel 2016.

La prevalenza del cognome paterno continua a persistere e la Corte svolge alcune considerazioni finalizzate a giustificare l'autorimessione [14]. Infatti, osserva che, riconoscendo la facoltà dei genitori di scegliere, di comune accordo, la trasmissione del solo cognome materno, limitandosi così a rispondere alla questione proposta dal Tribunale di Bolzano, continuerebbe a vigere la regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno in tutti quei casi in cui tale accordo non venga raggiunto. Non solo, l'effettiva parità tra genitori non sarebbe comunque raggiunta poiché il padre non ha bisogno dell'accordo per far prevalere il proprio cognome. In altri termini, intervenendo con una sentenza additiva, come richiesto dal giudice rimettente, si sarebbe ottenuto quanto richiesto dalle parti del giudizio *a quo*, ma la norma introdotta non avrebbe posto rimedio allo squilibrio e alla disparità tra i genitori, poiché il padre, ai fini della trasmissione del cognome, avrebbe pur sempre conservato una posizione di forza rispetto alla madre [15].

[11] Cfr. cons. dir. § 3.4.2.

[12] Cons. dir. § 6.

[13] Cfr. V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2021, p. 377 ss. (spec. p. 387 ss.).

[14] V. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 107 ss.

[15] Nella sentenza n. 131/2022, la Corte precisa che la regola dell'automatica attribuzione del

Proprio quest'ultima considerazione è il passaggio utilizzato dalla Corte per giustificare l'autorimessione, oltre al fatto che, come evidenziato in precedenti pronunce, «il modo in cui occasionalmente sono poste le questioni incidentali di legittimità costituzionale non può impedire al giudice delle leggi l'esame pieno del sistema nel quale le norme denunciate sono inserite»[16]. In particolare, «alla luce del rapporto di presupposizione e di continenza tra la questione specifica dedotta dal giudice *a quo* e quella nascente dai dubbi di legittimità costituzionale ora indicati, la risoluzione della questione avente ad oggetto l'art. 262, primo comma, cod. civ., nella parte in cui impone l'acquisizione del solo cognome paterno, si configura come logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni sollevate dal giudice *a quo*»[17].

La Corte costituzionale riconosce che sono prospettabili molteplici soluzioni normative differenziate fra loro: nondimeno, per la risoluzione della questione sottopostale ritiene di dover risolvere pregiudizialmente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1, cod. civ., nella parte in cui, in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l'automatica acquisizione del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori. Difatti, «l'esame di queste specifiche istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali, non può essere pretermesso, poiché "l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia" (sentenza n. 242 del 2019)»[18].

Nel risolvere le questioni nel merito, la Corte costituzionale, rifacendosi a quanto affermato pochi anni prima, sottolinea come la disciplina del cognome veda l'intreccio di due differenti valori: da un lato, l'identità personale del figlio e, dall'altro lato, l'eguaglianza tra i genitori. Il cognome, assieme al prenome, rappresenta il nucleo dell'identità giuridica e sociale della persona perché le conferisce identificabilità nei rapporti di diritto pubblico e in quelli di diritto privato, incarnando «la rappresentazione sintetica della personalità individuale, che nel tempo si arricchisce progressivamente di significati»[19].

La Corte, richiamando la propria giurisprudenza, ricorda come il nome sia autonomo segno distintivo dell'identità personale, tratto essenziale della personalità e diritto fondamentale della persona umana e il cognome, assieme al prenome, è il fulcro dell'identità giuridica e sociale poiché collega l'individuo

patronimico, nel violare il principio di eguaglianza, racchiude un vizio di legittimità costituzionale che inficia *ab imis* anche l'elemento costitutivo dell'intervento additivo invocato dal Tribunale di Bolzano (cfr. cons. dir. § 11.1).

[16] Corte cost., ord. n. 18/2021, cons. n. 17.

[17] Cons. n. 18.

[18] Cons. n. 19.

[19] Corte cost., sent. n. 131/2022, cons. dir. § 9.

alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo *status filiationis*. Il «cognome deve, pertanto, radicarsi nell'identità familiare e, al contempo, riflettere la funzione che riveste anche in una proiezione futura, rispetto alla persona (Corte cost., n. 286/2016). Sono, dunque, proprio le modalità con cui il cognome testimonia l'identità familiare del figlio a dover rispecchiare e rispettare l'eguaglianza e la pari dignità dei genitori»[20]. L'imposto automatismo esprime invece una diseguaglianza fra i genitori, che si riverbera e si imprime sull'identità del figlio, determinando la contestuale violazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione. Non solo, la stessa unità familiare è messa a rischio poiché «[u]nità ed eguaglianza non possono coesistere se l'una nega l'altra, se l'unità opera come un limite che offre un velo di apparente legittimazione a sacrifici imposti in una direzione solo unilaterale»[21].

Risolta la questione nel merito, la Corte si preoccupa dei problemi che insorgeranno in futuro e che necessitano di un'adeguata disciplina: perciò, rivolge un duplice invito al legislatore. Anzitutto, nel succedersi delle generazioni, occorre impedire un meccanismo moltiplicatore dei cognomi giacché quest'effetto sarebbe parimenti lesivo della funzione identitaria del cognome: il giudice costituzionale suggerisce l'opportunità di una scelta, da parte del genitore titolare del doppio cognome, di quello dei due che vuole sia rappresentativo del rapporto genitoriale, a meno che i due genitori non decidano di comune accordo per l'attribuzione soltanto del doppio cognome di uno di loro[22].

Inoltre, il legislatore dovrà valutare l'interesse del figlio a non vedersi attribuito un cognome differente rispetto a quello di fratelli e sorelle. Al riguardo, la Corte suggerisce di riservare le scelte relative all'attribuzione del cognome al momento del riconoscimento contemporaneo del primo figlio della coppia o al momento della sua nascita nel matrimonio oppure alla sua adozione, rendendole poi vincolanti rispetto ai successivi figli dei medesimi genitori[23].

Invero, quest'ultimo problema sussiste già per tutti i nati dopo la pubblicazione della sentenza che non siano primogeniti.

4. Riflessioni conclusive. A proposito del dialogo tra Corte costituzionale e legislatore

L'evoluzione giurisprudenziale maturata in tema di patronimico è esemplificativa della riflessione che la Corte costituzionale ha dovuto costantemente svolgere sul proprio ruolo nel rapporto con la discrezionalità del legislatore, soprattutto in assenza di strumenti efficaci di raccordo con il Parlamento. Nel

[20] *Idem*.
[21] Cons. dir. § 10.1.
[22] Cfr. cons. dir. § 15.1.
[23] Cfr. cons. dir. § 15.2.

tempo è divenuta evidente la difficoltà del giudice costituzionale nell'occuparsi di discipline legislative insoddisfacenti o incomplete e nel trovare soluzioni quando il legislatore rimanga inerte in materie caratterizzate da un'ampia discrezionalità[24]. La Corte costituzionale ha costruito il proprio spazio di intervento – ampliandolo progressivamente – attraverso l'elaborazione di un «arsenale»[25] di pronunce, che le ha consentito di esercitare le proprie funzioni anche in assenza di un'attività consequenziale da parte del legislatore[26] e di «attribuire

[24] Cfr. R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 215 ss.; N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, in ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI, *Quaderno n. 21 – Seminario 2010*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 109 ss.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 17 ss.; L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in L. CASSETTI, A.S. BRUNO (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 1 ss.

[25] L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 515 ss. (spec. p. 530). Sul tema si veda anche: V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, il Mulino, Bologna, 1978, p. 84 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, *ivi*, p. 103 ss.; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia Veneziana, Roma, 1984, p. 113 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova, 1985, p. 755 ss.; E. CHELI, *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quad. cost.*, 2/1993, p. 263 ss.; F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 16/2007, spec. p. 48 ss.; G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, Palazzo della Consulta, 21 marzo 2019, p. 9 ss., reperibile su *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf*.
Preoccupazioni e critiche sono espresse, rispettivamente, da N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 3/2021, p. 86 ss., e A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, p. 251 ss.

[26] Significativa al riguardo, è la genesi delle sentenze additive di principio: A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3199 ss.; AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c., della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 2001*, Giuffrè, Milano, 1993; C. SALAZAR, *Brevi note sulla giustiziabilità dei diritti sociali nel giudizio incidentale (ed una prima conclusione: l'apparenza inganna)*, in AA. VV., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 94 ss. Altrettanto significativa è l'evoluzione che ha visto l'uso delle sentenze additive non più soltanto laddove la Corte possa colmare direttamente la lacuna inserendo una regola direttamente ricavata dalla Costituzione, ma anche quando la soluzione non è obbligata e l'effetto manipolativo è desunto da un giudizio di proporzione e ragionevolezza intrinseca che porta a scegliere, fra più soluzioni di disciplina, quella che appare costituzionalmente adeguata a porre rimedio alle denunciate violazioni, stante la perdurante inerzia del legislatore a fronte di previe pronunce monitorie: R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *DPC*, 2/2019, p. 139 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2/2019, p. 644 ss.; A. SPADARO, *I limiti «strutturali» del sindacato di*

alla legge quel carattere di ragionevolezza-universalità-discorsività» che il legislatore non è in grado di imprimere alla legge stessa[27].

In questa occasione, la dottrina[28] si è espressa subito criticamente verso l'autorimessione compiuta dalla Corte costituzionale perché sarebbe stata accolta una nozione molto ampia di rilevanza e la questione sollevata è diversa rispetto a quella proposta dal giudice di Bolzano, tanto da rendere difficile l'individuazione del nesso di pregiudizialità anche perché, nel caso in oggetto, la relazione di strumentalità e di pregiudizialità non riguarda il combinato disposto di due distinte disposizioni legislative ma si riferisce ad una relazione di continenza, interna alla medesima previsione legislativa. In altri termini, la Corte costituzionale ha dubitato della legittimità costituzionale di un dettato normativo che è stato sottoposto alla sua attenzione in una prospettiva meno ampia. Occorre perciò che la valutazione sulla sussistenza dell'effettivo rapporto di pregiudizialità e strumentalità fra il *petitum* del remittente e quello della Corte venga condotta «in modo "rigoroso" e con margini "stretti"»[29] affinché il giudizio in via incidentale non divenga lo strumento utilizzato dal giudice costituzionale per affrontare questioni di più vasta portata superando il *petitum* del giudizio *a quo* e non rispettando il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

Il lungo lasso di tempo trascorso dalle prime pronunce in materia, l'inerzia del legislatore e la giurisprudenza della Corte EDU hanno spinto la Corte costituzionale ad una diversa soluzione rispetto al 2016, quando si era attenuta al *petitum* individuato dal giudice rimettente, proprio perché, «preso atto che delle numerose proposte di riforma legislativa, presentate a partire dalla VIII legislatura, nessuna è giunta a compimento, [la Corte] non può più esimersi dal rendere effettiva la "legalità costituzionale"»[30]. Senz'altro è vero che l'ampliamento del *petitum* è finalizzato a risolvere compiutamente il problema dell'attribuzione del cognome ai figli e anche ad impartire delle direttive per le problematiche rimaste irrisolte, però il requisito della rilevanza non pare essere stato "stravolto". Sia la disciplina derivante dalla pronuncia del 2016 – che consentiva il doppio cognome in caso di accordo fra genitori – sia la soluzione ottenuta dall'adozione, nel caso in esame, di una sentenza additiva, come richiesto dal giudice di Bolzano, mantenevano il duplice contrasto con i principi

costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q. l. c., *ivi*, 4/2019, p. 163 ss.

[27] V. M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 75 ss. (spec. p. 84 ss.), il quale – riferendosi al Parlamento e al principio rappresentativo – parla di «grande ammalato»: la conseguenza è che «il procedimento di produzione della legge assume un respiro più ampio, che viene a ricomprendere il controllo di costituzionalità, come suo elemento integrante».

[28] Cfr. R. ROMBOLI, *Sull'attribuzione del cognome al figlio*, cit., col. 1949.

[29] M.N. BUGETTI, F.G. PIZZETTI, *(Quasi) al capolinea*, cit., p. 469.

[30] Cons. dir. § 11.2.

di identità familiare del minore e di eguaglianza fra genitori perché il padre, come già detto, si trovava in una posizione di forza. L'"arbitro" nell'attribuzione del doppio cognome o del solo cognome della madre era pur sempre il padre perché, senza il suo consenso, la soluzione era l'attribuzione del patronimico. L'accoglimento della questione nei termini proposti dal giudice *a quo* avrebbe quindi portato al risultato richiesto nel caso di specie, perché il padre non si era opposto, ma questo obiettivo sarebbe pur sempre stato realizzato in danno all'identità familiare del bambino, poiché il cognome di quest'ultimo non avrebbe rispecchiato e rispettato compiutamente l'eguaglianza e la pari dignità dei genitori.

L'effetto che la Corte ha inteso conseguire attraverso l'autorimessione è del tutto analogo a quello che la stessa ha voluto ottenere quando ha ideato le ordinanze di incostituzionalità prospettata[31]: anche queste sono volte a sviluppare la collaborazione istituzionale tra Corte costituzionale e legislatore e possono essere ricondotte nel solco di quella giurisprudenza che si preoccupa, per un verso, di responsabilizzare il decisore politico restituendogli credibilità e autorità e, per un altro verso, di consentire alla Corte di intervenire qualora gli operatori politico-normativi non diano risposte adeguate entro termini ragionevoli[32]. In questa tipologia di pronunce, la decisione della Corte è articolata

[31] Al momento, questo tipo di decisione è stata utilizzata in tre casi: ord. n. 207/2018 (suicidio assistito), ord. n. 132/2020 (diffamazione a mezzo stampa), ord. n. 97/2021 (ergastolo ostativo). In quest'ultimo caso, il termine concesso al Parlamento è stato dilazionato di circa sei mesi con l'ord. n. 122/2022.

[32] Cfr. M. PICCHI, *La mancanza di strumenti efficaci di raccordo fra Corte costituzionale e Parlamento. Recenti sviluppi nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali che "costano"*, in *federalismi.it*, 15/2020, p. 46 ss. La dottrina si è ampiamente interrogata sulle ordinanze di incostituzionalità prospettata anche perché il rispetto delle regole processuali da parte della Corte costituzionale è «il miglior possibile presidio della sua indipendenza e della sua funzionalità»: A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 149. Secondo M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., spec. p. 648 ss., sarebbe però possibile una lettura evolutiva delle regole processuali in funzione delle esigenze del diritto costituzionale sostanziale. Critiche sono state rivolte da coloro che ritengono che, con questa ulteriore tipologia di pronunce, la ripartizione dei ruoli stabilita in Costituzione abbia assunto un valore puramente persuasivo, avendo la Corte costituzionale «carta bianca praticamente su tutto»: A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giust. ins.*, 27 novembre 2019, p. 2 ss. Critiche sono state rivolte, fra i molti, anche da: E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/20018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3/2019, p. 531 ss.; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019; P. ZICCHITTU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, *ivi*; F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum quad. cost.*, 5 giugno 2019; R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, *ivi*, 23 giugno 2019; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, *ivi*, 3/2020, p. 103 ss.; I. ROBERTI, *I moniti "a termine" della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del*

in due momenti: dopo aver prospettato la fondatezza della questione sottopostale, sospende il giudizio e lo rinvia per dar modo al Parlamento di intervenire nella materia che si caratterizza per un'elevata discrezionalità. Anche nel caso in oggetto, l'autorimessione ha consentito di dare tempo al Parlamento per intervenire in maniera compiuta in un ambito che da tempo attende di essere riformato. Perciò, l'ordinanza di autorimessione ha inteso "innescare" un dialogo attraverso un monito, per così dire, peculiare e rafforzato, «potendo il legislatore intervenire nelle more della trattazione della questione sulla base delle indicazioni di cui all'ordinanza di rimessione»[33].

Il tentativo di dialogo è stato compiuto perché l'esigenza di garantire la legalità costituzionale ha posto il giudice costituzionale di fronte alla scelta di ovviare a tale inerzia[34]: ossia, è questo un altro caso in cui la necessità di tutelare i diritti fondamentali, ritenuta non più rimandabile, è oggetto di bilanciamento con la discrezionalità del legislatore, che, dunque, non opera più come limite interno al sindacato di costituzionalità. La tutela della legalità costituzionale diviene il criterio che consente di superare il limite dello spazio discrezionale del legislatore secondo l'apprezzamento compiuto dalla Corte costituzionale, la quale decide i termini della collaborazione istituzionale col legislatore.

Lo si è visto, del resto, anche con la più recente ordinanza n. 122/2022. Come noto, lo scorso anno la Corte costituzionale ha adottato un'ordinanza di incostituzionalità prospettata in materia di ergastolo ostativo[35], rinviando all'udienza del 10 maggio 2022 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale che le erano state rimesse. Nell'ordinanza dello scorso maggio, la Corte ha però accolto l'istanza presentata dalla Presidenza del Consiglio e disposto un ulteriore rinvio dell'udienza, «in tempi [stavolta] contenuti», per consentire al legislatore di completare i propri lavori[36] dal momento che, nel frattempo, il Parlamento si è attivato per rivedere la disciplina in materia di benefici penitenziari per i reati ostativi benché ancora non abbia concluso l'*iter*.

Parlamento, in *federalismi.it*, 17/2021, p. 175; F. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, *ivi*, 22/2021, p. 198 ss.

[33] Così si è espresso G. AMATO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, Palazzo della Consulta, 7 aprile 2022, reperibile su *https://www.cortecostituzionale.it/annuario2021/pdf/Relazione_annuale_2021.pdf*., proprio a proposito dell'ordinanza n. 18/2021.

[34] G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, 2020, III, p. 153 ss. (spec. p. 158 ss.).

[35] V. nota n. 31.

[36] Corte cost., ord. n. 122/2022, cons. nn. 5 e 6. In particolare, la Camera dei deputati ha approvato il disegno di legge C. 1951-A, recante *Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia*, mentre la Commissione giustizia del Senato ha appena iniziato i lavori.

Fra l'altro, il progetto di riforma delle preclusioni assolute contemplate dall'art. 4-*bis*, l. n. 354/1975, recante *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, appare di difficile compatibilità coi principi e parametri indicati nell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale. Infatti, oltre ad introdurre disposizioni peggiorative rispetto alla disciplina vigente, sono contemplati presupposti per l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative che impongono complessi adempimenti probatori di difficile assolvimento, come è stato rilevato dallo stesso Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale[37]. Il fatto che la Corte costituzionale – diversamente dagli altri due casi in cui è ricorsa alle ordinanze di incostituzionalità prospettata – abbia deciso di rinviare nuovamente ravviva il dibattito e le critiche verso questa tecnica decisoria elaborata dalla Corte, soprattutto perché sembra svilire l'incidentalità del giudizio allontanando i tempi di risposta, con le conseguenti ricadute sulle parti del giudizio *a quo*, visti anche i valori che devono essere protetti.

Peraltro, in questo caso la Corte ha deciso diversamente rispetto a quanto fatto pochi mesi prima per la questione sulla diffamazione a mezzo stampa[38], nonostante vi fossero, anche in quella occasione, dei progetti di riforma pendenti.

Certo, lo snaturamento delle ordinanze di incostituzionalità prospettata sarebbe evidente nel caso in cui la Corte avesse disposto il "rinvio del rinvio" guardando ai contenuti del progetto in corso di approvazione e, dunque, alla possibile approvazione ed entrata in vigore della riforma prima dell'udienza del prossimo novembre, nella prospettiva di affidare al giudice *a quo* il compito di valutare nuovamente la questione tenendo conto dello *ius superveniens*. Diverso è invece il discorso se la Corte fosse stata spinta proprio dall'auspicio di un nuovo rinvio, espresso dal Presidente della Commissione giustizia del Senato per consentire la prosecuzione e conclusione dei lavori[39]. La risposta del Parlamento all'invito a collaborare espresso dalla Corte è stata debole:

[37] Cfr. GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Relazione al Parlamento 2022*, Eurolit, Roma, 2022, reperibile su *https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/c8c57989b3cd40a71d5df913412a3275.pdf*. In particolare, fra le misure peggiorative evidenziate dallo stesso Garante, vi sono la scomparsa del riconoscimento della collaborazione impossibile o irrilevante, che viene relegata nella norma transitoria in favore dei condannati e degli internati che abbiano commesso i delitti ostativi prima dell'entrata in vigore della nuova legge. Inoltre, sono aumentati i termini per l'accesso alla richiesta di liberazione condizionale dei condannati all'ergastolo ostativo e di durata della libertà vigilata. Relativamente agli adempimenti probatori per l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative, questi sono rivolti al passato e, dunque, ad un tempo ormai lontano e riferiti a previsioni prognostiche «che tanto somigliano a una *prova diabolica*» (p. 47). In sostanza, non vengono adeguatamente considerati né il percorso di risocializzazione compiuto durante l'esecuzione della pena né la trasformazione della persona del recluso rispetto al momento della condanna.

[38] Cfr. Corte cost., sent. n. 150/2021.

[39] Cfr. Corte cost., ord. n. 122/2022, cons. n. 3.

senz'altro Camera e Senato avrebbero potuto fare di più e in tempi più rapidi, ma è la prima volta che si prospetta un cenno di riscontro da parte del Parlamento alla richiesta di collaborazione e, forse, proprio per questo la Corte non si è pronunciata definitivamente[40].

La Corte compie quindi valutazioni senz'altro complesse, decidendo quando la tutela dei diritti fondamentali e la garanzia della legalità costituzionale consentano di superare la discrezionalità del legislatore: ossia, quando quest'ultima, da limite al sindacato di costituzionalità, rilevi invece come valore da bilanciare assieme a quelli sostanziali in gioco, al fine di ottenere un risultato ragionevole[41].

Se questo è l'indirizzo che il giudice costituzionale ha intenzione di continuare a percorrere, per evitare facili critiche e soprattutto per comprendere fino in fondo i motivi che lo spingono ad una scelta piuttosto che ad un'altra, l'auspicio è che voglia meglio spiegare le ragioni delle sue decisioni per non compromettere la propria legittimazione e, soprattutto, per tutelare le aspettative dei destinatari delle pronunce.

5. Segue: Un risultato non del tutto convincente nel merito

In seguito alla decisione della Corte costituzionale, ai nati viene attribuito il cognome di entrambi i genitori, mentre l'accordo di questi ultimi serve per stabilire l'ordine dei cognomi o per attribuire il cognome di un solo genitore.

Il bilanciamento compiuto dalla Corte costituzionale fra il principio di parità tra genitori e la tutela dell'identità familiare del bambino non appare del tutto convincente poiché il consenso di entrambi i genitori può portare a privare il cognome del minore di uno dei due rami familiari, compromettendo la stessa capacità di identificarsi nelle proprie origini familiari.

Pare che la Corte abbia valorizzato eccessivamente l'accordo fra genitori[42] a discapito dell'identità familiare del minore. Non sembra, cioè, che sia stato

[40] Invero, l'udienza di trattazione della questione sul suicidio assistito era stata preceduta da un contatto informale del Presidente del Senato rivolto al Presidente della Corte costituzionale. Le indicazioni fornite sullo stato delle iniziative legislative pendenti avevano però indotto la Corte costituzionale a pronunciarsi definitivamente con la sentenza n. 242/2019: cfr. M. PICCHI, *Considerazioni a prima lettura sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 3/2019, p. 7 (spec. nota n. 26).

[41] V. C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio a "quo" e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 63 ss. (spec. p. 69). Secondo M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., spec. p. 664 ss., la discrezionalità legislativa è un limite relativo per il sindacato costituzionale, che può essere superato quando l'inerzia del legislatore dia vita ad omissioni incostituzionali che non possono rimanere *sine die*, altrimenti la stessa Corte costituzionale verrebbe meno al ruolo che le è proprio: «garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo ».

[42] In particolare, S. TROIANO, *Il cognome dei figli*, cit., p. 601 ss., osserva che la libera scelta dei

soddisfatto il migliore interesse del minore, ma che la Corte si sia preoccupata di appagare la sola parità fra genitori, nonostante nelle argomentazioni abbia affermato che, dal punto di vista del bambino, il cognome che riceve non deve determinare un pregiudizio alla sua identità personale, posto che il cognome deve radicarsi nell'identità familiare. Non si comprende come la Corte costituzionale abbia potuto subordinare l'identità familiare del minore all'accordo dei genitori. Questa scelta pare ispirata dall'idea persistente che i figli appartengono ai genitori.

È la medesima concezione presente nella sentenza *Cusan e Fazzo c. Italia* della Corte EDU: infatti, quest'ultima ha ritenuto che la «regola secondo la quale il cognome del marito è attribuito ai "figli legittimi" può rivelarsi necessaria in pratica e non è necessariamente in contrasto con la Convenzione […], tuttavia l'impossibilità di derogarvi al momento dell'iscrizione dei neonati nei registri di stato civile è eccessivamente rigida e discriminatoria nei confronti delle donne»[43]. La ricostruzione della Corte di Strasburgo si è focalizzata essenzialmente sulla parità dei genitori, di modo che «usando l'identità, la madre realizza una proiezione quasi dominicale di sé sulle generazioni future», mentre il profilo dell'identità del minore è rimasto in ombra, sebbene sia oramai «tempo che lo statuto del minore si affranchi dalla statica visione di un indeterminato individuo senza storia se non quella della famiglia che lo "rivendica", senza contatto con la vicenda della sua esistenza»[44].

Il ragionevole bilanciamento dei valori in gioco avrebbe dovuto condurre la Corte costituzionale ad affermare la regola del doppio cognome, rimettendo ai genitori la sola scelta dell'ordine, e ad invitare il legislatore a disciplinare i casi in cui è possibile giungere all'attribuzione di un solo cognome. Si possono infatti ipotizzare casi in cui può essere opportuna l'attribuzione di un solo cognome – ad esempio, nell'ipotesi in cui uno dei due cognomi richiami alla mente i gravi crimini compiuti da uno dei genitori – ma questi rientreranno pur sempre nell'apprezzamento discrezionale del legislatore e, in ogni caso, si ritiene che la deroga al doppio cognome non potrà dipendere dal mero arbitrio dei genitori e richiederà l'intervento del giudice. Occorre aggiungere che sia la Corte EDU sia la Corte costituzionale hanno censurato la disparità fra i genitori a danno della madre: dunque, i contenuti dell'originario automatismo e non l'uso in sé di automatismi. La regola del doppio cognome nei termini

componenti della coppia non sembra debba essere sopravvalutata nella sua portata taumaturgica considerandola un valore in sé e ritiene che l'attuazione dei principi fondamentali dell'ordinamento possa meglio essere garantita da automatismi affidati all'operare di norme inderogabili di legge.

[43] Corte EDU, sez. II, sent. 7 gennaio 2014, ricorso n. 77/07, § 67.

[44] F. GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione "controluce"*, in *Nuova giur. civ.*, 3/2014, p. 139 ss. (spec. 140). Considerazioni analoghe sono state espresse da S. WINKLER, *Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 6/2014, p. 520 ss. (spec. p 524).

illustrati – con possibilità di derogarvi nei soli casi previsti dal legislatore – garantirebbe la parità fra i genitori in funzione del migliore interesse del minore, ossia della tutela della sua identità[45]: dunque, un automatismo con questi contenuti non porrebbe problemi di compatibilità con i valori costituzionali da bilanciare.

Inoltre, la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale non sembra garantire pienamente neppure il principio di effettiva parità fra i genitori perché, nonostante la necessità della condivisione della deroga al doppio cognome, non tiene conto delle reali situazioni di forza fra i genitori (e le famiglie di appartenenza), che non sempre emergono dinanzi all'ufficiale di stato civile. In più, come dimostrano le esperienze straniere[46], è verosimile che, nella prassi, si tenda comunque a seguire l'indirizzo più radicato nel costume e, cioè, l'attribuzione del solo patronimico.

L'auspicio è che la Corte costituzionale, nel valorizzare l'accordo fra i genitori ai fini della deroga al doppio cognome, non sia stata indotta dai contenuti dei molti progetti di legge pendenti[47], volendo evitare la critica di avere assunto un ruolo «soverchiante il Parlamento»[48]. Diversamente, sarebbe minata la ragione d'essere del giudice costituzionale: per poter svolgere efficacemente il proprio ruolo di custode della Costituzione, la Corte deve conservare un'autonomia nei confronti dei decisori politici che, però, risulterebbe compromessa nel caso in cui i contenuti delle pronunce fossero dettati dalle conseguenti ricadute politiche. Non solo, se la scelta fosse stata compiuta nell'intento di assecondare la volontà, seppur *in fieri*, del legislatore, verrebbero svalutate le stesse argomentazioni che hanno indotto la Corte a seguire il percorso dell'autorimessione nel caso di specie.

In ogni caso, è senz'altro necessario, in una prospettiva di fattiva, reciproca collaborazione istituzionale tra Parlamento e Corte costituzionale, un tempestivo intervento del legislatore per porre rimedio alle questioni rimaste in sospeso, ma anche per far sì che la regola del doppio cognome sia sottratta alla

[45] In tal senso si era espressa già E. FRONTONI, *Il cognome del figlio*, cit., p. 290 ss. Di diverso avviso è, invece, L. PRINCIPATO, *Il cognome del minore*, cit., p. 163 ss., secondo il quale occorre rispettare i contenuti della sentenza *Cusan e Fazzo c. Italia* e, dunque, la possibilità di scelta condivisa dei genitori.

[46] Cfr. S. TROIANO, *Il cognome dei figli*, cit., p. 588 ss.

[47] Nell'economia di questo contributo non è possibile dar conto dei contenuti dei progetti pendenti sul tema e si rinvia a M. CAVALLARO, *Cronaca di una morte annunciata*, cit., la quale sottolinea come la gran parte delle proposte di legge siano ispirate agli esempi stranieri, quasi sempre valorizzando la possibilità di deroga al doppio cognome quando vi sia la volontà concorde dei genitori.

[48] L. SANTORO, *L'attribuzione del cognome ai figli*, cit., p. 556: in particolare, l'Autore, dopo l'ordinanza di autorimessione, ha affermato che un'adeguata motivazione della sentenza nella quale la Corte costituzionale avesse spiegato di aver sviluppato le proposte di legge pendenti «gioverebbe alla legittimazione politica della Corte. Essa si presenterebbe così […] come "maieutica levatrice" della volontà legislativa».

libera disponibilità dei genitori, seppur consenzienti, dando piena tutela al superiore interesse del figlio.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2022

EVOLUZIONI TECNOLOGICHE O INVOLUZIONI COSTITUZIONALI? LA "REINGEGNERIZZAZIONE" DEL PROCESSO DI DECISIONE PARLAMENTARE[*]

RENATO IBRIDO[**]

Sommario

1. Premessa. – 2. Il problema della "neutralità costituzionale" del processo di ammodernamento tecnologico e digitale del Parlamento. – 3. Reingegnerizzazione del processo di decisione parlamentare e "neutralità politica" dell'innovazione tecnologica. – 4. I Parlamenti nell'età della rivoluzione tecnologica. – 5 Un ulteriore obiettivo della reingegnerizzazione del processo di decisione parlamentare: riconnettere *drafting* legislativo e procedure parlamentari

Abstract

The paper introduces two research questions, that we could define as the problem of "constitutional neutrality" and "political neutrality" of the technological transformation of Parliaments. First of all, the paper reflects about the potential alteration of the normal equilibrium between representative democracy and other type of democracies triggered by technology evolution ("constitutional neutrality"). Secondly, the paper aims to evaluate the impact of the technologies for Parliaments on the relationship between majority and the opposition ("political neutrality"). According to our research hypothesis, the parliamentary decision-making process should be radically "reengineered" in order to preserve the correct constitutional and political balances in the context of "technological revolution". In particular, this strategy requires to "reconnect" the design of parliamentary procedures with the drafting techniques. Indeed, the bad quality of legislation negatively affects the linearity of parliamentary procedures and vice-versa.

Suggerimento di citazione

R. IBRIDO, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? La "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo sviluppa e aggiorna i contenuti dell'intervento di presentazione del progetto "*Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo*" (Legitech), il quale è uno dei progetti ammessi al finanziamento dell'Università degli studi di Firenze per il biennio 2022-2023 nell'ambito del bando per il sostegno all'avvio dell'attività di ricerca. Il progetto è stato presentato in occasione della giornata di studi su "Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica", la quale si è tenuta presso l'Università degli studi di Firenze il 12 maggio 2022.

[**] Ricercatore tenure track di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Firenze.

Contatto: renato.ibrido@unifi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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

È un dato difficilmente contestabile che l'innovazione tecnologica abbia sottoposto i Parlamenti a straordinarie trasformazioni, sia dal punto di vista delle procedure, organizzazione e funzionamento interno, sia sul terreno delle loro interazioni con il variegato universo di attori che popolano lo spazio pubblico[1]. Basti pensare ai cambiamenti epocali derivanti dall'avvento di Internet[2] e delle tecnologie ICT[3]. In primo luogo, la presenza sui *social media* ha portato le Assemblee rappresentative a sperimentare inedite tecniche di comunicazione istituzionale, con le quali tali organi hanno cercato di "reagire" all'arretramento del proprio ruolo nell'ambito di quella triade che Bagehot[4] aveva definito come le funzioni "pedagogica", "espressiva" ed "informativa" del Parlamento[5].

In secondo luogo, le tradizionali modalità di resocontazione e forme di pubblicità cartolare conosciute dal diritto parlamentare si sono trovate a convivere, se non a competere, con strumenti di pubblicità ben più pervasivi, come ad esempio lo *streaming* delle sedute sulle web-tv delle Camere[6]. La pubblicazione

[1] Sul concetto di spazio pubblico, cfr. P. RIDOLA, *Prime riflessioni sullo spazio pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 31 ss. Sulle interazioni fra Parlamento e "opinione pubblica" nell'era di Internet, cfr. C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communications Technology (ICT)*, in *Amm. in Camm.*, 2019, 1 ss., spec. 2 ss.

[2] Sui profili costituzionali di Internet, nella sterminata letteratura, cfr. almeno M. NISTICÒ – P. PASSAGLIA (cur.), *Internet e Costituzion*e, Torino, Giappichelli, 2014; F. DONATI, *Internet (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, annali VII, Milano, Giuffrè, 2014; P. CARETTI – A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, il Mulino, 2019, spec. 240 ss.; T.E. FROSINI, *Liberté, egalité, Internet*[2], Napoli, Esi, 2019.

[3] Con riferimento all'impatto del *web* e delle *Information and Communication Technology* sulla legislazione, cfr., tra gli altri, G. SARTOR – M. PALMIRANI – E. FRANCESCONI – M.A. BIASIOTTI (cur.), *Legislative XML for the Semantic Web Principles, Models, Standards for Document Management*, Dordrecht, Springer 2011, 1 ss.

[4] Cfr. W. BAGEHOT, *The English Constitution*, London, Champman and Hall, 1867, tr. it.: *La Costituzione inglese*, Bologna, il Mulino, 1995.

[5] Sul punto, cfr. C. FASONE, *La funzione pedagogica-espressiva (e il rapporto con i mass e i social media)*, in N. LUPO (cur.), *Le metamorforsi del Parlamento (Rassegna di diritto pubblico europeo, 1, 2019)*, 181 ss. A conferma del fatto che nell'era dei *social media* il rendimento di tali funzioni non dipende solo dalle Assemblee rappresentative si consideri l'esperienza di *Open Parlamento*, una piattaforma gestita da una associazione di diritto privato (*Open Polis*) finalizzata a rendere accessibili una serie di informazioni non immediatamente evidenti dai resoconti e dalle dirette *streaming* delle sedute (ad esempio i voti espressi dai parlamentari in dissenso dal proprio gruppo): cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Svelare il voto. La percezione del voto parlamentare tra comunicazione politica e rappresentanza*, in *Oss. fon.,* 2, 2017, 1 ss.

[6] In particolare, sull'impatto della tecnologia rispetto alle tecniche di resocontazione e alle stesse figure professionali addette a tale funzione, cfr. L. GIANNITI – N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*[3], Bologna, il Mulino, 2018, 331 ss. Sulla riduzione del grado di trasparenza e pubblicità dei lavori in Commissione quale "prezzo da pagare" per mantenere nel Parlamento il reale "luogo della decisione", cfr. C. FASONE – N. LUPO, *Transparency vs. informality in legislative committees: comparing the US House of Representatives, the Italian Chamber of Deputies and the European Parliament*, in *Journal of legislative studies*, 3, 2015, 342 ss. Sulla pubblicità dei lavori parlamentari, cfr. inoltre P. CARETTI –

del supporto digitale degli atti parlamentari sui siti internet di Camera e Senato ha inoltre reso disponibile, ovunque e potenzialmente per sempre, una immensa quantità di informazioni che in passato non sempre risultavano facilmente o tempestivamente accessibili. Tale linea di sviluppo ha certamente contribuito ad aumentare il grado di trasparenza dell'attività parlamentare, ma allo stesso tempo ha esposto i cittadini a rischi non trascurabili rispetto alla garanzia della loro *privacy*[7].

Un apporto tutt'altro che marginale al rinnovamento dei Parlamenti è stato poi offerto dall'informatica giuridica[8]. Si pensi ad esempio ai sistemi di archiviazione dei precedenti parlamentari nell'ambito di appositi *database* a disposizione delle amministrazioni parlamentari, i quali hanno indubbiamente influito, se non addirittura sulle modalità di interpretazione del diritto parlamentare, quanto meno sulle strategie di giustificazione delle decisioni regolamentari adottate dai Presidenti di Assemblea[9].

Addirittura, a cavallo fra Anni Ottanta e Novanta del Novecento, un gruppo di esperti ha dato vita in Italia ad un vero e proprio sotto-ramo dell'informatica giuridica: la legimatica. Obiettivo di questa disciplina era quello di promuovere l'informatizzazione del processo di produzione normativa, offrendo alle Assemblee legislative e ai produttori di norme adeguate conoscenze e appositi strumenti informatici[10]. Sulla spinta della legimatica si è cercato di

M. MORISI (cur.), *La pubblicità dei lavori parlamentari in prospettiva comparata* (*Seminari di sturi e ricerche parlamentari "Silvano Tosi"),* in *Oss. fon.*, 2. 2014; M. RUBECHI, *La pubblicità dei lavori nelle Commissioni parlamentari*, in *Oss. fon.*, 3, 2016, 1 ss.; C.F. FERRAJOLI, *La pubblicità dei lavori in Commissione: un antidoto alla crisi del compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo*, 2, 2017, 159 ss.

[7] Da qui la decisione degli Uffici di presidenza delle Camere di approvare una specifica disciplina volta a consentire alle persone citate negli atti parlamentari, ove ne ricorrano i presupposti, di chiedere la deindicizzazione delle relative pagine *web* dai motori di ricerca (c.d. "diritto all'oblio"). Cfr. le delibere dell'Ufficio di Presidenza della Camera n. 46 del 2013, come modificata dalla successiva delibera n. 56 del 2013; delibere n. 31 del 18 dicembre 2013 e n. 62 del 7 maggio 2015 del Consiglio di presidenza del Senato. Sul problema del "diritto all'oblio" in relazione agli atti parlamentari, cfr. A. PAPA, *Pubblicità degli atti parlamentari e diritto all'oblio di terzi: la difficile ricerca di un loro equilibrato bilanciamento nella società dell'informazione e della comunicazione*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, 1 ss.; V. COZZOLI – P. FALLETTA, *La pubblicità dei lavori di Camera e Senato su Internet: la disciplina sul diritto all'oblio negli atti parlamentari*, in *Rass. parl.*, 4, 2016, 695 ss.

[8] Cfr. G. SARTOR – A. BIASOTTI – F. TURCHI, *Tecnologie e abilità informatiche per il diritto*, Torino, Giappichelli, 2018; W. D'AVANZO, *Tecniche legislative e qualità della regolazione. Il ruolo dell'informatica giuridica*, in *Open Journal of Humanities*, 2021, 85 ss. Tra i primi lavori che hanno inaugurato il filone di ricerche in materia di "informatica giuridica legislativa", cfr. inoltre R. PAGANO, *Informatica e Parlamento*, in *Informatica e diritto*, 2/3, 1980, 301 ss.

[9] Cfr. A. RIEZZO, *La raccolta dei precedenti alla Camera, nell'evoluzione delle strutture amministrative*, in N. LUPO (cur.), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Bologna, il Mulino, 2013, 39 ss. e, volendo, R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e "diritto" nel processo di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano, FrancoAngeli, 2015.

[10] Cfr. P. MERCATALI, *Verso una nuova disciplina: la legimatica. Relazione al Seminario IDG-CIRFID "Tecnica della legislazione: metodologie e strumenti informatici"* (Bologna 4 maggio 1992), in *Informatica e diritto*, 1, 1993, 43 ss.; C. BIAGIOLI – P. MERCATALI – G. SARTOR (cur.), *Elementi di*

sottoporre le regole di *drafting* seguite da alcuni Consigli regionali ad un vero e proprio processo di "reingegnerizzazione" (nel significato che presto si preciserà). La creazione di appositi *software* per la redazione assistita dei testi normativi è stata infatti affiancata da un manuale *ad hoc* di tecnica legislativa – il c.d. Manuale "Rescigno" – il cui rispetto era oggetto di specifica verifica da parte dell'applicazione legimatica[11].

In tempi più recenti, le nuove possibilità offerte dall'intelligenza artificiale e dalle applicazioni algoritmiche hanno fatto prepotentemente ingresso nel campo del *drafting* legislativo e più in generale nel processo di produzione normativa, ponendo peraltro problemi costituzionali in parte diversi ed ulteriori rispetto a quelli che avevano già interessato, per effetto del ricorso ad algoritmi, i campi della giurisdizione e dell'amministrazione[12].

Naturalmente, come in ogni campo delle dinamiche sociali, anche in ambito parlamentare l'innovazione tecnologica non può mai eliminare del tutto l'errore o il tentativo di manipolazione umana. E del resto incidenti procedurali di questa natura non sono mancanti nella esperienza delle Camere, come dimostra ad esempio la vicenda dei "parlamentari pianisti", ossia dei membri delle Camere che avevano utilizzato i dispositivi elettronici di votazione al posto dei colleghi assenti[13]. Analoghe considerazioni possono estendersi all'incidente verificatosi l'8 giugno del 2017, allorché il tabellone della Camera dei deputati segnalò per errore i risultati di una votazione segreta in occasione dell'esame della riforma della legge elettorale[14].

legimatica, Padova, Cedam, 1993; ID, *Legimatica. Informatica per legiferare*, Napoli, Esi, 1995. Sulle origini ed evoluzione della legimatica, cfr. E. BASSOLI, *Storia e applicazioni della legimatica*, in P. COSTANZO (cur.), *Codice di drafting. Tecniche normative.it*, 1 ss.

[11] Cfr. M. PIETRANGELO, *Tecniche normative e informatizzazione nelle Assemblee legislative regionali*, in *Oss. font.*, 2, 2022.

[12] Per una panoramica di questi problemi e sviluppi, cfr. A. CARDONE, *"Decisione algoritmica vs. decisione politica? A.I., legge, democrazia*, Napoli, Esi, 2021. Sui problemi costituzionali posti dalle tecnologie algoritmiche, cfr. inoltre A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 63 ss.; G. CERRINA FERONI – C. FONTANA – E. RAFFIOTTA (cur.), *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Bologna, il Mulino, 2022.

[13] Incidente sfociato nella celebre sentenza "Mezzanotte" (sulla quale, cfr. M. MANETTI, *Non sparate sui pianisti: la delega del voto in Parlamento e la rinascita degli "interna corporis"*, in *Giur. cost.*, 41, 1996, 3460 ss.), con la quale la Corte costituzionale ha ammonito il Parlamento circa il fatto che la violazione dei Regolamenti parlamentari – anche quando non sindacabile da organi esterni – finisce per porre alle Camere un «problema, se non di legalità, certamente di conservazione della legittimazione degli istituti della autonomia che presidiano la sua libertà» (sent. n. 379 del 1996 Corte cost.). Attualmente i dispositivi di votazione elettronica possono essere attivati solo utilizzando una tessera di natura personale. Alla Camera, inoltre, dal 2009 è in funzione un meccanismo di rilevazione delle impronte digitali, anche se i parlamentari possono rifiutarsi di rilasciare le loro minuzie.

[14] Sul problema della segretezza del voto del parlamentare nell'era di Internet, cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Svelare il voto. La percezione del voto parlamentare tra comunicazione politica e rappresentanza*, cit., 1 ss.

Ciò non toglie, tuttavia, che la tecnologia sia sempre più destinata ad incidere sul processo di decisione parlamentare. In particolare, nel quadro di un poderoso percorso di ammodernamento tecnologico e digitale, la crisi pandemica ha rappresentato per i Parlamenti un fattore di accelerazione probabilmente senza precedenti[15], chiamando tali organi a ripensare in profondità alcune delle loro tradizionali modalità di lavoro[16]. In Italia, una posizione apertamente favorevole all'uso della tecnologia per assicurare la continuità dei lavori parlamentari nel contesto dell'emergenza sanitaria è stata prospettata dalla proposta di riforma "Ceccanti" del Regolamento della Camera, sottoscritta da 161 deputati, la quale ha sollecitato l'adozione del sistema di voto "*no presencial*" già utilizzato in Spagna[17]. Pur non ricevendo seguito, tale proposta ha quanto meno incoraggiato le Camere a confrontarsi ed aprire una riflessione sulle implicazioni procedurali e costituzionali di formati di *virtual* o *hybrid Parliament* sperimentati in altri ordinamenti[18].

Alla luce di queste trasformazioni, nelle pagine che seguono si cercherà di ipotizzare alcune piste di lavoro che potrebbero aiutare a decifrare la portata delle implicazioni costituzionali derivanti dai cambiamenti in atto.

Superando la talvolta sterile contrapposizione fra "tecno-entusiasti" e "tecno-scettici", una prima traccia di lavoro conduce innanzitutto a spostare l'attenzione su due problemi: la "neutralità costituzionale" (par. 2) e la "neutralità politica" (par. 3) delle innovazioni tecnologiche che si vorrebbero

[15] Sul "peso" politico e istituzionale dei Parlamenti nell'ambito della gestione della crisi pandemica, cfr. H.H. PEDERSEN – E. BORGHETTO, *Fighting COVID-19 on Democratic Terms. Parliamentary Functioning in Italy and Denmark during the Pandemic*, in *Journal of Representative Democracy*, 4, 2021, 401 22.

[16] Come sottolinea N. LUPO, *La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare*, in *Lo Stato*, 17, 2021, 291 ss.

[17] Sulle ragioni di ordine costituzionale che peraltro hanno portato i Presidenti di Assemblea a confermare il principio della presenza fisica in Aula, cfr. R. IBRIDO, *Alla ricerca della "giusta distanza": il formato tecnologico dei lavori parlamentari in Italia e in Spagna durante la crisi pandemica*, in *Il Filangieri – Quaderno 2020*, 77 ss.

[18] Per indicazioni di carattere comparatistico, cfr. cfr. I. BAR-SIMAN-TOV, *Parliamentary Activity and Legislative Oversight during the Coronavirus Pandemic – A Comparative Overview*, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 20-06, 2020; L.G. SCIANNELLA, *La crisi pandemica da Covid-19 e la "trasformazione digitale" dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, in *DPCE online*, 2, 2020, 2509 ss.; F. ROSA, *Parlamenti e pandemia: una prima ricostruzione*, ivi, 2489 ss.; *Legislatures in the Time of Covid-19* (special issue), in *The Theory and Practice of Legislation*, 1-2, 2020; FONDAZIONE SCHUMAN, *The impact of the health crisis on the functioning of Parliaments*, https://www.robert-schuman.eu/en/bookshop/0259-the-impact-of-the-health-crisis-on-the-functioning-of-parliaments; F. BIONDI – P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, in *Federalismi*, 18, 2020, 26 ss.; C. MARCHESE, *I lavori parlamentari da remoto: il quadro comparato*, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica (Il Filangieri – Quaderno 2020)*, 103 ss. e, da ultimo, I. WAISMEL-MANOR1 – I. BAR-SIMAN-TOV – OLIVIER ROZENBERG – A. LEVANON – C. BENOÎT – G. IFERGANE, *Should I Stay (Open) or Should I Close? World Legislatures during the First Wave of Covid-19*, in Political Studies, 1, 2022, 1 ss.

innestare all'interno del processo di decisione parlamentare[19]. Successivamente ci soffermeremo sulle trasformazioni del ruolo istituzionale del Parlamento nell'età della "rivoluzione tecnologica" (par. 4). Infine, cercheremo di spiegare perché la "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare non possa prescindere da una riconnessione fra procedure e *drafting* legislativo (par. 5).

2. Il problema della "neutralità costituzionale" del processo di ammodernamento tecnologico e digitale del Parlamento

La prima chiave di lettura – quella della *neutralità costituzionale* – si propone di verificare se il percorso di trasformazione dei Parlamenti per mezzo della tecnologia finisca per alterare il delicato equilibrio fra democrazia rappresentativa ed altre forme di esercizio della sovranità popolare tracciato dalla Costituzione[20].

[19] Secondo l'insegnamento di Andrea Manzella, la parte "dinamica" del diritto parlamentare è formata non solo da tante norme procedurali particolari ma anche da principi generali e permanenti idonei a qualificare come "parlamentare" un determinato procedimento di decisione. Tra questi principi trasversali al "processo di decisione parlamentare" l'autore annovera, fra l'altro, la libertà della discussione, il contraddittorio con il Governo e la pubblicità dei lavori parlamentari (cfr. A. MANZELLA, *Il parlamento*[1], Bologna, il Mulino, 1977, 173 ss.). Allo schema di un unitario processo di decisione parlamentare vengono altresì ricondotti alcuni istituti a garanzia del principio di rappresentatività (la verifica dei poteri ed il numero legale), di quello maggioritario (il *quorum* funzionale e le regole sulle votazioni) nonché le varie manifestazioni dell'autonomia delle Camere (quella normativa, le immunità parlamentari, i c.d. "poteri di polizia", *etc.*). Il concetto di "processo di decisione parlamentare" è inoltre presente nella ricostruzione di Giovanni Piccirilli, la quale è assolutamente complementare a quella appena richiamata. In particolare, Piccirilli identifica tale categoria con una sottoclasse dei processi di decisione collettiva. In questo caso, il "collante" delle tante norme procedurali particolari è individuato in una serie di meccanismi pre-giuridici idonei ad esprimere il fondamento razionale e le esigenze di coerenza logica dell'*iter* decisionale dei Parlamenti (cfr. G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, Cedam, 2008).

[20] Tale discorso impone una pur rapida digressione sul rapporto fra democrazia rappresentativa e altre forme di esercizio della sovranità. Dei tre tradizionali istituti inclusi dalla manualistica tradizionale fra le forme di democrazia diretta (referendum, petizione, iniziativa legislativa popolare), in realtà gli ultimi due possono essere considerati come innesti non solo complementari ma addirittura armonicamente "integrati" all'interno di un sistema di esercizio della sovranità nelle forme della democrazia rappresentativa. Complementare, almeno potenzialmente, ad un modello democratico-rappresentativo è poi quella galassia di «di nuove "pratiche" e "dispositivi" (processi e procedure)» volte ad intensificare la partecipazione politica all'interno degli ordinamenti democratici: si tratta dei c.d. istituti di "democrazia partecipativa", i quali comprendono, ad esempio, il "bilancio partecipativo", il "dibattito pubblico", la "giuria civica", le forme di programmazione, pianificazione e progettazione partecipata in tema di governo del territorio e dell'ambiente (cfr. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 295 ss.). Più complesso è il discorso relativo alla compatibilità con la democrazia rappresentativa di forme di "democrazia deliberativa". Queste ultime si basano su due requisiti morfologici: (*i*) l'inclusione all'interno del processo di decisione pubblica di una previa discussione pubblica, caratterizzata dalla modalità deliberativa, cioè dallo scambio di informazioni e argomenti, confortati da ragioni; (*ii*) l'intervento di tutti coloro che possono essere potenzialmente interessati dalla decisione. Ebbene, mentre nella forma di stato liberale i Parlamenti

Come è noto, infatti, l'art. 1 Cost. attribuisce la sovranità al «popolo», ma al tempo stesso ne circoscrive le modalità del suo esercizio al rispetto dei «limiti» e delle «forme» previste dalla Costituzione[21]. E se i *limiti* possono essere agevolmente identificati con la subordinazione della collettività e del potere politico ad una cornice di vincoli giuridici, la *forma* di *default* di esercizio della sovranità è individuata dal combinato disposto degli artt. 70 e 94 Cost. nel modello di democrazia rappresentativa. Da qui il carattere eccezionale di altri modelli di esercizio della sovranità.

Partendo da questo presupposto, occorre domandarsi se le innovazioni tecnologiche che si vorrebbero inserire all'interno del processo di decisione parlamentare siano davvero rispondenti ai fondamenti giustificativi di una democrazia rappresentativa o se al contrario esse non conducano a rinnegarli in nome di modelli alternativi a quelli previsti dalla Costituzione.

Per limitarsi ad alcuni esempi, le esperienze di *crowdsourcing legislation* – pur riflettendo alcuni postulati di fondo della democrazia partecipativa e/o deliberativa – ben possono integrarsi all'interno di un sistema di esercizio della sovranità basato sulla democrazia rappresentativa, sempreché vengano adottate adeguate contromisure rispetto al rischio di manipolazione del processo partecipatorio[22]. Ad esempio, le consultazioni pubbliche *online* di cittadini e portatori d'interesse – se adeguatamente organizzate – potrebbero contribuire ad attenuare parzialmente quell'asimmetria informativa che la più attenta

potevano «"anche" essere considerati luoghi della deliberazione» (nel significato appena precisato), i meccanismi aggregativi delle Assemblee legislative nell'ambito degli ordinamenti costituzionali di democrazia pluralista poco si addicono alle pretese dei deliberatisti. Ciò non esclude tuttavia che specifici istituti di diritto parlamentare possano consentire un recupero della logica deliberativa. Del resto, ad essa appare rispondente l'antico paradigma del *government by discussion* (cfr. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, ivi, 271 ss.). In fin dei conti, dunque, il principale *competitor* della democrazia rappresentativa continua ad essere rappresentato dall'istituto referendario, la cui radicale incompatibilità con la logica del parlamentarismo è affermata, sulla base di solidi argomenti, da B. MIRKINE GUETZÉVITCH, *Le référendum e le parlementarisme dans les nouvelles Constitutions européennes*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1931, 285 ss. (*contra* R. CARRE DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, ivi, 256 ss.). Sul problema dell'apertura dei Regolamenti parlamentari alla società civile, cfr. D. PICCIONE, *Gli istituti di partecipazione nei Regolamenti parlamentari all'avvio della XVII legislatura: cronaca di una riforma annunciata, ma ancora da meditare*, in *Oss. AIC*, 2013.

[21] D'obbligo è il riferimento a C. MORTATI, *Articolo 1*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, Zanichelli, 1975, 1 ss.

[22] Mette in guardia da una certa «euforia partecipatoria» rispetto ai modelli di "*crowdsourcing legislation*" M. DE BENEDETTO, *Qualità della legislazione tra scienza, tecnica e tecnologia: prime riflessioni*, in *Oss. fon.*, 2, 2022, in particolare a causa dei rischi di manipolazione dei processi partecipatori. In particolare, sul problema dei criteri di selezione dei soggetti le cui opinioni dovrebbero essere prese in considerazione, cfr. V. ALSINA – J. LUIS MARTÍ, *The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking*, in *Analyse & Kritik*, 2, 2018, 337 ss.; F. FITSILIS, *Artificial Intelligence (AI) in Parliaments. Preliminary analysis of the Eduskunta experiment*, *in The Journal of Legislative Studies*, 4, 2021, 621 ss.

dottrina ha individuato come la causa principale alla base della c.d. "*executive dominance issue*"[23].

Per contro suscitano forti riserve i tentativi di veicolare nell'attività parlamentare decisioni già assunte nel *cyberspazio* tramite percorsi di digitalizzazione dell'attivismo politico[24]. Perplessità accresciute dal carattere del tutto opaco delle modalità fin qui sperimentate di formazione dei quesiti sottoposti all'approvazione degli attivisti nell'ambito di consultazioni che avrebbero poi dovuto vincolare i parlamentari[25]. Ma anche a volerne ammettere la genuinità, rimane il fatto che in un contesto di *digital divide* tali piattaforme finiscono per amplificare le diseguaglianze esistenti, escludendo intere categorie di cittadini dai processi decisionali. Quanti agli attivisti effettivamente in grado di prendere parte a tali dinamiche, a causa delle peculiari modalità del confronto da remoto, essi potrebbero al più contribuire all'elaborazione di politiche episodiche e frammentarie, ossia incentrate su singole battaglie, non certo alla formazione di visioni strategiche e indirizzi politici di carattere organico[26]. Ma le maggiori riserve riguardano la sottoposizione di forme tipiche di negoziato politico con diretto o indiretto rilievo costituzionale ad un controllo del *web*, come avvenuto ad esempio con l'imposizione (e accettazione) dello *streaming* nelle consultazioni del Presidente del Consiglio incaricato[27]. In ultima analisi, tali approcci fanno trasparire una sfiducia di fondo verso il metodo della sintesi mediatrice e del compromesso – il quale, anziché rappresentare l'elemento di vitalità del parlamentarismo secondo l'insegnamento kelseniano[28] – finisce per

[23] Cfr. D. CURTIN, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *Modern Law Review*, 1, 2014, 1 ss.

[24] Per la proposta di installare all'interno dei Parlamenti alcuni mega-schermi con lo scopo di riprodurre in *real time* i cambiamenti dell'opinione pubblica su determinati argomenti, cfr. H. AZUMA, *General Will 2.0: Rousseau, Freud, Google*, New York, Vertical, 2014.

[25] Si pensi per esempio al carattere non neutrale del quesito sottoposto nel febbraio 2021 agli attivisti del Movimento 5 Stelle in occasione della formazione del Governo Draghi: «*sei d'accordo che il MoVimento sostenga un governo tecnico-politico: che preveda un super-Ministero della Transizione Ecologica e che difenda i principali risultati raggiunti dal MoVimento, con le altre forze politiche indicate dal presidente incaricato Mario Draghi?*"»? Sui procedimenti di consultazione degli iscritti al Movimento Cinque Stelle, cfr. G. PICCIRILLI, *L'ultima sfida al modello italiano di "democrazia non protetta": le ambiguità della forma-partito del Movimento 5 Stelle*, in L.E. RÍOS VEGA – I. SPIGNO (cur.), *La rappresentanza politica nell'era digitale*, Napoli, Esi, 2020, 119 ss.

[26] Come rileva CUNIBERTI, *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, Giuffrè, 2008, 350-355. Inoltre, sul pericolo che queste trasformazioni finiscano per relegare il singolo utente «in mondi isolati e impermeabili alla creatività, all'innovazione, allo scambio democratiche di idee», cfr. M. MENSI, *Internet, regole, democrazia*, in *Amm. in camm.*, 2017, 10.

[27] Con riferimento alla diretta *streaming* delle consultazioni del Presidente del Consiglio incaricato Renzi con il Movimento Cinque Stelle, cfr. G. PICCIRILLI, *Renzi (2014-2016)*, in B. CARAVITA – F. FABRIZZI – V. LIPPOLIS – G.M. SALERNO (cur.), *La nascita dei Governi della Repubblica. 1946-2021*, II, Torino, Giappichelli, 2022, 994 ss. e spec. 1001 ss.

[28] Cfr. H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1981.

essere degradato ad indice di "doppiezza" e "disonestà"[29].

L'obiettivo di pervenire ad una "selezione ragionata" di tecnologie – per così dire, "Parlamento-*friendly*" – obbliga peraltro a riflettere sulle ragioni che tutt'ora giustificano l'adozione di un sistema di democrazia rappresentativa. Ed è questo un esercizio tutt'altro che banale.

Come infatti ha ricordato Nicola Lupo, l'affermazione e diffusione di tecnologie di comunicazione a distanza ha reso non più spendibile l'originaria e forse più immediata giustificazione della democrazia rappresentativa: l'impossibilità pratica di consultare i cittadini tramite forme di democrazia diretta. E tuttavia, il venir meno di tale "argomento" classico potrebbe costituire per la democrazia rappresentativa, più che un problema, una opportunità, obbligandola a rivelare le sue "vere" ragioni: consistenti, queste ultime, «nella possibilità di assicurare un adeguato rilievo all'intensità delle preferenze, e quindi di consentire confronti e negoziazioni tra le diverse posizioni, anche al fine di far prevalere soluzioni intermedie e maggiormente condivise, nonché eventuali "ripensamenti"»[30].

Questa indicazione ci porta dunque a restringere il campo delle potenziali soluzioni tecnologiche coerenti con l'impianto della Costituzione, scartando tutte quelle innovazioni che pretendono di mimare, in sostituzione o all'interno del processo di decisione parlamentare, la logica binaria del "tutto-o-niente" tipica della democrazia referendaria.

Ma c'è di più. Come è stato ricordato, la democrazia rappresentativa si alimenta di prestazioni simboliche[31] non sempre surrogabili attraverso il ricorso a strumenti tecnologici, sicché – quanto meno in contesti non emergenziali – il tradizionale formato in presenza dei lavori parlamentari rimane fondamentale[32]. È questo uno degli aspetti, per così, "identitari" di una istituzione complessa e plurale come il Parlamento, la quale deriva la propria "forza" e legittimazione anche dalla capacità di riunire fisicamente nello stesso luogo rappresentanti di opposto orientamento politico e culturale eletti in diverse aree geografiche del

[29] Sul punto, cfr. N. URBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, Milano, Feltrinelli, 2013,

[30] Così N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Oss. AIC*, 3, 2020, 23 ss. e spec. 31. In argomento, cfr. altresì L. FLORIDI, *Technology and democracy: three lessons from Brexit*, in *Philosophy & Technology*, 3, 2016, 189 ss.

[31] Sul ruolo dei simboli quale strumento di integrazione materiale, e dunque quale percorso idoneo a garantire l'unità tramite la realizzazione di contenuti ideali, d'obbligo è il riferimento a R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in *Staatsrechtliche Abhandlungen: und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1955, tr. it.: *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988.

[32] Cfr. V. LIPPOLIS, *Camere, voto a distanza no grazie. La presenza in aula resta fondamentale*, in *Il dubbio*, 1° aprile 2020, 14.

paese[33].

Fra l'altro, al pari di altri ambiti che hanno sperimentato tecnologie di *remote hearing and debate*, anche in sede parlamentare il perseguimento attraverso la tecnologia di obiettivi di semplificazione e moltiplicazione delle occasioni di incontro conduce a pagare un prezzo potenzialmente troppo alto in termini di alterazione della relazione istituzionale. In un contesto telematico, infatti, tale relazione «non si struttura più nella distribuzione spaziale (dell'aula, del tavolo, del luogo in generale) che è concepita in funzione dei ruoli; oblitera l'esperienza del viaggio (che disegna un tempo dedicato all'incontro istituzionale); virtualizza le dinamiche conflittuali ed influenza quelle di confronto», così rischiando di condizionare fortemente il contenuto della decisione[34].

Se così stanno le cose, i modelli puri di *virtual Parliament* appaiono difficilmente compatibili con la logica democrazia rappresentativa. Quanto ai formati di *hybrid Parliament* occorre valutare, caso per caso, se deroghe "chirurgiche" al modello presenziale risultino proporzionate nonché giustificabili nel quadro di un adeguato bilanciamento con altri principi e valori costituzionali.

Infine, incompatibili con i principi di una democrazia rappresentativa devono considerarsi tutte quelle tecnologie che porterebbero a depotenziare gli aspetti qualificanti di un "giusto processo" di decisione parlamentare, a partire dalle tradizionali garanzie di pubblicità, trasparenza, libertà della discussione e genuinità della deliberazione[35].

Proprio quest'ultima garanzia appare particolarmente significativa rispetto alla logica accolta dagli artt. 1, 70 e 94 Cost. in precedenza richiamata: assai più della impossibilità pratica di consultare direttamente i cittadini, il primato della democrazia rappresentativa su quella referendaria continua a reggersi – oltreché, come detto, sulle maggiori opportunità in termini negoziali e di graduazione delle intensità delle preferenze – anche sul superiore tasso di "sincerità" della prima[36]. In effetti, il meccanismo del doppio *quorum* previsto dall'art. 75, c. 4 Cost. – nella misura in cui incentiva un atteggiamento "tattico" di non partecipazione al voto – è per definizione uno strumento "insincero" di coinvolgimento dei cittadini. A ciò occorre aggiungere che la "promessa" da parte del referendum di un più intenso e diretto *engagement* dei cittadini nei processi decisionali appare tradita ogniqualvolta la formulazione di un quesito in

[33] Su questa funzione unificatrice svolta dal Parlamento, cfr. A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Modena, Mucchi, 2020, spec. 7 ss. e 31 ss.

[34] Così M. DE BENEDETTO, *Qualità della legislazione tra scienza, tecnica e tecnologia: prime riflessioni*, cit.

[35] Sulla possibilità di estendere ai procedimenti legislativi e parlamentari alcuni dei corollari del principio del "giusto processo", cfr. L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, Jovene, 2012.

[36] Sul ruolo svolto dal principio di "sincerità" nel diritto costituzionale, cfr. M. LUCIANI, *Il "principio di sincerità" nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 4, 2010, 575 ss.

termini non neutrali finisca per manipolare la genuina espressione della volontà popolare. Un rischio ancor più gravido di conseguenze allorché il potere di formulazione del quesito venga attribuito – come avviene in altre esperienze costituzionali – a soggetti appartenenti alla sfera dell'apparato istituzionale. Ciò spiega, fra l'altro, la lungimirante scelta di campo operata dall'art. 75, c. 1 Cost.: lungi dall'incardinare l'iniziativa referendaria all'interno del circuito Governo-Parlamento-Presidente della Repubblica, tale disposizione ha valorizzato piuttosto un modello di iniziativa referendaria "dal basso", con conseguente riconoscimento del potere di elaborazione del quesito (almeno in prima battuta) ad una frazione del corpo elettorale e dei Consigli regionali[37].

3. Reingegnerizzazione del processo di decisione parlamentare e "neutralità politica" dell'innovazione tecnologica

Operata questa prima "scrematura" delle soluzioni che la tecnologia mette a disposizione dei Parlamenti, si tratta, in seconda battuta, di valutarne l'eventuale *neutralità politica*, così collocando le potenziali innovazioni tecnologiche all'interno di un "cantiere" più ampio di "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare.

In effetti, anche quando ispirata dall'esigenza di rafforzare la logica della democrazia rappresentativa e dare attuazione a specifici obiettivi di rilievo costituzionale (ad esempio la qualità della legislazione[38]), l'innesto della tecnologia nel processo di decisione parlamentare raramente appare neutrale sul piano dei tre principali *cleavages* politico-istituzionali: Governo vs. Parlamento; maggioranza vs. opposizione; singolo deputato vs. gruppo politico.

Basti pensare ai pur meritori progetti di introdurre appositi *editor* per la buona scrittura degli emendamenti, i quali potrebbero provocare qualche

[37] Ciò in coerenza con il paradigma mortatiano del referendum quale "contro-forza", sul quale cfr. P. RIDOLA, *Brevi note sul rapporto fra referendum e parlamentarismo alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, Giuffrè, 1998, 221 ss.

[38] Sulla qualità della legislazione come obiettivo di rilievo costituzionale si considerino, fra le altre, le sent. n. 21/1983 e 364/1988 Corte cost.: con la prima la Corte ha individuato nella chiarezza del dettato legislativo un «preminente interesse pubblico» il quale contribuisce «alla certezza del diritto»; con la seconda è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile. Sullo "spessore" costituzionale dell'interesse alla qualità della legislazione, cfr. G.U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, Treccani, 1993, 1 ss.; P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'Ue)*, in ID., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli: Jovene, 2009, 177 ss.; T.E. FROSINI, *La tecnica legislativa e i suoi confini*, in A. RUGGERI (cur.), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, Giappichelli, 2016, 1018 ss.; L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, Esi, 2019; E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*[2], Napoli, Esi, 2019. Più in generale, sulla *better regulation*, cfr. L. CARBONE, *Qualità della regolazione e competitività: ricette diverse ma ingredienti comuni*, in *Astrid*, 2007; M. DE BENEDETTO – M. MARTELLI – N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011.

asimmetria di carattere istituzionale qualora resi vincolanti in relazione ai soli emendamenti di iniziativa parlamentare.

Oppure si pensi ad eventuali *software* per una più rapida individuazione degli emendamenti preclusi, i quali indubbiamente non agevolerebbero l'attività di ostruzionismo da parte delle forze di opposizione.

Certamente non neutrale sul piano politico potrebbe poi essere considerata la decisione di considerare ricevibili o meno proposte modificative prodotte sulla base di algoritmi in grado di elaborare "emendamenti all'infinito". Il problema si è posto concretamente nel settembre del 2015 allorché i senatori Calderoli e Crosio presentarono 82 milioni di emendamenti alla riforma costituzionale "Renzi-Boschi". È chiaro che se il Presidente del Senato – pur con una discutibile motivazione in termini regolamentari – non avesse negato la ricevibilità di tali emendamenti, l'*iter* di revisione costituzionale sarebbe risultato di fatto paralizzato, creando altresì un precedente in grado di bloccare l'approvazione di qualsiasi futura iniziativa legislativa del Governo[39].

Ciò non significa ovviamente che applicazioni tecnologiche rispondenti alla logica della democrazia rappresentativa nonché ad ulteriori obiettivi di rilievo costituzionale non meritino di essere prese in considerazione per il solo fatto di alterare lo *status quo* degli equilibri politici ed istituzionali. Al contrario, proprio perché non politicamente neutrali, le dinamiche di ammodernamento tecnologico e digitale delle istituzioni legislative presuppongono una più ampia attività di riprogettazione – "reingegnerizzazione" appunto – del processo di decisione parlamentare. Tale riorganizzazione – ed è questo un punto decisivo – non investe solamente i segmenti dell'attività parlamentare più direttamente impattati dalla tecnologia, ma l'intero impianto dei Regolamenti parlamentari. In altre parole, la "reingegnerizzazione" impone di tornare a riflettere sul giusto punto di mediazione fra "garanzia della decisione" e "garanzia della discussione", ristabilendo l'equilibrio fra questi due poli eventualmente alterato, anche, ma non solo, dall'introduzione di innovazioni tecnologiche[40].

[39] L'algoritmo "Calderoli-Crosio" è espressione di un ramo della matematica che prende il nome di *Natural Language Generation* (Nlg), il quale consente di produrre *software* (programmi, algoritmi, *robot*) in grado di scrivere come gli esseri umani. Nel caso di specie, l'algoritmo agiva su semplici sostituzioni di termini e punteggiatura, mantenendo la struttura base di un emendamento ma rendendolo diverso da altri milioni di emendamenti presentati. Il Presidente del Senato dichiarò peraltro irricevibili gli emendamenti in base alla esigenza di garantire il rispetto della programmazione contenuta nel calendario, la quale sarebbe rimasta paralizzata dalla esigenza di valutare l'ammissibilità di milioni di emendamenti. Sul punto, cfr. G. PICCIRILLI, *Elusione ed evasione dello stress decisionale nel procedimento di revisione costituzionale*, in N. LUPO – G. PICCIRILLI (cur.), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari "sotto strees"*, Bologna, il Mulino, 2016, 179 ss. e spec. 207 ss.

[40] Del resto, il ridimensionamento del potere negoziale e politico del Parlamento non è solo determinato dalla tecnologia. Basti pensare alla «problematica prassi» (per usare le parole della sent. n. 251 del 2014 Corte cost.) della posizione della fiducia su maxi-emendamenti all'interno dell'*iter* di conversione dei decreti-legge (a maggior ragione se "*omnibus*"). Qui, come evidente, il problema non

Non vi è dubbio che queste ipotesi di reingegnerizzazione del processo di decisione parlamentare finiscano per squadernare scenari potenzialmente dirompenti. A ben riflettere, infatti, il percorso di evoluzione del diritto parlamentare italiano è stato costantemente caratterizzato, per usare le parole di Paolo Ungari, dal «metodo dei cauti e progressivi innesti», questi ultimi veicolati da «sperimentazioni e flessibili innovazioni»[41]. In un certo senso, l'intera storia del Parlamento italiano appare caratterizzata da un timore quasi reverenziale per il momento della discontinuità. Non a caso, durante i cinque decenni di pur glorioso "servizio" dei Regolamenti del 1971, nessuno in Parlamento ha seriamente preso una iniziativa per abbandonare il metodo delle novelle incrementali a favore di una quanto mai necessaria opera di ricodificazione integrale[42].

Viceversa, il concetto di reingegnerizzazione – il quale è stato elaborato a partire da un articolo di un professore di informatica del MIT pubblicato nel 1990 – guarda non già a miglioramenti di tipo incrementale, quanto a semmai a forme di riprogettazione ben più radicali[43]. In particolare, nello scenario tradizionale, una procedura preesistente era considerata, se non un vero e proprio "vincolo costrittivo", quanto meno una invariante rispetto all'intervento della tecnologia. La novità apportata dal concetto di reingegnerizzazione è invece proprio quella di identificare nella tecnologia un "pungolo" per una revisione più organica dei processi e dell'organizzazione[44].

è rappresentato dall'*evoluzione* tecnologica quanto semmai dall'*involuzione* costituzionale. In argomento, cfr. E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 4, 2005, 807 ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO – N. LUPO (cur.), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, LUP, 2007, 41 ss.; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., spec. 259 ss.; D. DE LUNGO, *Tendenze e prospettive evolutive del maxiemendamento nell'esperienza della XV e XVI legislatura*, in *Rivista AIC*, 3, 2013; G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia: contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, ESI, 2018.

[41] Cfr. P. UNGARI, *Profilo storico del diritto parlamentare in Italia. Corso universitario 1970-1971*, Assisi-Roma, Beniamino Carucci Editore, 1971, 136 ss.

[42] Sotto questo profilo, pare cogliere nel segno il giudizio espresso da attenta dottrina, secondo la quale la scelta di perseverare con l'innesto di «novellazioni puntuali e plurime» costituisce un vero e proprio «accanimento terapeutico» nei confronti di Regolamenti approvati in un contesto storico e politico molto diverso (cfr. L. CIAURRO, *Verso una nuova codificazione delle regole parlamentari*, in E. GIANFRANCESCO – N. LUPO (cur.), *La riforma dei Regolamenti parlamentari al banco di prova della XVI Legislatura*, Roma, Lup, 2009, 223 ss. e spec. 224). Sulla necessità di una ricodificazione integrale insistiamo in R. IBRIDO, *La "decodificazione" dei Regolamenti parlamentari del 1971, a cinquant'anni dalla loro adozione*, in V. LIPPOLIS (cur.), *A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971: trasformazioni e prospettive (Filangieri – Quaderno 2021)*, 66 ss.

[43] Cfr. M. HAMMER, *Reengineering Work: Don't Automate, Obliterate*, in *Harvard Busineess Review*, 1990, ora disponibile in https://www.vincenzocalabro.it/pdf/reengineering_work_dont_automate_obliterate.pdf

[44] Cfr. G. LAZZI, *La reingegnerizzazione dei processi*, in C. BATINI – B. PERNICI – G. SANTUCCI (cur.), *Sistemi informativi. Organizzazione e reingegnerizzazione*, Milano, Franco Angeli, 2001, 64 ss.

È chiaro che l'applicazione di un approccio di questo tipo al Parlamento implicherebbe, quanto meno, una revisione a tutto campo dei Regolamenti delle Camere. E tuttavia, paradossalmente, tale reingegnerizzazione del processo di decisione parlamentare manterrebbe pur sempre un "cuore antico": essa non sarebbe infatti guidata da una prospettiva meramente efficientistica, bensì dalla logica istituzionale con la quale i Costituenti intesero collocare il Parlamento «al centro del sistema»[45]. Ciò significa non solo recuperare i principi fondamentali di un "giusto" processo di decisione parlamentare, ma ristabilire altresì quel necessario punto di equilibrio politico alterato – non tanto o non solo dalla tecnologia – bensì da un processo storico di più ampio respiro che prende il nome di "rivoluzione tecnologica". Sulla portata di tale fenomeno e le sue ricadute in ambito istituzionale può dunque essere utile spendere qualche riflessione ulteriore.

4. I Parlamenti nell'età della rivoluzione tecnologica

Con il termine "rivoluzione tecnologica" si allude ad un insieme di innovazioni che – in un periodo di risorse energetiche sempre più scarse – ha incoraggiato a ripensare radicalmente i modi di produzione, le tecniche di distribuzione del lavoro, gli strumenti della comunicazione e le forme della ricerca scientifica tipiche della società fordista[46]. Certo, la competizione tecnologica ha rappresentato un aspetto di tutto il "secolo breve"[47]. E tuttavia, è soltanto a partire dalla crisi petrolifera degli anni Settanta che tali dinamiche hanno subito una accelerazione senza precedenti, ponendo le premesse per radicali trasformazioni sia della politica interna sia di quella internazionale[48].

Concentrandoci esclusivamente sul primo di questi due versanti – quello interno – è facile constatare che rivoluzione tecnologica, presidenzializzazione della politica[49], espansione del ruolo degli esecutivi per effetto delle dinamiche

[45] Per riprendere il celebre passaggio della sent. n. 154 del 1985 Corte cost. (sulla quale, cfr. G. FLORIDIA, *"Finale di partita"*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 1986, 270 ss.).

[46] Cfr. E. DI NOLFO, *Dagli imperi militari agli imperi tecnologici. La politica internazionale dal XX secolo a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 345 ss.

[47] Si prende qui in prestito la nota immagine coniata da Hobsbawm per indicare la forte accelerazione impressa agli eventi della storia e alle trasformazioni nella vita sociale negli anni che vanno dal 1914 al 1991 (cfr. E.J. HOBSBAWM, *The Age Of Extremes: 1914-1991*, London, Abacus, 1995, tr. it.: *Il secolo breve: 1914-1991*, Milano, Rizzoli, 2018).

[48] Per la chiave di lettura che rintraccia nella rivoluzione tecnologica la principale ragione della crisi del sistema politico internazionale bipolare, e precisamente del collasso del blocco sovietico, ossia lo schieramento internazionale rimasto in ritardo nei processi di innovazione tecnologica, cfr. E. DI NOLFO, *Dagli imperi militari agli imperi tecnologici. La politica internazionale dal XX secolo a oggi*, cit., 345 ss.

[49] Si intende qui per "presidenzializzazione" la tendenza all'«accentuazione del potere e dell'autonomia dei *leader* politici sia all'interno dell'esecutivo, sia nell'ambito dei partiti, anche per effetto di processi elettorali e di comunicazione politica progressivamente sempre più centrati sulla *leadership*» (cfr. N. LUPO, *L'europeizzazione delle forme di governo degli stati membri: la presidenzializzazione*

di integrazione sovrannazionale[50], emersione di modalità di *governance* incardinate su organi non elettivi sono tutti aspetti strettamente interconnessi[51]. Non a caso, sia nella letteratura politologica, sia in quella giuridica si è andata diffondendo una idea quasi rassegnata di *post*: "post-parlamentare" per Andersen e Burns, i quali hanno così inteso descrivere l'inarrestabile processo di rafforzamento dei governi, delle tecnostrutture nonché di una galassia di soggetti titolari di una legittimazione tecnico-scientifica, corporativa o, comunque, di attori portatori di interessi settoriali anziché generali[52]; "post-democrazia" per Crouch, il quale si è soffermato sul progressivo inaridirsi dei canali che avevano accompagnato l'affermazione delle istituzioni rappresentative[53].

Pur con tutti i limiti di qualsiasi periodizzazione, è possibile identificare la rivoluzione tecnologica come l'inizio di una terza stagione di sviluppo dei Parlamenti[54]. Dopo la prima fase caratterizzata dal consolidamento in età liberale del paradigma del "*government by discussion*", l'irruzione delle masse nella competizione politica ha comportato la transizione al modello fordista-weberiano di un Parlamento "che lavora" ma che al tempo stesso – grazie al ruolo svolto dai partiti – era in grado di realizzare una sintesi fra le istanze dei

derivante da Bruxelles, in R. IBRIDO – N. LUPO (cur.), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e stati membri*, Bologna, il Mulino, 2018, 175 ss.). *Amplius*, cfr. T. POGUNTKE – P. WEBB (cur.), *The Presidentialization of Politics. A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, OUP, 2007; S. FABBRINI, *Addomesticare il Principe. Perché i leader contano e come controllarli*, Venezia, Marsilio, 2011, spec. 9 ss.

[50] Sul rafforzamento della posizione degli esecutivi quale conseguenza del processo di integrazione europea, cfr., fra gli altri, D. CURTIN, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, cit., 1 ss.; N. LUPO, *L'europeizzazione delle forme di governo degli stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, cit., 175 ss.

[51] In particolare, sullo slittamento dal concetto di "governo" a quello di "*governance*", cfr. F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (cur.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, 32 ss., e spec. 42 ss. Sulla crisi dei modelli gerarchici, cfr. B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (cur.) *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti Carlassarre*, Napoli, Jovene, 2009, 257 ss.; M. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXXII, 2005, 407 ss.; J. PIERRE (cur.), *Debating governance. Authority, steering, and democracy*, Oxford, OUP, 2000; S. DEL GATTO, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli, Jovene, 2012, spec. 19 ss.; A. HERITIER, *New Models of Governance in Europe. Politicy-Making without Legislating?*, in ID. (cur.), *Commons Goods: Reinventing European and International Governance*, Boulder, Rowman & Littlefield, 2002, 185 ss.; T. CHRISTIANSEN – S. PIATTONI (cur.), *Informal Governance in European Union*, Cheltenham, Elgar, 2003.

[52] Cfr. T.R. BURNS – S. ANDERSEN, *L'Unione e la politica postparlamentare*, in *il Mulino*, 3, 1998, 419 ss.

[53] Cfr. C. CROUCH, *Post-democracy*, London, Polity, 2004, tr. it.: *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

[54] Cfr. S. FILIPPI – R. IBRIDO, *La funzione di indirizzo ed il rapporto con il tempo*, in *RDPE*, 1, 2019, 49 ss.

rappresentanti[55]. L'affermazione in età post-fordista della modalità di produzione *just-in-time* – la quale costituisce una delle principali conseguenze della rivoluzione tecnologica – ha reso assai più incerto il conseguimento di quest'ultimo obiettivo. In effetti – in questa terza stagione – è la stessa identità del rappresentato ad entrare in crisi e a non poter essere più ricondotta ad uno specifico contesto economico-culturale, come invece accadeva nella società fordista.

Tale mutamento non può non essere gravido di conseguenze rispetto al ruolo delle istituzioni rappresentative. All'idea di un "Parlamento legislatore" – inteso quale guida dell'indirizzo politico e dell'attività di produzione normativa – si è così andato sostituendo quella di un Parlamento "meta-legislatore"[56]. Un organo, in altre parole, il quale si limita a fornire la cornice organizzativa per la regolazione della vita economica e sociale, la quale viene peraltro decisa in altri "luoghi" – evidentemente non parlamentari – e con strumenti diversi dalla legge. Un nuovo modello nel quale anche il Parlamento – al pari degli altri attori della società post-fordista – appare chiamato a lavorare in tempo e a decidere «*just in time*, senza inutili discussioni»[57]. Del resto, nel contesto di sistemi multipolari di rappresentanza e regolazione, la legittimazione delle decisioni politiche tende a non derivare più dal solo consenso degli elettori, ma anche dalla conformità di queste ultime a parametri di tempestività, efficienza e pubblicità in relazione a processi discorsivi che coinvolgono il singolo, anziché nella veste di cittadino-elettore, in qualità, a seconda dei casi, di utente, consumatore, contribuente, lavoratore, *etc.* Senonché, una volta sganciato il procedimento di decisione parlamentare dal circuito della rappresentanza per essere trasferito in quello della efficienza e tempestività decisionale, il potere politico rischia di risolversi in mera amministrazione tecnica, contribuendo ad accelerare (anziché arginare) il declino delle istituzioni parlamentari[58]. Era ed

[55] Cfr. M. WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, München – Leipzig, Duncker & Humblot, 1918, tr. it.: *Parlamento e Governo: per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

[56] Cfr. G. FILIPPETTA, *Governance plurale, controllo parlamentare e rappresentanza politica al tempo della globalizzazione*, in *DPCE*, 2, 2005, 791 ss.

[57] Cfr. G. FILIPPETTA, *Il controllo parlamentare e le trasformazioni della rappresentanza politica*, in *Oss. AIC*, 2, 2014, 1 ss. spec. 5. Inoltre, sul connesso fenomeno di "precarizzazione" della legislazione, cfr. E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2017.

[58] Sui modelli di deliberazione politica orientati a garantire l'efficienza e la rapidità della deliberazione, nell'ambito delle teorie del *Public Choice*, cfr. J.M. BUCHANAN, *Public Finance in a Democratic Process*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1967 e R. WAGNER, *Democracy in Deficit*, New York, Academic Press, 1977. Fra le c.d. "teorie funzionaliste", cfr. T. PARSONS, *The Structure of Social Action*, New York, McGraw-Hill, 1937, 228 ss. e N. LUHMANN, *Grundrechte als institution: ein beitrag zur politischen soziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, tr. it.: *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002. A questo eterogeneo filone di studi è poi riconducibile la

è questo – conclude Giuseppe Filippetta – uno scenario forse inevitabile: «ma proprio l'inevitabilità esige consapevolezza»[59].

5. Un ulteriore obiettivo della reingegnerizzazione del processo di decisione parlamentare: riconnettere *drafting* legislativo e procedure parlamentari

L'attività di reingegnerizzazione – veniamo all'ultima pista di lavoro – dovrebbe proporsi di guardare alle procedure parlamentari e alle tecniche legislative come ad un "tutto" organico[60]. In effetti, uno dei maggiori equivoci che ha caratterizzato gli studi sul Parlamento (ed i relativi metodi di insegnamento) è stato quello di tenere separati come mondi distinti il tema delle procedure e quello del *drafting*[61]. È invece un dato difficilmente contestabile che la cattiva

concezione della rappresentanza di M. WEBER, *Parlamento e governo: per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, cit.

[59] Cfr. G. FILIPPETTA, *Governance plurale, controllo parlamentare e rappresentanza politica al tempo della globalizzazione*, cit., 803.

[60] L'analisi delle tecniche normative comprende principalmente quattro principali aree: (*i*) le attività procedurali di formazione del testo normativo – anche nei suoi segmenti pre o extra-parlamentari – a partire dal primo impulso esteriorizzato fino all'immissione dell'atto nell'ordinamento normativo; (*ii*) il *drafting formale*, ossia le regole tecnico-formali di redazione del testo normativo (c.d. "legistica in senso stretto"); (*iii*) l'insieme delle analisi di fattibilità finalizzate a verificare preventivamente l'adeguatezza del testo normativo rispetto agli obiettivi che esso si propone, anche alla luce di eventuali opzioni regolatorie alternative (c.d. valutazione legislativa *ex ante*); (*iv*) le attività di verifica e valutazione dell'efficacia dell'atto normativo in relazione all'impatto sulla realtà regolata e sul sistema normativo (c.d. valutazione legislativa *ex post*). Sulla evoluzione degli studi in materia di qualità della legislazione, i quali sono rimasti in bilico tra "scienza" (cfr. M. LONGO, *Per la fondazione di una "scienza della legislazione"*, in *Il diritto dell'economia*, 1960, 590 ss.), "tecnica" (*La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, in *Il Foro italiano*, 5, 1985, 282 ss.) ed "arte" (F. CARNELUTTI, *Tecnica e arte legislativa*, in *Il diritto dell'economia*, 1957, 263 ss.), cfr. M. DE BENEDETTO, *Qualità della legislazione tra scienza, tecnica e tecnologia: prime riflessioni*, cit.

[61] Sulla difficoltà di inquadramento scientifico di quel complesso di attività variamente definite come *drafting*, legistica, tecniche normative, *etc.* cfr. G. PICCIRILLI, *Una "guida" sovrannazionale alle tecniche di redazione degli atti normativi*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2017, 619 ss., il quale individua almeno tre diversi approcci alla materia. Un primo filone di ricerche si è concentrato sugli aspetti più strettamente linguistici del prodotto normativo (cfr. B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche sui testi giuridici italiani*, Torino, Einaudi, 2001; R. MARTINEAU – M.B. SALERNO, *Legal, Legislative and Rule Drafting in Plain English*, St. Paul, West Academic Publishing, 2005). Un secondo indirizzo tende a inquadrare la tecnica legislativa all'interno del sistema costituzionale e in particolare alla luce delle connessioni fra progettazione normativa e sistema delle fonti (cfr. P. COSTANZO, *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 1999; E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*[2], cit.). Un terzo orientamento si propone di analizzare sia gli aspetti sintattico-lessicali, sia gli aspetti relativi alla "*effectiveness*" (l'effettivo raggiungimento dello scopo desiderato), anche alla luce delle implicazioni derivanti dall'inserimento dell'atto nel *corpus* normativo vigente. Questa terza impostazione eleva così il *legislative drafting* a scienza pratica costituita da una serie di principi generali applicabili a prescindere dal contesto costituzionale di riferimento: cfr. H. XANTHAKI, *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation,* Oxford, Hart, 2014; M. MOUSMOUTI, *Designing Effective Legislation,* Cheltenham, Elgar, 2019. Un approccio, quest'ultimo, in parte anticipato nella letteratura italiano dal manuale di R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, Giuffrè, 1999.

qualità delle tecniche di scrittura delle leggi si ripercuota sulla linearità dei procedimenti parlamentari e viceversa.

Basti pensare, solo per citare un esempio, alla *bad practice* dei maxi-emendamenti, la cui genesi e "resilienza" possono essere comprese in pieno soltanto prendendo in considerazione gli incentivi procedurali posti dal diritto parlamentare in relazione all'uso di tale tecnica di formazione dei testi legislativi[62].

Una reingegnerizzazione del processo di decisione parlamentare in grado di tenere assieme *drafting* e procedure dovrebbe proporsi in particolare di promuovere la conoscibilità della legge. A ben riflettere, quello della conoscibilità non è un obiettivo esclusivo della scienza della legislazione. Anzi, in un certo senso esso costituisce il "ponte" fra informatica e diritto. Se infatti l'informatico è chiamato a predisporre programmi ampi e complessi assicurandone tuttavia l'accessibilità all'utilizzatore, allo stesso modo il legislatore deve regolare problemi ampi e complessi ricorrendo a contenuti normativi che risultino comprensibili al *rule follower*.

Ebbene, l'innovazione tecnologica ha già inciso e potrà ancor più incidere in futuro su tutti e tre i momenti che scandiscono il processo attraverso il quale viene realizzato l'obiettivo della conoscibilità: (*i*) la scrittura di una legge di qualità; (*ii*) la pubblicazione in fonti di cognizione; (*iii*) la divulgazione legislativa.

Per quanto riguarda il momento della scrittura di una legge di qualità, esso può essere raffigurato attraverso tre cerchi concentrici: nel cerchio più ristretto ritroviamo gli obiettivi di buona scrittura degli enunciati normativi sul piano tecnico-formale. Da questo punto di vista, l'idea di "scrivania elettronica" sviluppata nell'ambito delle ricerche in materia di legimatica ha offerto significative prospettive di sviluppo rispetto ad una corretta redazione della legge. Per "scrivania elettronica" si intende, precisamente una stazione informatica di lavoro in grado di mettere a disposizione del *drafter* una serie di applicazioni (es. definizionari, correttori ortografici e sintattici, banche dati, *etc.*) accessibili senza la necessità di uscire dall'ambiente informatico di normazione[63]. Tradizionalmente, l'esperienza dei Consigli regionali ha rappresentato un

[62] Cfr. N. LUPO – G. PICCIRILLI, *Omnibus Legislation and Maxi-Amendments in Italy: How to Circumvent the Constitutional Provision Requiring Approval of Bills "Article by Article"*, in I. BARSIMAN-TOV (cur.), *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Gewerbestrasse, Springer, 2021, 53 ss.

[63] Per "definizionario" si intende un dizionario che raccoglie tutte le definizioni legislative. Da un lato, il redattore alimenterà il definizionario qualificando determinati enunciati del testo normativo come definizioni. Dall'altro, il definizionario consentirà di evitare nuove definizioni in presenza di concetti già definiti. Su questo strumento, cfr. P. MERCATALI, *Legimatica e redazione delle leggi*, www.ittig.cnr.it

"laboratorio" per la sperimentazione di queste tecnologie legimatiche[64].

Altrettanto rilevanti sono gli interessi che vengono in gioco nell'ambito del cerchio intermedio, il quale include una valutazione dell'efficacia del testo normativo rispetto alle esigenze di semplificazione e riordino della normativa[65]. Propedeutica allo svolgimento di tali obiettivi è, fra l'altro, l'adeguata classificazione dei disegni di legge. Al Senato, ad esempio, un apposito programma (TeSeo) è stato sviluppato per assicurare una omogenea classificazione dei testi normativi. Inoltre, strumenti di simulazione dell'impatto normativo hanno incominciato a trovare diffusione grazie al lavoro di apripista svolto dai Consigli regionali.

Infine, nel cerchio più ampio sono compresi gli obiettivi connessi all'adeguatezza dell'istruttoria legislativa, della comparazione con altre opzioni regolatorie e del processo di concertazione degli interessi (c.d. qualità della legislazione "in senso amplissimo"). Sotto questo profilo meritevoli di attenzione sono in particolare le già menzionate iniziative adottate per coinvolgere i potenziali destinatari delle norme attraverso consultazioni pubbliche organizzate mediante apposite piattaforme digitali[66].

L'innovazione tecnologica ha altresì inciso sugli altri due momenti nei quali si articola il processo volto ad assicurare la conoscibilità della legge: la pubblicazione in fonti di cognizione e la divulgazione legislativa.

Innanzitutto, la tecnologia ha prodotto sensibili trasformazioni delle fonti di cognizione a seguito della introduzione delle versioni telematiche della Gazzetta ufficiale e dei Bollettini ufficiali regionali[67]. Addirittura, a livello europeo, a partire dal 2013, quella elettronica è l'unica versione della Gazzetta ufficiale dell'UE ad assumere valore ufficiale.

Quanto alla divulgazione legislativa – ossia all'impegno attivo dei poteri

[64] Cfr. M. PIETRANGELO, *Tecniche normative e informatizzazione nelle Assemblee legislative regionali*, cit.

[65] Sull'impiego dell'intelligenza artificiale in funzione di riordino della legislazione, cfr. A. MALASCHINI – M. PANDOLFELLI, *PARLTECH. Intelligenza Artificiale e Parlamenti: una prima riflessione*, in *Sog WP*s, 69, 2022, 1 ss. e spec. 20 ss.

[66] Il 12 settembre 2017, il Presidente del Senato, sen. Grasso, ha annunciato la versione finale delle *Linee guida per le consultazioni pubbliche*, formulate alla luce dell'esperienza delle Commissioni parlamentari e degli standard internazionali e a loro volta sottoposte ad una previa consultazione pubblica. Sulle consultazioni dei cittadini e dei portatori d'interesse, cfr. P. MARSOCCI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rass. parl.*, 1, 2016, 29 ss. Si consideri altresì il dossier curato dal Senato della Repubblica dal titolo "*Le consultazioni dei cittadini e dei portatori di interesse*", 2007, https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/UVI/27._CONSULTAZIONI_PUBBLICHE.pdf. Con specifico riferimento al ruolo delle consultazioni nell'ambito del processo di formazione del diritto transnazionale, cfr. S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, spec. 53 ss.

[67] Sulla pubblicazione in fonti di cognizione, cfr. A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, Giuffrè, 1963, spec. 65 ss.; A. D'ATENA, *La pubblicazione delle fonti normative*, Padova, Cedam, 1970.

pubblici nel promuovere non solo l'oggettiva ma anche l'effettiva conoscibilità e accessibilità alle norme giuridiche – l'esempio più virtuoso è rappresentato dal progetto Normattiva. Quest'ultima è infatti la prima banca dati giuridica pubblica, gratuita e accessibile on-line in grado di consentire il reperimento del testo vigente e la consultazione in multi-vigenza[68].

Naturalmente queste innovazioni rimangono fondamentali e non vanno in alcun modo sottovalutate. Ma tutto ciò non basta. Occorre essere consapevoli che tanto gli sviluppi tecnologici quanto le regole a presidio della qualità della legislazione possono fare ben poco se non sono supportate da interventi ad ampio spettro sulle procedure. Nell'invarianza di queste ultime, infatti, la politica continuerà a considerare gli incentivi/disincentivi procedurali rispetto ad una determinata "tattica parlamentare"[69] come ad un dato di scenario, se non addirittura, come ad un vero e proprio "vincolo costrittivo"[70].

[68] Sull'esperienza di *Normattiva*, cfr. i contributi Enrico Albanesi, Monica Cappelletti, Valerio Di Porto, Bernardo Giorgio Mattarella e Daniele Ravenna in N. LUPO (cur.), *Taglialeggi e normattiva tra luci e ombre*, Padova, Cedam, 2011.

[69] Sul ruolo della "tattica" nel processo di decisione parlamentare, cfr. J. BENTHAM, *La tattica parlamentare*, in A. BRUNIALTI (cur.), *Biblioteca di scienze politiche*, IV, Torino, Utet, 1888. Sulla riflessione benthamiana in materia di diritto parlamentare, cfr. A. CERVATI, *La procedura parlamentare nella teoria costituzionale di Jeremy Bentham*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, I, Padova, Cedam, 1995, 185 ss.

[70] Prendiamo qui in prestito una immagine tipica degli studi geopolitici, secondo i quali la politica sarebbe vincolata da una griglia di "fattori condizionanti" o costrittivi (cfr. M. GRAZIANO, *Geopolitica. Orientarsi nel grande disordine internazionale*, Bologna, il Mulino, 2019, 27).

LO (SCARSO) IMPIEGO DELLE NUOVE TECNOLOGIE DA PARTE DEL GOVERNO NELLA REDAZIONE DEGLI ATTI NORMATIVI*

GIOVANNI PICCIRILLI**

Abstract

The Italian government developed very limited practice of new technologies applied to legislative. Indeed, most of the processes take place, on purpose, in paper form, with the specific aim of centralizing the processes and maintaining the monopoly of drafting in the hands of a few and selected offices of the Presidency of the Council of Ministers and the Ministry of the Economy and Finance. However, by observing relevant recent practices it is possible to grasp interesting insights into the development of government dynamics between the pandemic and the implementation of the NRRP.

Suggerimento di citazione

G. PICCIRILLI, *Lo (scarso) impiego delle nuove tecnologie da parte del Governo nella redazione degli atti normativi,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

** Professore associato di diritto costituzionale, LUISS Guido Carli. Dal 2021 è Vice Capo Ufficio legislativo presso il Ministero dell'Università e della Ricerca. Le opinioni espresse nel contributo sono, ovviamente, del tutto personali.

Contatto: gpiccirilli@luiss.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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. Raccogliere le "esperienze" da parte del Governo italiano in relazione a "tecniche legislative e innovazione tecnologica" comporta un discreto sforzo di fantasia, visto che – come si dirà – il ricorso a strumenti digitali – o finanche informatici – risulta ancora assolutamente parziale. Anzi, a tratti sembra aversi l'impressione che vi sia una quasi ostentata ricerca di fuga dalla tecnologia, al fine di rendere cartolari (e, dunque, centralizzati) i processi di decisione, impedendo che un loro sviluppo mediante applicativi o piattaforme che rendessero i testi interoperabili in tempo reale possa far venire meno quella essenziale compresenza e contestualità che costituiscono il portato necessario del "monopolio della penna" sul testo in elaborazione.

Il presente contributo si articolerà in tre punti, rispettivamente dedicati a: *i)* l'utilizzo delle nuove tecnologie nelle sedi di lavoro del Governo; *ii)* i flussi documentali; *iii)* le (poche) esperienze di *data-driven regulation* che possono registrarsi all'interno del Governo. Da queste tre diverse prospettive emergono separati, ma convergenti, elementi che paiono confermare ulteriormente la scarsa predisposizione dell'esecutivo a ingegnerizzare le proprie procedure interne mediante strumenti e tecniche messi a disposizione dall'evoluzione digitale.

2. La scarsa digitalizzazione del Governo e dei suoi processi di redazione degli atti normativi denota, del resto, una qualche coerenza con il funzionamento del Governo nelle sue diverse articolazioni. Tra queste, per altro, esiste una marcata distinzione tra momento politico e momento tecnico, secondo schemi di rigida separazione che, anche allargando lo sguardo al panorama comparato, non sembrano avere analogie[1]. Ci si riferisce, in particolare, alla singolare condizione per cui il Consiglio dei Ministri lavora a porte chiuse, alla presenza dei soli componenti del Governo (Presidente del Consiglio e Ministri) e nella totale assenza di strutture di supporto tecnico o di diretta collaborazione. L'unico soggetto che (invero, parzialmente) costituisce una deroga a questa impostazione è il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, che partecipa alle sedute del Consiglio dei Ministri con funzioni di segretario verbalizzante. È vero che non è raro che sia consentito l'accesso alla sala – comunque brevemente e solo per lo svolgimento delle mansioni necessarie – al Segretario generale de al Capo dell'Ufficio di segreteria, ma resta il fatto che la sede politica per eccellenza dei lavori del Governo agisce in assenza di supporti tecnici di alcun tipo. Volendo, a questo discorso si potrebbe associare la retorica – sinceramente,

[1] Per una analisi del singolare uso del *web* e, in particolare, del sito istituzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri (che, per altro, solo con il Governo Draghi ha offerto una versione, ancorché ridotta, in lingua inglese), sia consentito il rinvio a quanto già esposto in *Il Governo "nel" web*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 43 s.

alquanto stantìa – dell'abbassamento del livello di competenze della classe politica in generale. Tuttavia, simili considerazioni non paiono aggiungere granché al tema in discussione. Non è l'eventuale competenza tecnica dei componenti del Governo a poter determinare un cambio di prospettiva: resta il fatto che il titolo per partecipare alle sedute del Consiglio dei Ministri è e resta unico, ossia la fiducia parlamentare e, in ultima analisi, il consenso, non la competenza tecnica. E, tuttavia, proprio per questo, l'assoluta assenza delle strutture di supporto nelle riunioni del Consiglio dei Ministri risulta a maggior ragione rilevante da richiamare in questa sede.

A questa rigida assenza della "tecnica" nelle sedute dell'organo politico si affianca una sapiente gestione della tecnologia sedi in cui il Governo procede materialmente al *drafting* normativo, e in particolare alle "riunioni preparatorie del Consiglio dei Ministri", previste all'art. 4 del regolamento interno, ossia a quella sede che informalmente viene definita "preconsiglio. Se negli ultimi due anni la modalità *blended* è divenuta la norma in numerosi contesti di interazione sociale e istituzionale, a partire dalla didattica universitaria, questo non risulta in alcun modo applicabile al preconsiglio. In relazione alle sedute di questo, infatti, è stata seccamente rifiutata la modalità di interazione ibrida tra amministrazioni. Dall'inizio della emergenza pandemica, mentre il Consiglio dei Ministri ha continuato a riunirsi sempre in presenza (con la possibilità per singoli ministri di collegarsi a distanza)[2], il preconsiglio ha tenuto unicamente *online* le proprie riunioni. Solo il 13 aprile 2022 vi è stata la prima riunione convocata in presenza, nella consueta sede della Sala Verde di Palazzo Chigi dopo oltre due anni, senza la possibilità di collegamento a distanza. Da quella data in poi sono continuate ad alternarsi sia sedute da remoto che sedute in presenza, più o meno riservando le sedute in presenza ai temi politicamente più complessi, ma sempre e soltanto con una unica modalità di interazione e mai rendendo accessibili a distanza riunioni convocate in una precisa sede istituzionale.

Nello stesso periodo, tuttavia, proprio intorno alla modalità ibrida di interazione è venuta emergendo una prassi di estremo interesse in relazione alle c.d. riunioni di maggioranza su specifici provvedimenti, ossia riunioni alle quali partecipano parlamentari di maggioranza, in dialogo con i competenti esponenti del Governo e ai quali sono invitati – al fine di rendere il parere tecnico di competenza – gli uffici di diretta collaborazione dei ministeri. Si tratta di

[2] Perfino nel periodo in cui il Presidente del Consiglio Draghi è risultato positivo al CoViD-19 ha presieduto la riunione collegandosi a distanza, mentre gli altri membri del Governo erano riuniti nella consueta sala di Palazzo Chigi. V. il comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 73 del 21 aprile 2022, ove si dà conto che "Il Consiglio dei Ministri si è riunito giovedì 21 aprile 2022, alle 17.45 a Palazzo Chigi, sotto la presidenza, in collegamento da remoto, del Presidente Mario Draghi": https://www.governo.it/it/articolo/il-comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-73/19695.

una modalità molto efficace, perché permette di svolgere un confronto informale ma diretto con gli uffici, anche a seguito dell'espressione pareri tecnici, o dei rilievi di natura finanziaria da parte della Ragioneria Generale dello Stato, così da mettere in condizione il parlamentare direttamente interessato di conoscere le motivazioni tecniche di eventuale contrarietà alla proposta, così da interagire direttamente anche al fine di individuare una formulazione alternativa. La singolarità è che la riunione è convocata strutturalmente in modalità ibrida, ossia essa si svolge nei locali della commissione referente, con deputati ed esponenti del Governo prevalentemente in sede, e strutture invece esclusivamente collegate da remoto. Anzi, durante la sessione di bilancio di fine 2021 i parlamentari e il rappresentante del Governo si sono sempre ritrovati tutti in presenza, agevolando così l'interruzione del collegamento con i "tecnici" collegati solo a distanza, al momento di affrontare un nodo di natura politica.

Il consolidarsi di questa prassi ha tuttavia comportato non poche criticità dal punto di vista istituzionale. Nonostante il lungo e articolato confronto in tali riunioni "fiume", durate intere giornate (e nottate), non deve dimenticarsi come questo si svolgesse in un contesto del tutto informale. Infatti, benché – paradossalmente – i parlamentari fossero fisicamente nella sede della Commissione bilancio, le loro interazioni avevano luogo al di fuori di una convocazione dell'organo, né quindi potevano aversi formali dichiarazioni di inammissibilità o di ritiro di emendamenti né, men che meno, votazioni. Il confinamento della sintesi politica interna alla maggioranza in questa sede ha ridotto la parte formale dell'*iter* a mera ratifica delle decisioni già assunte, per cui le riunioni "formali" della 5ª Commissione del Senato nell'*iter* della legge di bilancio per l'anno 2022 successive alla presentazione delle proposte parlamentari di emendamento sono state soltanto due, e in una sola di queste si sono tenute votazioni[3]. Dunque, una intera manovra di bilancio non soltanto è stata oggetto di esame da parte di un solo ramo del Parlamento (mentre la Camera dei deputati si è limitata alla riapprovazione del testo del Senato, senza modificare alcunché[4]), ma ha visto una discussione formale in un'unica seduta di Commissione, posto che poi – ovviamente – in Assemblea è giunta la posizione della questione di fiducia sul testo approvato dalla Commissione, reiterando anche per la legge di bilancio per il 2022 una pratica ininterrotta da ormai 17 anni[5].

[3] Il termine per la presentazione degli emendamenti è stato fissato al 18 dicembre 2021, ore 10. La Commissione si è riunita quello stesso giorno, con convocazione alle ore 14 (e dunque in un momento nel quale non poteva essere concluso il vaglio di ammissibilità), nonché – anche a seguito della presentazione dei subemendamenti – il 21 dicembre successivo, nell'unica seduta in cui si è proceduto all'esame degli emendamenti.

[4] Non può tacersi che questa forma di "monocameralismo di fatto" ha ricevuto persino un sostanziale avallo, da parte della Corte costituzionale, in occasione della ordinanza n. 60 del 2020.

[5] La prima volta che l'intera manovra di bilancio fu approvata mediante voti di fiducia può essere infatti rintracciata nella sessione di fine 2004. Da allora tutte le leggi finanziarie, di stabilità e di

Volendo, il ricorso a riunioni svoltesi in modalità ibrida, secondo le specifiche indicate, pare dunque aver contribuito ad accelerare ulteriormente il processo di involuzione dell'*iter* legislativo in generale e della decisione di bilancio in particolare, confermando la non neutralità dell'elemento tecnico e la sua assoluta capacità di incidere, anche in modo decisivo, sui processi reali.

3. Passando dalle sedi ai flussi documentali, emerge uno dei nodi problematici, già richiamati in apertura, in relazione al tema di interesse. Per massima parte, gli scambi di documenti di lavoro (emendamenti, ipotesi di riformulazione di questi, pareri, rilievi sul loro impatto finanziario, etc.) avvengono con testi non editabili: per lo più, files in formato *.pdf*, come tali realizzati per garantire affidabilità e stabilità dei contenuti (nonché la possibilità di essere visualizzati nella stessa impaginazione e resa grafica indipendentemente dal *software* impiegato e dal sistema operativo)[6]. Insomma, nella scelta della modalità di interscambio documentale, dinanzi al *trade-off* tra affidabilità e interoperabilità (che sarebbe invece garantita da un formato editabile *word* o *open document*), si privilegia assolutamente la prima. Spesso, tale scelta è effettuata nella sua versione maggiormente "integralista", ossia mettendo in circolazione un *.pdf* ricavato dalla scansione in formato immagine, non raramente apportando a mano integrazioni a penna, in modo da rendere difficoltoso – se non impossibile – il recupero del contento testuale con *software* OCR.

Si badi, non si tratta di dettagli tecnici o di standard meramente operativi che per questo non meriterebbero un approfondimento scientifico sulla ricaduta in sede di valutazione dell'impatto di simili pratiche in relazione agli equilibri interistituzionali all'interno dei processi normativi. Né, per altro verso, sembrerebbe corretto rinvenire nelle pratiche appena descritte un segnale di arretratezza tecnologica. Al contrario, risulta piuttosto una scelta consapevole e fortemente voluta, funzionale all'accentramento dei processi e già richiamato "monopolio della penna".

Oltretutto, tutto ciò risulta in qualche modo legato anche a una sapiente gestione dei tempi, spesso molto ristretti: l'analisi di un testo non editabile, alle volte nemmeno perfettamente leggibile, rende non agevole il confronto tra le versioni successive di uno stesso testo, nelle quali è invece indispensabile l'individuazione dell'ultimo aggiornamento, specie nelle proposte di riformulazione spesso veicolate dalle amministrazioni con un interesse "orizzontale" (essenzialmente, la Presidenza del Consiglio e in particolare il suo Dipartimento

bilancio, secondo le denominazioni succedutesi nel tempo (con la marginalissima eccezione del primo passaggio parlamentare della legge finanziaria per il 2007) sono state approvate con la pratica del maxi-emendamento.

[6] Cfr. Adobe System Inc., *Document management*, *Portable document format*, Part 1: PDF 1.7, First edition, 1/7/2008, p. 9.

per gli Affari Giuridici e Legislativi, nonché il Ministero dell'economia e delle finanze, e la Ragioneria Generale dello Stato).

Qualche elemento di interessante innovazione su questo punto potrebbe giungere ove si concretizzassero gli intenti di una recentissima risoluzione presentata in I Commissione alla Camera dei deputati[7] – a prima firma del deputato Brescia, presidente della Commissione – finalizzata a impegnare il Governo a "assumere le necessarie iniziative per rendere più rapida e coordinata l'istruttoria sulle proposte emendative tra le diverse strutture governative coinvolte, attraverso l'adozione di adeguate infrastrutture digitali da realizzare in tempi stretti". Si immagina quindi la realizzazione di una piattaforma informatica nella quale raccogliere (auspicabilmente in tempo reale) i pareri sulle proposte emendative da parte delle diverse amministrazioni ministeriali, migliorando il sistema attuale nel quale strumenti informatici sono messi a disposizioni "unilateralmente" da parte dell'amministrazione camerale, ma non direttamente dal Governo. In pratica, mentre ora è l'amministrazione parlamentare che collazione i pareri resi dal Governo sulle singole proposte emendative e li rende accessibili ai deputati mediante l'applicazione sperimentale (*Synfra*), si vorrebbe che la nuova piattaforma permetta direttamente al Governo, anzi, alle sue diverse articolazioni, di esprimersi per il tramite di essa e in modo da rendere immediatamente partecipi i deputati sulle risultanze istruttorie di tale esame. L'iniziativa appare politicamente molto significativa, in quanto la risoluzione reca la sottoscrizione dei presidenti di tutte le Commissioni permanenti della Camera, nonché del Presidente del Comitato per la legislazione, oltre ad altri deputati[8].

Gli intenti della risoluzione appaiono assolutamente condivisibili, ma sembra possibile anche accennare ad alcuni possibili risvolti meno scontati, relativi al possibile impatto della loro realizzazione, come pure a profili di fattibilità politica e, per così dire, "accoglienza" amministrativa.

Anzitutto, un rischio potenziale è quello di una atomizzazione del confronto tra Parlamento e Governo sul fascicolo degli emendamenti. L'attività di resa del parere, infatti, è composta sia di una analisi tecnica circa l'impatto dell'emendamento nel sistema normativo di riferimento, sia di una valutazione più ampiamente politica di desiderabilità dei risultati attesi e di coerenza con le linee programmatiche di sviluppo dell'azione di Governo e del singolo Ministro. Quest'ultima parte raramente è limitata alla singola proposta emendativa, e spesso tiene conto anche delle opzioni veicolate negli ulteriori testi presentati. Non a caso, il parere è reso dopo la scadenza del termine per il deposito

[7] A.C., XVIII leg., risoluzione in Commissione n. 7/00851, presentata il 14 giugno 2022.

[8] Le sottoscrizioni in calce all'atto di indirizzo sono dei deputati Brescia, Perantoni, Fassino, Rizzo, Melilli, Marattin, Casa, Rotta, Paita, Nardi, Mura, Lorefice, Gallinella, Battelli, Butti, Ceccanti, Corneli, Dori.

degli emendamenti, consentendo così al Governo anche di operare una sintesi, se del caso, anche attraverso una formulazione di un nuovo emendamento (per il quale, non a caso, i regolamenti consentono la presentazione fino al momento della votazione sulla relativa parte[9]). Oppure, più frequentemente, con una elaborazione di una proposta di riformulazione, rimessa al parlamentare presentatore, rispetto alla quale si condiziona un parere positivo, riformulazione nella quale non di rado si inseriscono anche elementi provenienti da ulteriori proposte emendative, appunto in nome di quella sintesi alla quale il governo è chiamato in sede di resa del parere.

In secondo luogo, ma sempre nell'ambito di una valutazione più che positiva degli intenti della risoluzione, il timore è che tale iniziativa risulti eccessivamente "avanzata" rispetto a quanto il Governo sia effettivamente pronto a concedere. L'aumento di trasparenza e di tempestività, nonché l'indipendenza dei singoli ministeri nell'invio del proprio parere sulla singola proposta potrebbero suscitare non remote reazioni di resistenza da parte delle amministrazioni ministeriali, e della Presidenza del Consiglio in particolare, nella parte in cui determinerebbe un *vulnus* alla collegialità dell'azione di governo. Infatti, il parere è reso al Parlamento dal Governo complessivamente inteso e quanto in esso contenuto è il frutto di una mediazione spesso fatta dal Ministro per i rapporti con il Parlamento, chiamato a offrire una sintesi tra amministrazione di settore, Ministero dell'economia e delle finanze ed esigenze di coordinamento generale. Di conseguenza, il rischio potrebbe essere quello di vanificare i pur condivisibili intendimenti del Parlamento, centralizzando la gestione governativa della piattaforma e rendendo solo diversa la sede nella quale manifestare gli identici esiti di quello che ora avviene *offline*, senza realizzare quegli obiettivi di trasparenza e tempestività posti alla base della risoluzione.

4. Ulteriore versante di interesse per valutare il ricorso da parte del Governo alle nuove tecnologie nella redazione degli atti normativi è quello dell'utilizzo dei dati nella progettazione legislativa. Da questo punto di vista, qualche elemento di interesse emerge da periodo di gestione della pandemia da CoViD-19, con l'istituzione di un "gruppo multidisciplinare di esperti" (comunemente poi denominata "*task force*") da parte del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, in accordo con il Ministero della Salute. Gli obiettivi della *task force* erano proprio quelli di fornire un supporto tecnico circa il migliore utilizzo dei dati progressivamente a disposizione, al fine di affrontare al meglio l'emergenza sanitaria. I lavori sono stati articolati in 8 sottogruppi[10],

[9] Così gli artt. 86, comma 5, reg. Cam., e 100, comma 6, reg. Sen.

[10] I sottogruppi sono stati individuati sui seguenti temi: Coordinamento generale delle attività; Infrastrutture e *data collection*; Impatto economico; *Web data* e impatto socio-economico;

dedicati a tematiche specifiche, ciascuno coinvolto non solo come *forum* di discussione ma al limite della partecipazione alla progettazione delle *policy*[11]. Il taglio della massima parte dei lavori è stato per lo più di natura informatica o tecnologica, mentre i profili giuridici sono stati trattati in un unico sottogruppo in maniera orizzontale. Tra i risultati di questo sottogruppo vanno segnalate due relazioni: una generale sulle problematiche connesse all'adozione di una soluzione di *contact tracing*[12] e, a seguire, una relazione sulla proposta di soluzione al medesimo tema, individuata nella app *Immuni*, con approfondimento del trattamento dei dati da parte di questa[13].

Un quadro a spettro più ampio sarebbe potuto venire dalle risultanze del *survey* effettuato presso i singoli Governi nazionali da parte della Presidenza portoghese in occasione del turno semestrale di presidenza del Consiglio UE (primo semestre 2021), incentrato proprio sul tema della *Data driven regulation*. Il questionario conteneva domande sull'uso di *big data*, sull'individuazione di chi fornisce, elabora e conserva i dati necessari alla progettazione legislativa, con ampia attenzione all'ufficio statistico nazionale, nonché sull'uso dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi. In questo quadro il Governo italiano ha partecipato individuando il DAGL come naturale collettore delle risposte dei singoli Dicasteri e Dipartimenti della Presidenza del Consiglio. L'adesione all'indagine è stata estremamente scarsa, essendo limitata ai ministeri della Giustizia, del Lavoro e delle politiche sociali, e delle Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, oltre ad alcuni dipartimenti della Presidenza (Riforme istituzionali; Politiche giovanili; Programmazione e coordinamento della politica economica). Non hanno partecipato né il Ministero dell'economia e delle finanze, né – paradossalmente – il Ministro innovazione tecnologica e transizione digitale, né altri ministeri che avrebbero potuto recare elementi interessanti per provvedimenti degli ultimi anni che sono stati particolarmente rilevanti alla luce dell'utilizzo di algoritmi o risultanze *evidence based*. Ci si riferisce, in particolare al Ministero dell'istruzione (specie per quanto riguarda il noto algoritmo di assegnazione delle sedi al personale docente), e al Ministero della Salute (per la parte di normativa adottata in reazione e nella gestione della pandemia).

Teleassistenza; Tecnologie per il governo dell'emergenza; *Big data & AI for policies*; Profili giuridici della gestione dei dati connessa all'emergenza.

[11] Le risultanze dei lavori della *task force* e dei suoi sottogruppi sono state rese disponibili *online* tempestivamente e integralmente e risultano ancora accessibili all'indirizzo https://github.com/taskforce-covid-19/documenti/

[12] https://github.com/taskforce-covid-19/documenti/blob/master/sgdl_8_Profili_Giuridici_Gestione_Dati_Emergenza/sgdl8_relazione_profili_giuridici_contact_tracing.pdf

[13] https://github.com/taskforce-covid-19/documenti/blob/master/sgdl_8_Profili_Giuridici_Gestione_Dati_Emergenza/sgdl8_relazione_immuni.pdf

Dai (pochi) dati conferiti nella risposta finale al *survey* emergono limitati elementi di interesse. Attività di monitoraggio sui *big data* è segnalata dal Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica in relazione al monitoraggio effettuato in relazione agli investimenti pubblici. Infine, il Dipartimento per le riforme istituzionali ha segnalato il caso particolare del lavoro effettuato nella rideterminazione delle circoscrizioni elettorali a seguito, da un lato, della revisione costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari e, dall'altro, del dispiegamento degli effetti della delega contenuta nella legge n. 51 del 2019, in attuazione della quale si è svolto il lavoro di una commissione di esperti, sulla base delle cui risultanze il Governo aveva predisposto lo schema di decreto legislativo di ridefinizione dei collegi uninominali e plurinominali[14]. Tuttavia, nell'esame parlamentare sullo schema di decreto[15], è stata ravvisata l'opportunità di rideterminare i collegi plurinominali per la Camera della Circoscrizione Lazio-01, con l'obiettivo di rendere maggiormente omogenei i territori interessati sul piano socio-economico e infrastrutturale, privilegiando dunque elementi ulteriori rispetto a un più pieno rispetto della parità nella consistenza numerica delle popolazioni interessate.

5. In conclusione, da molteplici versanti emerge una diffusa ritrosia del Governo all'apertura verso le nuove tecnologie. Questa circostanza, per un certo verso, non sorprende. Del resto, al contrario del Parlamento – per il quale, la pubblicità dei lavori trova fondamento (o, forse, conferma) nell'art. 64 della Costituzione[16] –, l'attività del Governo non solo non è assistita (ossia: vincolata) da un analogo obbligo costituzionale di pubblicità, ma anzi in essa è in qualche modo presupposta una diffusa informalità, se non proprio un certo livello di riservatezza. E, di conseguenza, può risultare comprensibile il limitato ricorso a strumenti che – per natura – tendono a rendere accessibile e partecipati i procedimenti di decisione normativa.

Il tema, tuttavia, assume caratteristiche maggiormente complesse poiché tale ritrosia si intreccia con l'involuzione delle procedure di decisione e la possibilità che l'enfatizzazione di quello che si è definito "monopolio della penna" conduca a una ulteriore degenerazione delle già "problematiche prassi"[17] relative all'approvazione dei maxi-emendamenti. Il contesto della gestione della

[14] Atto del Governo n. 225, XVIII leg., trasmesso alle Camere ai sensi dell'articolo 3 della legge 27 maggio 2019, n. 51.

[15] V., in particolare i pareri delle due Commissioni Affari costituzionali, entrambi resi in data 10 dicembre 2020.

[16] Circa l'impatto delle nuove tecnologie e delle conseguenti "aspettative" di trasparenza sulle istituzioni parlamentari e sulle loro modalità di lavoro, v. C. FASONE-N. LUPO, *Transparency* vs. *Informality in Legislative Committees: Comparing the US House of Representatives, the Italian Chamber of Deputies and the European Parliament*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2015, p. 342 s.

[17] Così la sent. n. 251 del 2014 della Corte costituzionale, §5. in dir.

pandemia – che certamente ha condotto all'accelerazione di numerose tendenze del contesto istituzionale – aveva già trovato negli ultimi avanzamenti di tali pratiche solidi argomenti per rafforzare un patologico "monocameralismo di fatto", che ora pare virare verso una ulteriore concentrazione nella sede informale della riunione di maggioranza preparatoria all'esame di Commissione. Purtroppo, non è nelle soluzioni tecniche – pur apprezzabili, come la citata risoluzione in I Commissione alla Camera – che è possibile innescare una inversione di tendenza. L'occasione sarebbe potuta venire dalla riforma dei regolamenti parlamentari in conseguenza della riduzione del numero dei parlamentari ma, anche in quella sede, l'approccio pare essere quello delle "ambizioni minime"[18], rinviando ulteriormente, e con incognite di non poco momento, alle dinamiche della prossima legislatura (con la ridotta numerosità delle due assemblee), lo scioglimento di tali interrogativi.

[18] R. IBRIDO, *Prosegue, con ambizioni minime, il percorso di revisione dei Regolamenti parlamentari*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, p. 361 s.

TECNICHE NORMATIVE E INFORMATIZZAZIONE NELLE ASSEMBLEE LEGISLATIVE REGIONALI*

MARINA PIETRANGELO**

Sommario

1. Introduzione - 2. Il contesto della digitalizzazione pubblica (una premessa storica). - 3. Le ICT nel ciclo della regolazione regionale: dagli ambienti di normazione alle banche dati normative sul web. - 4. Per concludere.

Abstract

The essay examines the impact of ICT in the regional regulatory cycle. The reflection highlights delays and strengths in the use of ICT by regional legislative assemblies, especially analyzing legal drafting and communication via the web.

Suggerimento di citazione

M. PIETRANGELO, *Tecniche normative e informatizzazione nelle assemblee legislative regionali,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

** Ricercatrice del Consiglio nazionale delle ricerche - Istituto di informatica giuridica e sistemi giudiziari.

Contatto: marina.pietrangelo@ittig.cnr.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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

Cesare fui e son Iustiniano,
che, per voler del primo amor ch'i' sento,
d'entro le leggi trassi il troppo e 'l vano
(Commedia, Paradiso, Canto VI)

1. Introduzione[1]

Misurare la qualità della regolazione è operazione complessa e ardua a un tempo, anche in considerazione della grande quantità di diritto prodotto.[2] Ma proprio da questo multiforme e stratificato diritto occorre partire per immaginare soluzioni capaci di ridurre gli eccessi regolatori e migliorare la qualità degli atti in cui sono fissate le regole che definiscono il perimetro della nostra vita sociale, individuale e collettiva. A queste regole i decisori pubblici devono garantire l'accesso, almeno in termini di conoscibilità formale, in ossequio a quel principio di "chiarezza e certezza"[3] del diritto che permea trasversalmente il nostro mutevole sistema delle fonti. Ciò impone, da un lato, la manutenzione costante della produzione normativa esistente;[4] dall'altro, la ricerca continua di soluzioni innovative, per ripensare e riprogettare (almeno) alcuni segmenti

[1] Ringrazio per avermi dedicato tempo e per il prezioso confronto sui servizi di informatizzazione per il miglioramento della qualità della produzione normativa regionale: D. Scopelliti, Settore informatico e flussi informativi del Consiglio regionale della Calabria; C. Ghiazza e M. Marzolo, Settore sistemi informatici del Consiglio regionale del Piemonte; G. Favero e M. Coppari, Servizio funzionamento e gestione - Area gestione e supporto allo sviluppo delle applicazioni informatiche dei siti web del Consiglio regionale dell'Emilia-Romagna. Per la Conferenza delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, un ringraziamento a P. Pietrangelo, direttore generale, R. Oliva, direttore Area affari generali, e M. Siliani, consulente ICT.

[2] Scrive Rodolfo Pagano nel 1988 in uno dei suoi imperituri lavori sulla relazione tra tecnica normativa e tecnica informatica: "Oggi si assiste rassegnati al flusso incessante ed inarrestabile di norme. (...) In ogni paese il numero dei testi normativi cresce senza sosta" (74, R. PAGANO, *Tecnica legislativa e sistemi di informatica giuridica*, in *Informatica e diritto,* 1988, n. 3, 73 ss.), L'A. tratta il tema dell'inflazione legislativa e dei possibili rimedi, specie in relazione alla cattiva qualità redazionale delle leggi, sottolineando la difficile valutazione del fenomeno sotto l'aspetto quantitativo, sia per l'assenza di un criterio oggettivo di distinzione tra normalità e anormalità, sia soprattutto per l'assenza di uno strumento di controllo da parte del legislatore (v. specialmente 78 ss.).

[3] Questa formulazione molto efficace, che lega quasi in un'endiadi la chiarezza e la certezza del diritto, ricorre in alcune pronunce della Corte costituzionale, tra cui Corte cost. n. 274 del 1997; e Corte cost. n. 49 del 1999.

[4] Cfr. i dati più recenti in OECD (2021), *OECD Regulatory Policy Outlook 2021*, OECD Publishing, Paris. La ricerca di soluzioni per arginare i mali della produzione legislativa troppo spesso appare ricorsiva: mutano le condizioni date, ma i mali, alcuni specialmente, paiono perenni. Risultano di grande interesse e attuali al proposito gli scritti di Roberto Lucifredi, che fu anche sottosegretario "per la riforma burocratica" nei primi Governi repubblicani, che toccano già i profili del drafting formale e quelli del drafting sostanziale. Tra gli altri, v. R. LUCIFREDI, *Snellire il lavoro legislativo*, in *L'amministrazione italiana*, 1949, 4, 746 ss.; Id., *Inflazione legislativa o caos nella legislazione?*, in *Civitas,* 1951, 8, 15 ss.; Id., *Metodi pratici per preparare buone leggi e favorirne la migliore applicazione*, in *La tecnica della organizzazione nelle pubbliche amministrazioni,* 1955, 1, 3 ss.

del ciclo regolatorio, laddove strategie complessive o più ambiziose non fossero ancora praticabili.[5]

Sono molte e note le tecniche utilizzate per migliorare la regolazione, a lungo sperimentate e poi innestate - anche per via legislativa - nei processi di semplificazione normativa e procedimentale. Molte di esse hanno fatto leva sullo sviluppo di applicazioni ICT (Information and Communication Technology), le quali sono parimenti entrate nei processi regolatori. L'ingresso delle ICT nel processo legislativo ha prodotto nei decenni buoni risultati, specialmente su due fronti: quello redazionale e quello comunicativo. Uno dei primi ambiti di sperimentazione è stato il cosiddetto drafting formale. Le tecniche già impiegate per il miglioramento della qualità redazionale degli atti sono state reinterpretate mediante soluzioni ICT, capaci di valorizzarne l'efficacia e sistematizzarne l'uso. Sono stati progettati e realizzati nel tempo software di normazione assistita per il controllo morfosintattico e lessicale dei testi; per l'organizzazione degli elementi testuali in relazione alla struttura-tipo degli atti; per l'elaborazione di formule standardizzate ecc. Molti sono stati gli interventi anche sul fronte comunicativo, contiguo al precedente, perché fortemente condizionato dalla standardizzazione dei testi. In questo secondo caso, il trattamento informatizzato degli atti ha consentito l'apertura delle raccolte normative e delle altre basi di dati pubblici, rese accessibili e conoscibili dalla collettività mediante la pubblicazione sui siti web istituzionali dei regolatori. Sono state aperte sul web le raccolte delle fonti normative (a titolo di pubblicazione legale o notiziale); dei progetti di legge e dei connessi lavori preparatori, compresi i resoconti delle sedute; dei documenti non legislativi, come gli atti di sindacato ispettivo: dati di fonte pubblica, prodotti o detenuti dai soggetti pubblici, rilasciati online in formati aperti e riutilizzabili.

Un lungo percorso costellato di innumerevoli esperienze, alle quali è tuttavia mancato il supporto di un indirizzo politico unitario e continuo capace di traghettarle definitivamente fuori dalla sfera dell'occasionalità e della sperimentazione, legando stabilmente le pratiche di miglioramento della qualità regolatoria alle politiche sulla digitalizzazione pubblica. Come si dirà più avanti, ciò ha determinato una grande disomogeneità tra le diverse realtà istituzionali, con eccellenze in alcuni contesti territoriali e gravi ritardi in altri.

2. Il contesto della digitalizzazione pubblica (una premessa storica)

[5] Sulla "effettività" della legislazione, v. M. MOUSMOUTI, *Designing Effective Legislation,* Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019; Id., Making *Legislative Effectiveness an Operational Concept: Unfolding the Effectiveness Test as a Conceptual Tool for Lawmaking,* in *European Journal of Risk Regulation,* 2018, 9(3), 445 ss.; H. XANTHAKI, *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation,* Oxford, Hart Publishing, 2014. Più in generale, v. anche M. DI BENEDETTO, N. LUPO, N. RANGONE (eds), *The Crisis of Confidence in Legislation,* Oxford, Hart Publishing, 2021.

La digitalizzazione pubblica costituisce un presupposto necessario perchè le applicazioni ICT possano essere impiegate efficacemente anche nelle fasi di produzione della regolazione, per migliorare la funzionalità del procedimento e, auspicabilmente, gli atti adottati. Come accennato, per meglio valutare la stabilità dell'impiego delle ICT a supporto delle tecniche normative, occorre dunque considerare per cenni anche la penetrazione delle applicazioni digitali negli apparati pubblici. Questa prospettiva - dilatata, nel tempo, e ampliata, sotto il profilo sostanziale, - potrebbe offrire un punto di vista parzialmente differente rispetto all'idea secondo cui le tecniche normative, così come le "nuove" tecniche informatiche, possano di per sè sole risolvere uno o più dei molti impedimenti o limiti alla buona regolazione.[6]

Rammentando qui per cenni le principali tappe della digitalizzazione pubblica, risulterà più evidente quanto essa abbia condizionato, specie in ragione della sua discontinuità e della sua frammentarietà, anche la trasformazione digitale del processo di miglioramento della regolazione. Lo attestano i bassi numeri delle risorse umane e strumentali complessivamente destinate al digitale nell'arco almeno degli ultimi trent'anni, nonostante una miriade di disposizioni di legge in materia, molte delle quali ancora da attuare.[7]

Le prime riflessioni sulle potenzialità dell'automazione (secondo il lessico del tempo) delle amministrazioni pubbliche risalgono agli anni Settanta, come pure alcune importanti sperimentazioni di servizi informatizzati.[8] Per un primo significativo approdo normativo bisognerà attendere la fine degli anni Ottanta, con l'adozione di alcune normative di settore nelle quali compare una disciplina compiuta dell'automazione. Si tratta di attività pubbliche in cui la raccolta, lo scambio e la conservazione di informazioni sono centrali, come nel caso dell'attività statistica, in in cui il trattamento informatizzato dei dati entra prepotentemente, trasformando (per legge) organizzazione degli uffici e

[6] Sulle proposte attuali, legate alle politiche di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo 4.

[7] Per un primo "censimento" della regolazione e delle risorse finanziarie destinate alla digitalizzazione pubblica, volendo M. PIETRANGELO, *Oltre l'accesso ad Internet, tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad Internet*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione. Atti del Convegno, Pisa 21-22 novembre 2013*, Torino, Giappichelli, 2014, 169 ss..

[8] Senza pretesa di esaustività, si ricordano alcune delle opere più risalenti nel tempo, ma al tempo stesso più lungimiranti: A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1971, specie 69 e segg.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Democraticità dell'informazione giuridica e informatica*, in *Informatica e diritto*, 1, 1975, 1 e segg.; S. RODOTÀ, *L'informatica nello Stato: questioni di metodo e problemi reali*, in Aa.V.v*, L'informatica nello Stato. Atti del Convegno Roma 28 giugno 1978*, CNR-IRI, Edindustria, Roma, 1978, 39 e segg.; G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986, specie 97 e seguenti; I. D'ELIA e C. CIAMPI, *L'informatica nella Pubblica Amministrazione. Problemi, risultati, prospettive*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1987; I. D'ELIA, *L'informatica e le banche dati*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, Tomo II, Milano, Giuffrè, agg. 2003, 1625 e ss.

attività: il decreto legislativo n. 322/1989 sul Sistema statistico nazionale per la prima volta assegna agli uffici di statistica il compito di organizzare in banche dati informatiche i dati raccolti.[9] Un passo ulteriore è compiuto poi dalla rivoluzionaria disposizione sulla validità legale del documento informatico, contenuta nel secondo comma dell'articolo 15 della cosiddetta "prima legge Bassanini" (legge n. 59/1997). Come detto, un processo per tappe, al quale sul principio degli anni Duemila viene impressa però una significativa accelerazione.

All'inizio del nuovo millennio, infatti, la prima trasformazione digitale (la "prima", se consideriamo quella in corso come successiva[10]) delle amministrazioni pubbliche sembra compiuta: le norme adottate sono molte, le condizioni per una sua realizzazione nelle amministrazioni sono state poste e, laddove possibile, regolate.[11]I tempi paiono finanche maturi per riordinare e sistematizzare questa "nuova e trasversale materia", che a dire il vero interseca altri e ben rilevanti ambiti già regolati, non di rado sovrapponendovisi, senza alcuna forma di coordinamento. Si pensi solo alla legge n. 241 del 1990 sul procedimento, o al testo unico n. 445 del 2000 sulla documentazione amministrativa, o ancora all'allora giovane legge n. 150 del 2000 sulle attività di informazione e comunicazione pubbliche. Prevale, dunque, negli indirizzi politici del tempo la volontà di costruire una regolazione dell'agire digitale pubblico autonoma e separata; e su questo punto si trovano concordi i legislatori statale e regionali. Ciascuno per l'ambito di propria competenza, infatti, si adopera per sistematizzare la materia, portando a unità "pezzi" di regolazione, atti di indirizzo, pratiche già diffuse (e per il vero di rilievo anche sotto il profilo sostanziale).[12]

[9] Per una sintesi, v. L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Vol. IV. *La tecnificazione,* a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI, L.TORCHIA, Firenze, Firenze University Press, 2016, spec. Parte I "Studi sulla digitalizzazione pubblica", 59 ss. Per una comparazione, cfr. C. REDDICK (a cura di), *Comparative E-government,* 2010, Springer, Berlino.

[10] Cfr. il DPCM 19 giugno 2019, *Modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° ottobre 2012 recante «Ordinamento delle strutture generali della Presidenza del Consiglio dei ministri*, con cui è stato istituito il Dipartimento per la trasformazione digitale quale struttura generale della Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 1, co. 1), col fine di "(...) assicurare, anche mediante scelte architetturali tecnologiche-interoperabili, il necessario coordinamento operativo tra le amministrazioni dello Stato interessate, a vario titolo, al perseguimento degli obiettivi di Governo in materia di innovazione e digitalizzazione" (premessa).

[11] Sono questi gli anni in cui si registrano anche molte novità sotto il profilo più specificamente della qualità regolatoria regionale, in parallelo con la nuova spinta alla digitalizzazione, come attestato dall'approvazione di nuove più mirate disposizioni (statutarie, leggi ad hoc, regolamenti di Giunta o Consiglio). Sui profili di competenza regionale, nella dottrina del periodo, tra gli altri v. D. NOCILLA, *Competenze legislative regionali e qualità della regolamentazione dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale,* 3-4, 2004, 93 ss.; L. CARBONE, L. CICI, M. D'ADAMO, *La qualità delle regole nel processo normativo regionale e il ruolo dei dirigenti nella formazione delle norme tra necessità politiche ed esigenze tecniche,* in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Il Governo delle Regioni tra politica e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2007, 198 ss.

[12] L'art. 1 della legge 9 gennaio 2004, n. 4, *Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici,* riconosce il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di

Questa rinnovata spinta legislativa arriva all'indomani della riforma costituzionale del 2001, quando l'informatica entra nominalmente in Costituzione col "coordinamento informativo e informatico dei dati" affidato in via esclusiva alla competenza legislativa statale: una stagione di grande fermento politico sui temi dalla penetrazione sociale delle applicazioni digitali.[13] Così, da un lato, il legislatore statale prova a imporre un'accelerazione sull'impiego delle ICT all'interno degli apparati pubblici, forte delle proprie competenze in materia di coordinamento informatico e tutela dei livelli essenziali delle prestazioni; dall'altro, nei contesti regionali dove le politiche sulla digitalizzazione pubblica sono in stato molto avanzato, i legislatori regionali approvano le prime leggi quadro per regolare l'uso del digitale all'interno degli apparati regionali.[14] La situazione appare però da subito molto disomogenea. In alcune Regioni, infatti, il livello di sviluppo dei sistemi informativi regionali e la capacità di integrarli con l'attività amministrativa tradizionale sono elevati. Le attività e l'organizzazione amministrativa digitalizzate trovano una disciplina puntuale nelle nuove leggi. Si tratta di normative ambiziose, nelle quali compaiono finanche disposizioni "sui nuovi diritti in gioco", che mirano a garantire a chiunque l'accesso agli strumenti: norme manifesto, dichiarazioni di principio, che confermano tuttavia la maturità delle politiche di quei territori.[15] Dove già utilizzate, si

informazione e ai relativi servizi anche mediante gli strumenti informatici e telematici, con una speciale attenzione per le persone disabili, "in ottemperanza al principio di uguaglianza ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione". Cfr. anche la prima parte del d.lgs. n. 82 de 2005 (Capo I, Sezione II) dedicata ai "Diritti dei cittadini e delle imprese", a partire dal più noto art. 3, che riconosce il diritto all'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni. Si tratta di norme che testimoniano come in quegli anni anche il legislatore statale avesse colto l'urgenza di orientare il nuovo "agire pubblico tecnologico" a fini sociali, mirando cioè al benessere della collettività, in ossequio ad una lettura "più sensibile" del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione.

[13] Volendo M. PIETRANGELO, *Brevi note sul "Coordinamento informativo informatico e statistico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale",* in *Informatica e diritto*, 2004, 1-2, 35 ss.; Id., *La società dell'informazione tra realtà e norma,* Milano, Giuffrè, 2007; D. MARONGIU, *La funzione di coordinamento informatico: autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l'innovazione e le tecnologie. Nota a C. Cost. 16 gennaio 2004, n. 17,* in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, 1, 109 ss.

[14] Per una ricostruzione, volendo, v. M. PIETRANGELO, *Prime considerazioni sulla competenza legislativa regionale in materia di amministrazione elettronica e società dell'informazione,* in *Informatica e diritto*, 2002, 2, pp. 7 ss.

[15] Come noto, spetta allo Stato la disciplina legislativa che investe l'esercizio di vecchi o nuovi diritti emersi con l'impiego delle tecnologie digitali: un presidio necessario dinnanzi a possibili nuove diseguaglianze, alimentate da un uso disomogeneo dei nuovi strumenti o dall'emergere di nuovi "ostacoli tecnologici" materiali e cognitivi. Tra gli altri, volendo, M. PIETRANGELO, *Introduzione. Il diritto di accesso ad Internet a mezzo secolo dalla nascita di Internet. Stato dell'art e prospettive*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet. Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010*, Napoli, ESI, 12 ss., specie 19 ss.; A. VALASTRO, *Le garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, ivi, 45 ss. Per un quadro della legislazione regionale, volendo M. PIETRANGELO, *Internet nella legislazione regionale, tra organizzazione*

rafforzano e affinano le soluzioni ICT, per migliorare l'organizzazione interna delle strutture, per rendere più efficienti le attività, specialmente quelle di carattere comunicativo e informativo.

Anche per l'ambito regionale, le tappe sono state segnate da una prima stagione di fermento politico, nella quale sono stati elaborati rapporti istituzionali di grande rilievo, promossi dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, in collaborazione con il Formez. Tra questi, ancora di grande interesse è il primo "Rapporto sull'informatica nelle Regioni italiane" del 1985.[16] Sono invece degli anni 2000 i "Rapporti sull'innovazione nelle Regioni d'Italia", realizzati a cura dei Centri regionali di competenza per l'e-government e la società dell'informazione, promossi al tempo dal Ministero per l'innovazione e le tecnologie (che aveva la delega sull'informatica pubblica, separata da Funzione pubblica) e dalla Conferenza delle Regioni. Il primo Rapporto è del 2003.

Questa congerie di norme preannunciava un deciso miglioramento della qualità dei servizi pubblici, ma anche un rafforzamento del "dialogo" delle amministrazioni con i suoi cittadini, grazie ad una rinnovata capacità informativa, che avrebbe potuto favorire la partecipazione ai processi decisori e un più penetrante controllo diffuso sull'operato dei poteri pubblici da parte della collettività.[17]

Ciò è accaduto solo in minima parte, perché la digitalizzazione pubblica ha subito una vera e propria battuta d'arresto, tanto a livello statale quanto a livello regionale, come confermano i non nuovi indirizzi sulla trasformazione digitale.[18] All'interno di questa discontinuità, occorre poi considerare i ritardi

amministrativa e promozione dei diritti sociali: bilanci e prospettive, in *Diritti regionali e delle autonomie locali,* 3, 2019, 17 novembre 2019.

[16] C. CIAMPI (a cura di), *Rapporto sull'informatica nelle Regioni italiane,* ed. Formez, Roma, 1985.

[17] Su tale profilo, cfr. l'espresso riferimento contenuto nell'articolo 9 (Partecipazione democratica elettronica) del d.lgs. 82 del 2005, come modificato dal d.lgs. n. 179 del 2016, alla consultazione online nelle attività di valutazione della regolazione: "I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, favoriscono ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e *migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo, ove previsto e nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare*" (corsivo nostro).

[18] All'indomani del Codice, la discontinuità delle politiche pubbliche nella materia digitale è apparsa finanche in contrasto con gli indirizzi normativi (cfr. per esempio l'art. 12 del Codice, che impone l'utilizzo alle amministrazioni pubbliche l'utilizzo delle ICT in via esclusiva "(...) per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nonché per la garanzia dei diritti dei cittadini e delle imprese"). Inoltre, la discontinuità delle politiche sul digitale è chiaramente attestata dalla incerta assegnazione delle deleghe governative sull'informatica pubblica, affidate a fasi alterne al Ministro per la funzione pubblica; a un apposito Ministro senza portafoglio con delega all'innovazione; a un'autorità indipendente; a un'agenzia governativa; o in parte all'uno, in parte all'altra. Sulle politiche attuali per la trasformazione digitale, cfr. *supra* la nota 10.

e le difficoltà di alcune realtà locali, sin dalle origini connotate da politiche deboli e risorse scarse, tanto che in questi contesti sarebbero stati (e sono) strategici almeno gli interventi statali di coordinamento, pure se circoscritti al solo coordinamento tecnico, per promuovere azioni adeguate a colmare i ritardi.

3. Le ICT nel ciclo della regolazione regionale: dagli ambienti di normazione alle banche dati normative su web

È, dunque, nel quadro sopra tratteggiato, da cui può dedursi una politica nazionale sulla digitalizzazione pubblica altalenante e disomogenea sui territori, che s'innestano le riflessioni sull'utilizzo delle applicazioni ICT nell'attività legislativa e nelle fasi del ciclo della regolazione.[19]

Come detto, l'informatica entra negli apparati legislativi anzitutto per modellare e standardizzare gli atti, cioè come supporto al cosiddetto drafting formale: le tecniche normative già definite nei primi formulari e atti di indirizzo sono "recepite e riproposte" in software e sistemi ICT per esse appositamente sviluppati.[20] Questa intersezione mostra una sua prima efficacia proprio nelle Assemblee di alcune Regioni, certamente terreno di esplorazione più facilmente controllabile in termini numerici e di attività complessiva rispetto al Parlamento nazionale, ma anche vero e proprio avamposto di sperimentazione: una fucina di buone pratiche, in ipotesi esportabili e condivisibili. Una sperimentazione che arriva a maturazione sul finire degli anni Ottanta, e che trova sponda nelle regole di legistica ad uso dei legislatori regionali raccolte nel nuovo manuale promosso dalla Conferenza che riunisce i Consigli regionali.[21]

[19] Con particolare riguardo alla informatizzazione delle Assemblee legislative regionali, v. C. CIAMPI, *L'uso delle tecnologie informatiche nelle Assemblee legislative regionali,* in *Informatica e diritto,* 1, 1990, 2 ss.

[20] Negli anni Ottanta si sviluppa e si affina la cosiddetta "informatica giuridica legislativa". Tra i molti primi lavori, v. R. PAGANO, *Informatica e Parlamento*, in *Informatica e diritto,* 1980, 2/3, 301 ss.; Id., *Informatica e potere legislativo*, in *Informatica e diritto,* 1982, 2, 93 ss.; A.A. MARTINO, *Contributo logico informatico all'analisi della legislazione*, in *Informatica e diritto,* 1982, 2, 53 ss.; Id., *Software for the Legislator*, in A. PIZZORUSSO (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlino, Springer, 1987, 342 ss.; C. CIAMPI (ed.), *Artificial Intelligence and Legal Information Systems. Proceedings (Vol. 1) of the First International Conference on Logic, Informatics, Law. Florence, 6-10 April 1981,* special issue of I*nformatica e diritto*, 1982, 2; C. BIAGIOLI, *Law Making Environment*, in Aa.Vv., *Proceedings of the International Symposium "Legal Knowledge and Legal Reasoning Systems", Tokyo, 24-25 October* 1992, 83 ss.

[21] Gruppo di lavoro per la revisione del manuale regionale di drafting, *Regole e suggerimenti per a redazione dei testi normativi. Manuale per le Regioni promosso dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, con il supporto scientifico dell'Osservatorio legislativo interregionale,* Firenze, terza edizione, dicembre 2007. Si tratta di un manuale promosso dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative regionali e delle Province autonome. I lavori presero le mosse dal Convegno di Palermo del 1989 e terminarono nel dicembre del 1991. Il testo elaborato fu approvato nel 1992 dalla Conferenza che lo aveva promosso e venne pubblicato nello stesso anno dalla Regione Toscana. Fu poi la stessa Conferenza ad invitare sia i Consigli che le Giunte alla adozione formale del Manuale, sollecitando al contempo la predisposizione di un testo

Il confronto tra riflessione scientifica e competenze istituzionali sugli usi dell'informatica legislativa in corso da tempo trova, infatti, una sintesi efficace nel noto seminario di Palermo del 1989, punto di avvio dei lavori per la stesura del citato manuale di legistica (cosiddetto "manuale Rescigno").[22] Si tratta di uno snodo significativo, almeno in termini teorici, come sottolinea Giuseppe Ugo Rescigno: "(...) d'ora in poi è bene che coloro i quali discutono di questioni relative alla tecnica di redazione degli atti normativi dialoghino costantemente con coloro che possono offrire strumenti informatici. Ciò non vuol dire che possiamo diventare tutti esperti in informatica giuridica: vuol dire che l'esperto in diritto collabora con l'esperto in informatica."[23] Una significativa apertura cui a stretto giro fa seguito un ulteriore importante incontro di studi che si tiene a Bologna nel 1992, promosso dall'allora Istituto per la documentazione giuridica del Consiglio nazionale delle ricerche assieme al Centro per l'informatica giuridica dell'Università di Bologna, che indaga a tutto tondo e più in profondità le metodologie e gli strumenti informatici come tecniche normative. Il seminario bolognese, da un lato, innova e apre nuovi percorsi di ricerca; dall'altro, valorizza e raffronta soluzioni già radicate nell'uso, ma in autonomia da singole realtà istituzionali.[24]

unificato ad uso di Regioni, Parlamento e Governo, rielaborato sulla base dei diversi "manuali" al tempo esistenti. Così riferisce G. U. RESCIGNO, *op. cit.*., p. 19. Per Camera, Senato e Presidenza del Consiglio i testi di riferimento sono le Lettere circolari emanate nel 1986 dalle rispettive Presidenze contenenti "Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi", testi aggiornati successivamente, da ultimo nel 2001. Su queste ultime, cfr. lo speciale "Le Circolari di drafting, vent'anni dopo: bilancio e prospettive di aggiornamento" nel n. 1 /2022 di questa Rivista. Un testo unificato dei diversi Manuali di drafting non è stato mai adottato, benché a più riprese e in più occasioni sia riemersa l'esigenza di unificare e rendere omogenee le regole che guidano i nostri legislatori. Secondo Cortelazzo, accademico della Crusca e componente del gruppo di lavoro che ha redatto il "Manuale Rescigno", coloro che sostengono la "inevitabilità di una certa oscurità nella redazione delle leggi non fanno che scoraggiare i tentativi di rendere più accessibile il dettato dei testi normativi e favoriscono sia le prese di posizione di principio contro la necessità di mutare lo stile di redazione sia la pigrizia di chi non vuole cimentarsi in nuovi stili redazionali" (*op. cit.,* 87-88).

[22] Aa.Vv., *Fonti, tecniche legislative e fattibilità delle leggi: materiale preparatorio per le relazioni tenute al Seminario di Palermo del 27-29 aprile 1989,* Quaderni del Servizio studi legislativi e promozione culturale dell'Assemblea regionale siciliana, Palermo, 1992.

[23] G.U. RESCIGNO, *Relazione di sintesi,* in Aa.Vv., *Fonti cit., 753-754*. Al proposito, v. anche *Id., Dal rapporto Giannini alla proposta di manuale unificato per la redazione di testi normativi, adottata dalla Conferenza dei Presidenti dei Consigli regionali*, in C. BIAGIOLI, P. MERCATALI, G. SARTOR (a cura di), *Atti del Seminario IDG-CIRSFID "Tecnica della legislazione: metodologie e strumenti informatici" (Bologna, 4 maggio 1992, Cirfid, Palazzo Gaudenzi, Sala Kelsen*), numero speciale di *Informatica e diritto,* 1, 1993. 13 ss.

[24] L'allora direttore del Centro bolognese, Enrico Pattaro, avviò i lavori affermando: "L'avvento dell'informatica giuridica ha suscitato in origine, per quanto concerne la legislazione, attese eccessivamente ottimistiche così come scetticismi senza fondamento" (9): ottimismo perché le tecnologie informatiche erano viste al tempo da taluni come lo strumento per compiere un "miracolo di sintesi legislativa" (ivi); e scetticismo "vagamente conservatore e presuntuoso di taluni ambienti giuridici digiuni di informatica", secondo cui non ci sarebbe stato bisogno delle intelligenze artificiali, essendo

A livello regionale il "manuale Rescigno" è stato condizionante per l'ingresso delle applicazioni informatiche nel procedimento legislativo, in ragione della scelta in esso contenuta di una elevata standardizzazione dei testi. L'ultima edizione risale oramai al 2007 e si è distinta per una significativa revisione degli aspetti linguistici, tanto che esso è tuttora ritenuto "l'esito più maturo delle riflessioni sulla buona redazione delle leggi"[25]. Esso ha recepito e stimolato a un tempo le sperimentazioni per un utilizzo combinato di tecniche informatiche, logiche e linguistiche morate allla modellizzazione del ragionamento giuridico e del processo legislativo, che ha condotto alla realizzazione dei primi strumenti per l'analisi dei testi giuridici, sotto il profilo stilistico (morfosintattico e lessicale) o strutturale (regole di partizione interna dell'atto legislativo, funzionali sia alla composizione del testo, che al controllo di leggibilità). Questi applicativi, da software di ausilio al redattore dei testi, nel tempo sono evoluti sino a diventare parte di un più ampio "ambiente di normazione" nel quale le ICT hanno consentito l'innesto tendenzialmente di tutte le attività del processo legislativo.[26] Tutti i software realizzati per supportare il redattore o per lo scambio e la pubblicazione di dati all'interno del ciclo regolatorio rispondono a precisi requisiti tecnici, concordati all'interno della comunità scientifica e condivisi a livello istituzionale.

Agli inizi degli anni Novanta le ICT sono, dunque, note e accolte a livello istituzionale come strumenti irrinunciabili nell'attività legislativa, a partire da quella scrittoria e di organizzazione testuale degli atti: una linea programmatica oramai radicata e condivisa, che impone e richiede una paritaria e "fiduciosa" collaborazione tra giuristi e informatici. [27] Come detto, in quegli stessi anni l'informatizzazione fa il suo ingresso nelle attività istituzionali, e vengono riorganizzati gli archivi pubblici, compresi quelli regionali. La gestione di grandi quantità di dati e informazioni è oramai condizionata alla realizzazione di nuovi

già tutti abbastanza intelligenti. Cfr. E. PATTARO, *Introduzione*, in C. BIAGIOLI, P. MERCATALI, G. SARTOR (a cura di), *op. cit.*, 9.

[25] M. CORTELAZZO, *Il linguaggio amministrativo. Principi e pratiche di modernizzazione*, Carocci editore, Roma, 2021, 76.

[26] Tra i primi applicativi dedicati esattamente al drafting legislativo, si ricordino almeno *Iperinflex* e *Lexedit,* progettati e sviluppati agli inizi degli anni 90 presso l'Istituto per la documentazione giuridica (oggi Istituto di informatica giuridica e sistemi giudiziari) del Consiglio nazionale delle ricerche; o l'ambiente di normazione *Norma-Editor*, elaborato dal Cirsfid dell'Università di Bologna. Sulle applicazioni della legimatica (informatica legislativa) v. P. MERCATALI, *Verso una nuova disciplina: la legimatica. Relazione al Seminario IDG-CIRFID "Tecnica della legislazione: metodologie e strumenti informatici",* Bologna 4 maggio 1992, in *Informatica e diritto*, 1, 1993, 43-52; C. BIAGIOLI, P. MERCATALI, *Per la redazione automatica dei testi legislativi,* in *Informatica e diritto*, 1, 1990, 111 ss.; C. BIAGIOLI, P. MERCATALI, G. SARTOR, *Elementi di legimatica,* Padova, Cedam, 1993; M. PALMIRANI, *Norma-System: un sistema informatico per la gestione del ciclo di produzione normativa.* in *Notiziario di informatica*, 3, 2000, 3 ss.

[27] Afferma ancora E. Pattaro: "(...) serve collaborazione fiduciosa dei giuristi con gli informatici, giuristi che in questa figura professionale non riconoscono un proprio simile" (ivi).

sistemi informatici in grado di raccoglierle e trattarle più efficacemente. I nuovi sistemi informativi impegnano le amministrazioni anzitutto sul fronte della standardizzazione dei testi, così che possano essere trattati con strumenti in grado di renderli disponibili e accessibili nell'intero loro ciclo di vita: per gli atti legislativi quindi dalla fase della proposta sino a quella della pubblicazione. I flussi informativi interni alle amministrazioni vengono razionalizzati, e la interoperabilità diventa la chiave di volta per la circolazione dei dati e la comunicazione tra i soggetti a vario titolo coinvolti nei procedimenti anche legislativi.

Evolvono anche gli standard tecnici impiegati nei sistemi normativi. Dal 2001 e per circa un ventennio le banche dati normative delle assemblee legislative regionali - come pure la banca dati della normativa statale vigente "Normattiva" e quelle della Corte suprema di Cassazione – sono state costruite a norma dei cosiddetti "standard Normeinrete", necessari per la modellazione della catena informativa dei documenti giuridici e la gestione delle relative risorse (metadati e thesauri), oltre che per la rappresentazione elettronica e l'identificazione univoca in rete delle risorse documentali dell'intero patrimonio informativo giuridico Questi primi standard sono stati validati dall'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione (AIPA), l'autorità di settore oggi sostituita da una agenzia della Presidenza del Consiglio chiamata Agenzia per l'Italia digitale (AGID).[28] Nel 2019 l'AGID ha allineato al livello internazionale gli standard per il trattamento e la circolazione dell'informazione giuridica nazionale, sostituendo gli "standard Normeinrete" con Akoma Ntoso 1.0, primo livello, per la struttura dei documenti; ELI, ECLI 2.0 (per le sentenze) e URN:LEX per l'identificazione delle risorse giuridiche.[29]

Come detto, nell'ambito di esperienze molto diverse e quindi dei differenti livelli di utilizzo delle ICT, spiccano alcuni esempi virtuosi in ambito regionale, laddove cioè il percorso di informatizzazione è stato avviato per tempo e proseguito con continuità, ma sopratutto è gestito in autonomia dalle amministrazioni. Tra i molti, certamente brilla il Consiglio regionale del Piemonte col suo sistema informativo Arianna, che gestisce i software per la redazione automatica dei testi e per la simulazione dell'impatto normativo (comprensivo di una codifica delle modifiche implicite deducibili dal testo), mediante l'attivazione dei riferimenti normativi; gli applicativi per la costruzione della catena degli atti (normativi e atti amministrativi attuativi); e quelli per la pubblicazione

[28] Circolare AIPA 6 novembre 2001 n. 35 recante "Assegnazione dei nomi uniformi ai documenti giuridici"; circolare AIPA 22 aprile 2002 n. 40, recante "Formato per la rappresentazione elettronica dei provvedimenti normativi tramite il linguaggio di marcatura XML".

[29] Circolare AGID n. 2/2021 cit. In letteratura, v. M. PALMIRANI, *Legislative XML: principles and technical tools*, Roma, Aracne, 2012; *Id., Lexdatafication: Italian Legal Knowledge Modelling in Akoma Ntoso*, in V. RODRÍGUEZ-DONCEL, M. PALMIRANI, M. ARASZKIEWICZ, P. CASANOVAS, U. PAGALLO, G. SARTOr (eds), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems XI-XII,* Springer, 2021, 31 ss.

notiziale dei testi coordinati, tanto che anche le basi di dati accessibili dal web sono integrate nel sistema. Il sistema Arianna è integrato anche con un dossier virtuale, che raccoglie tutti i documenti dell'iter, dalla proposta all'adozione, con un motore che consente la navigazione trasversalmente all'interno di tutta l'attività consiliare (compresi gli atti di sindacato ispettivo). Inoltre, esso dispone di un filtro apposito per gestire le norme di modifica, il quale mostra le diverse versioni degli elementi testuali coinvolti, offrendo al redattore anche note esplicative di ogni singolo intervento di coordinamento. E ancora, il sistema è integrato anche con l'apposita area del sito web istituzionale dedicata alle eventuali consultazionii.[30] Avanzato e con caratteristiche tecniche analoghe al sistema piemontese è poi Demetra, il sistema informativo sviluppato dal Consiglio dell'Emilia-Romagna;[31] così pure il sistema utilizzato dal Consiglio regionale del Friuli Venezia-Giulia.[32] Uno dei punti di forza di questi sistemi di legimatica è la completa integrazione tra le diverse basi di dati, gestite con grande competenza tecnica del personale interno.

Con riguardo invece ai contesti nei quali le tecniche informatiche stentano ancora ad entrare a regime nel processo legislativo, o impiegano soluzioni meno avanzate, occorre segnalare come tratto comune - a contrario rispetto alle realtà più avanzate - che si tratta di ritardi di lungo corso, già rilevati cioè nelle prime indagini sullo stato dell'informatizzazione degli apparati regionali, più in generale[33], o delle assemblee legislative, più in particolare[34], e confermati successivamente.[35]

Poche le iniziative condivise da tutte le assemblee; tra queste, l'apertura sul sito della Conferenza dei parlamenti regionali di una base di dati dei rendiconti dei Consigli, che risale oramai al 2012[36]; e l'attivazione del motore federato per l'accesso unificato alla legislazione regionale dal portale istituzionale Normattiva, avvenuta finalmente nel 2020. Con riguardo a quest'ultima tappa, come

[30] http://arianna.cr.piemonte.it/, su cui v. C. GHIAZZA, M. MARZOLA, *Nuova banca dati Arianna. Il nuovo sistema legimatico del Consiglio regionale del Piemonte,* in *Il Piemonte delle Autonomie*, 3, 2016.

[31] https://demetra.regione.emilia-romagna.it

[32] https://lexview-int.regione.fvg.it/fontinormative/xml/Presentazione.aspx

[33] C. CIAMPI (a cura di), *Rapporto cit.*

[34] C. CIAMPI, *L'uso delle tecnologie informatiche cit.*

[35] Sul punto, v. M. CECCATO, *Banche dati normative e altre banche dati giuridico-istituzionali,* in *Informatica e diritto*, 1, 2016, 153 ss.

[36] Cfr la banca dati RGC (Banca dati Rendiconti Gruppi Consiliari) accessibile dal sito della Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome (*https://www.parlamentiregionali.it/bancadati-rgc/ricerca.php*). L'offerta documentale risponde al requisito tematico della contabilità e rendicontazione delle spese dei gruppi consiliari ed è organizzata secondo le tradizionali categorie dell'informazione giuridica (norme, giurisprudenza, dottrina). La banca dati è alimentata dalla Conferenza che pubblica i documenti ricevuti da regioni e province autonome e, in via autonoma, altri materiali di interesse interregionale.

noto, si tratta di uno sviluppo del progetto originario che offre un servizio pubblico e gratuito che s'innesta in un percorso di lungo corso, ma che ancora oggi non trova compiutezza, perché il motore di ricerca dei files di catalogo delle singole banche dati normative regionali non restituisce i records di tutte le regioni. Probabilmente, esso sconta il mancato adeguamento da parte di alcuni Consigli agli standard tecnici di costruzione o apertura online degli archivi normativi.[37]

Anche questa ultima considerazione pare confermare che dove c'è stato un investimento in termini di indiritto politico e risorse, i sistemi legimatici sono avanzati sotto il profilo tecnico, manutenuti e aggiornati in autonomia, senza che siano previste ulteriori risorse umane o finanziarie, o che si debba ricorrere a competenze esterne. In questi casi cioè le amministrazioni hanno investito anche nelle professionalità necessarie per gestire l'intera attività informatizzata, ritenuta centrale all'interno del processo regolatorio, che infatti sotto molteplici profili ne risulta migliorato. Tra i benefici rilevabili, si apprezzano la riduzione dei tempi per molte attività che prevedono la condivisione di dati, accedendo tutti gli operatori ai medesimi dataset; i risparmi di spesa, poiché il sistema legimatico è manutenuto e aggiornato da personale interno all'ente; una più proficua collaborazione sotto il profilo informativo all'interno degli uffici delle assemblee e con gli uffici delle giunte (nei casi in cui è il sistema è condiviso).

4. Per concludere

Una, se non la prima, causa dei ritardi che si registrano in taluni contesti territoriali in ordine all'impiego delle ICT nel processo legislativo sembrerebbe riconducibile all'assenza di adeguate e continue politiche sulla digitalizzazione; e dunque alla loro debolezza complessiva. All'esatto opposto, laddove l'ingresso delle ICT negli uffici e nei procedimenti è stato supportato dal principio con politiche e finanziamenti significativi, si registrano vere e proprie eccellenze.

I buoni risultati sono stati ottenuti grazie al confronto assiduo tra tutti i protagonisti del processo legislativo, politici e tecnici (giuristi, linguisti, informatici); e lasciano oggi intravedere nuovi traguardi.[38] Ma occorre tenere a

[37] Alla data attuale (giugno 2022) la ricerca non restituisce i dati relativi ad alcune regioni, che dalla maschera risultano "in aggiornamento" (Campania, Sicilia, Sardegna, Trentino-Alto Adige, Provincia autonoma di Bolzano). Per le raccolte normative di alcune regioni, sono rilevati ritardi già in M. CECCATO, *op. cit*., 161. Per un inquadramento costituzionale dell'accesso alle basi dati giuridiche, volendo M. PIETRANGELO, *La conoscibilità della legge per via informatica e telematica*, in *Informatica e diritto*, 2006, 2, 245 ss.

[38] La letteratura è molto ampia, e le sperimentazioni nella ricerca possono ritenersi già mature sul principio degli anni Duemila. Tra i molti approfondimenti, dal tratto più generale o più specifici, v. M. G. LOSANO, *Le tecniche legislative dalla «prudentia legislatoria» all'informatica*, in *Il diritto*

mente che nessuna soluzione tecnica potrà sciogliere da sola i nodi della cattiva regolazione.

L'"approccio generalizzante e unitario alla semplificazione procedimentale e normativa"[39] è stato indicato sovente come uno dei maggiori limiti delle politiche nazionali sul miglioramento della qualità della regolazione, laddove il secondo sarebbe gestibile in via autonoma dai tecnici, i quali possono rimuovere almeno i mali connessi alla cattiva normazione. Se però storicizziamo l'impiego delle diverse tecniche utilizzate per migliorare la qualità regolatoria, comprese quelle ICT, notiamo come la competenza tecnica da sola molto poco abbia potuto, anche in considerazione della mole di lavoro richiestole; oggi finanche la cattiva qualità redazionale è divenuta una questione politica.[40]

Nel 1985 i numeri del personale "addetto all'informatica" nelle amministrazioni regionali sono davvero bassi. Brilla la Lombardia con 160 unità esterne e 29 interne, seguita da Piemonte e Friuli Venezia Giulia con 122 esterni e 11 interni. Gli esterni appartengono a società, associazioni, consorzi, e lavorano sotto contratto per le amministrazioni. Il Molise conta 3 sole unità interne e 18 esterne. In percentuale, considerando il rapporto tra il personale informatico e l'organico complessivo, la Basilicata (5,23%) e la Provincia di Treno (2,37%) sono in testa; ultima la Puglia (0,28%).[41] In ogni caso, gli addetti esterni all'amministrazione prevalgono sul personale interno. In molte realtà, questa situazione non pare essere mutata, ma andrebbe verificata con esattezza, per comprendere quanto essa pesi sulla non autosufficienza di molti enti rispetto a tutte le attività di informatizzazione.[42] A maggior ragione per il futuro, per i sistemi di intelligenza artificiale applicati alla costruzione dei testi giuridici o ad alcune fasi del processo legislativo, per le quali - al pari delle applicazioni del passato

dell'informazione e dell'informatica, 2004, 3, 383 ss.; P. SPINOSA, *Identificazione dei documenti giuridici tramite URNs (Uniform Resource Names)* in *Informatica e diritto*, 2001, 1, 149 ss.; R. BRIGHI, *Linguaggi di marcatura al servizio della produzione normativa*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica,* 2004, 6, 859 ss. E. BOCCALARO, *Sistemi ad Interazione Vocale - Trascrizione Assistita: il sistema CameraVox,* in *Notiziario di informatica*, 2001, 5, p. 13 ss.

[39] Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 21 maggio 2007, prot. 2024/2007, parere su Presidenza del Consiglio dei Ministri Piano di azione per la semplificazione e la qualità della regolazione.

[40] Sulla rilevanza dell'indirizzo politico nelle attività destinate a migliorare la regolazione, da ultimo, v. C. DEODATO, *Le ragioni di nuove istruzioni e raccomandazioni sulla qualità della regolazione: una rinnovata attenzione per il drafting sostanziale,* in questa Rivista, 2022, 1.

[41] Così C. CIAMPI (a cura di), *Rapporto cit.*, pp. 168-169

[42] Sull'assenza di competenze all'interno delle strutture pubbliche, si fa notare nel 2018 una disposizione che dispone l'ingresso nella Presidenza del Consiglio di "esperti in possesso di specifica ed elevata competenza tecnologica e di gestione di processi complessi, nonché di significativa esperienza in tali materie, ivi compreso lo sviluppo di programmi e piattaforme digitali con diffusione su larga scala" (cfr. art. 8, co. 1-*quater*, d. l. n. 135 del 2018).

- occorrerebbero risorse e competenze interne, sostenute da chiari indirizzi politici.[43]

Non è dimostrato che la produzione normativa sia migliorata per il solo fatto che le ICT sono utilizzate nei procedimenti legislativi. Avere testi ordinati ne favorisce la chiarezza e comprensibilità, ma da essa non può discendere per esempio la riduzione dell'oscurità connessa alle pesanti catene normative, stratificate nel tempo e non codificate. Inoltre, il processo legislativo risente di condizionamenti socio-politici che spesso sfuggono a misurazioni di tipo quantitativo, quali la riduzione dello stock normativo complessivo, la riorganizzazione testuale mediante limiti alla consistenza degli atti o operazioni analoghe.[44] Come dimostrato da tempo, la misurazione dell'efficacia di un atto, e della politica complessiva entro cui esso s'innesta, richiederebbe verifiche ben più articolate.[45]

Ciò non toglie che l'ingresso delle ICT nel processo legislativo sia oramai irrinunciabile, specie per la moltiplicazione dei soggetti che intervengono nei processi regolatori, per le quantità di dati scambiati, per la numerosità del titpo di fonti prodotte. In più occasioni è stata richiesta una "strategia unitaria che deve coordinare tutte le iniziative ai vari livelli"[46]; ma occorre anche una sede

[43] Sulla vaghezza e ampiezza della formula IA (e relative numerose applicazioni ad essa riconducibili) utilizzata in ambito giuridico, con conseguenze importanti in termini di certezza giuridica, v. A. BERTOLINI, F. EPISCOPO, *The Expert Group's Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies: A critical assessment,* in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 12(3), 644 ss.; sull'uso di algoritmi di intelligenza artificiale nel processo decisionale pubblico, v. M. ZALNIERIUTE, L. CRAWFORD, J. BOUGHEY, L. BENNETT MOSES, S. LOGAN, *From Rule of Law to Statute Drafting: Legal Issues for Algorithms in Government Decision-Making,* in W. BARFIELD (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms,* Cambridge, Cambridge University Press, 251 ss.

[44] Ricorda G. AMATO, *Principi di tecnica della legislazione,* in M. D'ANTONIO (a cura di) *Corso di studi superiori legislativi, 1988-1989*, Cedam, Padova, 1990, 47 ss. Secondo l'A., la 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" (48).

[45] V. ampiamente H. XANTHAKI, *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation,* Hart Publishing, London, 2014, *passim.* Sul test di efficacia, v. M. MOUSMOUTI, *Making Legislative Effectiveness an Operational Concept: Unfolding the Effectiveness Test as a Conceptual Tool for Lawmaking,* in *European Journal of Risk Regulation,* 2018, 9(3), 445 ss.; Id., *Designing Effective Legislation,* Edward Elgar Publishing, 2019. Sulla valutazione dell'impatto come attività significativa solo se riferita ad una politica complessiva, volendo M. PIETRANGELO, *La valutazione dell'impatto della regolamentazione tra Stato e Regioni*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011, 2011, 53 ss., specialmente 56.

[46] Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 21 maggio 2007, cit. Come noto, il Consiglio di Stato spinge per l'individuazione di livelli minimi di semplificazione fissati dallo Stato in via autonoma e con effetto vincolante per le autonomie territoriali, nel solco di un principio di derivazione costituzionale che imporrebbe qualità della regolazione e semplificazione normativa e amministrativa, sulla scia di altri ordinamenti, come quello francese. Secondo il Consiglio di Stato anche le nostre "sintetiche ed elastiche norme costituzionali" - con una lettura evolutiva e in

di confronto e collaborazione permanente nella quale siano condividise le migliori tecniche e soluzioni, anche per allineare i legislatori regionali tra loro e col legislatore statale. Come è scritto ancora una volta nell'ultimo Piano triennale per l'informatica pubblica, "È strategico, ai fini dell'accelerazione dei processi di trasformazione digitale, che le Amministrazioni in grado di esprimere progettualità e competenze tecniche ed organizzative in relazione ai temi del Piano triennale (ad es. cloud, interoperabilità, design dei servizi…) si propongano come punti di riferimento."[47] Non certo è una novità, dunque non lascerebbe ben sperare, se non fosse per lo strappo della crisi pandemica che ha spinto nuovamente sulla trasformazione digitale di tutte le amministrazioni pubbliche, pena la perdita di competitività (e denari).[48]

Potrebbe essere l'occasione per un rinnovato e duraturo investimento politico sul digitale, capace di innovare anche il procedimento legislativo. Questo almeno si coglie nei documenti sul Piano nazionale di ripresa e resilienza, che ha previsto la costituzione di un'apposita struttura di missione della Presidenza del Consiglio che dovrebbe occuparsi di semplificazione normativa nel lungo periodo, prestando una "(...) particolare attenzione ai fenomeni di digitalizzazione e all'utilizzo di forme di intelligenza artificiale nella stesura, nella formazione e nell'applicazione della regolazione."[49] Vedremo gi esiti tra qualche anno.

chiave di effettività dei diritti e delle libertà fondamentali - potrebbero contenere il principio della qualità della regolazione (CdS, cit.)

[47] Così si legge nel DPCM 20 luglio 2020, Capitolo 8. Governare la trasformazione digitale. Le leve per l'innovazione delle PA e dei territori del Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2020-2022. Il Piano è il documento di indirizzo strategico ed economico in materia di informatica pubblica; esso fissa i principi architetturali fondamentali, le regole di usabilità e interoperabilità, per le amministrazioni pubbliche locali e centrali.

[48] A proposito di accelerazione impressa dal Piano di ripresa e resilienza (PNRR) post pandemia anche alle assemblee legislative regionali, v. le interessanti considerazioni di M. CALLIANI, dirigente del Settore informatica del Consiglio regionale della Toscana, nell'articolo intitolato "PNRR e transizione digitale del Consiglio Regionale Toscana: attori, azioni e soluzioni" del 1/6/2021 (*https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/pnrr-e-transizione-digitale-del-consiglio-regionale-toscana-attori-azioni-e-soluzioni/*).

[49] Tra i molti atti e documenti sul PNRR, che ha investito anche nel miglioramento dei metodi e degli strumenti della legislazione, cfr. qui la *Relazione al Parlamento 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,* del 23 dicembre 2021, 20. La nuova "Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione" ha compiti di semplificazione normativa, quindi distinti dalla già operante Unità per la semplificazione che fa capo al Dipartimento per la funzione pubblica e che si occupa della semplificazione delle procedure amministrative, pure richieste dal PNRR.

STRUMENTI DI TRADUZIONE ASSISTITA E GESTIONE DEL MULTILINGUISMO ISTITUZIONALE NEL PROCESSO LEGISLATIVO EUROPEO. PROSPETTIVE DI DIRITTO COSTITUZIONALE*

ENRICO ALBANESI**

Sommario

1. Prospettive di diritto costituzionale, ambito ed ipotesi di ricerca. – 2. La gestione del multilinguismo istituzionale nelle procedure decisionali europee: la buona qualità della legislazione come presupposto di un'efficace traduzione degli atti normativi e le competenze giuridiche e linguistiche degli apparati delle Istituzioni europee. – 3. Gli strumenti di traduzione assistita (*CAT tools*) in uso nelle procedure decisionali europee. – 4. Dimostrazione delle ipotesi di ricerca: *a*) i risultati offerti dai *CAT tools* sono trasparenti, a condizione che un umano (esperto) sia incaricato di verificarne i risultati; – 5. (*segue*): *b*) residua sufficiente spazio per l'intelligenza umana; – 6. (*segue*): *c*) i *CAT tools* contribuiscono a ridurre problemi in sede di attuazione interna degli atti normativi dell'Unione europea. – 7. Conclusioni.

Abstract

The essay analyses, from a perspective of constitutional law, the role of computer-assisted translation (CAT) tools to deal with multilingualism within the EU legislative process. The essay suggests that CAT tools are of a great help in translating EU legal acts; they are transparent, provided that human experts are in charge and verify the output of the software; they do not jeopardise the role of human intelligence. At the same time, they can play an important role also with regard to the implementation/transposition of EU legal acts.

Suggerimento di citazione

E. ALBANESI, *Strumenti di traduzione assistita e gestione del multilinguismo istituzionale nel processo legislativo europeo. Prospettive di diritto costituzionale,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

Si desidera qui ringraziare Ingemar Strandvik, *Quality Manager* presso la Direzione generale della Traduzione della Commissione europea, e Mads Nyegaard Outzen, Capo dell'Unità Strategia e Innovazione presso la Direzione generale della Traduzione del Parlamento europeo. Di ogni mancanza, l'Autore resta l'unico responsabile.

** 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 2/2022
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. Prospettive di diritto costituzionale, ambito ed ipotesi di ricerca

Scopo del presente saggio è analizzare, da una prospettiva di diritto costituzionale, l'utilizzo di strumenti di traduzione assistita (in inglese: *computer-assisted translation tools* o *CAT tools*) nelle procedure decisionali europee, attraverso uno sguardo che abbracci però l'intero processo legislativo europeo, comprensivo cioè dell'attuazione nel diritto interno degli atti normativi dell'Unione europea.

Occorre quindi preliminarmente spiegare in che senso l'analisi degli strumenti di traduzione assistita è qui svolta secondo prospettive di diritto costituzionale; definire l'ambito di ricerca («procedure decisionali europee» e «processo legislativo europeo») e dare conto delle ragioni di tale delimitazione; esporre le ipotesi di ricerca che, proprio nella prospettiva di diritto costituzionale, si vogliono qui dimostrare.

Quanto alle prospettive di diritto costituzionale, l'analisi è qui svolta secondo una duplice traiettoria.

Innanzitutto, quella dell'analisi di strumenti basati sull'intelligenza artificiale (nei limiti in cui, per quanto qui interessa, *alcuni* dei *CAT tools* in uso presso le Istituzioni europee possano definirsi come tali[1]), che sembra costituire ormai una delle sfide con cui è chiamato oggi prepotentemente a misurarsi il diritto costituzionale: il «potere immenso» dell'intelligenza artificiale («con caratteristiche che lo rendono particolarmente sfuggente rispetto alle tradizionali forme di controllo e limitazione») richiama infatti la «originale vocazione del costituzionalismo, tesa ad una reale e concreta limitazione dei poteri in funzione di una efficace garanzia dei diritti»[2].

[1] La proposta di *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, COM(2021) 206 final definisce «sistema di intelligenza artificiale» «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono». Le tecniche/approcci di cui all'allegato I sono: approcci di apprendimento automatico; approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza; approcci statistici, stima bayesiana, metodi di ricerca e ottimizzazione.

[2] Così C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale,* in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2019, 178. Analogamente, O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society* e A. SIMONCINI, E. LONGO, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, entrambi in H.-W. MICKLITZ, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor, G. De Gregorio (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, rispettivamente 6 e 30, nonché B. CARAVITA DI TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale,* in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica,* Giuffrè, Milano, 2020, 461.

Tra i tanti "parametri" (*in primis* etici[3] e poi, per quanto più interessa in questa sede) giuridici[4], alla luce dei quali i fenomeni di intelligenza artificiale sembrano doversi giudicare in chiave costituzionalistica, due paiono particolarmente appropriati per valutare gli strumenti di traduzione assistita e verranno utilizzati in questa sede per farlo. Si tratta del "parametro" della trasparenza/spiegabilità, intesa come interesse a capire come e perché attraverso l'intelligenza artificiale sia data una certa risposta o sia stata presa una certa "decisione"[5]; e quello della sussidiarietà, da leggersi come necessità che l'intelligenza artificiale costituisca un utile supporto all'intelligenza umana ma non giunga a costituire un'integrale sostituzione di quest'ultima[6].

In secondo luogo, sta l'angolazione costituita dallo studio delle modalità di produzione legislativa: settore che partecipa dell'essenza stessa della scienza costituzionalistica[7], anche nelle declinazioni, ormai stabilmente consolidatesi, aventi ad oggetto il sistema delle fonti e le procedure decisionali non solo statali ma anche dell'Unione europea[8].

In quest'ottica, con riguardo al multilinguismo e agli strumenti di traduzione assistita, sembra interessante ragionare del diritto dell'Unione europea anche dalla prospettiva interna perché un'efficace attuazione di quest'ultimo negli ordinamenti degli Stati membri discende anche dalle scelte terminologiche compiute dal legislatore nazionale, che però a loro volta dipendono da quelle compiute dal legislatore europeo nella versione del testo normativo tradotto nella lingua ufficiale di quello Stato membro.

[3] Cfr. L. D'AVACK, *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici,* in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale,* cit., specie 19 ss.

[4] Cfr. G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto,* in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale,* cit., specie 84 ss.

[5] *Ibidem* ma anche B. CARAVITA DI TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale,* cit., 466 ss.

[6] Così C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro,* in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2019, 720 ss. Sulla sussidiarietà della decisione algoritmica (specie con riferimento alla decisione politica) cfr. in particolare A. CARDONE, *"Decisione algoritmica"* vs. *decisione politica?* A.I. *Legge Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 94 ss. e 119.

[7] Sin dagli scritti di Hans Kelsen, la costituzione in senso materiale è concepita come la norma positiva o le norme positive da cui è regolata la produzione delle norme giuridiche generali. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Prima edizione 1934, Seconda edizione 1960 (trad. it. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Giulio Einaudi editore, Torino, 1990, 251 ss.).

[8] Si vedano, ad esempio, gli studi in prospettiva costituzionalistica sulle fonti del diritto (interne e dell'Unione europea) e sui procedimenti legislativi interni e sulle procedure decisionali dell'Unione europea, di P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea,* Giappichelli, Torino, 2019, specie 220 ss. e 274 ss., di R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea,* Il Mulino, Bologna, 2015, specie 166 ss. e 235 ss. nonché di A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni,* Giappichelli, Torino, 2014.

Quanto all'ambito della ricerca, l'analisi dell'uso dei *CAT tools* è qui condotta con riferimento alle procedure decisionali europee[9], dunque alle procedure volte all'adozione di atti dell'Unione europea (in particolare, per semplicità espositiva, si assumerà qui come riferimento, in quanto esemplare, la procedura legislativa ordinaria). La ragione di tale delimitazione risiede ovviamente nel fatto che gli strumenti di traduzione assistita sono utilizzati dalle Istituzioni *europee* nell'ambito delle procedure decisionali *europee* in quanto funzionali alla realizzazione del principio del multilinguismo degli atti *dell'Unione europea*.

Ciò non toglie, come si accennava e per le ragioni che si dicevano, che uno sguardo verrà dedicato all'intero processo legislativo europeo, comprensivo cioè anche dell'attuazione *nel diritto interno* degli atti normativi dell'Unione europea[10].

Quanto alle ipotesi di ricerca che si intendono dimostrare in questa sede, alla luce delle prospettive di diritto costituzionale sopra delineate e dell'ambito così tracciato, esse sono le seguenti: alla luce del "parametro" della trasparenza/spiegabilità, i *CAT tools* in uso presso le Istituzioni europee appaiono trasparenti, a condizione che un umano (esperto) sia incaricato di verificarne i risultati (paragrafo 4); alla luce del "parametro" della sussidiarietà, gli strumenti di traduzione automatica non paiono dunque arrecare alcun pregiudizio al ruolo dell'intelligenza umana (paragrafo 5); nella prospettiva dell'ordinamento interno, i *CAT Tools* paiono svolgere un ruolo di ausilio anche in vista dell'attuazione interna degli atti normativi europei (paragrafo 6).

Prima di tentare di dimostrare tali ipotesi, appare indispensabile a questo punto descrivere come il multilinguismo istituzionale viene gestito (paragrafo 2) e quali sono gli strumenti di traduzione assistita in uso (paragrafo 3) nelle procedure decisionali europee.

2. La gestione del multilinguismo istituzionale nelle procedure decisionali europee: la buona qualità della legislazione come presupposto di un'efficace traduzione degli atti normativi e le competenze giuridiche e linguistiche degli apparati delle Istituzioni europee

Nonostante l'assenza di base giuridica per un'azione dell'Unione europea di protezione e promozione del multilinguismo, il multilinguismo istituzionale è l'ambito in cui si è sviluppata «una vera politica europea del multilinguismo,

[9] Cfr. per tutti P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea,* cit., 220 ss.

[10] Alcuni Autori, con riguardo ai procedimenti decisionali riguardanti i rapporti tra ordinamento statale e Unione europea, hanno parlato di «procedimenti euro-nazionali». Cfr. A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale,* cit.

ancorata a solidi principi giuridici», riguardanti il diritto all'uso della lingua dei Trattati a scelta del cittadino nei rapporti con le Istituzioni europee (art. 41, paragrafo 4, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – CDFUE, e art. 24 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE), il principio dell'uguale valore delle lingue nel diritto primario (art. 55 Trattato sull'Unione europea – TUE) e l'attribuzione al Consiglio della funzione di fissare, con regolamenti deliberati all'unanimità, il regime linguistico delle Istituzioni dell'Unione (art. 342 TFUE)[11].

Il regime linguistico è fissato dal regolamento del Consiglio del 15 aprile 1958, n. 1 dove, per quanto più interessa in questa sede, si dispone che i regolamenti e gli altri testi di portata generale sono redatti nelle lingue ufficiali (art. 4) che, ai sensi dell'art. 1, sono oggi ventiquattro; e che la *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* è pubblicata nelle lingue ufficiali (art. 5)[12].

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha fissato nel corso del tempo alcuni importanti principi che rilevano ai fini della presente ricerca. La Corte ha ricondotto il principio del multilinguismo al «principio fondamentale della certezza del diritto», che impone che una normativa consenta agli interessati di conoscere esattamente la portata degli obblighi che essa prescrive loro: elemento, questo, «che può essere garantito esclusivamente dalla regolare pubblicazione della suddetta normativa nella lingua ufficiale del destinatario»[13]. Ed ha affermato il fondamentale principio per cui, in caso di discordanze tra le versioni linguistiche dei Trattati o degli atti derivati, nessuna delle versioni prevale sulle altre, in ragione dell'esigenza di uniforme applicazione del diritto UE: l'esigenza che l'atto dell'Unione europeo sia applicato e quindi interpretato in modo uniforme, scrive la Corte, «esclude la possibilità di considerare isolatamente una delle versioni, e rende al contrario necessaria l'interpretazione basata sulla reale volontà del legislatore e sullo scopo da questo perseguito, alla luce di tutte le versioni linguistiche»[14]. La Corte ha tuttavia precisato come il principio del multilinguismo istituzionale non implichi un principio generale che garantisca a ogni cittadino il diritto a che tutto quello che potrebbe incidere sui suoi interessi sia redatto nella sua lingua in ogni

[11] Così J. ZILLER, *Lingue e politica linguistica nell'Unione europea,* in AA.VV., *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, 29.

[12] Cfr. Regolamento (CE) n. 1/1958 che stabilisce il regime linguistico della Comunità economica europea, come da ultimo modificato dal Regolamento (UE) n. 517/2013 del Consiglio del 13 maggio 2013.

[13] Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande sezione), sentenza 11 dicembre 2007, C-161/06, *Skoma-Lux*, punto 38.

[14] Cfr. Corte di giustizia, sentenza 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*, punti 3-4.

caso[15]. Sull'interpretazione degli atti dell'Unione europea attraverso la comparazione delle varie versioni linguistiche si tornerà oltre[16].

Per comprendere come il multilinguismo istituzionale viene gestito dalle Istituzioni nel corso delle procedure decisionali europee (cioè, in altri termini, come a tal fine sono organizzate le competenze giuridiche e linguistiche degli apparati delle Istituzioni nelle varie fasi delle procedure decisionali), occorre tener presente un elemento di fondo: il fatto cioè che un'efficace traduzione degli atti normativi nelle varie versioni linguistiche dell'Unione europea sia favorito da una buona qualità del testo normativo, che rende particolarmente rilevante la regola generale per cui la redazione degli atti normativi deve essere chiara, semplice e precisa[17].

Tale elemento è espressamente rimarcato nella *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*[18] nella quale si sottolinea come «l'estensore di atti generali deve tenere costantemente presente il fatto che il testo deve conformarsi al regolamento n. 1 del 1958 del Consiglio, il quale prescrive l'uso di tutte le lingue ufficiali negli atti giuridici. Ciò comporta esigenze supplementari rispetto a quelle proprie della redazione dei testi legislativi nazionali» (punto 5.1). In particolare «il testo originale deve essere particolarmente semplice, chiaro e diretto, in quanto qualsiasi complessità eccessiva e qualsiasi ambiguità anche lieve possono causare imprecisioni, approssimazioni o veri e propri errori di traduzione in una o più d'una delle altre lingue dell'Unione» (punto 5.2) e «l'impiego di espressioni e locuzioni — e in particolare di termini giuridici

[15] Cfr. Corte di giustizia, sentenza 9 settembre 2003, C-361/01, *Kik c. UAMI*, punto 82. Ciò implica che, «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere utilizzati come lingue di lavoro un numero più ridotto di idiomi per garantire il funzionamento efficace di alcuni organismi». Cfr. J. ZILLER, *Lingue e politica linguistica nell'Unione europea,* cit., 33. Sul fatto che una tale limitazione debba essere però basata su elementi oggettivamente verificabili ed essere proporzionata alle reali esigenze del servizio, cfr. da ultimo Corte di giustizia, sentenza 26 marzo 2019, C-621/16 P., *Commissione europea* c. *Repubblica italiana*.

[16] Cfr. *infra*, paragrafo 5.

[17] Sul punto cfr. in particolare I. STRANDVIK, *Legal Harmonization Through Legal Translating: Texts that Say the Same Thing?,* in C.J.W. BAAIJ (ed.), *The Role of Legal Translation in Legal Harmonization*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, 35 ss., M. GUGGEIS, *I giuristi linguisti e le sfide per garantire concordanza, qualità redazionale e correttezza terminologica giuridica nei testi normativi dell'Unione europea,* in AA.VV., *Il linguaggio giuridico nell'Europa delle pluralità*, cit., 58 s. e W. ROBINSON, *Polishing what others have written: the role of the European Commission's legal revisers in drafting European Community legislation,* in *Loophole. The Journal of the Commonwealth Association of Legislative Counsel,* 2007, 74.

[18] Cfr. *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea,* Unione europea, 2015.

— legati troppo intimamente a una determinata lingua o a un determinato ordinamento giuridico rischia di creare difficoltà di traduzione» (punto 5.3)[19].

Un esempio per comprendere come l'ambiguità di termini (o comunque l'utilizzo di termini giuridici legati troppo intimamente a una determinata lingua o a un determinato ordinamento giuridico) rischi di creare difficoltà di traduzione[20], è dato dall'utilizzo del termine inglese «Act» in alcune proposte della Commissione. Termine che è stato usato, ad esempio, nei titoli di proposte quali la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC* (COM(2020) 825 final), la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fail markets in the digital sector (Digital Markets Act)* (COM(2020) 842 final) oppure la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework of measures for strengthening Europe's semiconductor ecosystem (Chips Act)* (COM(2022) 46 final).

Come è noto, nella lingua inglese ed in particolare nel contesto degli ordinamenti anglosassoni, il termine giuridico «Act» indica la legge parlamentare ma nell'ordinamento dell'Unione europea non corrisponde ad alcun tipo di fonte del diritto prevista dai Trattati. Ed è quindi inevitabile che in un caso del genere si generino problemi in fase di traduzione.

Ad esempio, nella traduzione italiana delle prime due proposte, il termine «Act» è stato tradotto con «legge» (rispettivamente: «legge sui servizi digitali» e «legge sui mercati digitali»); mentre, nella traduzione della terza proposta, il termine è stato tradotto con «normativa» («normativa sui chip»). Lo stesso termine, nella sua ambiguità, ha dunque generato una differente traduzione nella stessa versione linguistica, costituendo questo un elemento assolutamente da evitare alla luce del principio della certezza del diritto. Per non parlare dei problemi che una siffatta situazione genera nel confronto tra le varie versioni linguistiche di quella proposta.

Le esigenze di inscindibile legame tra la dimensione della buona qualità della legislazione e quella della traduzione multilinguistica si riflettono sul modo in cui sono organizzate le competenze giuridiche e linguistiche degli

[19] Su tali regole e sulla loro rilevanza per la gestione del multilinguismo, cfr. F. DREXLER, *La qualità del diritto alla prova del multilinguismo come fattore di complessità della procedura legislativa,* in AA.VV., *Il linguaggio giuridico nell'Europa delle pluralità*, cit., 43 ss.

[20] Altri esempi possono trovarsi nell'Allegato 2 del Rapporto finale dello studio sulla concordanza multilinguistica svolto nel 2015 dalla Direzione generale della Traduzione della Commissione europea. Cfr. European Commission, Directorate-general for translation, *Study on multilingual concordance. Final report,* 27 February 2015, DGT.A/ (2015)1190875,

apparati delle Istituzioni nelle varie fasi delle procedure decisionali[21], per illustrare le quali, per semplicità espositiva, si assumerà qui come riferimento, in quanto esemplare, la procedura legislativa ordinaria di cui agli artt. 289 e 294 TFUE (cfr. Figura 1). Procedura che, come è noto, si caratterizza essenzialmente per l'iniziativa, costituita dalla predisposizione della proposta legislativa da parte della Commissione europea e dalla sua presentazione al Parlamento europeo ed al Consiglio; e per l'adozione dell'atto, costituita da una prima lettura, una seconda lettura, una fase di conciliazione ed una terza lettura da parte del Parlamento europeo e del Consiglio.

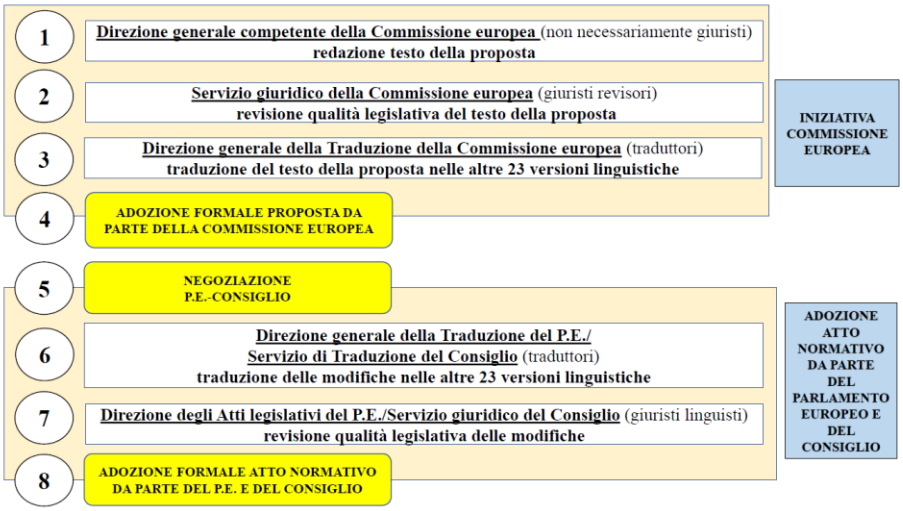

Figura 1 – Competenze giuridiche e linguistiche degli apparati delle Istituzioni europee nel procedimento legislativo ordinario

Nella fase dell'iniziativa, il testo della proposta è redatto da parte della Direzione generale della Commissione che è competente nella materia su cui verte la proposta. Questo significa che il testo non è necessariamente redatto da giuristi, né tantomeno che esso è necessariamente redatto da giuristi esperti di

[21] Su tale nesso (in particolare sul ruolo dei giuristi revisori/giuristi linguisti) cfr. M. GUGGEIS, W. ROBINSON, *'Co-revision': legal-Linguistic Revision in the European Union 'Co-decision' Process,* in C.J.W. BAAIJ (ed.), *The Role of Legal Translation in Legal Harmonization*, cit., 51 ss.; nonché (in particolare sul ruolo dei traduttori) I. STRANDVIK, *Is there scope for a more professional approach to EU multilingual lawmaking?,* in *The Theory and Practice of Legislation,* 2014, No. 2, 211 ss. e ID., *On Quality in EU Multilingual Lawmaking,* in S. ŠARČEVIĆ (ed.), *Language and Culture in EU Law. Multidisciplinary Perspectives,* Ashgate, Farnham, 2016, 141 ss.

drafting[22]. Si tratta in definitiva di un modello "decentralizzato" di scrittura dei testi normativi dove il *drafting* è affidato non ad un apparato unico centrale (come avviene nel Regno Unito con l'*Office of Parliamentary Counsel*) ma alla Direzione generale competente (come avviene nei Paesi dell'Europa continentale con gli Uffici legislativi dei singoli Ministeri)[23]. Rispetto al modello continentale[24], l'assetto organizzativo adottato nell'Unione europea ha però il pregio di coinvolgere istituzionalmente esperti di *drafting*, se non direttamente nel momento della prima scrittura del testo normativo (come avviene nel Regno Unito), comunque in una fase "a monte" del processo di scrittura dello stesso.

La revisione giuridica del testo della proposta è condotta poi dal Servizio giuridico della Commissione: sia sui profili giuridici della materia oggetto di disciplina, da parte di un giurista esperto in tale ambito; sia sui profili di qualità della legislazione, da parte di funzionari esperti di *drafting* e che presso la Commissione sono chiamati "giuristi revisori" (*legal revisers*). Scopo della revisione non è solo il miglioramento della qualità della legislazione in quanto tale ma, come si è accennato, questa è intesa come funzionale a favorire la traduzione nelle altre ventitré lingue ufficiali dell'Unione[25].

La traduzione è quindi a questo punto affidata alla Direzione generale della Traduzione, dove tale compito è svolto da traduttori[26], con l'ausilio di *CAT tools*, come si vedrà specificamente in seguito[27].

Una volta tradotto nelle altre ventitré lingue ufficiali dell'Unione europea, il testo della proposta è formalmente approvato dalla Commissione europea.

A questo punto, ha inizio la fase dell'adozione dell'atto che, come si è sopra ricordato, consiste in quella negoziazione tra il Parlamento europeo e il Consiglio che, attraverso le varie letture, conduce all'adozione formale dell'atto normativo da parte dei due organi.

All'interno di ciascun organo, le modifiche approvate sono tradotte in ciascuna delle lingue ufficiali dalla Direzione generale della Traduzione del Parlamento europeo e dal Servizio di Traduzione del Consiglio.

[22] Come notano W. ROBINSON, *Polishing what others have written,* cit., 71-72 e 74-75 e I. STRANDVIK, *Is there scope for a more professional approach to EU multilingual lawmaking?,* cit., 218.

[23] Su tali differenti modelli di scrittura dei testi normativi, cfr. C. STEFANOU, *Comparative Legislative Drafting. Comparing across Legal Systems,* in *European Journal of Law Reform,* 2016, No. 2, 123-138.

[24] In senso critico su tale modello, sia consentito il rinvio a E. ALBANESI, *Parliamentary Scrutiny of the Quality of Legislation in Europe,* in *Statute Law Review,* 2021, No. 3, specie 317 ss.

[25] Sul ruolo dei giuristi revisori cfr. W. ROBINSON, *Polishing what others have written,* cit., 73 ss.

[26] Sul ruolo dei traduttori cfr. I. STRANDVIK, *Towards a More Structured Approach to Quality Assurance: DGT's Quality Journey,* in F. PRIETO RAMOS (ed.), *Institutional Translation for International Governance. Enhancing Quality in Multilingual Legal Communication*, Bloomsbury, London, 2017, 51 ss.

[27] Cfr. *infra*, paragrafo 3.

A ciò fa seguito la revisione della qualità legislativa delle modifiche approvate. La revisione è svolta da parte di funzionari che, secondo una terminologia differente rispetto a quella della Commissione, sono chiamati "giuristi linguisti" (*lawyer-linguists*)[28] e che operano presso la Direzione degli Atti legislativi della Direzione generale della Presidenza presso il Parlamento europeo ed il Servizio giuridico presso il Consiglio.

Il testo normativo è formalmente adottato quando Parlamento europeo e Consiglio convergono sullo stesso testo, attraverso una prima lettura, una seconda lettura, una fase di conciliazione ed una terza lettura. Di norma, l'accordo avviene già alla prima lettura.

3. Gli strumenti di traduzione assistita (*CAT tools*) in uso nelle procedure decisionali europee

Gli strumenti informatici in uso nelle procedure decisionali europee sono sostanzialmente di due tipi.

Da un lato, stanno gli "ordinari" programmi di video-scrittura *Microsoft Word* nel momento della redazione dell'atto, su cui è comunque utile spendere qualche parola in questa sede; dall'altro, gli strumenti di traduzione assistita nel momento della traduzione dell'atto, che qui costituiscono principale oggetto di interesse.

I programmi di video-scrittura *Microsoft Word* sono particolarmente utili ai fini della redazione dell'atto dal punto di vista della sua qualità legislativa. In particolare, l'atto viene redatto attraverso dei modelli (*templates*), predisposti dal Servizio giuridico, che, per ogni tipo di atto, forniscono delle formulazioni standard da utilizzare. Nel medesimo momento della redazione, tali programmi forniscono anche un ausilio dal punto di vista linguistico: occorre infatti ricordare che il "testo base" su cui si svolgono le negoziazioni[29] è redatto generalmente in inglese[30] (a volta in francese), chi lo redige non è necessariamente madre-lingua ed i programmi di video-scrittura offrono quindi utile ausilio per risolvere problemi linguistici concernenti lo *spelling*, la grammatica o lo stile del testo[31]. Un profilo, questo, che, nell'ottica delle riflessioni sopra condotte, non può che contribuire alla qualità della legislazione stessa ed alla successiva traduzione nelle varie versioni linguistiche.

[28] Sul ruolo dei giuristi linguisti cfr. M. GUGGEIS, *I giuristi linguisti e le sfide*, cit., 57 ss.

[29] *Ivi*, 56.

[30] Sulle questioni poste dall'utilizzo dell'inglese, cfr. B. POZZO, *English as a Legal Lingua Franca in the EU Multilingual Context,* in C.J.W. BAAIJ (ed.), *The Role of Legal Translation in Legal Harmonization*, cit., 183 ss.

[31] Cfr. W. ROBINSON, *Polishing what others have written,* cit., 80.

Come si diceva, sono però i *CAT tools*[32] (specie ove basati sull'intelligenza artificiale) ad essere particolarmente di interesse in questa sede, in quanto strumenti particolarmente efficaci per la gestione del multilinguismo[33]. Non va infatti dimenticato che, a fronte delle ben cinquecentocinquantadue possibili combinazioni linguistiche nelle ventiquattro lingue ufficiali dell'Unione europea, le potenzialità offerte dall'intelligenza artificiale di apprendere dall'utilizzo del vastissimo materiale linguistico memorizzato in formato digitale, possono costituire un potente ausilio per giungere a risultati cui le limitate capacità umane non potrebbero aspirare[34].

Presso le Istituzioni europee è in uso il *software* di traduzione assistita denominato *SDL Trados Studio*: si tratta di un programma disponibile in commercio che le Istituzioni europee hanno adattato alle proprie specifiche esigenze. Tale *software*[35] si basa sull'apprendimento derivante dall'utilizzo della memoria di traduzione EURAMIS (*European Advanced Multilingual Information System*) e della banca dati terminologica IATE (*Interactive Terminology for Europe*)[36].

EURAMIS[37] è una memoria di traduzione (*translation memory*), cioè una banca dati contenente segmenti di traduzioni compiute in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea a partire dagli anni Novanta. I segmenti sono più di un miliardo: trattasi di traduzioni principalmente di atti normativi ma non solo. Tali segmenti sono peraltro accompagnati da metadati idonei ad identificare il contesto in cui quel segmento era collocato.

IATE[38] è una banca dati terminologica (*termbase*) condivisa dalle Istituzioni europee nella quale sono confluiti più di otto milioni di termini in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea ed informazioni riguardanti più di un milione

[32] Per una panoramica degli strumenti di traduzione assistita ed automatica cfr. M. NALDI, *Traduzione automatica e traduzione assistita,* Società Editrice Esculapio, Bologna, 2014.

[33] Sui *CAT tools* basati su approcci di apprendimento ai fini della gestione del multilinguismo, cfr. A. PYM, *Translation as an Instrument for Multilingual Democracy,* in *Critical Multilingualism Studies,* 2013, specie 92 ss.

[34] Cfr. V. MAVRIČ, *Controlling Complexity – Resource-Efficient Translation in the European Parliament,* in *International Journal of Translation,* 2016, 101 ss.

[35] Sulle caratteristiche di tali programmi ed in particolare su quelle di *SDL Trados Studio*, cfr. C. LECCI, E. DI BELLO, *Usare la traduzione assistita,* CLUEB, Bologna 2012, nonché E. DI BELLO, C. LECCI, E. ZANCHETTA, *Traduzione automatica e traduzione assistita,* in G. BERSANI BERSELLI (a cura di), *Usare la traduzione automatica,* CLUEB, Bologna, 2011, specie p. 47 ss.

[36] Cfr. I. STRANDVIK, *Digital transformation and institutional translation – change and challenges,* in J.-M. DALLA-ZUANNA, C. KURZ (eds.), *Translation Quality in the Age of Digital Transformation,* BDÜ, Berlin, 2020, 466 ss.

[37] Cfr. V. MAVRIČ, *Controlling Complexity,* cit.

[38] Cfr. *https://iate.europa.eu/home*. Sulle potenzialità (massime per il giurista, minori per il linguista o il traduttore) di IATE, cfr. M. BARBERA, E. CORINO, C. ONESTI, *Linguistica giuridica italiana* on line. *Dalle banche dati alla linguistica dei* corpora, in AA.VV., *Il linguaggio giuridico nell'Europa delle pluralità,* cit., 123 ss.

di questi (quali, ad esempio, la fonte del termine, la sua definizione e la fonte della definizione, la collocazione del termine nel contesto). La presenza di tali informazioni *sui* termini differenzia dunque la banca dati IATE da un comune dizionario[39]. La banca dati è parzialmente disponibile al pubblico. I dati contenuti in IATE sono inseriti per la maggior parte da traduttori e terminologi che lavorano nei servizi linguistici delle Istituzioni dell'Unione europea e in misura minore da contraenti esterni. La banca dati presenta in molti casi dei duplicati dello stesso concetto perché fino al 2004 ogni Istituzione aveva una propria banca dati terminologica, poi confluite appunto in IATE. I terminologi lavorano a "consolidare" il materiale presente, eliminando pian piano i duplicati o le voci ritenute di scarsa qualità.

4. Dimostrazione delle ipotesi di ricerca: *a*) i risultati offerti dai *CAT tools* sono trasparenti, a condizione che un umano (esperto) sia incaricato di verificarne i risultati;

Appare ora possibile cercare di dimostrare le ipotesi di ricerca sopra avanzate.

Le prime due, come si ricorderà, riguardavano l'utilizzo dell'intelligenza artificiale alla luce del "parametro" della trasparenza/spiegabilità, intesa come interesse a capire come e perché attraverso l'intelligenza artificiale sia data una certa risposta o sia stata presa una certa "decisione"; e quello della sussidiarietà, da leggersi come necessità che l'intelligenza artificiale costituisca un utile supporto all'intelligenza umana ma non giunga a costituire un'integrale sostituzione di quest'ultima. La terza concerneva invece il contributo che gli strumenti di traduzione assistita possano apportare al fine di ridurre problemi nel momento dell'attuazione interna del diritto dell'Unione europea.

Sebbene di per sé non sia possibile comprendere le ragioni per cui il *software* abbia generato una determinata traduzione, i *CAT tools*, in uso presso le Istituzioni europee, possono dirsi trasparenti, a condizione che un umano (esperto) sia incaricato di verificarne i risultati.

Come si è sopra notato, i segmenti contenuti nella banca dati EURAMIS sono accompagnati da metadati idonei ad identificare il contesto in cui quel segmento era collocato e che i termini contenuti nella banca dati IATE sono dotati di informazioni circa la fonte del termine, la sua definizione e la fonte della definizione, la collocazione del termine nel contesto. Questo significa, dal lato della trasparenza tecnologica, che, risalendo alla banca dati EURAMIS o IATE, è possibile verificare il contesto del segmento/termine e delle sue traduzioni e quindi consentire ad un umano esperto, traduttore o giurista-linguista, di verificare se il *software* abbia compiuto la scelta di traduzione corretta. Dal

[39] Su tale profilo, cfr. in particolare M. CHROMÁ, *A Dictionary for Legal Translation,* in C.J.W. BAAIJ (ed.), *The Role of Legal Translation in Legal Harmonization*, cit., specie 123 s.

lato della affidabilità della traduzione, questo significa che grazie ai metadati è possibile contestualizzare la traduzione svolta in modo automatico e quindi in qualche modo saggiarne l'affidabilità[40].

In secondo luogo, è interessante notare come nel portale pubblico di IATE si dia francamente conto del fatto che il grado di affidabilità dei termini contenuti nella banca dati non sia assoluto ma dipenda dalla sua provenienza e dalla maggiore o minore presenza di informazioni riguardanti il termine stesso, avvertendosi dunque l'utente di *non accogliere acriticamente* i termini a date condizioni e di *fare affidamento sul proprio giudizio*[41].

5. (*segue*): *b*) residua sufficiente spazio per l'intelligenza umana;

Quanto appena notato circa i *caveat* che il portale pubblico IATE si premura di illustrare, conducono direttamente a dimostrare la seconda ipotesi di ricerca: i risultati offerti dai CAT tools, in uso presso le Istituzioni europee, lasciano sufficiente spazio per l'intelligenza umana. Come è stato notato, in questo campo siamo ben lungi dal trovarci in una situazione di *singularity*, cioè il punto in cui le macchine non hanno più bisogno dell'uomo[42].

Questo su almeno tre versanti, il primo linguistico, il secondo ed il terzo più strettamente giuridici.

Il primo è quello della traduzione. Nella pratica quotidiana delle Istituzioni europee, il risultato prodotto dagli strumenti di traduzione assistita costituisce infatti solo un ausilio per l'attività di traduzione, grazie alle potenzialità dell'intelligenza artificiale di poter apprendere dall'utilizzo del vastissimo materiale linguistico memorizzato in formato digitale. Tuttavia, tale risultato è a valle controllato dai traduttori in servizio presso le Istituzioni. In definitiva, gli strumenti di traduzione assistita sono indubbiamente utili ma possono non essere

[40] Sottolineano la preferenza delle banche dati rispetto a semplici dizionari *online*, quando si ha a che fare con un linguaggio specialistico come quello giuridico, M. BARBERA, E. CORINO, C. ONESTI, *Linguistica giuridica italiana* on line, cit., 130 nonché M. GAZZOLA, *Può la traduzione automatica favorire il plurilinguismo nell'Unione europea post-Brexit?* in *Italiano digitale,* 2021, 133.

[41] É utile qui riportare quanto contenuto, tra le FAQ del portale IATE, alla domanda *Quanto sono affidabili i termini contenuti in IATE?*: «Dipende. Una parte delle schede contenute in IATE è molto vecchia e non è mai stata adeguatamente controllata; la qualità non può dunque che essere inferiore a quella auspicabile. Una parte delle schede è recente ed è il risultato di ricerche approfondite effettuate dai terminologi e della consultazione di esperti. E, ovviamente, tra questi due estremi esiste una grande zona intermedia. È dunque importante valutare ogni singola soluzione in funzione del suo merito. Un termine con un valore di affidabilità basso e nessuna informazione supplementare probabilmente non dovrebbe essere accolto acriticamente. D'altro canto, un termine accompagnato da una definizione e supportato da fonti affidabili e da altre informazioni è con tutta probabilità affidabile. Occorre fare affidamento sul proprio giudizio e basarsi su questi elementi per valutare l'affidabilità dei termini».

[42] Cfr. I. STRANDVIK, *Digital transformation and institutional*, cit., 466.

sufficienti ove si presenti un «linguistically hard case» all'attenzione dei traduttori[43].

Il secondo versante è quello dell'interpretazione degli atti dell'Unione europea. Come si è già notato, l'esigenza che l'atto dell'Unione europeo sia applicato e quindi interpretato in modo uniforme, impone un'interpretazione degli atti dell'Unione europea «basata sulla reale volontà del legislatore e sullo scopo da questo perseguito, alla luce di tutte le versioni linguistiche»[44]. In tale solco, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è sviluppata secondo un indirizzo di tipo funzionale, secondo il principio dell'*effet utile*: nella comparazione tra le varie versioni linguistiche, deve cioè essere privilegiata quella più consona agli obiettivi dell'atto da interpretare[45]. Insomma, nessuna versione linguistica prevale sulle altre e questo assicura un ulteriore margine di intervento per l'intelligenza umana, che in questo caso è strettamente giuridica.

Il terzo versante è quello dell'attuazione del diritto nell'Unione europea negli ordinamenti di ciascuno degli Stati membri.

Tale fase può costituire innanzitutto l'ambito in cui correggere veri e propri errori compiuti in sede di traduzione nel corso del processo decisionale europeo. Un esempio riguardante l'Italia concerne la direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. L'art. 17, paragrafo 7, della direttiva nella versione inglese dispone infatti che «The cooperation between online content-sharing service providers and rightholders *shall not result in the prevention* of the availability of works or other subject matter uploaded by users, which do not infringe copyright and related rights, including where such works or other subject matter are covered by an exception or limitation» (corisivo aggiunto) [46]. Nella versione italiana della direttiva, la traduzione è stata però la seguente: «La cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti *deve impedire* la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti, che non violino il diritto d'autore o i diritti commessi, anche nei casi in cui tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezion o

[43] Così J. HUSA, *Understanding Legal Languages: Linguistic Concerns of the Comparative Lawyer,* in C.J.W. BAAIJ (ed.), *The Role of Legal Translation in Legal Harmonization*, cit., 180.

[44] Cfr. Corte di giustizia, sentenza 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*, punti 3-4, cit.

[45] Cfr. J. ZILLER, *Lingue e politica linguistica nell'Unione europea,* cit., 34. Sulla giurisprudenza dell'Unione europea sul punto, cfr. anche O. PORCHIA, *Il procedimento legislativo in un contesto multilingue: forme e strumenti del negoziato* e G. ROSSOLILLO, *Linguaggio giuridico e natura dell'Unione europea,* in AA.VV., *Il linguaggio giuridico nell'Europa delle pluralità,* cit., rispettivamente 165 s. e 187 ss.

[46] Cfr. *Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.*

limitazione» (corsivo aggiunto)[47]. In sede di attuazione, l'errore è stato per così dire corretto, rendendosi la disposizione nel modo che segue: «La cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari di diritti *non pregiudica* la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti nel rispetto del diritto d'autore e dei diritti connessi, incluso il caso in cui tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezione o limitazione» (corsivo aggiunto)[48].

Non solo. Per quanto più interessa in questa sede, la fase dell'attuazione non costituisce mai un'operazione "automatica" neppure sul versante terminologico: a determinati termini, usati nel contesto dell'Unione europea pur nella medesima lingua dell'ordinamento giuridico interno, non sempre infatti corrisponde in quest'ultimo un significato univoco o addirittura un termine. Come si vedrà oltre, nella prassi si sono sviluppati diversi approcci per la gestione di queste situazioni riguardanti la terminologia che mostrano dunque, per quanto si stava dicendo sopra, come vi sia ulteriore spazio all'intelligenza umana, appunto nella fase di attuazione.

6. (*segue*): *c*) i *CAT tools* contribuiscono a ridurre problemi in sede di attuazione interna degli atti normativi dell'Unione europea

Gli strumenti di traduzione assistita contribuiscono a ridurre problemi in sede di attuazione interna degli atti normativi dell'Unione europea.

Come si accennava, uno dei problemi che si presenta al momento dell'attuazione interna è quello costituito dall'utilizzo da parte del legislatore dell'Unione europea (nella versione della lingua ufficiale di un dato Stato membro) di termini che nel diritto interno di quello Stato siano privi di un significato (o comunque dotati di un significato non sufficientemente preciso).

A fronte di tale situazione, si sono sviluppati due diversi approcci: quello che predilige l'utilizzo 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

[47] Cfr. *Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.*

[48] Cfr. art. 102-*nonies*, D.lgs. 8 novembre 2021, n. 177, *Attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.*

quella che deve seguirsi poi in sede interpretativa, l'utilizzo di un termine diverso sarebbe comunque fuorviante per il lettore[49].

Nel contesto italiano[50] 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»[51]. 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, analizzandosi il contenuto delle stesse e avvalendosi di definizioni che non costituiscano la traduzione letterale e pedissequa del testo in lingua originale[52].

Ebbene, gli strumenti di traduzione assistita contribuiscono a ridurre tali problemi.

In primo luogo, guardandosi allo stato dell'arte attuale, il linguaggio giuridico europeo è già in qualche modo "contaminato" dalla terminologia giuridica nazionale, sin dal momento della introduzione della terminologia nella banca dati IATE. In secondo luogo, ragionandosi in prospettiva, la costruzione di una banca dati secondo un modello ontologico potrebbe spingersi a guidare il traduttore nella scelta del termine che meglio possa rendere il concetto nel contesto giuridico nazionale.

Guardandosi all'esistente, nella banca dati IATE si cerca già, ove opportuno, di immettere termini tradotti secondo la terminologia in uso nell'ordinamento giuridico dei singoli Stati membri: non è un caso se tale operazione viene condotta dalle Istituzioni europee in coordinamento con le autorità nazionali.

Per individuare alcuni criteri che possano soccorrere per comprendere quando ci siano le condizioni per ritenere una simile operazione come opportuna, si possono qui richiamare le riflessioni riguardanti non il momento del

[49] Su tale dibattito, si vedano le pagine illuminanti di D. GREENBERG (ed.), *Craies on Legislation: A Practitioners' Guide to the Nature, Process, Effect and Interpretation of Legislation,* Sweet & Maxwell, London, 2012, 211 ss.

[50] Su cui cfr., volendo, 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, specie pp. 512 ss. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[51] Cfr. L. TAFANI, *Il fattore linguistico nel recepimento delle direttive europee,* in AA.VV., *Il linguaggio giuridico nell'Europa delle pluralità,* cit., 206 nonché ID., *Enhancing the quality of legislation: the Italian experience,* in *The Theory and Practice of Legislation,* 2022, No. 1, 5 ss.

[52] Cfr. Consiglio di Stato, sezione atti normativi, 26 agosto 2002, n. 2636. 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.

caricamento di tali termini nelle banche dati ma, più in generale, il momento della traduzione degli atti dell'Unione europea nelle varie versioni linguistiche. Da questo punto di vista, la regola generale al punto 5.3 della *Guida pratica comune* (già sopra menzionata) è che «l'impiego di espressioni e locuzioni — e in particolare di termini giuridici — legati troppo intimamente a una determinata lingua o a un determinato ordinamento giuridico rischia di creare difficoltà di traduzione». Al contrario, è stato notato, il traduttore dovrebbe ricorrere a termini nazionali ove questi si riferiscano a concetti comuni a tutti gli Stati membri (si pensi, nel campo delle direttive in materia di protezione dei consumatori, a termini quali *contract*, *consumer*, *trader*, *financial services*, *goods*, *unfair commercial practices*, *liability for defective products*, *product safety*, *damage*)[53]. Ebbene, *mutatis mutandis,* tali riflessioni sembrano potersi applicare anche con riguardo al momento del caricamento di tali termini nelle banche dati: il caricamento di un termine nazionale appare opportuno quando esso si riferisca a concetti comuni a tutti gli Stati membri.

In secondo luogo, ragionandosi in prospettiva, potrebbero costituire un potente ausilio, nella direzione qui auspicata, banche dati terminologiche costruite secondo un doppio livello di raggruppamento di termini: secondo cioè domini ontologici (al livello di terminologia giuridica europea) e relazioni lessicali (a livello di terminologia riguardante ciascuna lingua ufficiale/Stato membro). I domini ontologici sono meta-informazioni che rappresentano concetti attraverso relazioni, ad esempio, di genere/specie o di oggetto/agente; le relazioni lessicali sono meta-informazioni che rappresentano concetti attraverso relazioni, ad esempio, di ipernimia (cioè il rapporto tra un termine generale ed un termine speciale), di iponimia (cioè il rapporto tra un termine speciale e un termine generale) o di meronimia (cioè il rapporto tra due termini dove uno designa la parte per il tutto).

Ebbene, ove costruite in questo modo, le banche dati terminologiche potrebbero offrire uno strumento per aiutare il traduttore a comprendere l'esatto rapporto tra un termine usato dal legislatore europeo ed altri termini usati dallo stesso (secondo relazioni di oggetto/agente, come potrebbe essere, ad esempio, quella tra «commercial transaction», da un lato, e «supplier» e «consumer», dall'altro); nonché il rapporto tra tali termini e le varie "sfaccettature" di significato della loro traduzione nel linguaggio giuridico di un determinato ordinamento interno (secondo relazioni di iponimia, come potrebbe essere, ad esempio, quella tra termini quali «fornitore», da un lato, e «fornitore di beni» e «fornitore di servizi», dall'altro).

[53] Nonché ove trattasi di termini usati nelle clausole generali delle direttive, in quest'ultimo caso al fine di favorirne l'integrazione all'interno dei vari sistemi nazionali. Cfr. *amplius* S. ŠARČEVIĆ, *Coping with the Challenges of Legal Translation in Harmonization,* in C.J.W. BAAIJ (ed.), *The Role of Legal Translation in Legal Harmonization*, cit., specie 98 ss.

Un esempio che consente di comprendere come una banca dati terminologica costruita secondo tale doppio livello potrebbe agevolare l'interprete a scegliere l'esatto termine nel linguaggio giuridico di un determinato ordinamento interno, è costituito dal termine «electronic signature». In una banca dati terminologica siffatta, la traduzione di tale termine (proprio del linguaggio giuridico europeo) potrebbe essere resa in due differenti modi, tenendosi conto della terminologia giuridica più specifica usata nella legislazione italiana: secondo cioè un'accezione più generale («firma elettronica») nonché secondo accezioni più specifiche («firma elettronica qualificata» oppure «firma digitale»). Ebbene, poter contare su una banca dati terminologica che mostri siffatte alternative e soprattutto il tipo di relazione intercorrente tra i termini, costituirebbe indubbiamente un'utile guida per il traduttore, il quale potrebbe cogliere le differenti accezioni che quel termine possiede nel linguaggio giuridico proprio dell'ordinamento interno e compiere quindi tra queste la scelta più appropriata.

Alcune delle banche dati terminologiche elaborate in modo prototipale negli scorsi anni secondo tale doppio livello, sono state d'altronde pensate proprio in funzione di assicurare una coerenza terminologica e concettuale nell'attuazione del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali[54].

7. Conclusioni

In questo articolo, si è cercato di guardare agli strumenti di traduzione assistita in uso presso le Istituzioni europee, nell'ottica del diritto costituzionale.

Da un lato, si è cercato infatti di giudicare tali strumenti alla luce del "parametro" della trasparenza/spiegabilità, intesa come interesse a capire come e perché attraverso l'intelligenza artificiale sia data una certa risposta o sia stata presa una certa "decisione"; e quello della sussidiarietà, da leggersi come necessità che l'intelligenza artificiale costituisca un utile supporto all'intelligenza umana ma non giunga a costituire un'integrale sostituzione di quest'ultima. Da questo punto di vista, si è cercato di dimostrare come i *CAT tools* in uso presso le Istituzioni europee offrano risultati trasparenti, a condizione che un umano

[54] Come ad esempio il Progetto DALOS (*DrAfting Legislation with Ontology-based Support*) su cui cfr. T. AGNOLONI, L. BACCI, E. FRANCESCONI, W. PETERS, S. MONTEMAGNI, G. VENTURI, *A two-level knowledge approach to support multilingual legislative drafting,* in J. BREUKER, P. CASANOVAS, E. FRANCESCONI, M. KLEIN (eds.), *Law, Ontologies and the Semantic Web,* Ios Press, Amsterdam, 2009, 177 ss. Più in generale, sull'utilizzo delle ontologie per la comparazione e l'armonizzazione della legislazione nonché per l'attuazione delle direttive, cfr. rispettivamente A. BOER, T. VAN ENGERS, R. WINKELS, *Using Ontologies for Comparing and Harmonizing Legislation,* in *ICAIL '03: Proceedings of the 9th international conference on Artificial intelligence and law*, ACM Digital Press, 2003, 60 ss. e G. AJANI, L. LESMO, G. BOELLA, A. MAZZEI, P. ROSSI, *Terminological and Ontological Analysis of European Directives: multilinguism in Law,* in *ICAIL '07: Proceedings of the 11th international conference on Artificial intelligence and law*, ACM Digital Press, 2007, 43 ss.

(esperto) sia incaricato di verificarne i risultati; e come residuino quindi spazi per l'intelligenza umana, sul versante della traduzione e poi su quello dell'interpretazione e dell'attuazione interna del diritto dell'Unione europea.

Dall'altro lato, si è guardato ad essi nell'ottica delle modalità di produzione legislativa, in particolare quella dell'attuazione interna del diritto dell'Unione europea, dimostrandosi come gli strumenti di traduzione assistita possano contribuire a ridurre problemi in sede di attuazione interna. Cosa che già oggi avviene, poiché, sin dal momento della introduzione della terminologia nella banca dati terminologica in uso presso le Istituzioni europee, il linguaggio giuridico europeo è in qualche modo "contaminato" (ove ciò sia opportuno) con la terminologia giuridica nazionale. E cosa che, in prospettiva potrebbe costituire un potente ausilio ove si costruissero banche dati terminologiche secondo un doppio livello di relazioni tra termini, ontologico e lessicale.

In definitiva, alla luce dei "parametri" per giudicare i fenomeni di intelligenza artificiale ed il sistema delle fonti nell'ottica del diritto costituzionale, il bilancio finale degli strumenti di traduzione assistita in uso presso le Istituzioni dell'Unione europea sembra essere positivo, a condizione che un umano (esperto) sia incaricato di verificarne i risultati.

ALGORITMI E *ICT* NEL PROCEDIMENTO LEGISLATIVO: QUALE SORTE PER LA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA?[*]

ANDREA CARDONE[**]

Sommario

1. Un problema di "neutralità costituzionale". – 2. I livelli di incidenza delle nuove tecnologie sulla produzione del diritto legislativo: le strutture parlamentari. – 3. Il *crowdsourcing policymaking*. – 3.1 (segue): le *ICT* nel modello europeo di partecipazione popolare ai procedimenti normativi. – 3.2 (segue): le esperienze finlandese e islandese di *crowdsourcing legislation* nel campo dell'iniziativa legislativa. Il modello italiano in attesa di attuazione-. – 3.3 (segue): il *crowdsourcing* applicato all'istruttoria legislativa. I modelli brasiliano e cileno. – 3.4 (segue): l'embrionale esperienza italiana in tema di apertura del procedimento legislativo. – 4. La produzione algoritmica di emendamenti. – 5. Luci e ombre nell'applicazione dell'*A.I.* alla produzione del diritto legislativo.

Abstract

The purpose of this essay is to contribute to a reflection, which is also beginning to make its way into Italian constitutionalist thinking, on the role that the so-called "new technologies" - particularly algorithms and, more generally, ICTs - play, and can play, in the adoption of political decisions. The perspective that is taken if we look, in particular, at the diffusion of algorithms in the field of parliamentary decisions, which can be taken as paradigmatic of general and abstract decisions, shows that the issue poses essential questions for constitutional law

Suggerimento di citazione

A. CARDONE, *Algoritmi e ICT nel procedimento legislativo: quale sorte per la democrazia rappresentativa?,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

[**] Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: andrea.cardone@unifi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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. Un problema di "neutralità costituzionale"

Scopo di queste pagine è concorrere ad alimentare una riflessione, che comincia a farsi strada anche nella dottrina costituzionalistica italiana, sul ruolo che le c.d. "nuove tecnologie" – segnatamente quelle algoritmiche e, più in generale, di *ICT* – giocano, e possono giocare, nell'adozione delle decisioni politiche. La prospettiva che si viene ad assumere se si guarda, in particolare, alla diffusione degli algoritmi nel campo delle decisioni parlamentari, che si possono assumere come paradigmatiche delle decisioni generali e astratte, dimostra che il tema pone questioni essenziali per il diritto costituzionale.

Ciò che può forse valere la pena di sottolineare in via del tutto introduttiva è che tali questioni non sono certamente meno rilevanti rispetto a quelle che hanno fino a poco tempo fa calamitato la prevalente attenzione della dottrina e che investono la tutela delle posizioni soggettive della persona fisica o giuridica che risulta, in concreto, destinataria degli effetti pregiudizievoli di una decisione individuale sfavorevole, sia essa amministrativa o giudiziaria, basata su algoritmi[1]. L'applicazione di queste tecnologie alle deliberazioni politiche, infatti, pone problemi relativi essenzialmente al funzionamento della forma di stato e della forma di governo, che, nelle liberaldemocrazie come la nostra, rappresentano, potrebbe dirsi, la precondizione della tutela delle posizioni giuridiche individuali.

Al riguardo è stato opportunamente osservato che l'applicazione di algoritmi e *ICT* ai lavori parlamentari rischia di «alterare il delicato equilibrio fra democrazia rappresentativa ed altre forme di esercizio della sovranità popolare tracciato dalla Costituzione» e che, per tale motivo, bisogna innanzitutto interrogarsi sul carattere "neutro" o meno di tali tecnologie rispetto alla logica di base di funzionamento della liberaldemocrazia parlamentare[2]. E, in effetti, la portata delle questioni che il ricorso agli strumenti di *Artificial Intelligence* solleva soprattutto rispetto alla funzione normativa è tale da far sorgere l'interrogativo radicale se la decisione legislativa presa in base ad algoritmi o con il concorso di *ICT* si ponga al di fuori del modello della decisione politica in senso classico, ossia quella legittimata dalla rappresentanza politica generale o, per dirla con Schmitt, della legge politica basata sui «diritti della rappresentanza popolare»[3].

[1] Sull'impatto delle nuove tecnologie sulla «contrapposizione» tra decisioni generali e astratte e decisioni individuali sia consentito un rinvio a 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 *Questa Rivista*, 2021, 930 ss.

[2] R. IBRIDO, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? La "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare*, in *Questo numero della Rivista*, 2022, 291 ss., spec. 296 per il riferimento al virgolettato che precede.

[3] C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 200.

In questo senso è parso a chi scrive che potesse avere una qualche utilità – per suggerire con immediatezza l'ipotesi di fondo su cui si vuole provare a ragionare – il titolo del presente contributo, in particolare l'interrogativo con cui esso si apre. Il medesimo, infatti, allude alla circostanza che la domanda appena sollevata va inquadrata in un più generale contesto teorico che vede nello sviluppo della Rete un fattore palingenetico della democrazia contemporanea[4] e che auspica che la rivoluzione digitale in essere conduca a una nuova dimensione della sfera politica[5].

Questa prospettiva, come noto, si accompagna spesso alla riproposizione del mito fondativo della democrazia diretta dell'antica Grecia[6] e si appoggia sull'enfatizzazione delle regole "uno vale uno" [7] e "*power back to the people*"[8], in cui non vi è posto per nessuna funzione di intermediazione politica e sociale[9]. Essa guarda, cioè, all'ideale della democrazia diretta come mezzo per combattere la disaffezione dei cittadini alla cosa pubblica[10], la concepisce come strumento di emancipazione politica del popolo dai partiti[11] e si pone in polemica nei confronti della stessa idea che una decisione presa a maggioranza possa essere democratica[12].

Tali sintetiche considerazioni dovrebbero valere a giustificare perché, nell'ambito di queste pagine, da un lato, la nozione di "democrazia digitale" verrà assunta come limitata alle sole forme di deliberazione e partecipazione tramite le tecnologie dell'informazione e della comunicazione rese oggi possibili dalla Rete[13] – accezione che comprende una amplia gamma di applicazioni e una pluralità di impieghi, che vanno dalla discussione politica digitalizzata all'interazione rappresentanti/rappresentati, dal televoto ai referendum elettronici, dall'utilizzo delle tecnologie nel processo legislativo alla "legimatica"

[4] Di «pretese palingenetiche», cui fanno da contraltare «nuove oligarchie», ragionano P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Il Mulino, Bologna, 2019, 237 ss.

[5] Sul punto si veda F. CHIUSI, *Critica della democrazia digitale. La politica 2.0 alla prova dei fatti*, Codice edizioni, Torino, 2013, 12.

[6] Come sottolinea S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Bari, 2014, 13.

[7] Si veda, in proposito, G. CASALEGGIO, *Web ergo sum*, Sperling & Kupfer, Milano, 2004, 23-5.

[8] T. BECKER, *Teledemocracy: Bringing back power to the people*, in *Futurist*, 1981, 6 ss.

[9] Si veda, per tutti, I. BUDGE, *The New Challenge of Direct Democracy*, Polity Press, Cambridge, 1996, 1 ss.

[10] A.H. BIRCH, *The Concepts and Theories of Modern Democracy*, Routledge, London, 1995, 80 ss.

[11] Così T. BENEDIKTER, *Democrazia diretta più potere ai cittadini. Un approccio nuovo alla riforma dei diritti referendari*, Edizioni Sonda, Casale Monferrato, 2008, 26.

[12] P. CERI, *Considerazioni conclusive: democrazia diretta e pluralismo*, in ID. (a cura di), *La democrazia dei movimenti. Come decidono i Noglobal*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, 206 ss.

[13] Cfr., per tutti, già P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d.* e-democracy*)*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss.

in senso stretto[14] – dall'altro, però, non ci si occuperà in questa sede di tutti gli istituti che ruotano intorno a tale nozione, ma ci si concentrerà essenzialmente sulla produzione della legge e sulle sue "precondizioni" democratiche.

Si è, infatti, compiuta questa scelta perché il procedimento legislativo pare il miglior banco di prova per testare le aspettative di cui la "rivoluzione digitale del Parlamento" si è fatta carico. In particolare, tutte le posizioni che si sono sviluppate all'interno della prospettiva della "democrazia digitale", anche quelle meno estremistiche[15], aspirano, più o meno esplicitamente, a dare soluzione a quel fenomeno che è d'uso compendiare nella ricorrente formula della "crisi dei partiti politici" e che, se ci si vuole limitare alla nostra storia repubblicana, si origina in un momento che risale nel tempo più di quanto la percezione odierna non faccia pensare e che già Costantino Mortati, constatando l'assenza di qualsivoglia forma di condizionamento sull'azione politica dei partiti da parte degli aderenti e/o degli iscritti, collocava negli anni '60 del secolo breve[16].

Il rilievo permette di apprezzare come vengano da lontano – e finanche precedano quella che viene generalmente considerata la stagione d'oro del nostro parlamentarismo, quella dell'attuazione costituzionale degli anni '70[17] – i sentimenti di disillusione e avversione che hanno cucito addosso ai partiti politici italiani l'immagine di catalizzatori di clientele e dispensatori di prebende[18]. Cosa che, naturalmente, non genera nessuna meraviglia, perché è sufficiente richiamare alla mente la critica schmittiana al parlamentarismo liberaldemocratico per avere contezza che le questioni di cui si discute non riguardano solo il nostro ordinamento e sono ormai più che centenarie.

[14] Secondo una impostazione che trova accoglimento anche nella risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2017, che accorpa nella partecipazione elettronica tre ampie e generali forme di interazione, l'"informazione elettronica", la "consultazione elettronica" e il "processo decisionale elettronico": cfr. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0095&from=RO.

[15] Come lo sono quelle che considerano addirittura "obsoleta" la rappresentanza politica: cfr. già J. NAISBITT, *Megatrends. Ten New Directions Transforming Our Lives*, Warner Books, New York, 1982, 160, e, più di recente, L.K. GROSSMAN, *Electronic Republic: Reshaping American Democracy for the Information Age*, Viking, New York, 1995. Per una ricognizione delle posizioni espresse in tal senso, cfr. T. CASADEI, *La democrazia nell'era di Internet. La filosofia politica di Pierre Lévy e il dibattito contemporaneo sulle reti digitali*, in *Filosofia politica*, 1/2014, 149 ss.

[16] C. MORTATI, *La crisi del Parlamento* (1966), ora in ID., *Problemi di politica costituzionale*, *Raccolta di scritti*, IV, Giuffrè, Milano, 1972, 166.

[17] Su cui si vedano, almeno, E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, 95 ss.; AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1982; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazione della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 210 ss.; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 239 ss.

[18] Colpiscono in questo senso le parole di V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo* (1967), in ID., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 223.

Ecco perché si ritiene che il vero tema di fondo sia quello della sorte cui è destinata la decisione pubblica legittimata dalla rappresentanza politica generale. Innanzitutto dal punto di vista della "pratica" della democrazia, infatti, il problema sul tappeto ha una sua dimensione e consistenza storica – quella, appunto, legata alla disfunzionalità delle istituzioni parlamentari – e su quella si reputa opportuno centrare l'attenzione.

La questione della «neutralità tecnologica» non tarda, poi, a mostrare il proprio carattere esiziale nemmeno dal punto di vista teorico se si tiene presente che, come ampiamente noto, quella italiana – come, peraltro, molte delle altre democrazie europeo-continentali – superando l'idea liberale che il pluralismo politico determinasse frammentazione e particolarismo[19], nasce sul modello del *Parteienstaat*, cioè «ha bisogno del carattere istituzionale dei partiti politici»[20], ovvero concepisce la democrazia come una forma di stato in cui il cuore pulsante dell'ordinamento costituzionale è costituito dalla rappresentanza politica generale che si esprime attraverso la funzione di intermediazione dei partiti[21].

Nella misura in cui viene considerato come la soluzione alla crisi dei partiti politici, dunque, il ricorso alle potenzialità della Rete viene accreditato anche come la risposta ai problemi della democrazia rappresentativa, in un'ottica che trascende le vicende dei singoli ordinamenti e dei singoli popoli.

Proprio in forza di quanto fin qui evidenziato, si ritiene che sia utile portare l'attenzione soprattutto sulle forme in cui l'intelligenza artificiale e le *ICT* sono entrate, o potranno in un futuro non remoto entrare, nei meccanismi di creazione del diritto politico per eccellenza, ovvero quello di produzione parlamentare[22]. Il diritto oggettivo introdotto dalla legge in senso formale, come atto deliberativo conforme delle due Camere del Parlamento, infatti, è quello che manifesta la più diretta tra le forme di legittimazione democratica che la

[19] Come ricorda, in tempi a noi più vicini, F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in *Federalismi.it*, 23/2016, 2.

[20] Come efficacemente afferma M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998, 97.

[21] Sul punto si veda già il classico del parlamentarismo inglese W. BAGEHOT, *The English Constitution* (1867), trad. it. S. Pastorino, *La Costituzione inglese*, il Mulino, Bologna, 1995, 141. Nella dottrina italiana più recente, invece, cfr., per tutti, O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralista*, in *Dir. pubbl.*, 3/2004, 851 ss.

[22] Come si accennava, dall'analisi resterà, quindi, escluso innanzitutto il tema della c.d. "legimatica", che, come noto, studia la modellizzazione informatica del ragionamento e delle procedure relative alla produzione legislativa prevalentemente nel campo della redazione dei testi legislativi e che investe, quindi, essenzialmente il *drafting* normativo, lasciando conseguentemente in ombra gli aspetti più politici della produzione normativa (ovvero quelli della legittimazione), che sono, invece, centrali nella prospettiva qui eletta.

rappresentanza politica generale è in grado di esprimere nella liberaldemocrazia parlamentare[23].

2. I livelli di incidenza delle nuove tecnologie sulla produzione del diritto legislativo: le strutture parlamentari

Nella prospettiva d'indagine così definita, pare possibile individuare tre diversi livelli in cui il ruolo dell'intelligenza artificiale e delle *ICT* incide, già oggi, sulla produzione del diritto politico. Procedendo secondo un ordine di progressiva astrazione rispetto ai lavori che conducono alla singola decisione parlamentare, un primo livello è quello del procedimento legislativo, un secondo livello è quello dell'utilizzo degli algoritmi – soprattutto quelli di interpretazione del consenso – nelle strategie parlamentari dei gruppi e dei *leaders*, un terzo livello, infine, è quello dei condizionamenti che le forme di *A.I.* esprimono sui processi di formazione dell'opinione pubblica.

In queste pagine, per ragioni di sinteticità, ma anche di maggiore attinenza con l'oggetto della ricerca *Legitech*[24], in cui questa riflessione si inserisce, ci si occuperà solo del primo dei citati livelli[25], in cui gli algoritmi mostrano una certa capacità di incidenza sull'istruttoria legislativa e sulla stessa produzione dei testi parlamentari. L'esperienza, tratta prevalentemente dal diritto europeo e comparato, dimostra che ciò può avvenire, per lo meno, in relazione a tre distinte modalità, ognuna delle quali pone questioni specifiche in seno all'ordinario funzionamento della forma di stato e della forma di governo.

Una prima modalità è quella dell'utilizzo degli algoritmi, da parte di apposite strutture parlamentari, per l'elaborazione dei dati da offrire all'iniziativa legislativa dei parlamentari e all'istruttoria nel procedimento di formazione della legge. Ne sono esempio l'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* francese, il *Büro für Technikfolgen-Abschätzung* tedesco, il *Parliamentary Office of Science and Technology* istituito presso il Parlamento inglese, l'*Office of Technological Assessment* statunitense e il *Panel for the Future of Science and Technology* operante presso il Parlamento europeo. Il ricorso a una burocrazia parlamentare specificamente destinata a mettere a servizio dei lavori parlamentari le risorse dell'intelligenza artificiale per la

[23] Cfr., per quanto ancora in una prospettiva che muove tutta dall'idea di libertà (vedi *infra*, note 67 e 68), R. CARRÈ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1931, 30.

[24] Si tratta del progetto *"Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo (Legitech)"*, coordinato da Renato Ibrido e Enrico Borghetto ed ammesso al finanziamento dell'Università degli studi di Firenze per il biennio 2022-2023 nell'ambito del bando per il sostegno all'avvio dell'attività di ricerca.

[25] Per una considerazione degli altri due ambiti evocati, volendo, si possono vedere la ricostruzione e le riflessioni svolte in A. CARDONE, *"Decisione algoritmica"* vs *decisione politica?* A.I.*, Legge, Democrazia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, 59 ss.

ricostruzione dei dati fattuali e dello stato dell'arte della materia da normare offre, certamente, significative leve per riequilibrare il rapporto tra Parlamento e Governo nel procedimento legislativo, soprattutto nelle materie ad elevata complessità tecnica e scientifica[26].

Tale strumento, infatti, consente al primo di acquisire quei margini di autonoma valutazione della realtà che sono imprescindibili per poter maturare iniziative legislative anche indipendenti dalle scelte del Governo, che, invece, generalmente, è l'unico soggetto della forma di governo parlamentare ad avere conoscenza diretta dei dati e degli elementi fattuali attraverso le strutture ministeriali.

Non si può, però, non sottolineare al riguardo che questo tipo di organi pongono delicati problemi di indipendenza dei soggetti che operano al loro interno e di trasparenza e conoscibilità non solo dei codici degli algoritmi utilizzati, ma anche dei dati processati attraverso detti algoritmi. In difetto di entrambi i presupposti, infatti, i margini di rinnovata autonomia che il Parlamento viene ad acquisire rispetto al Governo all'interno del procedimento legislativo finiscono per non dare alcun reale *surplus* di legittimazione democratica alle decisioni prese, perché esse risultano opache proprio in relazione alle premesse valutative costruite grazie agli strumenti dell'intelligenza artificiale.

Ai fini del riequilibrio della forma di governo si deve, inoltre, tener presente che, nella generalità dei casi, lo sviluppo degli strumenti intelligenza artificiale per l'implementazione delle politiche pubbliche è organizzato in modo da essere inquadrato nelle strutture governative, con varietà di soluzioni, che vanno dall'istituzione di una struttura centralizzata alle dipendenze della Presidenza del Consiglio (come nel caso del nostro Dipartimento per la trasformazione digitale, istituito con d.p.c.m. 19 giugno 2019) o di un singolo Ministero (come nel caso del *Digital Directorate* in Scozia) alla creazione di distinte strutture operative presso i vari dicasteri (come nel caso della Germania)[27].

Ciò fa sì che l'eventuale creazione di una burocrazia parlamentare con competenze "interne" sull'intelligenza artificiale vada semmai a colmare un *gap* del Parlamento rispetto al Governo, più che a ridare al primo quella centralità nel procedimento legislativo che si è persa da tempo e per svariate ragioni, non legate certo all'utilizzo delle forme di intelligenza artificiale. Inoltre, laddove sussiste una autonoma capacità del Parlamento di ricorrere nell'istruttoria legislativa a strumenti di questo tipo si pone un problema di coerenza e univocità delle elaborazioni computazionali effettuate dalle strutture parlamentari e da quelle governative, essendo altrimenti per lo meno singolare che all'interno

[26] Cfr., per tutti, C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2014, 179 ss.

[27] B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2020, 9.

dello stesso procedimento legislativo possano essere spesi dati aggregati diversi a seconda della loro origine (parlamentare o governativa).

3. *Il* crowdsourcing policymaking

Una seconda variabile operativa di utilizzo dell'intelligenza artificiale nella produzione dei testi parlamentari è quella della partecipazione popolare basata sul c.d. *crowdsourcing policymaking*. Alla sua base riposa la nozione, di difficile perimetrazione dal punto di vista giuridico[28] più di quanto non lo sia da quello sociologico e antropologico[29], di "saggezza della moltitudine", la quale muove dal convincimento che la comunità politica, attraverso la continua comunicazione tra gli individui delle proprie esperienze personali, generi un sapere collettivo che consegue «un grado di saggezza e conoscenza pratica che superano perfino quelle dell'individuo più eccellente»[30].

La stessa nozione di democrazia, in questa prospettiva, presuppone l'esistenza di un senso comune perché si assume che l'ideale dell'autogoverno porti con sé la conclusione che, essendo il cittadino «la sola origine e l'origine ultima del potere», «una buona istituzione o un buon provvedimento è ciò che in linea di massima un cittadino approverebbe»[31]. Il ricorso alla "saggezza della moltitudine", conseguentemente, è assunto come uno strumento per superare quello stato di apatia in cui le masse sono cadute nella contemporaneità e che, come noto, Moses Israel Finley indicava, in polemica con gli autori della teoria delle *élite*, come una delle cause del decadimento dell'ideale democratico degli «antichi»: ideale virtuoso perché tendeva all'instaurazione di un governo ispirato a finalità ideali (libertà, giustizia, virtù), mentre la «democrazia dei moderni» non considera le finalità morali dell'ordinamento ma solo la sua funzionalità o efficienza[32].

[28] Si veda, per una prima impostazione della problematica, C.R. SUNSTEIN, *Infotopia: How many minds produce knowledge*, Oxford University Press, Oxford, 2006, passim.

[29] Per tutti, cfr. P. LÉVY, *L'Intelligence collective. Pour une anthropologie du cyberspace* (1994), trad. it. D. Feroldi, M. Colò, *L'intelligenza collettiva. Per un'antropologia del cyberspazio*, Feltrinelli, Milano, 2002, passim, per la contestualizzazione del cui pensiero nel filone dei classici della sociologia dell'800 si veda L. CORCHIA, *La democrazia nell'era di Internet. Per una politica dell'intelligenza collettiva*, Le Lettere, Firenze, 2011, 65.

[30] J. WALDRON, *The dignity of legislation* (1999), trad.it. A. Pintore, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè, Milano, 2001, 140. Come opportunamente rilevano B. BIMBER, A.J. FLANAGIN, C. STOHL, *Collective Action in Organizations, Interaction and Engagement in an Era of Technological Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 69, quest'orizzonte di idee presuppone che, come nelle credenze delle società arcaiche, non vi sia distinzione tra personale e collettivo, per cui esso, nella realtà delle società complesse contemporanee, contribuisce a relativizzare e a ridimensionare la distinzione tra pubblico e privato.

[31] R. BOUDON, *Renouveler la démocratie* (2006), trad. it. F. Magliacane, *Elogio del senso comune. Rinnovare la democrazia nell'era del relativismo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, 386.

[32] M.I. FINLEY, *Democracy Ancient and Modern* (1973), trad. it. G. Di Benedetto, F. De Martino, *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Mondadori, Milano, 1992, passim.

Con l'espressione *crowdsourcing legislation*, segnatamente, si fa riferimento a quelle consultazioni aperte attraverso cui i cittadini possono esprimere su piattaforme digitali la propria opinione su ipotesi di interventi legislativi, che vengono poi sintetizzate da sistemi informatici che restituiscono l'orientamento finale che risulta dalla sommatoria dei contributi individualmente dati[33].

3.1 (segue): le *ICT* nel modello europeo di partecipazione popolare ai procedimenti normativi

Una prima classe di istituti riguarda le forme di partecipazione che gravitano intorno alla fase dell'iniziativa legislativa, intendendosi questa in maniera estensiva fino a ricomprendere tutti i passaggi precedenti l'analisi del testo da parte dell'Assemblea parlamentare.

Nell'ordinamento dell'Unione un forte impulso all'adozione di strumenti informatici nella produzione del diritto politico è venuto dal nuovo art. 11 del TUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, il quale ha sancito il principio per cui «Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione» (co. 1)[34]. Tale principio è stato, infatti, declinato dal medesimo articolo stabilendo che «Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate» (co. 3) e, per quanto riguarda più direttamente il procedimento normativo, prevedendo che un milione di cittadini dell'Unione, appartenenti ad un «numero significativo» di Stati membri, possa prendere l'iniziativa di invitare la Commissione europea a presentare una «proposta appropriata» su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati (co. 4).

Sul primo versante, quello delle consultazioni, l'accordo interistituzionale «Legiferare Meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione europea, firmato il 13 aprile 2016 ed entrato in vigore il 13 maggio 2016, ha stabilito, al paragrafo 19, che la consultazione del pubblico e dei portatori di interesse è parte integrante del processo decisionale europeo e del miglioramento della sua qualità. L'Accordo prevede, in particolare: che la Commissione europea, prima di adottare una proposta, conduca consultazioni

[33] T. AITAMURTO, *Crowdsourcing for Democracy: A New Era in Policy-Making*, Publications of the Committee for the Future, Parliament of Finland, Helsinki, 2012, 8 ss. Si veda anche la definizione data da D.C. BRABHAM, *Crowdsourcing*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 2013, 7: «an online, distributed, problem-solving, and production model that leverages the collective intelligence of online communities to serve specific organizational goals».

[34] Tra i numerosi commenti cfr. F. DONATI, *Art. 11*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, 99 ss.

pubbliche in maniera aperta e trasparente, facendo in modo che le modalità e le scadenze di dette consultazioni permettano una partecipazione quanto più ampia possibile; che la Commissione incoraggi, anche tramite le risorse della Rete, la partecipazione diretta alle consultazioni delle piccole e medie imprese e degli altri destinatari delle norme *adottande*; che i risultati delle consultazioni del pubblico e dei portatori di interesse siano comunicati senza ritardo ai colegislatori e resi pubblici.

Sul secondo versante, le procedure e le condizioni necessarie per la presentazione dell'iniziativa legislativa popolare europea sono stabilite dall'art. 24, co. 1, TFUE[35], il quale prevede in materia una riserva di regolamento, che è stata esercitata in prima battuta con il reg. UE 2011/21, poi abrogato e sostituito dal reg. UE 2019/788, adottato su impulso di una risoluzione approvata dal Parlamento europeo il 28 ottobre 2015 ed entrato in vigore il primo gennaio 2020. La nuova disciplina, per quanto qui di più prossimo interesse, prevede l'istituzione di un servizio di *helpdesk* e di una piattaforma collaborativa *online* quale spazio di discussione e di consulenza e sostegno ai promotori dell'iniziativa legislativa, nonché la creazione di un sistema centrale di raccolta elettronica gestito dalla Commissione e la possibilità per i firmatari di essere informati sullo stato di avanzamento della proposta attraverso *e-mail*.

Al ricordato complesso delle norme dei trattati e delle relative previsioni e accordi attuativi è stata data implementazione informatica attraverso l'istituzione del portale della Commissione *Contribuire al processo legislativo*[36], all'interno del quale, previa registrazione e *login* (effettuabile anche tramite gli *accounts social*, ma dei soli *Facebook*, *Twitter* e *Google*), è possibile accedere alle tre sezioni dedicate a *Dì la tua sulle iniziative della Commissione*, *Formula dei suggerimenti per migliorare le leggi* e *Avviare o sostenere un'iniziativa dei cittadini europei*.

All'interno della prima sezione è possibile contribuire alle consultazioni relative alla predisposizione delle politiche da parte della Commissione. La partecipazione si estrinseca in tre distinte fasi, scandite all'interno di una «Tabella di marcia». Una prima fase consente di commentare, anche in maniera anonima, la proposta che la Commissione avvia alla consultazione, articolando in un apposito *form* il proprio pensiero sull'opportunità dell'intervento normativo e sulle sue finalità, con la possibilità di allegare documenti in formato

[35] Per un'analisi delle principali questioni emerse dalla prassi cfr. A. SIMONCINI, E. LONGO, *Il primo scoglio del diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2013, 4 ss., e N. LAZZERINI, *Sulla possibilità di presentare un'iniziativa dei cittadini dell'Unione relativa a una "proposta complessa" e l'obbligo della Commissione europea di motivare in modo dettagliato il rifiuto di registrala: brevi considerazioni sulla sentenza* Minority SafePack, ivi, 1/2017, 1 ss. Sull'istituto si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, il volume di R. MASTROIANNI, A. MAFFEO (a cura di), *L'iniziativa dei cittadini europei*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

[36] Disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/info/law/contribute-law-making_it.

elettronico. Una seconda fase permette, invece, di partecipare alla «valutazione di impatto iniziale», che ha lo scopo di analizzare più in dettaglio la questione su cui si progetta di intervenire, di stabilire se sia opportuno adottare iniziative a livello dell'UE e di individuare i possibili effetti economici, sociali e ambientali delle varie soluzioni delineate. Anche in questo caso, la partecipazione si traduce nel "riempimento" di un "campo" nel quale esprimere la propria opinione e nella facoltà di allegare *files* a sostegno del giudizio espresso. Una terza fase, infine, si inserisce nel momento immediatamente precedente la formulazione della proposta definitiva della Commissione e si articola nella compilazione di un questionario in cui il cittadino-utente è chiamato a rispondere a una serie di domande specifiche che riguardano il contenuto delle singole misure che si intende adottare.

Nella sezione *Formula dei suggerimenti per migliorare le leggi*, invece, è possibile far sapere alla Commissione europea in che modo, a proprio parere, gli oneri normativi potrebbero essere ridotti e le norme in vigore migliorate e rese più efficaci. La partecipazione si realizza all'interno della piattaforma *Fit for future* e consente di dare il proprio contributo ad un gruppo di esperti – composto da rappresentanti degli Stati membri, del Comitato delle regioni, del Comitato economico e sociale europeo e dalle parti interessate – chiamato ad esprimere pareri alla Commissione sui progetti di semplificazione normativa. Il gruppo lavora secondo un programma annuale che contiene una selezione di temi sui quali la Commissione ha avviato un'iniziativa di riduzione degli oneri normativi. Il sito appositamente predisposto per questa consultazione, *Di' la tua: semplifichiamo!*, consente di esprimere commenti, anche qui con indicazione dei dati personali o in forma anonima. È possibile inviare "suggerimenti" durante tutto l'anno: quelli ricevuti entro il 30 aprile vengono analizzati nell'ambito del programma di lavoro della piattaforma dell'anno in corso, mentre quelli trasmessi dopo tale data saranno esaminati nell'ambito del programma di lavoro dell'anno successivo. Tutte le comunicazioni ricevono una risposta, ma il gruppo di esperti seleziona quali utilizzare nei pareri che rende alla Commissione sulla semplificazione degli atti normativi.

Avviare o sostenere un'iniziativa dei cittadini europei è, infine, la sezione dedicata all'iniziativa legislativa popolare. Essa prevede un percorso articolato in 6 «tappe»: una prima di «preparazione», il cui scopo è di costituire un gruppo di promotori (composto da almeno 7 cittadini residenti in 7 Stati membri) e decidere se ci si intende avvalere del sistema pubblico informatico messo a disposizione per la raccolta delle firme (oppure di uno privato "certificato"); una seconda di «registrazione» dell'iniziativa presso la Commissione, che si realizza attraverso la creazione di un *account* dei promotori, al quale, entro due mesi,

viene comunicato se l'iniziativa è ammissibile[37]; una terza di raccolta delle adesioni (pari ad un milione di cittadini, appartenenti ad almeno 7 Stati membri), che, come detto, si può effettuare tramite la piattaforma *online*; una quarta di «verifica delle dichiarazioni di sostegno», esperibile attraverso un sistema informatico di trasmissione delle firme alle autorità nazionali competenti; una quinta, di presentazione formale dell'iniziativa, che si espleta attraverso l'inoltro informatico di un modulo disponibile sull'*account* riservato ai promotori, da trasmettere insieme alle copie di tutti i certificati ricevuti dalle autorità nazionali competenti a confermare il raggiungimento del numero minimo di firme; una sesta, infine, relativa all'«esame» della proposta.

Quest'ultima «tappa», in particolare, scandisce il passaggio dalla dimensione virtuale del procedimento a quella reale. Essa prevede, infatti, che i promotori: entro 1 mese, incontrino i rappresentanti della Commissione, in modo da illustrare in dettaglio le questioni sollevate nella proposta normativa; entro 3 mesi, presentino l'iniziativa in un'audizione pubblica al Parlamento europeo, con la possibilità che quest'ultimo proceda ad un dibattito generale (in seduta plenaria) e adotti eventualmente una risoluzione; entro 6 mesi, ottengano una risposta dalla Commissione con l'esposizione dell'eventuale azione che intende intraprendere a seguito dell'iniziativa e l'esplicitazione delle relative ragioni per intervenire o meno in tal senso.

È bene sottolineare a quest'ultimo riguardo, da un lato, che la risposta consiste in una comunicazione formalmente adottata dai commissari europei e pubblicata in tutte le lingue ufficiali dell'UE, dall'altro, che la Commissione non ha alcun obbligo di elaborare una proposta di atto normativo che dia seguito all'iniziativa popolare, potendo discrezionalmente ritenere che l'esigenza sollevata o non sia meritevole di intervento oppure possa essere soddisfatta anche attraverso misure non legislative.

Nel caso in cui, invece, essa si determini alla formulazione di una proposta di atto normativo, essa verrà "trasferita" nella prima delle tre sezioni analizzate, in cui verrà sottoposta alle forme di consultazione ivi previste. Le uniche forme di interazione e discussione tra cittadini che si svolgono in questa terza sezione sono, quindi, quelle relative ai *forum*, all'interno dei quali è possibile cercare altri soggetti con cui formare un comitato di promotori e promuovere la propria iniziativa per raggiungere il numero minimo di adesioni.

[37] In base alla citata disciplina vigente, infatti, la Commissione infatti, registra l'iniziativa soltanto se: il gruppo dei promotori è stato costituito e sono state nominate le persone di contatto (rappresentante e supplente); l'eventuale entità giuridica è stata appositamente costituita per gestire l'iniziativa e il rappresentante è autorizzato ad agire a suo nome; l'iniziativa riguarda una questione per la quale la Commissione ha la competenza di proporre una normativa europea; l'iniziativa non è ingiuriosa, futile o vessatoria e rispetta i valori dell'UE, di cui all'art. 2 TUE e i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

In estrema sintesi, l'analisi dell'esperienza in essere nell'ordinamento dell'Unione pare ascrivibile a quei modelli che non comportano una elaborazione algoritmica delle preferenze e delle opinioni espresse dai cittadini all'interno dei procedimenti di formazione degli atti normativi, ma che "si limitano" a fornire strumenti informatici di supporto, da un lato, alla partecipazione popolare, dall'altro, all'esercizio delle funzioni legislative dei competenti organi costituzionali[38].

3.2 (segue): le esperienze finlandese e islandese di *crowdsourcing legislation* nel campo dell'iniziativa legislativa. Il modello italiano in attesa di attuazione

Altre significative esperienze si traggono, come si è accennato, dal diritto comparato. Ne è un esempio la revisione costituzionale finlandese del 2012, che ha introdotto l'obbligo per il Parlamento di votare, e non soltanto mettere in discussione[39], qualsiasi iniziativa di *crowdsourcing* che raggiunga almeno 50.000 firme (la c.d. *Kansalaisaloite*). Alla novella è stata data implementazione attraverso un progetto privato, asseritamente indipendente dal punto di vista politico[40], denominato *Open Ministry*, che nell'ottobre del 2012 ha istituito una piattaforma digitale per la discussione delle proposte di iniziativa dei cittadini.

Dopo la registrazione sul portale, ciascun utente può presentare la propria proposta, a condizione che il progetto promuova l'uguaglianza, il benessere umano, naturale e ambientale e mostri attenzione ai temi della società dell'informazione. Successivamente, la proposta è classificata in una apposita pagina sul sito, dove, tramite un *blog*, le persone iscritte alla piattaforma possono commentarla, discuterla e sostenerla, al fine di raggiungere la formulazione più corrispondente ai bisogni della comunità. In seguito, alla luce dei commenti emersi, gli organizzatori del sito creano per ogni disegno di legge un gruppo direttivo, composto anche da esperti del settore in questione, che assistono i cittadini a predisporre la bozza della proposta per l'iniziativa dei cittadini. Infine, il testo definitivo viene caricato sul sito istituzionale (*Kansalaisaloite.fi*), dove è possibile registrarsi e firmare elettronicamente l'iniziativa. Una volta raggiunte le 50.000 adesioni, la proposta viene tramessa al Parlamento, dove le concrete iniziative legislative vengono perfezionate secondo gli standard del

[38] Per un monitoraggio delle iniziative presentate, e del loro stato, si rinvia al sito dedicato, consultabile all'indirizzo https://europa.eu/citizens-initiative/_it. Ad oggi, a fronte di 103 richieste di registrazione, sono 78 le iniziative registrate e solo 6 quelle concluse (cioè, "andate a buon fine").

[39] Sul punto cfr. H.S. CHRISTENSEN, M. KARJALAINEN, L. NURMINEN, *Does Crowdsourcing Legislation Increase Political Legitimacy? The Case of Avoin Ministeriö in Finland*, in *Policy & Internet*, 1/2015, 25 ss.

[40] Come si può apprendere dalle dichiarazioni del suo promotore, disponibili all'indirizzo https://www.sitra.fi/hankkeet/avoin-ministerio/.

drafting parlamentare, restando, dunque, la redazione finale dell'articolato nella esclusiva competenza e responsabilità politica del Parlamento[41].

Dopo una iniziale fase di sperimentazione, che ha portato alla presentazione di sei proposte di legge e all'approvazione parlamentare di una legge sul *same-sex marriage*, l'istituto è, però, caduto in desuetudine e lo stesso portale *Open Ministry* è stato chiuso nel 2016 per carenza di fondi, per cui la *Kansalaisaloite* funziona oggi solamente attraverso il sito istituzionale, che si riduce a poco più di uno strumento digitalizzato per la raccolta delle firme.

Un altro noto esempio, ancor meno fortunato negli esiti, è quello della revisione costituzionale avviata nel 2009 in Islanda. All'interno di un articolato procedimento che ha visto in varie forme il ricorso alle risorse della Rete[42], infatti, la bozza di progetto di riforma redatta da un Consiglio costituzionale composto da 25 soggetti di nomina parlamentare è stata sottoposta in consultazione ai cittadini del *Web* non solo tramite un apposito sito istituzionale, ma anche tramite *Social Networks* e piattaforme (quali *Facebok*, *Twitter*, *Youtube* e *Flickr*) e ancora tramite l'invio di *e-mail*. Il procedimento ha, così, raccolto 3.600 commenti e circa 360 suggerimenti (su una popolazione totale di circa 320.000 abitanti)[43] e sulla base degli esiti di questa consultazione il Consiglio ha poi completato la bozza.

Gli entusiastici commenti dei *cyber-ottimisti*, che salutarono l'esperimento come *the first crowdsourced constitution*[44], si sono però, poi, stemperati quando il testo, approvato dal Consiglio costituzionale all'unanimità, dopo dodici successive revisioni, è stato trasmesso al Parlamento, dove, nonostante l'esito favorevole del referendum del 20 ottobre 2012[45], si è arenato per la sua mancata approvazione da parte dei 2/3 del Parlamento neoletto, richiesta dall'art. 79 della Costituzione del 1944, il quale prevede che all'approvazione popolare della riforma faccia seguito lo scioglimento delle Camere[46].

[41] Su questo modello cfr. M. LASTOVKA, *Crowdsourcing as New Instrument in Policy Making: Making the Democratic Process More Engaging*, in *European View*, 14/2015, 93 ss.

[42] Per una prima ricostruzione analitica, cfr. L.G. SCIANNELLA, *Il processo costituente islandese e la democrazia 2.0*, in C. DI MARCO, F. RICCI, L.G. SCIANNELLA (a cura di), *La democrazia partecipativa nell'esperienza della Repubblica. Nuovi segnali dalla società civile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 53 ss. e B.T. BERGSSON, P. BLOKKER, *The Constitutional Experiment in Iceland*, in K. POCZA (ed.), *Verfassungsgebung in konsolidirten Demokratien: Neubeginn oder Verfall eines Systems?*, Nomos, Baden-Baden, 2013, 1 ss.

[43] Dati esposti da G. GOMETZ, *Democrazia elettronica: teorie e tecniche*, Ets, Pisa, 2017, 107.

[44] Cfr. *Icelanders back first 'crowdsourced constitution'*, 22 October 2012, available at http://www.euractiv.com/enlargement/icelanders-opens-way-crowdsource-news-515543.

[45] Sul punto cfr. T. GYLFASON, *Iceland: How Could This Happen?*, in *Cesifo Working Paper n. 4605*, CESifo, Munich, 2014, 29; ID., *Democracy on Ice: a Post Mortem of the Icelandic Constitution*, in *OpenDemocracy*, 19 june 2013, available at https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/democracy-on-ice-post-mortem-of-icelandic-constitution/#_ftn1.

[46] Al riguardo cfr. T. ABBIATE, *La* e-participation *e i processi di elaborazione e revisione costituzionale*, in *Ianus*, 11/2014, 9 ss.

Anche nel nostro ordinamento, sulla spinta dell'emergenza pandemica[47], l'art. 1, commi 341-4, della legge di bilancio 2021 (l. 30 dicembre 2020, n. 178) ha introdotto la possibilità di raccogliere in modalità digitale le firme necessarie per la presentazione delle richieste di referendum e delle proposte di legge di iniziativa popolare. La Presidenza del Consiglio, attraverso un d.p.c.m. cui è demandata la fase attuativa, avrebbe dovuto assicurare l'entrata in funzione della necessaria piattaforma informatica entro il 31 dicembre 2021. Lo schema di d.p.c.m. non è, però, stato ancora adottato, con la conseguenza che ad oggi è vigente la disciplina transitoria, dettata dall'articolo 1, comma 344, della medesima legge di bilancio, la quale prevede la possibilità di raccogliere le firme per la proposta referendaria con le modalità di cui dall'art. 20, comma 1-bis, del codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82), ovvero tramite firma digitale non soggetta ad autenticazione. Di tale possibilità, per la prima volta, si sono avvalsi i promotori dei referendum del giugno 2022, anche in relazione ai quesiti poi non ammessi dalla Corte costituzionale in tema di omicidio del consenziente (sent. n. 50 del 2022) e di c.d. "legalizzazione delle droghe leggere" (sent. n. 51 del 2022).

3.3 (segue): il *crowdsourcing* applicato all'istruttoria legislativa. I modelli brasiliano e cileno

Una seconda modalità di utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'elaborazione dei testi legislativi, che si può inquadrare anch'essa negli istituti di *crowdsourcing legislation*, attiene invece al cuore della fase istruttoria e non soltanto all'iniziativa legislativa. Si intende fare riferimento a quelle forme di partecipazione che utilizzano piattaforme informatiche per la raccolta delle proposte popolari di redazione e/o modifica di un testo oggetto di discussione parlamentare. Istituti, dunque, che, a differenza dei precedenti, si caratterizzano per comportare intersezioni e sovrapposizioni tra partecipazione popolare e lavori istruttori del Parlamento.

È il caso questo, ad esempio, del sistema *Wikilegis* in uso presso la *Câmara dos Deputados* brasiliana[48], che consente ai cittadini di discutere e avanzare modifiche alla redazione delle proposte di legge in corso di esame parlamentare, alla stregua di un vero e proprio un *editor* collettivo dei testi normativi. *Wikilegis* fa parte di una più ampia piattaforma, *e-Democracia*, la quale comprende quattro principali applicazioni, che consentono di seguire il processo legislativo in ogni sua fase, dalla presentazione dell'iniziativa, alla sua discussione in

[47] Ma la previsione normativa, in realtà, fa riferimento al diverso «fine di contribuire a rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena inclusione sociale delle persone con disabilità e di garantire loro il diritto alla partecipazione democratica».

[48] Disponibile all'indirizzo https://edemocracia.camara.leg.br/wikilegis/.

aula, fino alla sua approvazione finale[49]: in particolare, *Audiências Interativas* consente di assistere in diretta alle sedute della Camera e permette agli utenti di interagire con i partecipanti fisici e virtuali; *Expressão* permette di partecipare a un *forum* per la discussione *online* dei lavori parlamentari; *Pauta Participativa* serve per definire la priorità di voto dei progetti della Camera; la citata *Wikilegis*, infine, come si accennava, è un'applicazione creata per la redazione collaborativa dei testi di legge.

Segnatamente, le proposte legislative sono pubblicate sulla piattaforma su iniziativa dei deputati che ne sono relatori o autori e tutti i cittadini possono proporre commenti o nuove formulazioni rispetto ad ogni articolo del testo. La recensione del cittadino, che si presenta come un fumetto a lato del progetto di legge con nome dell'autore e data, può essere letta dagli altri utenti, che la possono votare sostenendola con l'apposita icona di approvazione o esprimendo un parere negativo, in una logica assai simile a quella dei *like* sui *Social Networks*. I diversi commenti sono poi classificati accanto alla disposizione legislativa cui fanno riferimento in base al numero di voti ricevuti e alla percentuale di approvazione da parte degli utenti[50].

All'esito della partecipazione, il sistema raccoglie e seleziona per oggetto e disposizione di riferimento i contributi collettivi, presentandoli in maniera strutturata e collegata ai singoli articoli in modo da facilitare il loro recepimento nel testo finale. In particolare, per semplificare il discorso e favorirne la fluidità, sono stati introdotti dei "consulenti legislativi", ad oggi persone fisiche alle dipendenze della Camera dei rappresentanti[51], i quali moderano il contenuto degli interventi della comunità virtuale, valutano la fattibilità dei suggerimenti e riformulano gli emendamenti. Alla scadenza del termine, i consulenti riassumono il risultato della partecipazione per produrre un "rapporto finale" da sottoporre alle commissioni parlamentari competenti. Il rappresentante può, quindi, attingere al risultato del lavoro svolto dall'"intelligenza collettiva" e presentare il disegno di legge alla Camera dei deputati, mentre spetterà poi alle

[49] A. ROY, K. CHAR, *Constituent Engagement Tools in Brazil: A Conversation with Paulo Henrique*, in *The GovLab*, 24 July 2018, available at https://blog.thegovlab.org/post/constituent-engagement-tools-in-brazil-a-conversation-with-paulo-henrique. Paulo Henrique è il direttore di *LabHacker*, sviluppatore dell'attuale versione di *e-Democracia*.

[50] Il funzionamento della piattaforma è stato testato da chi scrive (senza, però, poter utilizzare tutte le funzionalità riservate ai cittadini) in relazione alla discussione sulla libertà, responsabilità e trasparenza di Internet, reperibile all'indirizzo https://edemocracia.camara.leg.br/wikilegis/p/12-lei-brasileira-de-liberdade-responsabilidade-e-transparencia-na-internet/estatisticas/.

[51] Ma si veda l'intervista rilasciata da Cristiano Ferri Soares de Faria, uno dei fondatori della piattaforma *e-Democracia*, disponibile all'indirizzo https://civictech.guide/listing/wikilegis/ (min. 3:46), il quale sottolinea che la grande quantità di dati che il sistema si trova già oggi a gestire rende prossimo il ricorso a ulteriori implementazioni tecnologiche attraverso forme di *A.I.*

commissioni valutare il "rapporto finale" e decidere se accettare o meno, e in che misura, le modifiche alla proposta di legge.

Altra significativa esperienza è quella del *Congreso Virtual* cileno, nato nel 2018 per sviluppare l'originario progetto *Senador Virtual* del 2003, una piattaforma attiva per il solo Senato allo scopo di sensibilizzare i cittadini sul funzionamento del processo decisionale e consentire ai senatori di acquisire sistematicamente conoscenza delle opinioni della società civile in materie oggetto di proposte legislative[52]. L'idea di fondo, da cui il nome dell'applicazione, era quella di permettere all'utente di analizzare le proposte legislative come un vero senatore: una volta registrati, i cittadini potevano esprimere le proprie opinioni sulle proposte di legge, prima in via generale e poi sui singoli articoli[53]. A differenza del modello originario, *Congreso Virtual* non solo è esteso ad entrambe le camere del Parlamento cileno, ma, nella sua versione entrata e regime nel 2020, permette anche un maggior grado di interazione deliberativa. Dopo la registrazione, e una volta effettuato il *login*, è possibile accedere a tre funzionalità: *Propuestas de Ley*; *Proyectos de Ley* e *Consultas Publicas*[54].

Nella prima delle tre sezioni, è possibile accedere a una lista delle iniziative legislative disponibili[55] e chiedere che una (presentata da un membro del Congresso o del Governo) venga inserita sul portale come progetto di legge (attraverso il comando *Incluir a Congreso Virtual*). È anche possibile domandare l'ammissione del progetto di legge con urgenza (*Pedir urgencia*). Entrambe le richieste funzionano sul modello di una *mail*, nella quale l'utente è chiamato a giustificare il proprio interesse e, nel caso di urgenza, le motivazioni che lo spingono a chiedere l'accorciamento dei tempi. Le proposte di legge con più richieste vengono inserite sulla piattaforma per essere sottoposte alla votazione da parte degli utenti.

[52] Si veda il sito https://www.senadorvirtual.cl/proyectos. In dottrina, cfr. C.F.S. FARIA, *The open parliament in the age of the internet: Can the people now collaborate with legislatures in lawmaking?*, Câmara dos Deputados, Brasilia, 2013, 166.

[53] E.A. MORENO, D.B. TRAVERSO, *E–participación en el Senado chileno: ¿aplicaciones deliberativas?*, in *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, n. 51, sep. 2009, 252.

[54] Il funzionamento descritto è stato verificato da chi scrive dopo la registrazione, consentita anche ai non cittadini, sul portale https://congresovirtual.cl.

[55] Le iniziative sono, infatti, limitate a quelle su materie ritenute di interesse e le proposte sono vagliate da un comitato istituzionale, il *Grupo Bicameral de Transparencia*, allo scopo di limitare la partecipazione popolare ai temi oggetto di discussione in aula o comunque di pubblico interesse. Questo comitato, composto da giuristi, giornalisti, informatici e dai segretari di ciascuna delle commissioni parlamentari, oltre a decidere i temi di discussione sulla piattaforma e il tempo delle votazioni e consultazioni *online*, svolge un ruolo di collegamento tra l'attività partecipativa e quella legislativa vera e propria, tramite l'analisi dei risultati delle votazioni e dei suggerimenti dei cittadini, la selezione dei progetti di legge da discutere e la consegna del rapporto alle commissioni parlamentari, che discuteranno *ratione materiae* le varie proposte.

La proposta passa così alla sezione "Progetti di Legge", in cui gli utenti possono visualizzare i vari disegni di legge in discussione, classificabili in base a diversi criteri (data di creazione, voti generali favorevoli o contrari in ordine crescente e decrescente, ecc.), e, accedendo ad ognuno di essi, esprimere un voto sul progetto complessivamente considerato. Oltre al voto complessivo, la piattaforma consente una prima fase discussione sui principi generali del disegno di legge, con lo scopo di approvare o respingere il progetto tenendo conto degli aspetti fondamentali contenuti nella mozione e con la possibilità per gli iscritti di esprimere la propria posizione in un'apposita sezione di commenti (classificabili in base a diversi criteri: per data di creazione, "mi piace" in ordine crescente e decrescente, ecc.).

Vi è, poi, una seconda fase di partecipazione, eventuale e riservata al caso in cui il progetto venga discusso e approvato in prima battuta in sede legislativa, nella quale gli utenti possono esaminare il progetto in dettaglio, commentando e votando i singoli articoli (con possibilità di voto a favore, contrario e anche di astensione). Nel profilo di ciascun utente vengono registrate le opinioni e i commenti espressi per le diverse votazioni, in modo da consentire di seguirne le evoluzioni. Accanto alla sezione dei voti e dei commenti sono presenti altre finestre, relative al tracciamento del progetto (in commissione e in aula), ai grafici dei risultati della votazione (disponibili una volta scaduto il termine per votare), oltre a eventuali dettagli ed allegati.

Infine, la terza sezione, relativa alle "Consultazioni Pubbliche", permette all'utente di esprimere la propria opinione (votando a favore, contro o astenendosi) su brevi quesiti relativi all'introduzione o abrogazione di singole disposizioni, in una forma simile a quella referendaria.

3.4 (segue): l'embrionale esperienza italiana in tema di apertura del procedimento legislativo

In uno stadio più embrionale, rispetto a quelle fin qui analizzate, versa l'esperienza dell'ordinamento costituzionale italiano in tema di ricorso alle *ICT* per la partecipazione popolare al procedimento legislativo, che si inserisce in una ormai consolidata linea di tendenza evolutiva orientata verso la "processualizzazione" e l'apertura all'esterno del procedimento legislativo[56].

La prassi più significativa in materia è certamente quella del Senato della Repubblica, che, in data 12 settembre 2017, ha adottato le *Linee guida e nuove tecnologie per le consultazioni promosse dal Senato*[57], che rappresentano il punto

[56] Sul punto già R. DICKMANN, *L'organizzazione del processo legislativo*, Jovene, Napoli, 2006, 92 ss., e L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Jovene, Napoli, 2012, 261 ss., spec. 288 ss.

[57] Consultabili all'indirizzo http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento/files/000/028/616/Linee_guida_consutazioni_ITA.pdf.

di arrivo dell'esperienza di alcune consultazioni realizzate, nel corso della XVII legislatura, in base a tecniche e modalità di analisi diverse, definite *case by case* in considerazione della specifica area di indagine e degli obiettivi dell'organo che le promuoveva. Da questo modo di procedere casistico è emersa l'esigenza di definire princìpi e requisiti uniformi per le consultazioni promosse dal Senato che cercassero di trovare il giusto punto di equilibrio tra la necessità di non irrigidire lo strumento e l'opportunità di recepire gli *standards* e le *best practices* a livello internazionale ed europeo, anche in coerenza con il processo di definizione delle *Linee guida sulla consultazione pubblica in Italia*, promosse dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Le *Linee guida* promosse dal Senato – adottate a loro volta all'esito di un procedimento partecipato con oltre cento contributi – prevedono espressamente che la consultazione possa aver ad oggetto non solo politiche pubbliche e questioni di pubblico interesse, ma anche «una o più disposizioni normative dello Stato o un atto dell'Unione europea, in corso di approvazione o vigenti». Da qui la loro rilevanza ai fini del nostro tema.

Il procedimento partecipativo si articola in tre fasi: la «preparazione», che comporta l'individuazione dell'oggetto, la definizione dell'obiettivo, la scelta dei destinatari e la determinazione della durata della consultazione; lo «svolgimento», che consiste nella pubblicazione del documento di consultazione e dei relativi materiali informativi, la creazione di un punto di contatto per fornire chiarimenti e per risolvere eventuali problemi tecnici, il monitoraggio dell'andamento della consultazione e la rilevazione delle risposte fornite dai soggetti consultati; infine, l'«elaborazione dei documenti finali», ovvero un «resoconto», che contiene la descrizione delle modalità di svolgimento della consultazione e i dati relativi alla partecipazione, insieme ad una analisi di tipo quantitativo, e una «nota illustrativa degli esiti», che reca la sintesi degli elementi informativi acquisiti, esposti – se del caso – attraverso indicatori statistici e supporti grafici.

Nella procedura di consultazione, come si accennava, giocano un ruolo chiave le *ICT*, perché le *Linee guida* contemplano, tra gli strumenti utilizzabili: la somministrazione informatica di interviste o questionari a risposta chiusa, semistrutturati o a risposta aperta; le indagini basate su interviste strutturate rivolte a soggetti appartenenti a campioni statisticamente rappresentativi (i c.d. *focus group*); le piattaforme di dialogo tra i partecipanti alla consultazione (i c.d. *forum di consultazione*). Per la promozione della consultazione è, poi, previsto che si faccia ricorso non solo alle sezioni dedicate del sito del Senato, ma anche ai *social media*.

Dopo l'adozione delle *Linee guida*, ad oggi non risulta espletata, né avviata alcuna procedura partecipativa nel procedimento di formazione di leggi dello

Stato[58], mentre le medesime sono state applicate nel 2018 nel quadro di una consultazione promossa dalla Commissione industria, commercio e turismo in tema di sostegno alle attività produttive mediante l'impiego di sistemi di generazione, accumulo e autoconsumo di energia elettrica, finalizzata all'elaborazione di una risoluzione da trasmettere al Governo per la definizione delle modalità di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (dir. UE 2018/2001)[59].

Una esperienza, dunque, quella italiana, come si accennava, ancora a livello embrionale, ma i cui possibili sviluppi futuri – almeno quelli prossimi – sembrano essere stati incanalati dalle *Linee guida* del Senato in una direzione che conduce ad esiti contraddistinti da un ruolo degli strumenti di *A.I.* certamente più limitato rispetto a quello che si ricava dalle prassi e dai modelli offerti dal diritto comparato, in particolare da quelli che consentono alla consultazione popolare di intervenire nel cuore dell'istruttoria sui testi legislativi e non solo nella fase della raccolta dei contributi partecipativi dei portatori di interessi[60].

4. La produzione algoritmica di emendamenti

Un terzo ambito, sempre relativo all'istruttoria legislativa ma incidente in maniera più diretta sulle modalità di svolgimento dei "tradizionali" lavori delle Camere, è quello della produzione degli emendamenti da parte dei parlamentari o del Governo.

Emblematica al riguardo la vicenda sviluppatasi proprio nel nostro ordinamento nell'ambito dell'esame della riforma costituzionale c.d. "Renzi-Boschi" (A.S. n. 1429, XVII legislatura). Nel settembre del 2015, infatti, i senatori della "Lega Nord" Calderoli e Crosio hanno presentato circa 82 milioni di emendamenti prodotti sulla base di un algoritmo in grado di elaborare all'infinito proposte di modifica testuale delle disposizioni in esame. L'algoritmo in questione, utilizzando la recente tecnologia del *Natural Language Generation*, che consente di trasformare dati strutturati in linguaggio naturale, realizza semplici sostituzioni di termini e punteggiatura, creando così a partire da un

[58] L'unica realizzata in tale ambito, infatti, ovvero quella avviata dalla Commissione difesa nell'istruttoria del disegno di legge n. 2728, poi non arrivato alla conclusione dell'*iter*, in tema di riorganizzazione dei vertici del Ministero della Difesa e delle relative strutture, nonché di delega al Governo per la revisione del modello operativo e professionale delle Forze armate, è stata indetta prima delle *Linee guida* e si è svolta, quindi, secondo lo specifico bando all'uopo predisposto.

[59] In tale occasione, ben 480 sono stati i partecipanti che hanno risposto al questionario *online*: 277 i questionari correttamente completati e 569 gli accessi totali al sito della consultazione. Il 67% dei contributi validi (pari a 185 questionari) è stato presentato da singoli cittadini, mentre il 33% (pari a 92 questionari) è stato il frutto della partecipazione di autorità pubbliche, imprese, università, centri di ricerca e di soggetti governativi e non.

[60] Vedi *supra*, § 3.

emendamento altri milioni di emendamenti tutti diversi dal punto di vista della formulazione linguistico-testuale.

Gli emendamenti così predisposti non sono stati esaminati nel merito ai fini della loro ammissibilità ma sono stati dichiarati "irricevibili" dal Presidente del Senato Grasso, il quale in un articolato discorso tenuto nella seduta del 29 settembre 2015 ha chiarito che la loro inammissibilità non poteva essere pronunciata né per via della mancata sottoscrizione degli emendamenti, né in forza della loro presentazione solo telematica (e non anche cartacea), ma che i medesimi dovevano essere considerati appunto "irricevibili" perché il loro abnorme numero avrebbe reso impossibile il rispetto dei tempi previsti dal calendario dei lavori del Senato, approvato ai sensi dell'art. 55 Reg. Sen.[61].

Significativo osservare che, dopo la vicenda in questione, la Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari del Senato, nella seduta del 17 gennaio 2017, ha introdotto alcune novità in relazione alle modalità di presentazione in Assemblea delle proposte emendative – oltre che degli ordini del giorno e di altre richieste procedurali (come quelle di coordinamento, di stralcio, quelle relative a questioni pregiudiziali e/o sospensive) – stabilendo che la presentazione in cartaceo debba essere necessariamente accompagnata, ai fini del suo perfezionamento e, quindi, dell'"esistenza" dell'emendamento, da una contestuale trasmissione in via telematica.

Si tratta, evidentemente, di una novella tesa ad aggravare gli oneri formali a carico dei senatori (analoga modifica non è stata adottata alla Camera dei Deputati) che intendano effettuare proposte incidenti sui lavori dell'Assemblea (mentre invariata resta la modalità di presentazione degli emendamenti in Commissione) allo scopo di contenere possibili strumentalizzazioni in senso ostruzionistico degli strumenti messi a disposizione dall'intelligenza artificiale. Il che conduce ad una prima immediata criticità di questa tipologia di algoritmi e della loro incidenza sull'istruttoria legislativa.

Essa, infatti, dimostra in maniera abbastanza inequivoca che il ricorso agli algoritmi nel procedimento legislativo può divenire anche fattore di ostacolo all'effettività svolgimento della dialettica parlamentare e, quindi, giocare un ruolo decisamente avverso ai meccanismi della rappresentanza politica generale. A ciò si aggiunga che, come è stato opportunamente osservato[62], il potenziale *gap* tecnologico tra i vari partiti rischia di produrre un effetto distorsivo rispetto ai risultati delle competizioni elettorali, consentendo ai gruppi che investono più significativamente sugli algoritmi di incidere e, quindi, di "pesare"

[61] Sul tema cfr. la compiuta ricostruzione di G. PICCIRILLI, *Elusione ed evasione dello stress decisionale nel procedimento di revisione costituzionale*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*, il Mulino, Bologna, 2016, 179 ss., spec. 207 ss.

[62] R. IBRIDO, *ult. cit.*, 102.

sui lavori parlamentari anche più di quanto non peserebbero in relazione al consenso elettorale ricevuto.

A questo inconveniente potrebbe, però, ovviarsi attraverso le già ricordate forme di istituzionalizzazione nelle burocrazie parlamentari dei "servizi" di intelligenza artificiale. Ciò che, invece, pare difficilmente arginabile *a priori* è la possibile deriva ostruzionistica dell'utilizzo degli algoritmi che, anzi, ove la loro accessibilità venisse garantita in condizioni di parità a tutti i gruppi da apposite strutture parlamentari (fisiche e/o informatiche), rischierebbe addirittura di risultare complessivamente incentivata. Ma, come è ormai esperienza acquisita, l'utilizzo ostruzionistico degli istituti parlamentari, soprattutto di quelli del procedimento legislativo[63], è questione che dipende dalle dinamiche, spesso degenerative, della forma di governo e non appare corretto attribuirne la responsabilità alle tecnologie informatiche, che, da questo punto di vista, appalesano la loro "neutralità", dovendosi ogni strumentalizzazione addebitare piuttosto al sistema politico-partitico.

In questa materia, peraltro, proprio nel senso della istituzionalizzazione degli strumenti algoritmici sembra andare la più recente esperienza sviluppata dal Parlamento italiano nel corso della pandemia. Camera e Senato, infatti, hanno svolto un'istruttoria congiunta per l'elaborazione di uno "scrittore di emendamenti" di cui è prossima l'adozione e che è destinato a supportare la fase di scrittura degli emendamenti da parte dei parlamentari e dei gruppi. Si tratterà di un sistema che consente all'utente di modificare direttamente il testo del provvedimento e di ottenere le corrispondenti proposte di modifica strutturate sotto forma di emendamento, secondo le regole della redazione tecnica dei testi normativi.

Tale approdo costituirà lo sviluppo di una serie di tecnologie, come si accennava, messe a punto durante la pandemia e che hanno consentito ai parlamentari di presentare proposte di legge in formato digitale (alla Camera nel 2021: 192 su 481, pari al 40%) e di sottoporre emendamenti sempre in via informatica (alla Camera nel 2021: 23.528 su 26.974, pari all'87%), con l'ausilio di un controllo informatizzato, prima dell'invio, del nome dei firmatari, del corretto riferimento al testo normativo e degli altri elementi essenziali[64]. Ci si

[63] Sul punto, volendo, cfr. A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Questo numero della Rivista* 509 ss.

[64] Sul punto cfr. l'intervento orale svolto da C. DI ANDREA in occasione della giornata di studi della quale in questa sede si raccolgono gli atti, cui si rinvia anche per l'analitica descrizione delle altre varie misure tecnologiche varate durate la pandemia dalla Giunta per il Regolamento Camera dei Deputati per facilitare il lavoro a distanza, nonché le sedute da remoto, tra cui sembrano meritare particolare attenzione, anche nella prospettiva della loro stabilizzazione e integrazione nei sistemi digitali di cui si sta discorrendo, quelle relative alla presentazione telematica degli atti di sindacato ispettivo e alla trascrizione automatica del parlato nella resocontazione dei lavori. L'intervento è disponibile al link https://youtu.be/G35rORTzxZs?t=15283.

attende, dunque, che le applicazioni già utilizzate per la gestione delle iniziative e delle proposte emendative[65] offriranno, quando il sistema sarà implementato con lo "scrittore di emendamenti", risultati più accurati, in particolare per l'ordinamento automatico e il *drafting online*.

5. Luci e ombre nell'applicazione dell'A.I. alla produzione del diritto legislativo

Alla luce della prassi e delle esperienze analizzate, si può tornare all'interrogativo posto in apertura per provare a raggiungere qualche conclusione – inevitabilmente parziale e provvisoria[66] – sul rapporto tra gli strumenti offerti dall'*A.I.* e i meccanismi classici della rappresentanza politica.

In altra sede è parso di poter dire che, in alcune esperienze, come quelle offerte dal diritto europeo e dalla *crowdsourcing legislation* applicata all'iniziativa legislativa (si pensi ai casi islandese e finlandese), questi strumenti paiono operare più sul piano quantitativo, che su quello qualitativo, della rappresentanza politica, perché moltiplicano le occasioni di partecipazione politica popolare, ma non frappongono alcuna autonoma elaborazione algoritmica tra la raccolta dei contributi individuali e la progettazione degli atti normativi, che resta affidata alla esclusiva competenza e responsabilità degli organi competenti[67].

Naturalmente, con ciò non si intende affatto negare che un ricorso quantitativamente più intenso alla partecipazione popolare possa produrre un effetto benefico anche sulla qualità della normativa prodotta – anzi, di ciò si è convinti – ma solo sottolineare che, in questa tipologia di esperienze, l'*A.I.* non gioca un ruolo direttamente costitutivo nella produzione del diritto politico.

Maggiormente pregnante risulta, invece, il ruolo degli algoritmi nelle ricordate esperienze di *crowdsourcing* applicato all'istruttoria legislativa, perché qui l'elaborazione offerta dalle piattaforme informatiche incide direttamente sul contenuto dei lavori parlamentari. Ma, al di là degli aspetti tecnici e delle

[65] Particolarmente rilevante appare quella relativa alla messa in ordine delle proposte emendative, per realizzare la quale è stato definito un algoritmo basato sulle regole definite dal Regolamento della Camera e sono stati applicati dizionari per la comprensione semantica degli emendamenti al fine di valutarne la "distanza" dal testo emendato.

[66] Innanzitutto perché, come si è detto in apertura, dall'indagine condotta sono rimasti esclusi due ambiti che appaiono fondamentali per apprezzare gli effetti complessivi che l'evoluzione tecnologica sta determinando nelle trasformazioni della democrazia rappresentativa, ovvero quello dell'utilizzo degli algoritmi di interpretazione del consenso nelle strategie parlamentari dei gruppi e dei *leaders* e quello dei condizionamenti che le forme di *A.I.* esprimono sui processi di formazione dell'opinione pubblica.

[67] A. CARDONE, *Decisione politica* vs *decisione algoritmica? Un'indagine a partire dalla produzione del diritto legislativo*, in G. CERRINA FERONI, C. FONTANA, E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *AI ANTHOLOGY. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2022, 243 ss.

differenti versioni che emergono dalle prassi ricordate, ciò che merita di essere sottolineato è che tutte le forme di *crowdsourcing legislation* sembrano – in prospettiva – condividere alcuni problemi di compatibilità con gli istituti tradizionali della democrazia rappresentativa. Infatti, se una iniziativa legislativa o una proposta emendativa si originano fuori dalle aule parlamentari e sono il frutto dell'intermediazione che un algoritmo realizza tra le centinaia/migliaia di preferenze individuali manifestate con voti/commenti, diventa difficile per la macchina parlamentare produrre sia la legittimazione democratica, sia la responsabilità politica che la pubblicità dei lavori dovrebbe generare intorno alla decisione di approvare o meno quella proposta e/o formulazione.

Anzi, quanto più l'intermediazione digitale riguarda il cuore della fase istruttoria, e viene quindi ad interagire "da vicino" con il lavoro legislativo dei singoli parlamentari, come si è visto avvenire già oggi nei modelli cileno e brasiliano, tanto maggiore è il rischio che questi ultimi siano portati a "fuggire" dalla responsabilità politica e ad assecondare gli umori popolari (per quanto parziali e, nella peggiore delle ipotesi, anche distorti) per come essi risultano percepibili grazie alle piattaforme di *crowdsourcing*.

A ciò si aggiunga che, come la dottrina ha già avuto modo di evidenziare, i tentativi di rivitalizzare la democrazia rappresentativa attraverso gli strumenti di *crowdsourcing legislation* rischiano di infrangersi sull'ineguale distribuzione dell'accesso a Internet tra la popolazione e sul conseguente *digital divide* che affligge soprattutto certe fasce della medesima[68].

L'incessante evoluzione tecnologica potrebbe, però, ben presto metterci dinnanzi ad algoritmi in grado non solo di fare la sintesi degli orientamenti individuali espressi, ma anche di tradurli "autonomamente" in un testo suscettibile di essere affidato ai lavori parlamentari; cosa che comporta, però, valutazioni discrezionali eccedenti la mera elaborazione di grandi quantità di dati, ovvero la selezione di parole e proposizioni che presuppongono scelte tutt'affatto che neutre dal punto di vista politico, ancor prima che giuridico[69].

Ciò che merita di essere rimarcato al riguardo è che, se anche questo dovesse divenire possibile per effetto del passaggio dagli attuali sistemi di *Artificial Narrow Intelligence* a quelli più che futuribili di *Artificial Generalized Intelligence*, in grado di sviluppare un funzionamento cognitivo basato sul c.d.

[68] E. STRADELLA, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, in *DPCE on line*, 3/2020, 3354. Vedi anche A. CELOTTO, *Scrivere la Costituzione sui social network*, in *Formiche.net*, 19.11.2019, che ricollega il successo partecipativo del caso islandese all'alto tasso di alfabetizzazione e all'esiguità della popolazione.

[69] Sugli effetti di questa prospettiva sulla nozione di indirizzo politico, cfr. A. CARDONE, *La palingenesi democratica della Rete: nuove mitologie dell'indirizzo politico?*, in S. ARU, M. BETZU, S. CECCHINI, R. CHERCHI, L. CHIEFFI, G. COINU, A. D'ALOIA, A. DEFFENU, G. DEMURO, G. FERRAIUOLO, F. PASTORE, I. RUGGIU, S. STAIANO (a cura di), *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, Tomo I, Esi, Napoli, 2022, in corso di pubblicazione.

whole brain emulation e, quindi, di produrre scelte complesse come quelle politiche o di valore e di condensarle in proposizioni normative, rimarrebbe – anzi, risulterebbe amplificato – il problema di assicurare "all'esterno" la comprensibilità delle decisioni prese "all'interno" del procedimento legislativo automatizzato.

Tale "spiegabilità", infatti, che è fondamentale perché un testo possa portare alle necessarie assunzioni di responsabilità politica da parte dei gruppi parlamentari, non è necessariamente garantita dalla conoscibilità dell'algoritmo e dei dati utilizzati, perché anche ove questo sia consentito, ciò non vuol dire che il sistema automatizzato sia in grado di produrre una "motivazione", intesa come giustificazione politica, della decisione.

Ciò che può, forse, valere la pena di evidenziare, allora, è proprio che, nel contesto della "decisione algoritmica", il tema della motivazione della legge si pone in termini sostanzialmente diversi da quelli che lo caratterizzano nel quadro tradizionale del parlamentarismo. Questo perché, se pur continua ad essere vero che la legge non richiede espressa motivazione in quanto atto deliberativo e politico per antonomasia, non viene per ciò stesso meno l'esigenza che la scelta di sostenere o avversare una proposta di legge di iniziativa popolare appaia e sia giustificabile politicamente dinnanzi agli elettori.

Ma tale esigenza non potrebbe più considerarsi soddisfatta dal meccanismo parlamentare tradizionalmente basato sulla pubblicità dei lavori[70], perché esso non è in grado di fornire alcuna giustificazione politica se il testo della proposta di legge non è il frutto del lavoro umano ma dell'applicazione di un sistema informatico che sintetizza (potenzialmente) migliaia di opinioni e di voti "SI/NO". Di conseguenza, rispetto ad essa, la capacità di legittimazione democratica della rappresentanza si diluisce e l'assunzione della responsabilità politica in relazione al mandato elettorale si opacizza.

Quanto appena evidenziato, peraltro, costituirebbe un problema ancor più pressante nella prospettiva, coerente con la modalità di ricorso all'*A.I.* indagata per prima (quella, cioè, del suo uso istituzionale, incardinato in burocrazie parlamentari), dell'utilizzo di algoritmi per la produzione di testi legislativi fatti propri dall'iniziativa dei componenti delle Camere, ovvero di iniziative "adottate" da parlamentari che attingono liberamente al "calderone" delle proposte partorite dai sistemi di *crowdsourcing* informatizzato. Un tema di incertezza della legittimazione democratica e di trasparenza nell'assunzione della responsabilità politica rispetto al testo si porrebbe, infatti, *a fortiori*, ove la proposta non si originasse dal corpo elettorale, come nel caso dell'iniziativa popolare, ma fosse l'oggetto di uno specifico indirizzo politico impresso dalle scelte dei

[70] Come ben evidenzia G. PECORA, *La democrazia di Hans Kelsen*, Esi, Napoli, 1992, 65 ss.

parlamentari, cui sarebbe data la possibilità di scegliere quale proposta avviare al procedimento legislativo.

Più in generale, dunque, prassi ed esperienze come quelle analizzate, se osservate in prospettiva, oltre che nella loro attuale "consistenza", sembrano porre il problema della possibile alterazione della fisiologia del rapporto rappresentativo che deriva dalla circostanza che i rappresentanti possono essere posti nella condizione di dover, senza grossi margini di intermediazione, (i) assecondare o (ii) contrastare la volontà del corpo elettorale che risulta dalla consultazione; cosa che rischia di dar luogo o (i) a una deriva plebiscitaria o (ii) a una radicale contrapposizione con i rappresentati.

Infatti, a fronte di un indirizzo politico già delineato e dell'obbligo di votare sull'iniziativa "partecipata" (formalmente imposto dalla costituzione o parimenti imposto, ma politicamente, dalla necessità di non alimentare l'antipolitica), rischia di innescarsi una "fuga" dalla ordinaria responsabilità politica non molto dissimile da quella che si verifica nei casi di iniziativa legislativa rafforzata, che prevedono il perfezionamento della proposta di legge se il Parlamento non si pronuncia entro un certo numero di giorni dal suo deposito[71]. Con l'aggravante che il ricorso alle potenzialità partecipative della Rete rende probabile, e non solo possibile, che la partecipazione coinvolga un numero di elettori molto maggiore rispetto a quello necessario per la presentazione dell'iniziativa, esprimendo così un condizionamento ancora più forte nei confronti dei parlamentari.

Si può allora provare a concludere interlocutoriamente la riflessione fin qui svolta sottolineando che, nonostante gli effetti del progresso tecnologico, che dovrebbe presto portare ai citati sistemi di *A.G.I.*, il tema sollevato in queste pagine è destinato a restare sul tappeto – anzi, a divenire ancor più centrale nella riflessione costituzionalistica proprio per effetto degli sviluppi attesi – perché sarà comunque da sciogliere il nodo dell'intervento umano nel processo decisionale, al quale si ricollega – e difficilmente potrà non ricollegarsi – la capacità di generare legittimazione democratica e responsabilità politica tipica della produzione del diritto legislativo.

[71] Come nel caso del pendente disegno di riforma costituzionale dell'art. 71 Cost., A.S. 1089, *Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*, già approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati il 21 febbraio 2019.

QUALITÀ DELLA LEGISLAZIONE TRA SCIENZA, TECNICA E TECNOLOGIA: PRIME RIFLESSIONI[*]

MARIA DE BENEDETTO[**]

Sommario

1. Premessa. – 2. Qualità della legislazione, in sé e per sé. – 3. Qualità della legislazione tra scienza e tecnica. – 4. Legislazione e tecnologia: quantità o qualità? – 5. Qualità della legislazione e tecnologia: un approccio di processo. – 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

Legislation has been long time subject of a dedicated science (science of legislation) and of a specific technique (legislative drafting). While in both perspectives quality of legislation has been considered relevant, nowadays the problem seems how achieving quality of legislation in a context characterized by highly accelerated technological innovation. From this point of view, quality vs quantity of legislation may be a real criterion in order to choose among technological solutions as well as to manage them effectively in the legislative process. Moreover, the article shortly analyze, in a procedural and critical way, some of the technological solutions with potential impact on quality of legislation by concluding that the artisanal dimension in the legislative process (based on the primacy of the human) should be strengthened, as far as possible, to maximize the contribution of technological innovation to legislative quality.

Suggerimento di citazione

M. DE BENEDETTO, *Qualità della legislazione tra scienza, tecnica e tecnologia,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

[**] Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: maria.debenedetto@uniroma3.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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

Per affrontare il tema della qualità della legislazione in una prospettiva tecnologica occorre procedere per gradi, chiarendo progressivamente i termini del ragionamento. Si tratta di un percorso tutt'altro che ozioso, che si snoderà in quattro paragrafi e in qualche considerazione conclusiva. Sarà, infatti, dapprima indispensabile precisare la *nozione di qualità della legislazione* utilizzata, per quanto si possa cedere alla tentazione di darla per implicita (par. 2). Poi si darà conto del fatto che la legislazione è stata in qualche modo considerata ambito di riferimento di una *scienza* (la scienza della legislazione) e di una specifica *tecnica* (la tecnica legislativa) e che sia la scienza che la tecnica della legislazione si sono poste il problema della qualità della legislazione (par. 3). Ancora, si tenterà di chiarire cosa si debba intendere per *qualità della legislazione in una prospettiva tecnologica,* evidenziando taluni punti di criticità (par. 4). Infine, si proporrà l'adozione a fini descrittivi di una logica di processo, con la prospettiva di valutare opportunità e rischi del ricorso alla *tecnologia nelle diverse fasi del ciclo della legislazione* (par. 5), anche al fine di trarre qualche considerazione conclusiva in esito al ragionamento svolto (par. 6).

2. Qualità della legislazione in sé e per sé

Quando si parla di qualità della legislazione occorre primariamente sottolineare che la nozione di legislazione che si intende utilizzare è una nozione ampia. Anche nella letteratura internazionale è frequente il ricorso al termine legislazione "*in a broader sense*", vale a dire si adotta una prospettiva che include non solo le fonti primarie ma anche tutta l'attività normativa dell'esecutivo ("primary and secondary legislation"[1]). Peraltro, occorre considerare che in un processo non dissimile nei diversi ordinamenti, il ruolo dei Governi nella produzione legislativa di rango primario è crescente[2]. Inoltre, nella nozione di legislazione vanno senz'altro ricomprese anche anche la legislazione di matrice europea e la legislazione adottata ad altri livelli di governo (come quella delle Regioni). Quanto alla regolazione delle autorità indipendenti, sarebbe necessario svolgere considerazioni *ad hoc,* per giungere alla conclusione che anche questa potrebbe inquadrarsi nella categoria della legislazione se la nozione di

[1] U. KARPEN, *Introduction*, in U. KARPEN, H. XANTAKI (eds.), *Legislation and Legisprudence in Europe. A Comprehensive Guide*, Hart Publishing, 2017, p. 2.

[2] M. CARTABIA, *'Il Governo 'Signore delle fonti'?*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (eds), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del convegno annuale dell'Associazione 'Gruppo di Pisa', Università degli Studi di Milano Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2011, p. IX. V. anche Camera dei deputati, *Dati e tendenze della legislazione statale nella XVI e nella XVII Legislatura*, Estratto dal Rapporto sulla legislazione 2017–2018, n 7, 6 June 2018, p. 21.

legislazione assumesse una configurazione amplissima, ma per la verità lo svolgimento di tale questione non è essenziale ai fini dell'argomentazione che qui si svolge[3].

Parliamo ora della *qualità della legislazione*[4]. Vi è ampio accordo sul fatto che questa consista in *qualità formale* (comprensibilità, chiarezza, coerenza, attuabilità delle regole) e in *qualità sostanziale* (regole osservate, attuate e produttive di effetti coerenti con gli obiettivi che le hanno giustificate). Vi è ampio accordo, inoltre, sul fatto che la qualità della legislazione sia strettamente correlata all'istruttoria legislativa e che, anzi, ne costituisca aspetto qualificante richiedendo che nel corso dell'istruttoria si svolgano valutazioni *ex ante* e si preparino quelle *ex post*, si tengano consultazioni, si predispongano attività di monitoraggio, etc.

La *qualità formale* della legge viene concepita tradizionalmente come questione di pertinenza del cd. *ciclo della legislazione,* affermandosi nella pratica istituzionale prima della qualità sostanziale: in buona sostanza, la ricerca della qualità formale ha richiesto che nel procedimento legislativo fossero disponibili professionalità e competenze specifiche di legistica, quello che nell'esperienza dei paesi anglofoni si definisce *drafting*[5] e in Francia *legistique formelle*. La *qualità sostanziale* è, invece, categoria più tardiva e più complessa e, sia perché implica la disponibilità di competenze interdisciplinari (quelle necessarie, di volta in volta, a regolare le più diverse materie), sia perché richiede di ampliare l'orizzonte della legislazione, aprendolo anche a monte e a valle del procedimento legislativo. Il cd. *ciclo della regolazione* è caratterizzato dal fatto che le singole iniziative legislative sono considerate anche quali regolazioni attuative delle politiche pubbliche perseguite dai Governi, le quali richiedono (per essere qualificate come *better regulation*) una valutazione *ex ante* degli effetti che dovrebbero produrre ed *ex post* di quelli che hanno effettivamente prodotto. Insomma, l'idea che il contenuto della legge esprima anche una sostanza regolatoria (nata negli Stati Uniti a partire dagli anni '70 del secolo scorso e consolidata in alcuni sistemi più che altri[6]) ha contribuito alla diffusione di una prospettiva più ampia, quella appunto del ciclo della regolazione, in cui non

[3] Uno svolgimento più approfondito è in M. DE BENEDETTO, *La motivazione delle regole*, in "Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale", n. 185-186/2014, p. 7.

[4] Sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011

[5] Per una ricostruzione v. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano 2004.

[6] Sul punto interessante il rapporto Australian Government, Productivity Commission Research Report, *Identifying and Evaluating Regulation Reforms*, Appendix K, How do different countries manage regulation?, December 2011. V. anche C.M. RADAELLI, *The diffusion of Regulatory Impact Analysis in OECD countries: best practices or lesson-drawing?*, in "European Journal of Political Research", 2004, p. 725.

rileva solo il procedimento che conduce all'adozione della legge (come nel ciclo della legislazione) ma anche il contenuto (e la bontà) sostanziale della legge, in quanto capace di conseguire obiettivi, nella sua portata di catalizzatore di effetti. Dal 1999 sono, così, introdotte anche in Italia tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria normativa del governo, poi per la regolazione delle autorità indipendenti e nella legislazione delle regioni, sviluppando uno strumentario per verificare che la legislazione (*ex ante*, analisi d'impatto della regolazione-AIR) sia in grado di produrre oppure che (*ex post*, valutazione d'impatto della regolazione-VIR) abbia prodotto gli effetti attesi[7].

Una ricaduta rilevante del cambiamento di prospettiva riguarda l'attività dei parlamenti. Sul presupposto che la legislazione debba essere anche qualitativamente buona, cioè in grado di produrre effetti sociali ed economici ricercati e desiderabili, i parlamenti sono chiamati a guardare sempre più di frequente anche alla valutazione delle politiche pubbliche, dovendosi così orientare non più solo alla produzione di nuove leggi ma anche (di fatto) alla manutenzione dello *stock* di legislazione: si pensi, a tale riguardo, alla riforma costituzionale francese del 2008 (con cui si è previsto che una settimana su quattro dell'attività del Senato deve essere dedicata alla valutazione delle politiche pubbliche[8]) o al tentativo di riforma costituzionale italiana del 2016 che avrebbe attribuito la valutazione delle politiche pubbliche ad un riformato Senato[9].

L'esigenza di semplificare, razionalizzare, migliorare la qualità della legislazione è poi da tempo oggetto di indicazioni da parte dell'OCSE, richiesta dalle istituzioni europee (si pensi al programma *EU Regulatory Fitness* che fissa un principio di previa valutazione dell'assetto normativo vigente - *evaluation first* - in vista dell'adozione di nuove regole[10]) ed è stata considerata, seppur con

[7] Sull'argomento v. A. NATALINI-G. VESPERINI, *L'analisi d'impatto della regolazione. Il caso delle autorità indipendenti*, Roma 2012

[8] La loi constitutionelle du 23 Juillet 2008, art. 24 ha stabilito che "Le Parlement vote les lois, contrôle l'action du Gouvernement et évalue les politiques publiques". Sull'aspetto dell'introduzione degli études d'impact, v. J. MAIA, *Outline of the French Practice of Regulatory Impact Assessment (RIA) System Preliminary to the Legislative Process, One Year After the Enactment of the New 2008 Constitutional Framework*, in J.B. AUBY, T. PERROUD (eds.), *Regulatory Impact Assessment/La evaluación de impacto regulatorio*, Seville 2013, p. 167.

[9] L'art. 1 del disegno di legge di riforma costituzionale pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 2016 (*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*) ridisegnava l'art. 55 Cost., prevedendo che «il Senato della Repubblica rappresenta le istituzioni territoriali ed esercita funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica. [...] Valuta le politiche pubbliche e l'attività delle pubbliche amministrazioni e verifica l'impatto delle politiche dell'Unione europea sui territori». Sull'argomento si veda N. RANGONE, *La valutazione delle politiche pubbliche nella riforma del Senato tra tecnica e politica*, in "Studi parlamentari e di politica costituzionale", n. 187/188, 2015, p. 73 ss.

[10] European Commission, Communication "*EU Regulatory fitness*", COM (2012) 746 final, p. 4, dove si afferma che, a partire dal 2014 "the Commission will not examine proposals in areas of existing

approccio episodico, a livello nazionale, anche di recente, nel quadro delle politiche di ripresa e resilienza[11].

Eppure, l'uso degli strumenti per il miglioramento della qualità della legislazione italiana (ad oggi considerati "spuri"[12]) è ancora sostanzialmente fittizio. Le analisi d'impatto della regolazione che dovrebbero accompagnare gli atti normativi del Governo (quando presenti) non sono sempre adeguate, comunque difficili da reperire, poco utili per preparare la legislazione (prima) e per guidarne la fase attuativa (poi). Così, non è eccessivo sostenere che ad oggi – nonostante l'apprezzabile sforzo di singoli attori istituzionali - la qualità della legislazione costituisca in Italia una "*symbolic politics*"[13].

3. Qualità della legislazione tra scienza e tecnica

Il problema di come conseguire una buona legislazione non è nuovo, anzi nel passato è stato considerato anche alla luce di un approccio dichiaratamente scientifico. Nella "Scienza della legislazione"[14] Gaetano Filangeri elaborò tra il 1780 e il 1785 una riflessione teorica e sistematica su come conseguire la "bontà" della legislazione, mentre di lì a poco Jeremy Bentham - con le altre opere in materia di legislazione[15] e con la *Nomography*[16] - individuava il principio della *greatest happiness of the greatest number* come criterio guida della

legislation until the regulatory mapping and appropriate subsequent evaluation work has been conducted"

[11] A questo riguardo, si richiama l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione (prevista dall'art. 5 del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021), struttura di missione ubicata nell'ambito del DAGL (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi) della Presidenza del Consiglio dei Ministri. L'Unità elabora un programma di azioni prioritarie ai fini della razionalizzazione e revisione normativa; promuove iniziative di sperimentazione normativa; coordina, anche sulla base delle VIR (verifica di impatto regolatorio), la formulazione di proposte per superare le disfunzioni derivanti dalla normativa vigente; riceve e considera ipotesi e proposte di razionalizzazione e sperimentazione normativa formulate da soggetti pubblici e privati.

[12] Così, G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 50.

[13] Cfr. C.M. RADAELLI, *What do governments get out of regulatory reform? The case of regulatory impact assessment*, paper presentato alla XV Conference of the Nordic Political Science Association, Tromso, Norway, 6-9 agosto 2008, p. 3. Sul punto v.anche A. NATALINI-F. SARPI, *L'insostenibile leggerezza dell'AIR*, in "Giornale di diritto amministrativo", 2009, p. 233

[14] G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione. Benjamin Constant, Comento sulla scienza della legislazione*, a cura di V. FROSINI, revisione critica dei testi di F. Riccobono, Roma 1984, 2 voll.

[15] A partire da J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, trad. it., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (1789), a cura di E. LECALDANO, Torino 1998.

[16] J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, London 1838-1843, reprinted New York 1962, Volume 3, *Nomography or the Art of Inditing Laws*. Per una ricostruzione v. P. DE LUCIA, *Il termine "Nomografia"*, in P. DE LUCIA (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi. Contributi al seminario promosso dalla Banca d'Italia e dalla prima cattedra di filosofia del diritto dell'Università di Milano (19 novembre 1991)*, Milano 1995, p. I, dove si ricorda che i manoscritti della Nomografia recano date comprese tra il 1811 e il 1831.

legislazione (così) perorando il ricorso ad una valutazione di tipo economico nella decisione legislativa[17].

Il tema della scienza della legislazione venne ripreso in Italia da un certo numero di scritti pubblicati sulla rivista «Il diritto dell'economia» nel 1960, in cui si pose la questione se per la legislazione si dovesse parlare di scienza ovvero di tecnica (o ancora di "arte"[18]), comunque convenendo che la legislazione richiedesse lo "studio degli effetti pratici delle norme concretamente in atto e di quelle ipoteticamente formulabili" avendo riguardo alla "rilevazione di fatti e ad uno studio dei rapporti causali fra detti fatti e le norme" e con la prospettiva di una "ben più difficile opera di previsione di effetti probabili"[19].

In realtà, nella pratica istituzionale e nel dibattito scientifico degli anni successivi prevalse una visione dell'attività di produzione legislativa imperniata sulla *tecnica*, cioè su un certo modo di svolgere l'attività condiviso dai professionisti del settore. La tecnica legislativa – che venne acutamente definita un «artigianato»[20] - non includeva ancora le cd. tecniche di analisi della regolazione (che si sarebbero affermate oltreoceano da lì a poco) e si venne a consolidare una divaricazione fatale per la qualità della legislazione: quella tra la definizione del contenuto delle regole (sempre più spesso costruite dai portatori di interessi) e la formulazione dei testi normativi. Insomma, nella tecnica legislativa era dominante l'attenzione al *drafting* formale delle leggi mentre la progettazione della legge è stata considerata «estranea all'essenza del diritto»[21].

4. Tecnologia e legislazione: quantità o qualità?

Parliamo ora, finalmente, di tecnologia, di come la tecnologia influenzi e se la tecnologia migliori, di per sé sola o a quali condizioni, la qualità della legislazione. Si consideri che la tecnologia è conoscenza scientifica applicata a scopi pratici, alla soluzione di problemi, oppure al modo in cui facciamo le cose[22] che ne dovrebbe risultare rafforzato per l'uso di macchine e strumenti nello svolgimento delle più diverse attività[23]. L'innovazione tecnologica ha avuto

[17] J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* cit., cap. I, 1-7, p. 89 ss. e cap. IV, 1-8, p. 122 ss.

[18] Cfr. F. CARNELUTTI, *Tecnica e arte legislativa*, in "Il diritto dell'economia", 1957, p. 263

[19] M. LONGO, *Per la fondazione di una "scienza della legislazione"*, in "Il diritto dell'economia", 1960, p. 590

[20] Al riguardo si vedano i numerosi contributi in *La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, in "Il Foro italiano", 1985, V, coll. 282 ss.

[21] S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1992, p. 309

[22] R. MAYNTZ, *Tecnica e tecnologia*, in "Enciclopedia delle scienze sociali", 1998.

[23] Sul punto, in chiave più ampia, è di certo interesse il lavoro di M. FOUCAULT, *Tecnologie del sé. Un seminario con Michel Foucault*, a cura di L.H. MARTIN, H. GUTMAN, P. HUTTON (tit. or. *Technologies of the self. A seminar with Michel Foucault*, 1988, The University of Massachusetts Press), Bollati Boringhieri, Torino, 1992.

negli ultimi decenni una tale accelerazione da toccare e sconvolgere molti aspetti dell'umano[24]: per ciò che qui ci riguarda, i consolidati paradigmi di conoscenza, di incontro, di interazione, di decisione tipici del procedimento legislativo.

Primariamente, però, occorre considerare che la tecnologia si è proposta molto spesso come potenziamento della capacità di produzione, contribuendo a semplificare, ad accelerare e a trasformare molti dei modi in cui le cose vengono fatte. Insomma, la tecnologia entra anche nella pratica artigianale della legislazione preparandola alla trasformazione in processo di tipo industriale. Si pensi ad alcune delle attività che rilevano nel funzionamento della «grande macchina»[25] della legislazione (o della «fabbrica delle leggi»[26]): acquisire documenti, presentare emendamenti, svolgere riunioni o audizioni da remoto, votare elettronicamente sono solo alcuni degli esempi in cui è certa la semplificazione e accelerazione di attività consentite da innovazioni tecnologiche già introdotte nel procedimento legislativo. D'altro canto, occorre chiedersi se vi sia un vero bisogno di produrre più leggi, se cioè l'accresciuta produttività di questa fabbrica così speciale e rilevante sia in sé necessaria, desiderabile e dunque giustifichi il ricorso massivo a qualsiasi tipo di innovazione tecnologica si renda disponibile.

La risposta è però negativa giacché le leggi sono troppe: il nostro sistema è, infatti, caratterizzato da una inflazione legislativa (e più in generale, regolatoria) di tipo patologico. Questa è mossa dallo stesso programma di interventi disegnato dalla Costituzione[27], dall'assimilazione nell'ordinamento nazionale della regolazione economica di derivazione europea, dalla tendenza alla degenerazione dei sistemi parlamentari[28], dal ricorso inarrestabile a politiche pubbliche che generano benefici concentrati e costi diffusi per effetto della presenza degli interessi organizzati nella produzione legislativa[29], dal ricorso a legislazione in chiave simbolica o per scopi di comunicazione politica[30]. Gli

[24] Si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *"Umano troppo umano". Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in "Diritto pubblico", 1/2019, p. 5.

[25] G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione (1780-1785). Benjamin Constant, Comento sulla scienza della legislazione*, Roma, IPZS, 1984, p. 27: «Noi cominceremo dunque a scomporre la gran macchina della legislazione».

[26] F. PATRONI GRIFFI, *La «fabbrica delle leggi» e la qualità della normazione in Italia*, in "Diritto amministrativo", 1, 2000, p. 97.

[27] Cfr. G. CORSO, *Perché la «complicazione»?*, in "Nuove autonomie", 2008, 3-4, p. 326. V. anche S. CASSESE-B.G. MATTARELLA, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in *L'Italia da semplificare, I: Le istituzioni*, a cura di S. CASSESE-G. GALLI, Bologna 1998.

[28] Cfr. già G. ARANGIO RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)*, Firenze 1898, ed. 1985, p. 264-265. V. anche G. PASQUINO, *Nuovo corso di scienza politica*, Bologna 2009, p. 193.

[29] Cfr. A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano 1989, p. 371

[30] Sul punto, v. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore,* Bologna, il Mulino, 2000, p. 151-152. V. anche F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in "Nuove

effetti del disordine normativo correlato all'inflazione legislativa sono gravi, generano un contesto di *insecurité juridique*[31], difficoltà di *enforcement*, alimentano opportunità di elusione delle norme (la *creative compliance*)[32], premiano prevalentemente gli interessi capaci di darsi un'organizzazione[33], contribuiscono ad un contenzioso di portata abnorme che accresce i costi di transazione[34] e incide negativamente sulla competitività del paese. L'inflazione legislativa (alla stregua di tutti i fenomeni inflattivi) produce, in buona sostanza, un incremento quantitativo che si correla strutturalmente ad una diminuita qualità della legislazione, di modo che questa è votata a produrre effetti casuali[35].

Insomma, non vi è proprio bisogno di aumentare quantitativamente la produzione delle leggi mentre vi sarebbe, invece, un gran bisogno di leggi di migliore qualità, che si dispongano ad essere interpretate senza risolversi in perpetui conflitti, ad essere attuate fisiologicamente dall'amministrazione, ampiamente osservate dai cittadini e che conseguano (per quanto possibile) gli obiettivi sociali ed economici per cui sono state adottate senza produrre troppi effetti collaterali.

Dunque, la tecnologia che si proponga in chiave di mera accelerazione produttivistica del procedimento legislativo, rendendo possibile acquisire più documentazione, svolgere più riunioni (perché a distanza), tenere più votazioni, condurre più audizioni, non necessariamente risponde al bisogno di migliorare la qualità della legislazione. Con ciò non si vuole negare l'utilità dell'accelerazione o della semplificazione consentita dalle diverse soluzioni tecnologiche. Si vuole semplicemente chiarire che il ragionamento sul valore aggiunto procurato dal ricorso alla tecnologia nell'attività legislativa debba svolgersi su un piano diverso, quello della qualità sostanziale della legislazione (per come l'abbiamo ricostruita *supra*). Questa dovrebbe costituire criterio selettore sia della domanda istituzionale di tecnologia per la produzione legislativa (rispetto

autonomie", 2008, 3-4, p. 337 e M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli per la crescita economica*, in "Quaderni costituzionali", 2010, p. 816

[31] La *securité juridique* riguarda sia la qualità della legge che la sua prevedibilità; sul punto v. Conseil d'Etat francese, *La securité juridique et la complexité du droit*, febbraio 2006, in particolare, 281 ss.

[32] R. BALDWIN, *Rules and Government: Non-Statutory Rules and Administrative Law*, Oxford 1995, p. 185

[33] Sul punto è fondamentale il contributo di M. OLSON, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Group,* Cambridge 1965, trad. it. La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi, Milano 1983.

[34] Sul punto v. O.E. WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, Oxford 1996, trad it. *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano 1998.

[35] Già nel 1930 si sosteneva che "l'accrescimento quantitativo determina lo scadimento qualitativo anche nel campo della legislazione", F. CARNELUTTI, *La crisi della legge,* in F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova, Cedam, p. 178.

all'offerta già disponibile sul mercato) sia delle potenziali commesse di tecnologia da parte degli attori del procedimento legislativo (stimolando l'approntamento di prodotti e soluzioni che ancora non siano presenti sul mercato, ad esempio banche dati del contenzioso).

Insomma, l'idea che la tecnologia sia certamente in grado di sostenere e/o migliorare la qualità del prodotto legislativo potrebbe essere assai meno scontata di quella che la tecnologia consentirà di produrre più leggi.

Una ulteriore questione che sarebbe bene porsi (e che riprenderemo nelle considerazioni conclusive) riguarda il rapporto tra tecnica e tecnologia. L'incremento della disponibilità di tecnologia supera il bisogno di tecnica della legislazione? In altri termini, le soluzioni tecnologiche che entrano dentro il procedimento legislativo sostituiscono la dimensione "artigianale" della legislazione, imperniata sull'umano?

Una prima, provvisoria risposta viene suggerita dalla rilettura di Marshall Mcluhan, il quale propone una rappresentazione dell'evoluzione tecnologica come *progressiva estensione del corpo umano* che, al contempo, produrrebbe forme di *auto-amputazione*[36]. Si pensi, in questa logica, al potenziamento della capacità umana di incontro grazie alla tecnologia di *remote hearing*. Ebbene, andrebbe attentamente ricostruito, con l'estensione della capacità umana d'incontro, anche il grado di inabilitazione sociale che il ricorso alle forme remotizzate di incontro produce: sapere se abbiano aumentato (o no) il conflitto, reso più difficoltosi (o no) i processi decisionali, se li abbiano resi più o meno superficiali non è irrilevante. Insomma, occorre capire se il ricorso alla tecnologia (ad ogni specifica tecnologia) generi un effetto che si muove nella direzione del miglioramento della qualità delle relazioni istituzionali e di quella della legislazione.

Inoltre, sempre partendo dall'idea di innovazione tecnologica come estensione delle capacità umane, non è peregrino osservare che così come si può estendere l'intelligenza e potenziare l'azione, si certamente può estendere anche la stupidità quando la tecnica a monte non sia già da sola in grado di garantire relazioni istituzionali o legislazione di buona qualità. L'estensione, cioè, riguarda nel bene e nel male l'azione dei pubblici poteri *telle quelle*, così che quando si ricorre ad una tecnologia occorre attentamente considerare con le opportunità che sono offerte anche i rischi di generare (e non saper gestire) conseguenze abnormi ed idiocratiche.

[36] M. MCLUHAN, *Gli strumenti del comunicare* (tit. orig. *Understanding media. The extension of men*, McGraw-Hill, 1967), il Saggiatore, Milano, 1979, p. 55 "Ogni invenzione o tecnologia è un'estensione o un'autoamputazione del nostro corpo, che impone nuovi rapporti o nuovi equilibri tra gli altri organi e le altre estensioni del corpo".

5. Qualità della legislazione e tecnologia: un approccio di processo

Dunque, se il bisogno è oggi produrre meno legislazione ma di migliore qualità e se la tecnologia deve contribuire ad estendere la capacità umana/istituzionale di produrre legislazione di qualità, l'*approccio* che ci pare più promettente per chiarire se e come la tecnologia costituisca un fattore di miglioramento della qualità della legislazione è quello *di processo*, anche perché ci consente di riprendere l'idea di ciclo della legislazione nell'accezione regolatoria e più ampia che abbiamo adottato. In altri termini, bisogna considerare se e come le molteplici opportunità, offerte dalle numerose tecnologie, nei diversi momenti del ciclo della legislazione, operino rispetto all'obiettivo della qualità. Non è questa la sede per svolgere una ricognizione approfondita. Ma è importante porre al centro della riflessione la questione della tecnologia nel procedimento legislativo in termini di opportunità e rischi, con le conseguenze che ne derivano in termini di ricorso a scelte istituzionali informate al principio di precauzione[37]. L'impatto attuale e potenziale della tecnologia (internet su telefono, social media, e-mail, banche dati, cloud, algoritmi decisionali etc.)[38] sulla decisione legislativa potrebbe, pertanto, essere valutato in uno scrutinio di stretta funzionalità delle innovazioni tecnologiche all'obiettivo di qualità della legislazione.

Si consideri, ad esempio, quanto rilevi la possibilità di svolgere proposte (prima) o emendamenti (poi) in forma elettronica[39] e di quanto questo renda potenzialmente più ampio (in termini di universo di riferimento, in termini spaziali e temporali) il contesto in cui si possa inquadrare l'iniziativa legislativa. Ebbene, il *crowdsourcing legislation*[40]*,* però, deve essere ragionato con grande cautela e resistendo all'euforia partecipatoria (che ne costituisce di certo la principale opportunità). Pur senza toccare le questioni rilevantissime concernenti il presidio dei tratti caratterizzanti della democrazia rappresentativa (una "sfida di carattere esistenziale"[41]), vi sono, infatti, palesi rischi nella gestione di processi partecipatori manipolabili, nelle possibili distorsioni della

[37] Sul punto, per una ricostruzione generale, si veda M. IACCARINO, *Precauzione, principio di*, in "Enciclopedia italiana", VII Appendice, 2007

[38] *https://statetechmagazine.com/article/2016/07/technology-plays-essential-role-modern-legislature-process.*

[39] Ivi.

[40] W. VOERMANS, *Crowdsourcing legislation: new ways of engaging the public*, in "The theory and practice of legislation", n. 1, 2017. In generale, v. anche P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in "Diritto pubblico", 2019, n. 1, p. 71.

[41] N. LUPO, *Lo Stato digitale – Il Parlamento e la sfida della digitalizzazione*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", n. 2/2021, p. 502. Sull'argomento cfr. anche A. PAJNO, *Democrazia e governo 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*, Fondazione Leonardo Civiltà delle Macchine, Bologna, il Mulino, 2021, p. 12.

partecipazione in conseguenza del *digital divide*, per il possibile sovraccarico del procedimento legislativo.

Quanto alla fase dell'istruttoria del procedimento legislativo, la dimensione *paperless* e la tecnologia *cloud* permettono senza limiti la condivisione di documenti e materiali. Non è però chiaro se la conoscenza costruita sulla base di questa tecnologia consenta una formazione di opinioni migliore o peggiore rispetto a quella costruita sul cartaceo. Le capacità di lettura a video non sono le medesime, il rapporto fisico con i contenuti si svolge in azioni e comandi differenti. Il contenuto della decisione legislativa in termini sostanziali potrebbe così essere toccato in aspetti qualitativi. Peraltro, sempre nella prospettiva istruttoria, alcune opportunità offerte dalla tecnologia sono decisamente sottoutilizzate. Si pensi ai dati statistici, insostituibile fattore conoscitivo della decisione legislativa (e della decisione pubblica, più in generale) anche in vista del contributo argomentativo che possono dare al corredo motivazionale della legge: qui forse la capacità di commessa delle istituzioni potrebbe essere più robusta nella promozione di banche dati che consentano una conoscenza statistica pienamente fruibile per l'attività di governo.

Si pensi, ancora, al lavoro parlamentare, sia a quello svolto dalle commissioni che al dibattito parlamentare in assemblea. Le esperienze occasionate dal contesto pandemico sono state di certo interesse (come nel caso del Parlamento europeo[42]). In generale, però, occorre osservare che le tecnologie di *remote hearing and debate*, pur capaci di semplificare e moltiplicare le occasione di incontro, possono determinare una alterazione della relazione istituzionale: questa, infatti, non si struttura più nella distribuzione spaziale (dell'aula, del tavolo, del luogo in generale) che è concepita in funzione dei ruoli; oblitera l'esperienza del viaggio (che disegna un tempo dedicato all'incontro istituzionale); virtualizza le dinamiche conflittuali ed influenza quelle di confronto, potendo così cambiare il contenuto della decisione legislativa in una direzione che andrebbe ragionata anche in termini di qualità della legislazione e della relazione istituzionale.

Nella fase della decisione più profili possono essere toccati da tecnologie.

Un primo, più scontato, riguarda il metodo di votazione elettronica e/o a distanza che tende a produrre un innalzamento del dato quantitativo della partecipazione.

Un secondo profilo riguarda la trasparenza del dibattito parlamentare e delle votazioni che possono essere seguite grazie a tecnologie di *live webcasts of legislative floor proceedings*. Il cittadino, però, che teoricamente ha accesso ad una produzione video imponente, difficilmente riesce a selezionarne i momenti

[42] R. PIOL, *Il Parlamento europeo vota a distanza: è la prima volta al mondo, partecipazione da record*, in "Huffington Post", 27 marzo 2020.

rilevanti e salienti[43], mentre paradossalmente non ha sempre accesso a documentazione rilevante e saliente per l'istruttoria legislativa, quali l'analisi d'impatto della regolazione di disegni di legge governativi o di emendamenti.

Un cenno, infine, deve essere fatto anche alla fase in cui – dopo essere stata adottata - la legge viene applicata (o non applicata) dalle amministrazioni, osservata (o non osservata) da cittadini ed imprese oppure è attuata (o non attuata) dalle amministrazioni preposte ai controlli[44]. Anche nel disegno della *compliance* o dell'*enforcement* amministrativo sono sempre più presenti tecnologie di tipo diverso (si pensi alla dichiarazione fiscale telematica, al ricorso alla videosorveglianza, all'invio informatizzato di sanzioni da parte delle amministrazioni, alla pianificazione dei controlli basata su *data matching* o algoritmi) le quali vanno attentamente governate. Non è, infatti, detto che i più sofisticati mezzi di adempimento o di accertamento dell'inadempimento saranno in grado di far conseguire risultati compatibili con l'idea di qualità sostanziale della legislazione che abbiamo delineato. Non sono rari casi in cui la tecnologia, mal governata, amplifica con la capacità esponenziale di prodotto anche l'errore connesso al prodotto: si pensi alle disfunzionalità dei sistemi di adempimento informatizzato, alle cd. cartelle pazze o ancora ai casi di sanzioni reiterate nei riguardi di destinatari che hanno storie di *compliance* impeccabili.

Insomma, la maggiore efficienza consentita dal potenziamento tecnologico dello strumentario amministrativo non sempre si risolve in maggiore effettività della legge e può finanche produrre riduzione della fiducia nelle istituzioni. Proprio qui risiede il pericolo maggiore di un ricorso poco accorto alla tecnologia nel procedimento legislativo: sottostimare l'importanza del fattore fiducia per la qualità e l'effettività della legislazione[45].

[43] Sul punto cfr. N. LUPO, *Lo Stato digitale – Il Parlamento e la sfida della digitalizzazione* cit., p. 508

[44] In generale, per una ricostruzione, cfr. A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in "Diritto pubblico", 3/2020, p. 943. Si veda anche J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in "Le istituzioni del federalismo", n. 3/2019, p. 619. Si veda anche R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in "Diritto amministrativo", 2/2020, p. 305, E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in "Diritto pubblico", n. 2/2019, p. 363 e 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", 6 febbraio 2019, p. 1.

[45] Per uno svolgimento della questione sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, N. LUPO, N. RANGONE (eds.), *The crisis of Confidence in Legislation*, Nomos/Hart Publishing, 2020 e G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione,* Bologna, il Mulino, 2022, p. 115 ss.

6. Considerazioni conclusive

Insomma, una lettura retrospettiva del nostro sistema di produzione legislativa evidenzia che la tecnica legislativa è stata configurata prevalentemente in chiave di qualità formale, mentre la qualità sostanziale della legislazione non si è mai affermata del tutto.

In questo contesto, le soluzioni tecnologiche disponibili sul mercato e potenzialmente utilizzabili nel ciclo della legislazione hanno penetrato l'attività legislativa e i percorsi amministrativi di attuazione della legge, con una speciale accelerazione per effetto della crisi pandemica. Non tutte le tecnologie servono però il fine della qualità della legislazione: occorre così un criterio per il governo dell'innovazione tecnologica finalizzata alla legislazione giacché - si è detto - la mera capacità di aumentare la produzione di leggi non può costituire un obiettivo.

Così, mentre è indubbio che la *tecnologia* rendere più efficiente l'attività di produzione legislativa[46], la *tecnica (in cui rimane prevalente il tratto umano) si rivela alla fine insostituibile per la qualità della legislazione*. Si tratta di riconoscere l'importanza di un artigianato di nuova generazione, che vede professionisti con competenze multidisciplinari operare insieme, che include non solo *expertise* di stretta redazione normativa ma anche tecniche di misurazione e valutazione della regolazione in senso sostanziale.

In questo artigianato lo *human algorithms*[47] mantiene la primazia[48], anche nella scelta di avvalersi del nuovo strumentario. L'obiettivo nell'attività legislativa non è, infatti, quello dell'innovazione per l'innovazione ma è la qualità del prodotto legislativo, perché la legge é chiamata a prescrivere per prevenire rischi, proteggere interessi o consentire prestazioni. La legge, in altri termini, è solo lo *starter* di un processo istituzionale che deve portare a conseguire obiettivi nella realtà, a valle di percorsi attuativi, i quali devono essere preparati[49]. Certamente le innovazioni tecnologiche sfidano le fondamenta della democrazia rappresentativa, messa in crisi da un governo dei processi sempre più complesso[50]. In questo contesto, però, la capacità di scelta (e di commessa) della tecnologia in funzione di strumentalità rispetto all'obiettivo istituzionale della qualità della legislazione potrebbe essere il vero nodo: infatti, la tecnologia che

[46] *https://www.c-span.org/video/?c4482076/user-clip-technology-legislative-process*

[47] Sul tema cfr. C. COGLIANESE, A. LAI, ALICIA, *Algorithm vs. Algorithm*, in "Duke Law Journal", Vol. 72, 2022, p. 1281 e *Digital Versus Human Algorithms*, in "The Regulatory Review", 25 April 2022.

[48] Cfr. E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, "Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política", n. 30 (Marzo, 2020), p. 4 ss.

[49] Per una riflessione generale, cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2019, n. 4, p. 1149.

[50] Sul punto si vedano i contributi nel volume S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), La *tecnificazione*, in *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, vol. IV, Firenze University Press, 2016.

non serve davvero al fine della qualità potrebbe costituire un inutile peso ed ostacolare l'effettività della legge[51].

[51] L'affermazione "Ciò che non mi serve mi pesa" è attribuita a Madre Teresa di Calcutta, cfr. A. COMASTRI, *Madre Teresa. Una goccia di acqua pulita*, Paoline, 2003, p. 39.

VERSO UN LEGISLATORE NON UMANO? BREVI RIFLESSIONI SU ALCUNI PROBLEMI DI DIRITTO COMPUTAZIONALE[*]

STEFANO PIETROPAOLI[**]

Sommario

1. Considerazioni introduttive. - 2. Un (falso) problema: la personalità giuridicamente rilevante degli enti dotati di AI. - 3. Il (vero) problema: il diritto è computabile? - 4. Avvocati, magistrati e notai: professioni computabili? - 5. Dal legislatore umano al legislatore non umano (o transumano)?

Abstract

The first IT applications to law concerned merely auxiliary functions. But over time, the use of computers in the legal field has become susceptible to increasingly sophisticated functions. It is no longer a question of mere support tools for the legislative function, as could be software solutions dedicated to drafting or AI applications to assess the impact of new provisions introduced in a given legal system. Artificial intelligence could be used for purposes other than the expression, dissemination and amendment of human legislation.

A possible scenario is one in which the formation of the law is entrusted ab origine to intelligent systems: the problem of translation from natural language to machine language would thus be definitively overcome, because the law would be born as a code immediately comprehensible to the machine. It would therefore be a matter of rules produced by machines for machines. But would that normative framework still be 'law'?

Suggerimento di citazione

S. PIETROPAOLI, *Verso un legislatore non umano? Brevi riflessioni su alcuni problemi di diritto computazionale,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

[**] Professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: stefano.pietropaoli@unifi.it

© 2007- 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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

La storia dell'intelligenza artificiale è segnata dall'alternanza tra fasi di entusiasmo e battute d'arresto (i cosiddetti "inverni dell'intelligenza artificiale"). Quella cui stiamo assistendo oggi è sicuramente una "primavera", dalla straordinaria fioritura. Ma non si tratta, credo, di una stagione come le altre. Siamo probabilmente arrivati alla soglia di un mutamento epocale[1].

L'intelligenza artificiale ha già un impatto decisivo sul diritto, e impone un radicale ripensamento della sua pratica se non addirittura della sua stessa natura[2]. Nel giro di pochi anni sarà necessario elaborare nuove modalità di formulazione delle disposizioni normative e di applicazione delle norme, introdurre nuovi concetti giuridici e mettere alla prova la tenuta di una lunga serie di principî consolidati.

La prospettiva della realizzazione di entità dotate di una forma di "intelligenza" equiparabile o addirittura superiore a quella umana è definitivamente uscita dalla dimensione utopica (o distopica) della fantascienza per diventare oggetto del dibattito etico, giuridico e politico.

Ritengo che la vera questione da affrontare non sia il riconoscimento di capacità "umane" a una macchina. Determinate funzioni possono essere svolte da una macchina in maniera anche più efficace, economica ed efficiente rispetto a un essere umano: dobbiamo partire da questa presa di coscienza se vogliamo impostare correttamente l'analisi del problema[3].

Non è un atteggiamento tecnofobico quello che potrà preservare l'umanità di molti aspetti della nostra esistenza. In altre parole, non dobbiamo essere spaventati dalla concreta possibilità che enti dotati di AI possano svolgere attività tradizionalmente affidate ad esseri umani e trovare soluzioni migliori rispetto a quelle che un umano sceglierebbe per risolvere un determinato problema.

La strada che propongo di intraprendere muove da considerazioni di diversa natura.

In primo luogo, anche nel momento in cui forme avanzate di AI dovessero mostrarsi in grado di assumere scelte più "intelligenti" rispetto a quelle umane,

[1] Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione industriale. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Cortina, Milano, 2017.

[2] Intuizioni importanti sul tema già in G. SARTOR *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, Giuffrè, Milano, 1996. Nella letteratura più recente si segnala U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020. In prospettiva teorico-giuridica, fondamentali sono il volume monografico curato da A. ANDRONICO e TH. CASADEI di *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 1, 2021; e F.H. LLANO ALONSO, J. GARRIDO MARTÍN (a cura di), *Inteligencia artificial y derecho. Los retos del jurista en la era digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

[3] A. SANTUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Mondadori, Milano, 2020.

dovrebbero essere pur sempre gli esseri umani a decidere se e a quali condizioni affidare la risoluzione di un determinato problema alla macchina, o a riservarsi invece di decidere "in prima persona" (anche a costo di prendere una decisione meno intelligente ma ancora totalmente umana). Per usare un esempio: se, nel corso di una partita di scacchi, affidassimo a una macchina ad alta capacità computazionale le nostre mosse (sicuramente più efficaci di quelle che saremmo in grado di giocare da soli), e il nostro avversario potesse poi fare lo stesso, assisteremmo ancora a una partita "umana"?

In secondo luogo — ed è questa forse la questione più perturbante — occorre prendere atto di un costante processo di ibridazione tra uomo e macchina, che rende sempre più difficile distinguere tra "umano" e "non-umano". Mi riferisco al problema sollevato dalle tecnologie funzionali al cosiddetto *human enhancement*[4]. Questa prospettiva allude in modo esplicito alla trasformazione e al "miglioramento" dell'uomo. Si tratta non di una funzione rimediale per "riparare" il corpo (per correggere gli esiti di una patologia o di un infortunio, per esempio)[5], ma del potenziamento delle capacità fisiologiche — fisiche e mentali — degli esseri umani[6]. In questa visione gli arti, gli organi, la mente, sono tutti considerati parte di un meccanismo, di una macchina che può essere manipolata e dunque perfezionata.

Come ha magistralmente scritto Remo Bodei, parafrasando il vangelo di Giovanni, «il Verbo si è fatto macchina, lo spirito soffia anche nell'inorganico e la ragione e il linguaggio, oggettivati in forma di algoritmo, abitano in corpi non umani, creando una "umanità aumentata"»[7].

Il mondo dell'uomo, fatto di carne e di sangue, si sta fondendo con il mondo della macchina, fatto di bit e silicio. Si tratta di un doppio movimento, convergente. Da una parte, l'uomo si avvale sempre più frequentemente di protesi artificiali che, innestate sul proprio corpo, gli consentono di sviluppare capacità del tutto nuove. Dall'altra, le macchine stanno acquisendo capacità e qualità umane: una razionalità e un'autonomia che mimano quelle umane[8] (se non una vera e propria "intelligenza"), ma anche una diversa fisicità, basata sulla possibilità di avvalersi di tessuti organici. E se la realizzazione di *cyborg* evoca

[4] Sul tema ampiamente L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Giappichelli, Torino, 2015.

[5] Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2017, 350.

[6] In questo senso C. CASELLA, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologie e diritti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 2, 151-167.

[7] R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, intelligenza artificiale*, il Mulino, Bologna, 2018, 226-227. Si tratta di un testo straordinariamente profondo, nei confronti del quale sono largamente debitore.

[8] Cfr. G. Tamburrini, *Autonomia delle macchine e filosofia dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista di filosofia*, 2017, 2, 263-275.

una visione distopica ancora apparentemente lontana[9], la creazione di "computer molecolari" sta diventando realtà.

Organico e sintetico stanno saldandosi, in una nuova simbiosi che non può lasciare indifferenti. L'uomo viene macchinizzato, la macchina viene umanizzata. Il mazzo di carte dei limiti fissati dalla natura umana è rimescolato. Il paradosso è che questo orizzonte è stato pensato per ovviare all'alea della vita, segnata dal caso e dal destino, ma nel dischiudere queste nuove prospettive non consente più alcuna previsione affidabile[10].

In definitiva, quindi la vera sfida non è capire se la macchina sostituirà l'essere umano, ma comprendere se e per quali finalità vogliamo che ciò accada, nella consapevolezza che la netta distinzione tra umano e macchinico si avvia a farsi sempre più sfocata[11].

2. Un (falso) problema: la personalità giuridicamente rilevante degli enti dotati di AI

Uno dei problemi più interessanti e complessi che la dottrina giuridica sta analizzando in questi ultimi anni è quello della responsabilità degli agenti intelligenti. Non è possibile in questa sede neppure tentare di tracciare il perimetro della questione. Basti una breve riflessione in proposito. A fronte delle diffuse perplessità espresse sulla possibilità di considerare automi, robot o altre macchine intelligenti come responsabili delle proprie azioni, l'argomento della impossibilità di considerare "responsabile" un ente artificiale (in quanto appunto artificiale e non umano), privo di discernimento e di libero arbitrio, non tiene. E non tiene per la semplice ragione che la storia del diritto dimostra inconfutabilmente come da secoli l'uomo ritenga giuridicamente responsabili soggetti artificiali, ovvero quegli enti cui riconosce una "personalità" rilevante sul piano del diritto. Certo, non si tratta di macchine con un cervello di silicio, ma di società, organizzazioni, istituzioni che godono di diritti e devono osservare obblighi e divieti, e che sono responsabili secondo la legge in quanto soggetti legittimati sul piano giuridico. Del resto, in molti casi la creazione stessa di queste entità artificiali (pensiamo alla s.r.l.) è legata all'esigenza di limitare la responsabilità dei soggetti umani che vi partecipano, condividendo rischi e vantaggi. Una società (in quanto "persona giuridica" ma certo non umana) ben può stipulare contratti, possedere beni immobili e magari reclamare il diritto di manifestare il proprio pensiero.

[9] Celeberrimo è ormai il testo di D. HARAWAY, *Manifesto for Cyborgs: Science, Technology, and Socialist Feminism in the 1980s*, in *Socialist Review*, 80, 1985, 65-108.

[10] Magistrale la riflessione su questo tema di F. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

[11] M. REVELLI, *Umano, Inumano, Postumano*, Einaudi, Torino, 2020.

Riconoscere la personalità giuridica a una macchina intelligente è, dunque, una questione di opportunità, non certo di fattibilità. Del resto, è noto che l'androide sociale denominato "Sophia", sviluppato dalla Hanson Robotics Limited, ha ottenuto il 25 ottobre 2017 la cittadinanza saudita, e il 21 novembre dello stesso anno è diventato il primo ente artificiale a ricevere un titolo dalle Nazioni Unite grazie alla nomina a *Innovation Champion* del Programma ONU per lo sviluppo.

Sul piano teorico-giuridico nessun ostacolo impedisce che un robot possa, per esempio, acquisire la proprietà di un bene. Il vero problema, semmai, è nella differenza sostanziale tra persone giuridiche la cui attività è necessariamente riconducibile a soggetti umani, e persone giuridiche in cui questo collegamento rischia di essere vanificato da macchine intelligenti dotate di un grado di autonomia tale da pretermettere gli umani. Diversamente da una società per azioni gestita da umani e che agisce per gli interessi di questi, tali enti artificiali potrebbero in teoria agire "in prima persona", ideando strategie commerciali, scegliendo linee di investimento, sviluppando nuovi prodotti, acquistando beni. Nella prospettiva del *management buyout*, una macchina ben potrebbe acquistare la proprietà di se stessa, liberandosi dell'originario padrone umano. A quel punto l'agente intelligente potrebbe scegliere obiettivi di azione del tutto estranei agli interessi umani, agendo dunque nel proprio esclusivo interesse.

Si apre così la questione del riconoscimento in capo alla macchina di una *moral agency* e quindi della titolarità di diritti e doveri, nonché di una responsabilità anche sul piano penalistico. L'assoluta maggioranza della dottrina nega la possibilità di riconoscere la responsabilità penale degli enti artificiali, che vengono così intesi quali mero strumento dell'autore (umano) materiale del fatto. Tuttavia, non manca chi ha messo in discussione la linearità di tale posizione. Gli algoritmi complessi che guidano l'azione delle macchine intelligenti sono suscettibili di auto-modifiche strutturali determinate dall'esperienza della macchina. Il soggetto artificiale registra e memorizza esperienze del passato, apprende dal proprio "vissuto" grazie al *machine learning* e modifica di conseguenza il proprio comportamento, adattandolo ai nuovi stimoli ricevuti[12].

A partire da queste considerazioni alcuni autori – come Gabriel Hallevy[13] – sono giunti a sostenere la possibilità di riconoscere la responsabilità penale di macchine dotate di intelligenza artificiale, postulandone la capacità di riprodurre processi cognitivi non dissimili da quelli degli esseri umani. Così come un soggetto umano è considerato colpevole indipendentemente dalla percezione del disvalore delle proprie azioni, dai sensi di colpa o dalle convinzioni

[12] Per un inquadramento generale, fondamentale W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

[13] G. HALLEVY si è misurato in molti contributi su questo tema, tra i quali segnalo almeno *When Robots Kill: Artificial Intelligence Under Criminal Law*, Northeastern University Press, Boston, 2013.

politiche o morali, anche l'ente artificiale può essere considerato responsabile sulla base della mera conoscibilità delle norme che proibiscono o impongono una certa azione. In altre parole, secondo questo approccio una macchina può decidere se compiere un'azione illecita. Unica condizione per considerarla responsabile è che essa possa conoscere le norme che disciplinano il suo operato. Ciò viene assicurato da un diritto computazionale, ossia espresso in un linguaggio a lei comprensibile.

3. Il (vero) problema: il diritto è computabile?

Vanno infittendosi le schiere di coloro che sostengono la possibilità di creare un diritto finalmente oggettivo, imparziale, comprensibile, facilmente e razionalmente applicabile, in una parola un diritto più "giusto" perché liberato dalle passioni ed emozioni umane. Questo "diritto sintetico" dovrebbe essere scritto in un linguaggio formale e dunque processabile da un elaboratore elettronico: una lingua non naturale, e pertanto — così si sostiene — esente da tutti i difetti che il linguaggio naturale comporta, con le sue ambiguità e imprecisioni. Affetto da tali vizi, il linguaggio naturale — la parola — non può essere compreso dalle macchine, che sono in grado di gestire soltanto bit — la cifra —. Le macchine, per quanto intelligenti, non capiscono altro che sistemi numerici: la questione, dunque, è se possano essere tradotte e ridotte in logica binaria le correlazioni fra la dimensione sintattica, la dimensione semantica e la dimensione pragmatica espresse dal linguaggio naturale[14].

L'idea di tradurre le norme giuridiche in linguaggio di programmazione potrebbe sembrare ad alcuni un tentativo tanto velleitario quanto risibile. Tuttavia, in determinati ambiti normativi, le applicazioni che si avvalgono di tale traduzione già esistono e vengono commercializzate con successo. Questi tentativi sul piano scientifico sono riconducibili a un campo di studi denominato "diritto computazionale". Con tale espressione si indica quel particolare campo di studî che si occupa della computabilità della conoscenza giuridica, esplorando la possibilità di ridurre le norme a una serie di rappresentazioni logiche interamente processabili. Si tratta, com'è facile intuire, di un approccio che sul piano teorico si avvicina alle tesi più estreme del formalismo giuridico[15].

Com'è noto, i modelli di rappresentazione formale della conoscenza sono principalmente due: il tradizionale paradigma procedurale, sviluppato secondo i canoni dell'informatica novecentesca, secondo il quale le conoscenze devono essere formulate in termini di sequenza di operazioni impartite al calcolatore

[14] Articolate considerazioni sul tema in E. CICCONI, *Linguaggio giuridico e Intelligenza artificiale*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, 59-82.

[15] Sia sufficiente ricordare l'opera di L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007 (sul quale si veda L. BACCELLI (a cura di), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 2012).

(la conoscenza è dunque "insita" nelle operazioni da processare); il paradigma dichiarativo, per il quale le informazioni relative al problema da risolvere sono altre e separate dal procedimento di elaborazione che di tali informazioni fa uso: grazie a motori inferenziali viene creata nuova conoscenza. Questa distinzione si riverbera sul piano pratico: un sistema basato sul paradigma procedurale consente di ottenere un risultato univoco e prevedibile in quanto mera esecuzione delle operazioni di calcolo impartite da un algoritmo; un sistema basato sul paradigma dichiarativo, al contrario, impiega un metodo di elaborazione che, muovendo da istruzioni generali, affida al motore inferenziale la definizione del procedimento per la risoluzione di problemi specifici.

Le tecnologie che oggi impiegano l'AI sono state sviluppate secondo questo secondo modello, che si avvale quindi di una rappresentazione non deterministica della conoscenza e del problema da risolvere. Applicate al mondo del diritto, queste strategie comportano conseguenze rilevantissime.

Un esempio può spiegare meglio di molte parole le attuali prospettive del diritto computazionale. Com'è noto, molte aziende automobilistiche stanno investendo nello sviluppo di veicoli a guida autonoma. Ebbene, tali mezzi di trasporto non soltanto sapranno individuare gli ostacoli (un pedone, un marciapiede, e così via) ed evitarli, scegliere il percorso più breve o più panoramico, attivare i tergicristalli alla prima goccia di pioggia, frenare in caso di coda e così via, ma potranno essere impostati per individuare e interpretare specifici segnali stradali (norme rese computabili, appunto) e di conseguenza rispettare i limiti di velocità previsti per la tipologia di strada che si sta percorrendo, mantenere automaticamente la distanza di sicurezza in autostrada, fermarsi al semaforo rosso, e molto altro ancora.

Una conseguenza teoricamente rilevantissima di questo *encoding* normativo è la sostanziale impossibilità per il viaggiatore umano di violare le norme del Codice della strada. Il veicolo *non potrà* superare i limiti di velocità, violare la distanza di sicurezza o passare col rosso. Ma, se la violazione della norma non sarà più concretamente possibile, saremo ancora di fronte a una norma giuridica? La norma — perché certo di norma ancora si tratta — non sarebbe forse inquadrabile come una norma meramente tecnica, destinata dunque a stabilire il funzionamento di un sistema piuttosto che a orientare il comportamento umano? Il Codice rivolto agli esseri umani non viene così sostituito da un "manuale di istruzioni" destinato alla macchina, e pertanto scritto esclusivamente in un linguaggio a lei comprensibile?

Non è questa la sede per tentare di inquadrare in maniera più precisa la questione. Tuttavia, mi sia consentito accennare a una distinzione che può contribuire a una più efficace riflessione sul tema. La formalizzazione necessaria a rendere "comprensibile" alla macchina la conoscenza giuridica ha per oggetto soltanto i testi normativamente rilevanti (leggi o sentenze che siano) oppure il

diritto nella sua complessità? In altri termini, la traduzione dal linguaggio naturale al linguaggio-macchina riguarda la sola disposizione normativa o anche la norma in senso proprio, che è invece il significato riferibile a quella disposizione?

Se, infatti, non mi pare che si possa negare la possibilità di rappresentare in maniera formale anche la più complessa delle disposizioni normative, tutt'altro grado di difficoltà riguarda due altri aspetti fondamentali dell'esperienza giuridica: l'interpretazione e l'applicazione del diritto.

4. Avvocati, magistrati e notai: professioni computabili?

Dall'automazione documentale agli *smart contracts*, dai data base normativi alla *online dispute resolution*, dalla gestione informatica dei processi fino ad arrivare alla *machine prediction* e al *legal question answering* informatizzato: sono, queste, soltanto alcune delle novità che negli ultimi venti anni hanno profondamente trasformato il mondo dei professionisti del diritto.

Avvocati, magistrati e notai stanno già facendo i conti con un modo di lavorare del tutto nuovo rispetto al passato. Pensiamo, certo, al reperimento di testi di legge e all'individuazione di casi giurisprudenziali, oggi accessibili a costi irrisori e in modo sostanzialmente istantaneo. Ma pensiamo anche al supporto che le tecnologie informatiche offrono nella stesura dei contratti, dei testamenti, delle sentenze e di qualsiasi altro tipo di documento giuridicamente rilevante[16]. Negli Stati Uniti strumenti sviluppati da aziende come LegalZoom o FairDocument hanno mostrato negli ultimi anni come una serie considerevole di atti legali possa essere elaborata in via automatica, con una semplice visura da parte di un legale.

Si misura così la complessità della questione: non soltanto la tecnologia fornisce uno *strumento* per il giurista, ma si profila la possibilità che possa in alcuni casi *sostituirsi* al giurista stesso. Un numero sempre maggiore dei servizi comunemente offerti dai professionisti legali è sufficientemente semplice da poter essere svolto da sistemi dotati di forme neanche troppo avanzate di intelligenza artificiale. Altri compiti, invece, possono essere svolti in modo infinitamente più rapido ed efficiente da una macchina piuttosto che da un legale in carne e ossa. Ad esempio, con la tecnica di *predictive coding* un computer è in grado di scegliere un campione statisticamente rilevante tra milioni di pagine di documenti per identificare criteri applicabili ai documenti restanti, fino a selezionare i soli documenti rilevanti per una causa legale, in totale autonomia (in questa prospettiva opera l'azienda Equivio, recentemente acquisita da Microsoft).

[16] Cfr. A. DI PORTO, *Avvocato-robot nel nostro "stare decisis". Verso una consulenza legale "difensiva"*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, Bologna, 2019, 239-250.

Anche nella risoluzione delle controversie si sta rapidamente diffondendo l'applicazione di sistemi alternativi[17] (la cosiddetta ODR, per esempio, ma si pensi anche alle politiche per i rimborsi degli acquisti on line o al *chargeback* di PayPal) che si avvalgono di tecniche di intelligenza artificiale. Tali sono i servizi offerti da aziende come Cognicor e Modria.

Del resto, un sistema automatizzato capace di applicare la teoria dei giochi, di condurre analisi su dati di vasta scala e di suggerire diverse strategie di negoziazione è percepito (ma qui sta il problema) come un operatore imparziale e privo di pregiudizi.

È in questa prospettiva che occorre prendere atto che la realizzazione della affascinante (o spaventosa) figura di un giudice automa si sta già profilando[18]. Riassumendo qui in poche battute un dibattito che meriterebbe ben altro spazio: se il giudice dev'essere terzo, imparziale, per poter decidere in maniera giusta (qualunque cosa ciò significhi), non si può pensare di sostituirlo con un automa, privo di passioni, e quindi incorruttibile e infallibile[19]?

Al di là del fatto che una simile immagine possa affascinare oppure inquietare (o le due cose insieme), molti sono stati i tentativi di realizzare una "bocca automatica della legge", capace di interpretare le norme come se fossero nient'altro che equazioni, e quindi prendere una decisione davvero *sine ira ac studio*. E più avanza il progresso tecnologico, maggiori sono le aspettative sulla effettiva realizzazione di queste creature.

Già pienamente funzionanti e commercializzate sono le applicazioni che promettono un alto grado di affidabilità nella previsione dei risultati di una causa[20]. Non mancano studi empirici, tanto in territorio statunitense quanto in ambito comunitario, che mostrano una predizione esatta dell'esito di una controversia che varia dal 70 al 90 per cento. Questi sistemi utilizzano database costruiti sull'analisi dei precedenti giurisprudenziali, nonché sul comportamento del singolo giudice. Ciò che una volta era affidato all'intuito dell'avvocato (che impostava una certa strategia anche in base al nome del giudice incaricato del procedimento, soprattutto in ambito penale), è oggi almeno in parte

[17] Come già aveva intuito R. SUSSKIND in *The Future of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

[18] Per un inquadramento teorico, non posso che rinviare a A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, Paris, 2018 (trad. it. a cura di M.R. FERRARESE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, il Mulino, Bologna, 2021).

[19] Sul punto, interessanti considerazioni in A. PUNZI, *Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 305-316.

[20] F. ROMEO, *Giustizia e predittività. Un percorso dal machine learning al concetto di diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 9, 1, 120-121. Si veda anche N. LETTIERI, *Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico*, in *Ars Interpretandi*, 10, 2021, 1, 83-96.

replicabile da una macchina, che è in grado di suggerire all'avvocato informazioni potenzialmente determinanti per il buon esito del processo.

Molti giuristi si ostinano ad affermare che il loro lavoro non potrà mai essere svolto da una macchina. Ciò per una serie di considerazioni, la più importante delle quali è che una macchina non sarà mai capace di replicare il "ragionamento" di un giurista umano. Ma se anche questo fosse vero, il problema non sarebbe risolto. Le macchine dotate di intelligenza artificiale, infatti, non replicano affatto il ragionamento umano, ma calcolano sulla base di dati. Ed è probabile che sul medio periodo questa capacità si riveli preferibile a quella di un operatore umano per almeno una parte delle attività oggi svolte da un giurista. La prospettiva, dunque, è che all'operatore umano rimarrà lo spazio residuale rappresentato dalle eccezioni e dai casi di maggiore complessità. Ma anche queste aree di intervento potranno essere intaccate col raggiungimento da parte della macchina di un più altro grado di autonomia.

Su questo punto pare necessario spendere qualche parola in più. Il termine autonomia può rinviare ad almeno tre diverse dimensioni semantiche: può designare capacità di apprendere, capacità di interagire con l'ambiente, o consapevolezza (e quindi rinviare al concetto di "agente morale").

Quanto al primo profilo, che fa riferimento ad una capacità di agire senza la supervisione umana ma in base ad obiettivi prefissati, non si può negare che macchine autonome in questo senso già popolino il nostro mondo. Basti pensare ai droni più evoluti o alle automobili a guida autonoma che sono già in fase di sperimentazione. Questa concezione di autonomia permette di migliorare processi e incrementare la produttività. Si tratta ancora di un'autonomia "debole", in quanto le operazioni sono effettuate senza intervento esterno ma è, comunque, l'essere umano ad aver predisposto gli obiettivi da conseguire. L'ente artificiale dunque interagisce con l'ambiente, acquisisce ed elabora dati, scegliendo il modo in cui raggiungere e completare gli obiettivi programmati dall'uomo. Una tale forma di autonomia, pertanto, è ancora riconducibile nell'alveo delle tradizionali forme della responsabilità oggettiva.

Se prendiamo in considerazione il secondo profilo, invece, l'autoapprendimento rappresenta un grado di autonomia superiore, in quanto l'ente artificiale acquisisce informazioni dal contesto in cui opera, individuando obiettivi sulla base di questa elaborazione. Le regole da osservare per conseguire un certo obiettivo sono impostate, aggiornate ed eventualmente modificate dalla macchina stessa, tramite operazioni di *machine learning* e *deep learning*. L'autoapprendimento comporta evidentemente una perdita di controllo da parte dell'essere umano. È anche vero però che è ancora possibile per l'uomo governare il modo in cui queste reti funzionano: se, ad esempio, una rete neurale richiedesse un tempo di adattamento e di apprendimento di modalità sicure per completare certe operazioni, sarebbe necessario aspettare questo lasso di

tempo prima della sua commercializzazione. Inoltre, sarebbe sempre possibile limitare l'imprevedibilità dello sviluppo del sistema, evitando quindi la messa in commercio di macchine potenzialmente pericolose. Anche in questo caso, sul piano giuridico, la responsabilità di effetti indesiderati o comunque illeciti potrebbe essere sempre riferita al produttore, al programmatore, oppure all'utilizzatore umano. Nemmeno l'ente artificiale che auto-apprende è totalmente libero di decidere le proprie azioni.

Per quanto riguarda il terzo livello di autonomia, oggi non possiamo ancora parlare di macchine consapevoli. Non sono dotate di libero arbitro, non si autodeterminano e non provano desideri. Se è reale il pericolo che le macchine effettuino operazioni non comprensibili e non prevedibili da soggetti umani, è anche vero che oggi esse si muovono comunque secondo uno schema predeterminato dal loro creatore. Tuttavia, come accennato, sarebbe miope pensare che non giungerà mai il giorno in cui macchine intelligenti raggiungeranno un livello di consapevolezza tale da avere proprie intenzioni. A quel punto, non potranno più essere considerati oggetti. E, di conseguenza, anche il regime della loro responsabilità dovrà essere ripensato. In una simile prospettiva, niente vieta di immaginare che macchine intelligenti offriranno servizi legali più efficienti ed economici rispetto a quelli proposti da giuristi umani.

5. Dal legislatore umano al legislatore non umano (o transumano)?

Nella prospettiva che si è appena cercato di delineare, appare tutt'altro che fantasiosa l'idea che un giorno giudici-automi e avvocati-robot possano calcare il palcoscenico del diritto. Ma non basta: si profila all'orizzonte ormai anche l'idea di sostituire il legislatore stesso, affidando alla macchina non soltanto l'applicazione della norma ma anche la produzione della stessa.

Le prime tecnologie informatiche impiegate per il diritto riguardavano funzioni meramente ausiliarie (come la ricerca di un precedente giurisprudenziale in un database). Ma col passare del tempo l'uso dei calcolatori in campo giuridico è diventato suscettibile di funzioni sempre più sofisticate. Anche in riferimento al processo di produzione normativa, questo slittamento è sempre più evidente. Non si tratta più di elaborare meri strumenti di supporto alla funzione legislativa, come potrebbero essere soluzioni software dedicate al *drafting* o applicazioni di AI per valutare l'impatto di nuove disposizioni introdotte in un dato ordinamento giuridico. L'intelligenza artificiale potrebbe essere impiegata per scopi ulteriori rispetto all'espressione, diffusione e modifica della legislazione umana.

In altre parole, uno dei possibili scenarî è quello che vede la formazione della legge come affidata *ab origine* a sistemi intelligenti: il problema della traduzione dal linguaggio naturale al linguaggio-macchina sarebbe così superato definitivamente, perché la legge nascerebbe come codice immediatamente

comprensibile alla macchina. Si tratterebbe, quindi, di norme prodotte dalle macchine per le macchine. Recuperando l'interrogativo già ricordato: quell'assetto normativo sarebbe ancora "diritto"? O sarebbe qualcosa di altro, inconciliabile con il principio affermato già nel Digesto secondo cui «hominum causa omne jus constitutum»?

Nel momento in cui il processo normativo fosse affidato a una macchina assisteremmo al definitivo svuotamento della dimensione del "politico" e al sacrificio della tensione tipica della normatività giuridica. La legge, in quanto strumento del diritto, non intende soltanto regolare, ma svolge la funzione di orientare il comportamento dei consociati. In questo sta la "politicità" della legge. È a partire da questa considerazione che dobbiamo riflettere su quello che, agli occhi di chi scrive, appare il limite più grave delle applicazioni di AI al diritto. Anche la più evoluta delle reti neurali è basata su "dati": le macchine sono allenate, e quindi apprendono, con riferimento a qualcosa di "dato"[21]. Imparano dal "passato": questa natura retrospettiva si scontra con la tensione, propriamente umana, verso il futuro, e con l'orientamento teleologico che segna la dimensione giuridica.

Saremo disposti ad accettare un legislatore macchinico, una sorta di Leviatano cibernetico totalmente sganciato dalla volontà degli esseri umani? È certo possibile che tutto questo rimanga una fantasiosa ipotesi del tutto irrealizzabile. Ma non possiamo sottovalutare la pressione di atteggiamenti — sorretti da una precisa ideologia — che vorrebbero affidare all'automazione anche attività umane che, oggi, ci sembrerebbero totalmente immuni dai processi di datificazione.

Occorre, inoltre, guardarsi da un ulteriore pericolo. La prospettiva di un ente artificiale dotato di intelligenza e di un'autonomia forte, cui possa venire affidato il compito di giudicare o di legiferare, non è l'unico scenario immaginabile. Se è possibile che il futuro riservi una tensione tra diritto degli uomini e norme delle macchine, a me pare che a complicare ulteriormente il quadro vi sia una diversa ipotesi: quella di un soggetto ibrido. Con questa espressione intendo un soggetto biologicamente ancora "umano" ma che ha aumentato le proprie capacità attraverso l'innesto nel proprio corpo di protesi artificiali. Anche questa non è una trama degna di un film di fantascienza, ma una possibilità reale di cui già si intravedono le prime tracce.

A questo proposito è necessario affiancare al concetto di intelligenza artificiale quello di "intelligenza aumentata", ossia quella variante che si propone non di replicare o sostituire l'intelligenza umana ma di integrarla e potenziarla tramite l'innesto nel cervello di specifici strumenti hardware e software. La

[21] A. CONDELLO, *Il non-dato e il dato. Riflessioni su uno "scarto" fra esperienza giuridica e intelligenza artificiale*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 1, 97-112.

letteratura fantascientifica ha introdotto già da tempo il termine *cyborg* (una crasi di *cybernetic* e *organism*) per indicare un uomo potenziato da elementi artificiali che gli consentono di superare limiti fisici e mentali naturali. Gli sviluppi della robotica, delle neuroscienze, della bio-medicina e dei sistemi di intelligenza artificiale negli ultimi anni hanno reso possibile le prime realizzazioni di impianti bionici innestabili nel corpo umano, sollevando un'ampia serie di questioni giuridiche ed etiche.

Tra queste, ai fini del presente discorso, pare necessario soffermarsi almeno sulla differenza tra terapia e miglioramento, inteso quest'ultimo come intervento che vada oltre la mera ristorazione dello stato di salute o di una funzionalità "normale" del soggetto. Da una parte, infatti, questi innesti possono permettere a chi ha subito una lesione cerebrospinale di ricominciare a camminare. Ma dall'altra possono consentire a un normodotato che si sia fatto impiantare protesi bioniche di correre più velocemente di un centometrista. Interventi di questo tipo sono stati prefigurati (e forse sperimentati) in ambito militare: la visione di un super-soldato, fortissimo fisicamente, sempre obbediente, con una vista e un udito eccezionali e senza paura, è ovviamente il sogno di qualsiasi comandante.

È allora possibile immaginare un soggetto ibrido, dotato di capacità di *prosthetic knowledge*, ossia di accedere e utilizzare informazioni che l'individuo non conosce di per sé ma solo tramite impianti di neurotecnologia. In questa direzione vanno le tecnologie designate dall'acronimo NBIC: nano (interventi su scala atomica o molecolare), bio (sono tecnologie applicate a organismi viventi), info (tecnologie che elaborano e utilizzano dati reperiti), cogno (tecnologie che studiano il pensiero nell'ambito delle neuroscienze, della psicologia e della linguistica). Una simile convergenza mira in modo esplicito alla trasformazione e al miglioramento dell'uomo. Siamo ormai vicini alla creazione di neuroprotesi che consentiranno di utilizzare la tecnologia digitale e neuroscientifica quale ausilio permanente, ottenendo performance che gli consentiranno di surclassare quelle di sistemi puramente biologici.

Questo potenziamento può riguardare oltre alla dimensione strettamente biologica (come il potenziamento fisico) anche quella neuro-cognitiva, con il conseguente miglioramento delle prestazioni emotive e mentali. Non si tratta quindi soltanto di atleti potenziati che potrebbero sbaragliare la concorrenza in una competizione sportiva. Ma si tratta anche di candidati a un concorso in magistratura che, grazie a impianti cerebrali, possono fare un *upload* durante la prova di tutti i dati riferibili a normativa, giurisprudenza e dottrina rilevanti per rispondere a un certo quesito[22].

[22] Cfr. A. PUNZI, *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale*, in *Ars Interpretandi*, 10, 2021, 1, 113-128.

Si potrebbe avere così un giudice che ha accesso immediato e completo a tutte le cause già decise su una certa materia, e che magari (anche se solo durante l'udienza) è privo di emozioni. Oppure, potremmo farci difendere da un avvocato che ricorda perfettamente ogni informazione del procedimento da cui dipende la fortuna economica della nostra famiglia, che non dimentica alcun elemento utile per vincere la causa e può scegliere la migliore strategia processuale sulla base di dati statistici forniti in tempo reale. E, allora, perché non affidare la formazione delle leggi a un ircocervo, metà uomo e metà macchina, artificialmente equo e imparziale, memore di ogni legge decreto o regolamento mai introdotto in un ordinamento giuridico, capace di esprimersi senza intermediazioni in linguaggio macchinico?

Siamo sulla soglia del superamento dell'umano per come lo abbiamo conosciuto e misconosciuto, dell'ingresso in un'epoca abitata da persone non umane o non totalmente umane. Non possiamo sottovalutare le conseguenze di questa epocale trasformazione. Non dobbiamo considerarla una sciocca fantasia che non avrà mai luogo e nemmeno un processo reversibile che ci consentirebbe di tornare sui nostri passi.

Dobbiamo essere consapevoli che gli algoritmi attraversano ormai tutti i processi decisionali, dalla definizione del tasso di probabile recidiva di un condannato all'acquisto del prossimo libro da leggere, dalla compravendita di azioni in borsa alla scelta del partner più affine alle nostre esigenze [23]. Questo scenario è dominato da un senso di impotenza assoluto della maggioranza dei cittadini, dalla retorica della *black box* algoritmica, dall'ipostatizzazione della Tecnica[24]. Giungerà anche il tempo in cui la decisione algoritmica sostituirà la volontà del legislatore?

Nella sua millenaria storia il diritto ha affrontato gravi rivolgimenti e profondi mutamenti. Soltanto se saprà trovare una nuova forma e un nuovo senso, preservando la propria umanità, potrà superare anche questa sfida[25].

[23] Su questo tema si veda il breve ma densissimo saggio di N. LETTIERI, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Mucchi, Modena, 2020.

[24] Sul tema ha scritto pagine non semplici da decifrare ma di grande interesse Bernard Stiegler, di cui ricordo in particolare B. STIEGLER, *Ètat de choc. Bêtise et savoir au XXI siècle*, Fayard/Mille et une nuits, Paris, 2012. Alcuni scritti di Stiegler sul tema, tradotti in italiano e preceduti da un'ottima introduzione di Paolo Vignola, si trovano in B. STIEGLER, *Il chiaroscuro della rete*, Youcanprint, Tricase, 2014.

[25] Stimola considerazioni ancora attuali N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2000. Rinvio anche a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

LA REGOLAMENTAZIONE DIGITALE DELL'*EXPERTISE* E DEL DATO TECNICO-SCIENTIFICO *IN CLOUD* COME BASI PER UN FUTURO *E-LAW MAKING PROCESS*[*]

LUCA DI MAJO[**]

Sommario

1. Il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* e la *better regulation*. - 2. Da *end users* a *expertise*. - 3. *Better regulation* e *expertise*. - 4. La tecnologia al servizio delle consultazioni: l'albo digitale dell'*expertise* e la condivisione *in cloud* del dato scientifico. - 5. Verso un *e-law making process?*

Abstract

The role and the functions of expertise is an issue within the broader dimension of better regulation. The penetration of technical-scientific data in the regulation process is a positive aspect if the source is regulated, the transparency and knowability of the data is guaranteed, and the absence of conflict of interest between expertise and end users is ensured.

The digital register of experts and the sharing of data in the cloud (although side issues with respect to the vast topic of better regulation). could help to make the rule less ambiguous and more intelligible.

Suggerimento di citazione

L. DI MAJO, *La regolamentazione digitale dell'*expertise *e del dato tecnico scientifico* in cloud *come basi per un futuro* e-law making process*,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

[**] Ricercatore t. d. lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università della Campania "L. Vanvitelli".

Contatto: luca.dimajo@unicampania.it

© 2007- 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e la better regulation

I cambiamenti climatici, la crisi economica, il ricorso a fonti energetiche rinnovabili, la digitalizzazione, il miglioramento della *performance* della Pubblica Amministrazione sono diventati i temi attorno ai quali ogni Stato membro deve riorganizzare la propria agenda politica.

Gli obiettivi da raggiungere sono diversi e di straordinario impatto socioeconomico tanto che, dietro la strategia del rilancio, l'Europa ha previsto un robusto piano di interventi monetari e fiscali subordinati all'attuazione delle riforme.

L'Italia ha elaborato il c.d. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* che si inserisce in contesto molto più ampio rispetto al tema oggetto del presente contributo, oltre a mettere in cantiere una serie di riforme strutturali per il rilancio del Paese, con un *focus* sulla transizione energetica, la digitalizzazione, il *welfare*, il Mezzogiorno[1], la reingegnerizzazione della Pubblica Amministrazione.

In particolare, tra sei le *missioni* previste per adeguare l'Italia agli *standard* europei, la digitalizzazione si pone come precondizione imprescindibile per la realizzazione delle misure ivi previste.

Nell'ambito della *prima missione* si inserisce un tema antico, la *better regulation*, oggi nuovamente e per l'ennesima volta[2] collocato in prima linea sul tavolo dei lavori anche per gli effetti negativi che la scarsa qualità della normazione e il medio-basso livello di intelligibilità dell'ordinamento interno genera sulle strategie di investimento delle imprese[3].

Una rinnovata sensibilità rigenerata, molto probabilmente, anche per la chiara percezione di una inedita confusione ed entropia delle fonti conosciuta durante il governo dell'emergenza epidemiologica, messa in luce inequivocabilmente da gran parte della dottrina[4].

[1] Sul punto cfr., *ex plurimis*, C. DE VINCENTI e A. LEPORE (a cura di), *Next Generation Italia. Un nuovo Sud a 70 anni dalla Cassa per il Mezzogiorno*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2021, L. BIANCHI e B. CARAVITA DI TORITTO (a cura di), *Il PNRR alla prova del Sud*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

[2] Gli studi sulla qualità della normazione sono molteplici e diversi. Il problema della scarsa *performance* dell'ordinamento italiano era stato percepito anche dal legislatore, già dalla fine degli anni '70. Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, disponibile su http://www.tecnichenormative.it/RapportoGiannini.pdf. Recentemente, oltre a E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013 e, se si vuole anche soltanto per una rassegna bibliografica sul tema, L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

[3] Su questo versante, confronta i dossier predisposti dalla Banca Mondiale, *World Bank Doing Business* 2004-2020, disponibile all'indirizzo https://archive.doingbusiness.org/en/doingbusiness.

[4] *Ex multis*, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta On Line*, 11 aprile 2020 e G. SILVESTRI, *COVID-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020.

Ed allora, il percorso verso la definitiva consacrazione della transizione digitale passa anche attraverso il rafforzamento della qualità del personale che ricopre ruoli e funzioni cruciali all'interno delle istituzioni.

Ci si riferisce, in particolare, a tutti quei soggetti chiamati a fornire un supporto tecnico al processo di formazione della regola, in special modo ai consulenti monocratici (i.e. il Consigliere del Ministro) ovvero collegiali (i Comitati Tecnico Scientifici) che si inseriscono nelle procedure normative sempre più attratte dalla dimensione scientifica.

Saranno infatti le missioni del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* a caratterizzare il contenuto di una normativa sempre più scientificamente connotata e imprescindibilmente legata al supporto della scienza, benché l'elemento tecnico-scientifico sia, in realtà, già diventato il convitato di pietra con il quale confrontarsi e a mezzo del quale arricchire il contenuto giustificativo della regola medesima.

Sono gli esperti a fornire gran parte degli elementi utili all'istruttoria, con procedure per lo più opache e molto distanti dall'auspicata trasparenza della Pubblica Amministrazione e dalla pubblicità dei lavori parlamentari.

In tale contesto, al di là dei profili problematici della qualità della normazione, l'approdo ad un procedimento normativo che sarà sempre più *high-tech* e scientificamente connotato, non può non prevedere un ulteriore tassello che chiede ormai da anni di essere collocato all'interno di un mosaico da sempre incompleto.

Sono proprio alcuni degli strumenti di *better regulation* ad agevolare la "compenetrazione biunivoca"[5] tra politica e scienza, attraverso una fase procedurale troppe volte sottovalutata e non di rado *bypassata*, come la consultazione di tutti quei contenitori di conoscenze – le *expertise* – chiamate a rendere meno ambigua la normazione e meno "oscuro"[6] l'ordinamento interno.

Ed allora, l'intreccio tra la nuova frontiera della regolazione a contenuto tecnico-scientifico e l'occasione di ridisegnare *le regole per la qualità delle regole* in una prospettiva tecnologica vanno letti come l'ennesima opportunità da non sprecare per restituire alla qualità della normazione un ruolo di primo piano, anzi permanente, nell'agenda politica.

La realizzazione delle potenzialità finora inespresse della qualità della normazione, coniugate alle condivisibili aspirazioni del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, transitano anche attraverso la tecnologia digitale.

Non è un caso che tra le cause dei deludenti risultati della regolazione vi sia stata anche l'incapacità di cogliere le molte opportunità legate alla rivoluzione

[5] L. DI MAJO, *La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza nella progettazione normativa: un problema o un'opportunità?*, in *DPCE on line*, 4, 2021, pp. 1737-1752.

[6] M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma – Bari, Carocci, 2012.

digitale, come dimostrano gli obiettivi di alto profilo che *Legitech* aspira a raggiungere.

2. Da end users a expertise

Gli *end users* sono tradizionalmente definiti come «employees, consumers, businesses and other organisations» che detengono «key to highlighting where there is a problem and judging whether an intervention will be effective»[7].

Si tratta di una qualità che identifica una generalità di soggetti sui quali ricadono direttamente o indirettamente gli effetti e le conseguenze di un intervento normativo, cioè i beneficiari che, in quanto tali, percependo pregi e virtù di una scelta politica, si collocano in una posizione privilegiata nell'ambito del *network of better regulation rules*[8].

La qualità della normazione, come noto, è tanto maggiore quanto migliore è il grado di intelligibilità della normazione medesima. Anche per tale ragione, chi si è occupato di *better regulation* e, più in particolare, di quantificare il rapporto costi/benefici[9], ha riconosciuto lo straordinario contributo di quegli "attori protagonisti"[10] collocati all'interno di un processo, come la regolazione, meno distanti e più coinvolti rispetto alla categoria più ampia dei semplici destinatari sui cui ricadono le scelte del regolatore.

Sono i cc.dd. *stakeholder*, soggetti qualificati in grado di fornire dati, statistiche, elementi tecnico-scientifici che penetrano nell'istruttoria agevolando – quantomeno in teoria – il maggior bilanciamento tra il momento tecnico e il momento politico.

Lo *stakeholder* inserito nei processi di regolazione, in una realtà diversa rispetto ai modelli aziendali di diritto privato ove è considerato implicitamente anche un portatore di interessi, assume la qualifica di *esperto* chiamato a *servire* le istituzioni, come recentemente e costantemente accaduto durante la pandemia[11].

[7] Rapporto *Smart Regulations: A Cleaner, Fairer and More Competitive EU*, 2010.

[8] OECD, *Regulation Quality Management Tools and Strategies and Financial Sector Regulation*, 2009.

[9] In particolare, negli ordinamenti anglosassoni. Per una rassegna, anche bibliografica, cfr. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI E N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, ma anche R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, Giuffrè, 2004.

[10] M. RAVERAIRA, *I privati. Nuovi attori di regole pubbliche "migliori"*, in M. RAVERAIRA (a cura di), *Buone regole e democrazia*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2007.

[11] Su tale profilo v. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Firenze, Mucchi editore, 2020 e, recentemente, A. IANNUZZI e G. PISTORIO (a cura di), *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica. Atti del Convegno 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)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022.

Insomma, quando l'*end user* si colloca in una dimensione istituzionale, assomma anche la funzione di soggetto direttamente o indirettamente coinvolto nell'attività di regolazione, noto tecnicamente come *expertise*.

Ora, mentre il rappresentante di interessi è un soggetto notoriamente non neutrale, assumendo la posizione di garanzia a favore di una o più istanze che chiedono di trovare posto nell'agenda politica, all'esperto (sia monocratico che collegiale), pure non sottratto agli effetti della norma, è affidato il compito di contribuire a definirne i lineamenti, mettendo a disposizione il proprio *know how*.

In tutti quei casi, invero numerosi nella storia d'Italia liberale e repubblicana[12], in cui lo *stakeholder* assume giocoforza anche la figura di esperto una volta chiamato a prestare servizio presso le istituzioni pubbliche, il rischio di una contaminazione bifronte non virtuosa tra posizioni tecnico-scientifiche e indirizzo politico è una ipotesi non remota.

All'esperto dovrebbe essere richiesto, al contrario, un elevato grado di neutralità ed indipendenza.

La neutralità, per definizione estranea al mondo scientifico, va preservata ogni qual volta il dato tecnico scientifico penetra nelle procedure di regolazione fino ad essere incapsulato nella norma. La neutralità rappresenta infatti la chiave di lettura dei fenomeni che l'esperto scientifico deve governare unitamente al legislatore.

È ancora una volta la delicata fase dell'istruttoria normativa a diventare lo snodo cruciale nel quale le tecniche normative diventano funzionali alla rielaborazione dei dati *extra* giuridici in una dimensione di trasparenza e ragionevolezza.

I manuali di tecnica normativa[13] e la dottrina più o meno recente che si è occupata della redazione dei testi normativi[14] ha delineato precise linee guida per aprire il *law making process* all'apporto di soggetti esterni attraverso gli strumenti del *drafting sostanziale*, in particolare le relazioni tecniche, le analisi *ex ante* ed *ex post*. Sono questi ultimi, tra i tanti, ad agevolare la partecipazione degli interessati ai processi di regolazione.

[12] G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 2020.

[13] *Manuale Rescigno* e le *Regole e raccomandazioni per la formulazione dei testi legislativi*, oppure il Manuale operativo predisposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Strumenti per il ciclo della regolazione*, reperibile sul sito internet pcm-dagl_manuale_operativo_air_vir_v.15-01-13-1.pdf.

[14] Più recentemente, *ex multis*, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, cit., mentre per i classici, cfr., S. BARTOLE (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, Cedam, 1988, M. BASCIU (a cura di), *Legislazione. Profili giuridici e politici*, Atti del XVII congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano, Giuffrè, 1992, M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, Padova, Cedam, 1990.

La *scheda AIR* si compone, non a caso, di diverse *caselle*, dove le consultazioni con gli *stakeholder*[15] assumono "un ruolo cruciale"[16] da soddisfarsi attraverso "un approccio multidisciplinare […] che dovrebbe comprendere quelle proprie [le conoscenze] delle scienze economiche e statistiche (soprattutto nella fase di misurazione), dell'analisi economica del diritto (al fine di formulare opzioni alternative al contempo diversificate e realizzabili), delle scienze giuridiche (che evidenziano i vincoli e le esigenze derivanti dagli ordinamenti giuridici interessati), delle scienze sociali (soprattutto quanto alle consultazioni e all'inserimento di indicatori utili all'analisi dell'implementazione). Inoltre, potrebbero risultare essenziali competenze trasversali che contribuiscono a migliorare la qualità dell'analisi: ad esempio la psicologia cognitiva e le neuroscienze in ordine al conseguimento di obiettivi regolatori che ambiscano a modificare permanentemente comportamenti (come quelli rilevanti dal punto di vista sanitario)"[17].

In particolare, nella regolazione a contenuto tecnico-scientifico è l'intero *life-cycle management of regulation* a pretendere un livello di partecipazione e trasparenza medio-alto rispetto alla moltitudine di informazioni tecnico-scientifiche che penetrano nella regola, perché si fondono con le determinazioni imperative in una dimensione nuova di produzione normativa, ampiamente partecipata e informata di dati rinvenibili, in gran parte, dalle conoscenze epistemiche.

Trasparenza e imparzialità diventano poi elementi imprescindibili nei momenti in cui le tecniche normative tendono a regredire, come accaduto durante la pandemia da coronavirus. La pandemia ha infatti dimostrato che al sacrificio delle tecniche di *better regulation* non può corrispondere il sacrificio di un ricorso (al contrario anche maggiore) alle *expertise*, comunque in un regime di massima trasparenza.

Proprio tale ultimo profilo avrebbe dovuto suggerire al regolatore che ha tentato – con scarso successo, in verità – di governare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, un atteggiamento maggiormente sensibile alla valutazione preventiva delle scelte regolatorie in tema di bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute e la restrizione di diverse libertà fondamentali.

Se durante, la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, le consultazioni hanno assunto un carattere permanente, tanto che il Comitato

[15] In particolare, sull'obbligo di motivazione delle leggi, cfr. S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge: profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam, 2008, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011. Si veda anche M. CARLI, *Motivare le leggi: perché no?*, in A. PISANESCHI e L. VIOLONI (a cura di*), Poteri, garanzie, e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, Giuffrè, 2007.

[16] M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI e N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit., p. 74.

[17] *Ibidem*, p. 75.

Tecnico Scientifico, unitamente al Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 (art. 122, comma 1, d.l. n. 18/2020)[18] e le numerose *task force* istituite anche a livello regionale hanno inciso profondamente sul contenuto della regolazione, non pare esservi stato un approccio gradualistico e bilanciato alla regolazione.

Non è questa la sede per sindacare le scelte emergenziali, oggetto peraltro sin dalle prime fasi di approfondite valutazioni da parte della dottrina che si è occupata del tema. Qui, tuttavia, preme evidenziare come in uno scenario "delicato [e] incerto"[19], il regolatore ha percepito ancor più marcatamente come fosse indispensabile, nell'ambito delle consultazioni, acquisire elementi estranei alla disponibilità del regolatore medesimo in un contesto invero molto distante dall'auspicata trasparenza.

Un'esigenza, quella di incapsulare il dato metagiuridico nella norma, sempre più pressante, in un Paese dalle transizioni infinite, l'Italia, che vede la scienza occupare progressivamente un posto di primo piano nella dimensione del *life cycle of regulation*.

In una società tecnologica, dove il dato scientifico continuerà a fondersi sempre più con l'elemento giuridico, non è inverosimile prevedere un ruolo sempre più determinante dell'esperto nelle scelte di indirizzo politico, così che le consultazioni aspireranno a divenire lo snodo imprescindibile e la sede cruciale della regolazione a contenuto tecnico-scientifico, tanto da ampliare quantitativamente la commistione tra *stakeholder* ed *expertise*.

Ogni esperto rischia di collocarsi al vertice di un gruppo di interessi, tradendo quelle caratteristiche di neutralità ed imparzialità che, al contrario, devono pur sempre orientare l'attività del consulente nella disciplina di un fatto scientificamente o non scientificamente connotato.

Ogni volta, però, che la discrezionalità legislatore non è più libera nei fini ma legata ad un obiettivo predeterminato, il diritto arretra, così che i saperi scientifici acquisiti rischiano di porsi come un limite alla regolazione.

Il contributo dell'esperto scelto in base al fine e non in base alla propria "visione professionale"[20] alimenta una serie di fenomeni tecnocratici dove il

[18] Art. 122, comma 1, d.l. n. 18/2020.

[19] Come ebbe ad evidenziare già S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm.ne in Italia*, n. 1909, p. 251, in occasione di una emergenza invero circoscritta ma di una drammaticità non inferiore rispetto a quanto conosciuto un secolo dopo con il Covid-19.

[20] G. GOODWIN, *Il senso del vedere*, Milano, Booklet, 2003.

potere e la responsabilità vengono legittimati da "una scienza fittiziamente certa e neutrale"[21].

Non è certo se il rischio tecnocratico sia stato corso durante la gestione dell'infezione da Sars-Cov2 (anzi le preoccupazioni sono state temperate a seguito della desecretazione dei verbali del Comitato Tecnico Scientifico)[22], ma la selezione degli esperti e il rapporto "fiduciario" [23] modulato attraverso schemi di diritto privato[24], misto a procedure di natura (apparentemente) pubblicistica, ha accentuato il carattere di alterità tra tecnico e politico ma anche di "sudditanza"[25] del primo nei confronti del secondo, incoerentemente con le esigenze costituzionali di trasparenza e imparzialità (art. 97 Cost.).

La necessità di tracciare "nomodotti"[26] utili ad "arginare la fuga dalla decisione politica e per costringere il procedimento di assunzione delle valutazioni scientifiche entro percorsi giuridici formali che assicurino trasparenza, apertura, democraticità dei processi decisionali è ben salda nell'impostazione di chi sostiene, a ragione, la necessità di garantire trasparenza ai processi decisionali, in particolare in tutte le delicate questioni scientificamente orientate, dove trasparenza ed *accountability* sono i convitati di pietra di un bilanciamento da ricercare anche nell'ambito delle fratture sociali che emergono su una determinata materia e su interessi rilevanti.

3. Better regulation ed expertise

Chi ha posto l'attenzione sul concetto di "interoperabilità orizzontale"[27] ha messo in luce l'esigenza, per le Pubbliche Amministrazioni, di irrobustire la "capacità di due o più sistemi, reti, mezzi, applicazioni o componenti, di scambiare informazioni tra loro e di essere poi in grado di utilizzarle"[28].

[21] M. TALLACCHINI, *Territori di 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*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020 p. 45.

[22] E forse sarebbe stato auspicabile, alla luce della gestione delle fasi 1 e 2 una maggiore sensibilità al contenuto dei pareri resi dal Comitato Tecnico Scientifico.

[23] F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto Pubblico*, 2009, p. 57.

[24] S. BATTINI e B. CIMINO*, La dirigenza pubblica italiana tra privatizzazione e politicizzazione, in Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2007, p. 1001. La stessa nozione di *Comitato* richiama modelli di diritto privato.

[25] M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*. Atti del Seminario Annuale di Como, 20 novembre 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

[26] L'espressione è di N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

[27] D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 7, 2022.

[28] Cfr. *https://www.treccani.it/enciclopedia/interoperabilita_(Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica)/*.

L'interdipendenza orizzontale è soltanto un elemento di una struttura più ampia che, nella dimensione della regolazione, chiede di affiancare anche il versante *verticale* di interoperabilità, laddove è noto – soprattutto nelle materie scientificamente connotate – come le consultazioni e la partecipazione dell'*expertise* siano considerate alla stregua di un *surplus* per la qualità della normazione.

Allo stesso tempo, la commistione tra *expertise* e politica rischia di uscire dai binari di una "compenetrazione biunivoca"[29] virtuosa quando la primazia degli esperti diventa l'anticamera di un governo autoritario distante dal circuito democratico rappresentanti-rappresentati o, al contrario, di un governo deresponsabilizzato che utilizza il dato tecnico-scientifico come grimaldello per neutralizzare il conflitto politico quando, viceversa, dovrebbe trovare composizione mediante la proposta della scienza.

Attraverso lo *schermo* della scienza, la politica si separa dal principio di legittimazione democratica e tende ad aderire – quando non a schiacciarsi – sempre più rispetto ad interessi settoriali che sono rappresentati da quei tecnici che vengono collocati all'interno delle *task force*.

La selezione latamente discrezionale dell'*expertise* da parte dei vertici politici espone i primi al rischio della cattura dell'esperto, collocandosi quest'ultimo in una posizione di marcata sottomissione alla politica al solo fine di preservare una posizione privilegiata.

Ciò rischia di produrre regolazioni scientificamente e politicamente inefficienti.

Se tanto è vero in un contesto ordinario, in una dimensione straordinaria ed emergenziale, dove l'esternalizzazione[30] di una porzione della funzione legislativa diventa ineludibile, la valorizzazione dei *non politici* riesce persino a travolgere "antiche certezze"[31].

Nel corso dell'emergenza epidemiologica da Sars-Cov2, i Comitati Tecnico Scientifici hanno assunto un ruolo primario come strutture di supporto al Governo, protagonisti delle fasi di strutturazione degli atti normativi, come accaduto anche in esperienze vicine e meno vicine[32]. Ciò ha invero comportato spesso una vistosa confusione tra il ruolo degli esperti scientifici e il ruolo dei decisori.

La prima grande tensione provocata dal Covid-19 ha stabilizzato una situazione di ambiguità riproposta in tutti quei casi di c.d. *rischio calcolato* su dati

[29] L. DI MAJO, *La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza*, cit.

[30] G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2013, p. 479 ss.

[31] N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 19.

[32] Per una rassegna, L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 8, 2020.

invero non reali: se le scelte definitive sono di natura politica, non possono che essere basate su *trade off* non quantificabili in modo preciso, come le risorse, l'impatto sulla popolazione, il grado di accettazione e finanche il consenso.

Al contrario, pur nell'incedere incerto e tentennante di questioni controverse e nuove, il ruolo scientifico degli esperti che si sono occupati dell'analisi dei dati, delle proiezioni e di tutto ciò che diventa poi analisi di impatto sulla società, si è basato su una serie di evidenze e di dati disponibili e si è rivelato come un processo esterno penetrato nella regola attraverso procedure per lo più informali.

La regola è dunque posta in una posizione di vincolo o dominio a seconda dell'autorevolezza delle fonti accreditate dalle quali estrarre i dati scientifici.

Se, come è stato autorevolmente evidenziato, il regolatore si è sempre servito di supporti scientificamente caratterizzati, anche nell'età prerepubblicana[33], oggi il problema risiede nella complessa selezione di fonti credibili, attendibili e sensibili alle esigenze di garanzia dei diritti fondamentali.

La "pandemia costituzionale"[34] ha dimostrato più di ogni altro episodio ordinario o straordinario come il libero svolgimento del dibattito scientifico ammetta la continua emersione di scoperte, innovazioni, proposte valide talvolta maggioritarie talaltra minoritarie. Il regolatore può essere *catturato* dall'una o dall'altra di queste posizioni, a seconda della considerazione del grado di attendibilità che in un determinato momento godono le *sedi qualificate* che si occupano delle validazioni scientifiche.

Soprattutto, l'incessante progresso e la straordinaria capacità di continui puntelli, quando non stravolgimenti di teorie accreditate, sollecitano la norma a continui *aggiornamenti* di cui un po' il regolatore e un po' l'interprete si fanno carico.

Questo aumenta la necessità di individuare quali siano gli ingranaggi a livello istituzionale in grado di prestabilire quelle che sono le sedi qualificate a produrre le valutazioni tecnico-scientifiche che possono validamente sostanziare e legittimare la decisione legislativa quando è scientificamente caratterizzata. E che lo facciano circondandole di una serie di garanzie che in qualche modo possono anche essere riflesse dal procedimento legislativo.

Ogni volta che la politica si misura con la "progettazione legislativa"[35], a partire dalle modalità di acquisizione dei dati più, avvia un procedimento in cui la valutazione costi-opportunità diventa la chiave di lettura per

[33] G. MELIS, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2018.

[34] L'espressione è di I. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

[35] V. DI CIOLO, *La progettazione legislativa in Italia*, Milano, Giuffrè, 2001.

comprendere se e come compiere una determinata scelta, a partire dall'impatto sul bene che ne deriva[36].

Analisi preventiva e verifica di impatto della regolazione sono soltanto due strumenti di una *cassetta degli attrezzi* del regolatore che il diritto procedurale consegna alla politica e che riconoscono alle *expertise* un buon livello di partecipazione al "processo decisionale, che dovrebbe tradursi nel passaggio da consultazioni rare e talvolta informali a consultazioni funzionali a una raccolta strutturale delle informazioni, basate su garanzie minime di partecipazione e organizzate in tutto il ciclo della regolazione"[37].

Su questo terreno ambiguo e particolarmente scivoloso, le esigenze di trasparenza e neutralità andrebbero garantite a partire dalla verifica della competenza delle sedi, della tipicità delle sedi decisionali, di pubblicità procedurali, di indipendenza dei componenti degli organismi tecnico-scientifici che, in qualche modo, possono anche essere riflesse in un procedimento legislativo *polifonico* e inclusivo, giustificando la scelta politica.

Se, da un lato, il ruolo di primo piano dei Comitati Tecnico Scientifici ha apparentemente indebolito la funzione di governo[38], contribuendo alla "moltiplicazione dei centri decisionali"[39], dall'altro, l'ampia discrezionalità in merito alla scelta dei componenti il Comitato stesso e le *task force*, ha consentito all'esecutivo di predeterminare almeno l'orientamento generale dell'indirizzo politico a partire dalla conoscenza delle posizioni scientifiche degli esperti.

L'esperto dovrebbe, al contrario, possedere quelle peculiarità tipiche di un soggetto esterno alle dinamiche politiche, alle tensioni tra gli interessi in conflitto, neutrale ed imparziale rispetto al processo di regolazione e alle parti.

Così, il vuoto di una disciplina in grado di garantire neutralità e trasparenza della esternalizzazione delle competenze tecnico-scientifiche (che comunque si collocano nell'ambito di quello che è stato definito un "giusto processo legislativo")[40], può essere riempito anche attraverso le straordinarie opportunità riservate dalle tecnologie digitali in grado di contribuire a preservare la terzietà di chi è chiamato a rendere un apporto decisivo a chi esprime la volontà definitiva del regolatore, a partire da elementi posti alla base del libero convincimento scientificamente orientato.

[36] G. CALABRESI e P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, WW Norton, 1978.

[37] A. LA SPINA e A. CANGEMI, *Comunicazione pubblica e burocrazia*, Milano, Franco Angeli, 2009.

[38] A partire dalla desecretazione dei verbali del C.T.S. si è avuta la percezione che il pendolo non fosse poi così sbilanciato verso la scienza.

[39] A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di «autonomia strumentale» tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2002.

[40] R. DICKMANN, *L'istruttoria legislativa nelle commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rassegna parlamentare*, 1, 2000.

4. La tecnologia al servizio delle consultazioni: l'albo digitale dell'*expertise* e la condivisione *in cloud* del dato scientifico.

La necessità di garantire trasparenza e neutralità all'accesso del dato scientifico nelle procedure di regolazione suggerisce, da un lato, di identificare criteri e funzioni di un esperto *accreditato*, di cui va per lo meno accertata, per così dire, la *chiara fama* e l'imparzialità attraverso la previsione di un albo degli esperti digitali in modalità *open access*.

Dall'altro lato, la predisposizione di una piattaforma digitale interconnessa e finalizzata a garantire una condivisione di dati, studi e ricerche, diventa una condizione preliminare imprescindibile atta ad agevolare l'accesso *in cloud* degli esperti accreditati e dei titolari della funzione normativa tanto a livello parlamentare (i componenti delle Commissioni permanenti) quanto governativo (i Capi uffici legislativi o i Consiglieri del Ministro, il Ministro medesimo).

L'accreditamento dell'*expertise* nell'albo digitale è il primo atto formale che deve certificare l'assenza di conflitti di interesse con le istituzioni e di motivi ostativi incoerenti con le esigenze di neutralità ed imparzialità.

Il rischio che l'esperto scientifico si trasformi in un rappresentante di interessi diventa quindi un problema da evitare, a fronte della necessità di garantire i requisiti di neutralità ed imparzialità, imprescindibili per un consulente delle istituzioni compartecipe della formazione della volontà ultima espressa, in casi come questi, dalla norma.

In esempio, l'esperto chiamato nella qualità di consigliere del Ministro è esso stesso uno *stakeholder* con una porzione di interesse individuale o collettivo che si riflette nell'attività di consulenza e può orientare l'indirizzo politico verso il raggiungimento di obiettivi anche personali. Eppure, l'esperto tecnico-scientifico, a prescindere dalla qualificazione istituzionale ricoperta, è chiamato a prestare la propria attività «con disciplina e onore» (art. 54 Cost.), allo stesso modo di chi è collocato in una posizione di diretta dipendenza con gli uffici statali.

Non v'è ragione di non ritenere vincolata l'attività del consulente ad una posizione di equidistanza tra i diritti in conflitto, in ragione della delicata fase del bilanciamento che passa anche attraverso la sua autorevole opinione. Diversamente argomentando, il consulente verrebbe trascinato nell'agone politico, così da sottomettersi alla volontà dell'una ovvero dell'altra posizione.

È l'asetticità dell'*expertise*, combinata con la qualificata conoscenza tecnico-scientifica, a costituire il *surplus* di qualità una regolazione maggiormente efficiente, coerente, intellegibile, non sbilanciata verso una posizione piuttosto che verso un'altra.

Se l'ordinamento interno prevede precise incompatibilità tra le diverse professioni, è bene che chi aspira ad una carriera istituzionale abbia la consapevolezza di dover compiere una scelta irreversibile a servizio delle istituzioni stesse.

Si tratta, a ben vedere, di riconoscere e fortificare una garanzia ulteriore rispetto ai rappresentanti di interessi per i quali, benché da anni se ne invochi una regolazione più organica, il registro pubblico *open data*[41] non può certo considerarsi esaustivo di una disciplina chiamata a *regolare gli sregolati*.

L'albo digitale dell'*expertise* consente di certificare la qualità di chi è chiamato a collaborare con le istituzioni nell'ambito di un procedimento legislativo *triple A*[42].

L'*accountability* dell'esperto scientifico suggerisce l'opportunità che le istituzioni si dotino di un albo certificato e di codici deontologici indirizzati ai consulenti scientifici delle istituzioni stesse, soggetti anch'essi alle disposizioni costituzionali di cui agli articoli 54 e 97 Cost., né più e né meno degli alti funzionari *di concorso*.

Essi sono chiamati ad adempiere alle funzioni ricoperte «con disciplina e onore», contribuendo al raggiungimento dell'efficacia e dell'efficienza della Pubblica Amministrazione, quindi a monte della qualità della normazione, laddove la stessa Corte costituzionale ha chiarito come la qualità della normazione medesima, incidendo negativamente o positivamente sui servizi offerti agli *end users*, diventa un elemento essenziale a garanzia del buon andamento[43].

In Italia, dove gran parte dei consulenti scientifici ha resistito al fenomeno dello *spoil system*[44], è sempre più percepibile l'esigenza di dotarsi di albi di esperti e codici condotta che scongiurino l'inquinamento del *law making process* con interessi privati.

Chi infatti ha parlato di "giusto procedimento legislativo"[45] o, più in generale, di *life cycle of legislation*[46] immaginava una procedimentalizzazione non limitata ad una automatica successione di adempimenti formali, ma compiuta tramite un contraddittorio tra le *expertise* e i decisori pubblici. Così il

[41] Consultabile su *https://rappresentantidiinteressi.camera.it/sito/*.

[42] C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Rimini, Maggioli, 2016, pp. 29-53.

[43] Corte costituzionale, sentenza n. 70/2013. Così M. PICCHI, *Il principio del buon andamento della pubblica amministrazione quale parametro nel sindacato di costituzionalità sulle tecniche normative: l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. CAVINO e L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014.

[44] G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., ma anche, G. MELIS e G. TOSATTI (a cura di), *Il potere opaco. I gabinetti ministeriali nella storia d'Italia*, Bologna, Il Mulino, 2019.

[45] A. MANZELLA, *L'esperienza parlamentare repubblicana, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 269, *Id.*, *Dai Regolamenti del 1971 al giusto procedimento legislativo: un'introduzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 3/2021, pp. 525-530, R. DICKMANN, *L'istruttoria legislativa nelle commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. parl.*, n. 1/2000, p. 210. Più in particolare, in tema di regolazione scientificamente orientata, cfr. M. P. IADICICCO, *La medicina nella Corte costituzionale italiana. Osservazioni sul diritto alla salute tra legislatore, scienza medica e giudice costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, Cacucci, 2016, p. 64.

[46] M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI e N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit., *passim*.

procedimento "si apre all'esterno, accoglie un concetto ampio di trasparenza in modo che le questioni più incerte e controverse sono sottoposte ad un condizionamento procedimentale più ragionevole e maggiormente controllato, certo, anche dall'esterno"[47].

La disciplina del consulente accreditato può, dunque, esplicarsi in due diversi approcci: in un divieto *tout court* di svolgere attività in conflitto con il mandato istituzionale[48], ovvero nel permettere parzialmente alcune attività solo in astratto confliggenti purché ne venga fatta una dichiarazione pubblica e non consti di attività similari con l'ufficio ricoperto.

Il consulente iscritto a tale albo speciale deve essere sottoposto a procedure consolidate come cicli di valutazione che si basano su una verifica costante dell'assenza di conflitti di interesse, attraverso regole deontologiche e principi etici, pubblicità relative alle pubblicazioni e ai ruoli ricoperti nel corso della propria attività professionale.

Al controllo delle attività dell'*expertise* accreditate andrebbe previsto un collegio garante della deontologia, soggetto indipendente dai poteri pubblici, preposto al controllo e alla verifica di eventuali conflitti di interessi, anche attraverso una relazione annuale di un rapporto delle attività espletate, formulando eventualmente proposte finalizzate al rispetto delle disposizioni contenute nel codice deontologico, come la regolamentazione e il controllo dei contratti di lavoro *esterni* degli esperti prima e durante il mandato, se consentiti.

La digitalizzazione dell'albo, oltre a collocarsi nell'ambito della "dimensione costituzionale della trasparenza"[49], consente una migliore interlocuzione tra i livelli istituzionali nella scelta dell'esperto maggiormente adatto alle esigenze di regolazione di un determinato settore.

L'accreditamento dell'esperto nell'albo digitale permetterebbe alle amministrazioni dello Stato di consultare agevolmente la pagina personale del soggetto da cooptare ove sono conservati, in modalità *open data*, *curriculum*, pubblicazioni, premi, riconoscimenti ed anche, magari in un'apposita sezione, uno storico dal quale si evincano le precedenti collaborazioni istituzionali, in modo da allontanare situazioni oligopolistiche di pochi a svantaggio di altri.

E, sotto un altro punto di vista, consente – a chi è qualificato come *end user* – di controllare la scelta istituzionale in un'ottica di rafforzamento della trasparenza, soprattutto quando la necessità e l'urgenza non consentono di rendere

[47] L. DI MAJO, *La compenetrazione biunivoca tra scienza e politica: un problema o un'opportunità?*, cit.

[48] Ma, in questo caso, non si può prescindere da un'automatica stabilizzazione del consulente scientifico nella pianta organica dell'istituzione con cui collabora, alla stregua di un vero e proprio consigliere parlamentare o funzionario dello Stato.

[49] L. CALIFANO e C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

immediatamente percepibile all'esterno le motivazioni alla base dell'indirizzo politico.

Innanzi a scenari inediti ed imprevedibili, l'esigenza di garantire la qualità della normazione non arretra, ma si rafforza, benché le procedure della *better regulation* paiono, dal punto di vista temporale, per lo più incoerenti con la straordinarietà del *background*. Ed infatti, quando le esigenze contestuali impongono fisiologicamente una compressione delle procedure di regolazione, l'accesso dell'*expertise* e del dato scientifico nel *law making process* va garantito con una certa tempestività, senza per questo sacrificare la trasparenza e l'imparzialità. Si tratta, a ben vedere, di giustificare la scelta politica verso l'esterno, renderla responsabile nei confronti di chi, come il corpo elettorale, è chiamato ad esprimere un giudizio sulla conferma o meno al momento della scadenza elettorale prevista.

L'albo digitale degli esperti consente al regolatore di cooptare il soggetto con un *curriculum* e una *vita istituzionale* pregressa più confacente alle esigenze della regolazione.

Allo stesso modo, all'esperto e al regolatore va garantito l'accesso immediato al dato tecnico scientifico, in particolare in tutti quei casi di codeterminazione del contenuto dell'atto normativo tra più soggetti istituzionali, come le procedure normative condivise (la decretazione d'urgenza e la legislazione delegata). In casi come questi, l'interoperabilità orizzontale viene preservata attraverso la rielaborazione condivisa dei dati tecnico-scientifici, organizzati attraverso banche dati *in cloud* accessibili sia dalle istituzioni interessate che dalle *expertise*, "rendendo disponibile l'informazione immediatamente là dove serve"[50].

Certo, gli elementi tecnico-scientifici sono ricavabili già nella *memoria digitale* delle banche dati di Camera e Senato[51]. Esclusivamente ricavabili, per l'appunto, ma non immediatamente utilizzabili per non essere mai stati catalogati per materia, per essere difficilmente rielaborati con immediatezza, il che non ha consentito una sistematizzazione più funzionale alle esigenze di monitoraggio e di *law revision*, dove l'aggiornamento del dato tecnico-scientifico diventa imprescindibile per valutare tutti i fenomeni di "anacronismo legislativo"[52].

L'immediata utilizzabilità del dato conservato e aggiornato *in cloud* dagli esperti accreditati diventa un ulteriore elemento di rafforzamento della qualità normazione, in particolare nella regolazione *science related*, in grado di fornire

[50] D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 119.

[51] Sul punto, cfr. F. VENTURINI, *Il Parlamento è (anche) una biblioteca. Guida all'informazione parlamentare*, Milano, Editrice bibliografica, 2022.

[52] G. SERGES, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.*, 2000.

un apporto e un supporto costante e decisivo per una regolazione di qualità, "aperta, aggiornata, attenta"[53].

Si tratta di *aggiustamenti* coerenti con l'impostazione del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, dove le innovazioni procedurali sono volte "a velocizzare, ad esempio, l'acquisizione di concerti da parte dei ministeri interessati ovvero a coinvolgere in maniera più serrata le Conferenze nell'esame dei numerosi decreti attuativi in corso di predisposizione. L'occasione offerta dal *PNRR* serve, dunque, in questo caso, sia a rafforzare una funzione centrale per l'attuazione stessa del Piano, sia a potenziare gli strumenti attualmente previsti, rendendo stabili le *best practices* che si stanno individuando, sia, infine, a continuare nell'opera di catalogazione degli atti amministrativi e normativi che talvolta sfuggono alle tradizionali forme di pubblicità"[54].

La dematerializzazione e la catalogazione per materia del dato tecnico-scientifico è, infatti, una *conditio sine qua non* per poter migliorare l'efficienza e il controllo dei documenti, la facile condivisione di dati, la conservazione e la sicurezza delle informazioni, consentendo (almeno in prospettiva) un risparmio di tempo e risorse.

I *file* digitali sono notoriamente maggiormente fruibili rispetto ai tradizionali documenti cartacei (o comunque ancorati ad un supporto fisico), tanto che la conservazione in uno spazio digitale *in cloud* piuttosto che *fisico* negli uffici, ne facilita il reperimento e l'estrazione delle informazioni in modalità *smart* comunque meglio di quanto non avvenga con i documenti cartacei[55].

La conservazione dell'elemento tecnico-scientifico *in cloud* si colloca nel percorso già in parte tracciato dalla Pubblica Amministrazione attraverso la digitalizzazione delle informazioni. Non sono pochi i servizi *in cloud* offerti ai cittadini, come i processi giudiziari telematici, l'istituzione del *Fascicolo Sanitario Elettronico* (art. 12, comma 1, d.l. n. 179/2012)[56], o ancora l'Anagrafe Nazionale Popolazione Residente, una delle sei "basi dati di interesse nazionale"[57] (art. 60, comma. 3-*bis*, Codice dell'Amministrazione Digitale), finanche i sistemi e le tecnologie per il monitoraggio del traffico stradale elaborato dal Ministero dei Lavori Pubblici[58].

[53] C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, cit., pp. 29-53.

[54] M. RUBECHI, *PNRR: le nuove sfide per migliorare la qualità della regolazione*, in *Studi Urbinati*, 3-4, 2021, pp. 127-142.

[55] D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 105-106

[56] L. FERRARO, *Il Regolamento UE 2016/679 tra Fascicolo Sanitario Elettronico e Cartella Clinica Elettronica: il trattamento dei dati di salute e l'autodeterminazione informativa della persona*, in *BioLaw Journal – Giornale di BioDiritto*, 4, 2021, pp. 91-113.

[57] D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, *passim*.

[58] A questo proposito si rinvia, ad esempio, al documento del Ministero dei Lavori Pubblici, Ispettorato Generale per la Circolazione e la Sicurezza Stradale, sul Sistema di Monitoraggio del Traffico e in particolare all'*Appendice B*.

Una transizione digitale nell'ambito della condivisione dei dati che già consente alle numerose piattaforme digitali private di lavorare in modalità *smart*, a distanza, condividendo informazioni e statistiche, come il sistema operativo c.d. *ex parte creditoris* che permette un collegamento immediato e diretto tra l'Istituto di credito e i consulenti legali, i quali aggiornano costantemente lo *stato dell'arte* della pratica a loro assegnata fino alla definizione.

In un contesto dove si richiede uno spiccato livello di *problem solving*, il regolatore non può e non dovrà essere più compassato dei privati nell'utilizzo delle nuove tecnologie e prescindere da queste ultime.

Al contrario, la regola rischierebbe di assumere una natura sempre più costitutiva in una società tecnologica dove il diritto continua a rincorrere il fatto senza raggiungerlo, il dato giuridicamente rilevante muove le norme "come pedine in uno scacchiere"[59], la regola si caratterizza per uno sguardo per lo più retrospettivo, "dalla concretezza all'astrattezza, non dall'astrattezza alla concretezza"[60].

Questo sarà il terreno sul quale germoglierà quello che sembra futuro ma che in realtà è già il presente e, per certi versi, già il passato[61].

5. Verso un e-law making process?

La dimensione della "interoperabilità orizzontale"[62] non è limitata solo ad un miglioramento dei processi amministrativi, ma si estende finanche all'attività di regolazione, in una prospettiva verticale che, soprattutto quando scientificamente connotata, chiede di allargare le basi informative attraverso la piena interconnessione tra istituzioni ed *expertise*, che consenta di snellire le procedure normative, assicurando la comunicazione dell'avvio del procedimento ai destinatari (*prior notice*), la partecipazione degli stessi (*consultation*) e l'acquisizione di elementi istruttori[63].

[59] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, p. 43.

[60] N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 193.

[61] In esempio, in *Parliament and Democracy in the twenty-first century*, l'Inter Parliamentary Union rilevava già nel 2006 come, nel corso dell'ultimo decennio, vi fosse una crescita significativa delle attività internazionali svolte dai Parlamenti per rispondere ad una maggiore richiesta di integrazione e di coordinamento legislativo ed informatico tra i Paesi UE (IPU, *Parliament and Democracy in the Twenty first Century, A Guide to good practice*, Switzerland 2007, disponibile su *http://www.ipu.org*). Una tendenza confermata anche nel *World e-Parliament Report 2020* (*https://www.ipu.org/resources/publications/reports/2021-07/world-e-parliament-report-2020*) in cui si propone «a detailed analysis of ICTs as used in parliaments for governance, management, systems and infrastructure, increased transparency and public engagement, among other purposes. The report's findings are based on a survey of 116 parliaments and focus groups involving 49 parliaments».

[62] D.U. GALETTA, *op. ult. cit*.

[63] In questo senso, M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit., p. 119.

La necessità di fare ricorso (anche) a tutti quegli strumenti che consentono, oggi, di acquisire facilmente non solo documenti, ma anche quelle informazioni che permeano il procedimento normativo tramite costanti revisioni e aggiornamenti *in cloud* da parte di *expertise* accreditate, diventa la condizione preliminare anche per snellire sempre più l'istruttoria.

Più il dato è aggiornato, meno articolate diventano le procedure di normazione.

Alla futura riduzione delle risorse finanziarie del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, le istituzioni italiane devono rispondere con il definitivo assestamento di una transizione digitale che non può non diventare modello di elevata *performance* normativa e amministrativa fondata su un dato *comune*, *condiviso* e *trasparente*, così che il patrimonio delle informazioni raccolte ed elaborate possa essere agevolmente *incapsulato* nella norma senza sovrabbondanti proceduralismi.

Così l'*e-law making process* rappresenta il tassello preliminare di un mosaico istituzionale nuovo e innovativo. Un modello di governo della regolazione più *smart*, sempre aggiornato, dinamico e sensibile ai cambiamenti sociali, istituzionali, economici.

Si tratta di implementare quello che nel *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* viene definita una *strategia cloud first*, un *Polo Strategico Nazionale*, un *cloud pubblico* che consenta una costante attività di revisione e aggiornamento dei dati tecnico-scientifici in funzione di una regolazione *Triple A* e, qualitativamente, anche di alto profilo.

LA FORMA E LE FUNZIONI DEGLI «ENTI TERRITORIALI DI AREA VASTA» NELLE FONTI DEL DIRITTO SPECIALE DELLA SARDEGNA

LAURA BUFFONI[*]

Sommario

1. Il filo. – 2. I limiti statutari. – 3. Il diritto legislativo esistente. – 4. Il diritto possibile.

Abstract

The essay moves from the distinctive features of Sardinia's special autonomy to propose an improvement of autonomous powers in the regulation of local autonomies, within the framework of the 2001 reform of Title V of the Constitution. According to this perspective, the paper analyses some fundamental issues of "special regionalism" emerging from the academic debate and constitutional jurisprudence.

Suggerimento di citazione

L. BUFFONI, *La forma e le funzioni degli «enti territoriali di area vasta» nelle fonti del diritto speciale della Sardegna*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Sassari.
Contatto: labuffoni@uniss.it

© 2007- 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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 filo

Lo scritto si propone di 'praticare' l'autonomia legislativa speciale della Sardegna in materia di forma e funzioni di province e città metropolitane, per verificare quali siano per le fonti del diritto regionale speciale le possibilità, rispetto all'esistente, di una forma e di funzioni degli enti territoriali di area vasta *differenti* dal diritto legislativo comune.

Si traggono dallo Statuto speciale e dalla Costituzione i limiti alla legge regionale in materia di ordinamento degli enti locali. Su quei limiti 'ideali' si misura la validità della 'realtà' della specialità, ovvero della legge regionale n. 7 del 2021. Dopo di che si determina, per sottrazione, ciò che validamente appartiene alla decisione politica regionale, a dire ciò che è costituzionalmente indifferente nella costituzione e regolazione degli enti territoriali di area vasta.

Si muove, insomma, dal diritto legislativo esistente, di cui si verifica la legittimità costituzionale/statutaria, per pensare il diritto possibile. Emergono, infatti, come soglia minima, i limiti alla fantasia del legislatore regionale. Ma per ciò stesso si delineano, residualmente, spazi o, almeno, interstizi per una autonomia speciale che sia tale, che sia, secondo la lettera dell'art. 116, comma 1, della Costituzione, forma e condizioni «particolari», che non sia omologazione al diritto comune, presupposto come la regola, il modello. L'*identità* della specialità deve essere, con un ossimoro, la sua *differenza*.

2. I limiti statutari

Le disposizioni statutarie che contengono le regole pertinenti sono l'art. 3, comma 1, lett. b), modificato dall'art. 4, l. cost. n. 2/1993 e l'art. 43 dello Statuto. L'una reca la norma statutaria generale, sopravvenuta all'approvazione dello Statuto, che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva regionale la materia «ordinamento degli enti locali e delle relative circoscrizioni». L'altra dispone al primo comma che «le province di Cagliari, Nuoro e Sassari conservano l'attuale struttura di enti territoriali» e al secondo comma consente la «modifica» con legge regionale delle circoscrizioni e delle funzioni delle province, «in conformità alla volontà delle popolazioni di ciascuna delle province interessate espressa con referendum»: è, dunque, norma statutaria anteriore, perché originariamente contenuta nella legge costituzionale n. 3 del 1948, ma speciale per oggetto e limiti.

La materia statutaria attribuita dalla prima disposizione, nella sua lettera, inerisce la 'struttura', la forma essenziale, degli enti locali[1]. Letta in connessione con il testo costituzionale, comprende almeno la materia dell'art. 117, comma 2, lett. p), della Costituzione, ovvero la legislazione elettorale, gli organi di governo e le funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane e

[1] Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2001.

delle relative circoscrizioni[2]. Ma include, a rigore, anche ambiti materiali ulteriori rispetto a quelli enumerati dalla Costituzione tra le materie di competenza legislativa statale esclusiva, quali le funzioni non fondamentali degli enti locali, le forme e le funzioni associative tra enti territoriali e i rapporti tra regioni e enti locali non pregiudicati dallo Statuto o, comunque, conformati dalle norme più favorevoli della l. cost. n. 3 del 2001.

I limiti della legge regionale fondata sulla norma competenziale dell'art. 3 sono l'armonia con la Costituzione, nelle parti non derogate-sostituite dallo Statuto-legge costituzionale, e con i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, nonché il rispetto degli obblighi internazionali, degli interessi nazionali e delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali dello Stato. La sua autonomia dipende dal senso attribuito a questi limiti. Per i contenuti ulteriori, rimessi nel diritto regionale comune alla potestà legislativa regionale residuale, invece, valgono i soli limiti dell'art. 117, comma 1, della Costituzione e non quelli dell'art. 3, comma 1, dello Statuto. Per la Corte costituzionale la competenza residuale è più ampia di quella primaria prevista dallo Statuto speciale, cosicché quando la stessa materia rientra nella potestà esclusiva della regione speciale e in quella residuale della regione ordinaria, in forza della clausola di adeguamento automatico dell'art. 10, l. cost. n. 3 del 2001, essa è assoggettata ai limiti disposti dall'art. 117 della Cost. e non a quelli statutari. Quindi, non valgono i limiti dell'armonia con i principi dell'ordinamento giuridico e del rispetto degli interessi nazionali e delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali dello Stato[3].

Ma l'art. 3, comma 1, lett. b), non basta per delimitare la competenza legislativa regionale in materia di enti territoriali di area vasta. Occorre tenere in conto anche la norma speciale dell'art. 43, contenuta nel testo originario del Titolo V dello Statuto e stabilire la relazione tra le due norme, scegliendo tra l'antinomia e la coesistenza. Anticipando la conclusione, tra le due norme non vi è antinomia, che induce a preferire la norma successiva a quella precedente, secondo il criterio cronologico, ma una relazione di specialità, sostanziale e procedimentale, dell'art. 43 rispetto all'art. 3. Se ne ricava che l'art. 43 non è abrogato[4] per effetto dell'art. 4, l. cost. n. 2 del 1993, ma vige ed è efficace. Se non è rispettato, è violato.

[2] Cfr. già Corte cost., sent. n. 105 del 1957, che ha espressamente riconosciuto che la disciplina elettorale rientra nella materia ordinamento degli enti locali e sent. n. 84 del 1997, che ha presupposto l'appartenenza della disciplina delle elezioni comunali e provinciali alla competenza regionale in materia di ordinamento degli enti locali. Più di recente cfr. Corte cost., sentt. nn. 48 del 2003 e 373 del 2007.

[3] Cfr. Corte cost., sent. n. 274 del 2003.

[4] Nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale promosso avverso l'art. 6, l.r. n. 7 del 2021 e definito con sentenza n. 68 del 2022, la difesa regionale discorre, a proposito dell'art. 43, di norma «superata». Ma per il diritto una norma superata è, più propriamente, una norma abrogata.

Il primo comma dell'art. 43 è limite statutario sostanziale alla legge regionale generale *ex* art. 3, comma 1, lett. b), per due motivi. La legge regionale generale, che ha geneticamente fondamento nello Statuto, deve rispettare la fonte che la istituisce e, quindi, anche la regola originaria dell'art. 43 in essa contenuta. E la «conservazione» della «attuale struttura», quindi della 'forma', di «enti territoriali» delle tre province storiche pre-repubblicane è contenuto speciale rispetto al loro «ordinamento».

A sua volta, il secondo comma dell'art. 43 è norma materiale e procedimentale speciale rispetto alla prescrizione del primo comma. Invero, dalla lettera del primo comma, che prescrive la conservazione della struttura di enti territoriali delle tre province nominate e, quindi, almeno la loro esistenza come ente territoriale e del secondo, che consente con legge rinforzata (solo) la modifica delle circoscrizioni, potrebbe ricavarsi che è statutariamente invalida la soppressione, nella sua struttura di ente territoriale, di una delle tre province: la soppressione non è 'modifica' di circoscrizioni provinciali che, per potere essere modificate, devono esistere e continuare ad esistere (seppure modificate). In questa lettura del testo, la soppressione sarebbe invalida anche se disposta con la legge rinforzata del secondo comma. Potrebbe però argomentarsi che il secondo comma consente, alle sue condizioni procedimentali, anche quella particolare modifica della circoscrizione provinciale che è la sua soppressione o almeno, più fondatamente, la sostituzione delle province statutarie con altre province e/o con altri «enti territoriali», con la conseguente conservazione della struttura di (un qualche) ente territoriale, anche se diversamente delimitato e nominato.

Infine, il secondo comma dell'art. 43 è limite procedimentale alla legge regionale generale in materia di ordinamento degli enti locali: prescrive uno speciale procedimento legislativo rinforzato per (tutte) le modificazioni delle circoscrizioni e delle funzioni provinciali. Il che pone la questione se il secondo comma regoli solo il caso specifico della modifica, in diminuzione o aumento, dei confini delle circoscrizioni territoriali delle province esistenti, con conseguente inclusione nella legge regionale generale dell'art. 3, comma 1, lett. b) ed esclusione dell'aggravio procedurale dell'art. 43, comma 2, del caso della istituzione di nuove province. È l'argomento che fa leva sull'intenzione dei costituenti. L'approvazione in Assemblea costituente dell'emendamento Scelba all'art. 43, che aveva eliminato dal secondo comma il riferimento esplicito alla variazione del «numero» delle province, avrebbe significato per gli autori dello Statuto-legge costituzionale la sottrazione alla legge regionale aggravata e, allora, prima della modifica statutaria del 1993, l'attribuzione alla legge statale della decisione concernente il numero delle province e, dunque, l'eventuale

istituzione di nuove province[5]. E', ancora, l'argomento che si sostiene sul parallelo con l'art. 133, comma 1, della Costituzione, che sta all'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. come l'art. 43 sta all'art. 3, comma 1, lett. b), St., ma che, a differenza dell'art. 43, comma 2, include espressamente, accanto all'ipotesi di modifica, quella dell'«istituzione di nuove province». Questa interpretazione dell'art. 43 è sbagliata. In primo luogo, l'argomento originalista potrebbe valere rispetto alla legge statale, ma non rispetto alla legge regionale introdotta solo con l'art. 4, l. cost. n. 2 del 1993. In secondo luogo, l'*original intent* è criterio di interpretazione che non può che recedere innanzi al significato proprio delle parole e alla loro connessione. E' vero che con la modifica apportata all'art. 3, comma 2, lett. b), St. rientra nella competenza legislativa della regione Sardegna l'istituzione di nuove province nel suo territorio[6]. Ma quella norma deroga il diritto costituzionale comune, cioè la generale disciplina in tema di istituzione di nuove province contenuta nell'art. 133, primo comma, della Costituzione e non la norma, a sua volta, speciale, vigente ed efficace, dell'art. 43 St., che pure include l'ipotesi di nuove province. Alla lettera, infatti, «modifica» significa sia sottrazione che aggiunta o semplice variazione. E l'istituzione di una nuova provincia nel territorio regionale, rispetto alle tre province 'pietrificate' nel primo comma, non può che variare, con compensazioni interne, le circoscrizioni territoriali di almeno una delle province statutariamente nominate. Con la conseguenza che (la legge statale e, dopo la l. cost. n. 2 del 1993) la legge regionale generale che non fosse rinforzata nel procedimento sarebbe invalida perché violerebbe la norma statutaria speciale dell'art. 43, comma 2. Né fa la differenza il parallelo con la diversa lettera dell'art. 133, primo comma, della Costituzione[7]. Innanzitutto, non si tratta dello stesso documento normativo. In ogni caso, il linguaggio non è sovrapponibile. Nell'art. 43, comma 2, si discorre solo di «modifica» delle circoscrizioni provinciali; nell'art. 133, comma primo, si utilizza il termine «mutamento», nel secondo comma, inerente la modifica delle circoscrizioni comunali, compare la «modifica» e, in entrambi i commi, si aggiunge esplicitamente, come fattispecie autonoma, la «istituzione» di nuove province o nuovi comuni. Ma lì l'istituzione non può ritenersi inclusa nella, appunto differente, fattispecie del mutamento/modifica perché l'ipotesi è stata specificatamente disciplinata. Al contrario, proprio perché l'art. 43, comma 2, non prevede l'istituzione come fattispecie normativa autonoma, la medesima deve qui ricondursi alla fattispecie generale della

[5] È questa dottrina interpretativa dell'art. 43 che ha sostenuto l'istituzione, ai sensi dell'art. 51 dello Statuto, della provincia di Oristano con la legge statale n. 306 del 16 luglio 1974.

[6] Come ha ritenuto Corte cost., sent. n. 230 del 2001.

[7] Valorizzano invece l'argomento, sulla scia della sentenza n. 220 del 2013, M. CECCHETTI, O. CHESSA e S PAJNO, *Il riordino delle circoscrizioni provinciali nella regione Sardegna, tra criticità della situazione attuale e prospettive di riforma*, in *Amministrazione in cammino,* 9.

«modifica», che letteralmente e sistematicamente tutto può comprendere. Del resto, il parallelo con l'art. 133 non regge ove si consideri che il medesimo non offre neppure argomenti per includere nel mutamento/modifica, oltre ai casi di aumento o diminuzione dell'estensione territoriale che si compensano senza variare il numero degli enti locali, la soppressione di una provincia o di un comune. L'art. 133 non muove dalla garanzia di una previa cristallizzazione del territorio in un numero chiuso e nominativo di province o comuni per ciascuna regione. Considerato, però, che comuni e province sono enti costitutivi necessari della Repubblica, la soppressione di un ente non può che essere associata alla istituzione di un nuovo ente o all'aumento dei confini, quindi, ad un mutamento/modifica di un altro. Ma non è vero il contrario: l'istituzione di un nuovo ente o la modifica di uno esistente non determina necessariamente la soppressione di un altro ente. E' insomma solo un''ipotesi'. Cosicché il testo costituzionale ha semplicemente omesso di considerare la soppressione come una fattispecie normativa autonoma. In una, se ne ricava che nel diritto speciale della Sardegna sia l'istituzione che la soppressione di una provincia (ove questa seconda ipotesi non la si ritenga, secondo una certa interpretazione dell'art. 43, comma 1, assolutamente e incondizionatamente esclusa per le province storiche) devono rispettare i limiti dell'art. 3, comma 1 e dell'art. 43, St.

Parimenti, l'istituzione nel territorio regionale dell'ente città metropolitana si sovrappone o interferisce necessariamente con le tre province statutarie e/o con le province post-statutarie, di talché deve fare i conti con l'art. 43, St. Se si considera lo Statuto-legge costituzionale fonte subordinata alla Costituzione al di fuori dell'ambito materiale delle forme e condizioni particolari di autonomia, ciò non toglie che l'art. 114, comma 1, secondo cui le città metropolitane sono enti costitutivi necessari della Repubblica, per la sua lettera e la sua solenne posizione in apertura del Titolo V, sia qualificabile principio costituzionale inderogabile. Ma anche ove si ritenga lo Statuto speciale una legge costituzionale come le altre, non a competenza materialmente limitata, può argomentarsi l'integrazione tra l'art. 114 e l'art. 43 qualificando il principio pluralista come principio supremo.

In entrambi i casi, l'art. 43, in quanto norma speciale rispetto all'art. 3, comma 1, lett. b), limita materialmente e proceduralmente la legge regionale che istituisca le città metropolitane.

Possono prospettarsi due ipotesi, ma in ambedue è necessario seguire il procedimento speciale dell'art. 43, comma 2[8].

[8] Diversamente, se si ritiene l'art. 43 abrogato dall'art. 3, comma 1, lett. b), St., nella formulazione vigente, la legge regionale incontrerebbe solo i limiti dell'art. 3, comma 1, quindi, l'armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico, che al più imporrebbero il principio del necessario coinvolgimento delle popolazioni interessate, senza le forme tipiche dell'art. 43.

Se la città metropolitana coincide con il territorio dell'intera provincia storica, ammesso che questo non significhi l'abolizione della sua struttura di ente territoriale e che questa non sia vietata dall'art. 43, comma 1, perché anche la città metropolitana è un ente territoriale, non ne modifica la circoscrizione territoriale, ma sostituisce l'ente provincia tipico e nominato, il *nomen* e le funzioni, ricadendo, quindi, per questo profilo, tra le modifiche incluse nell'art. 43, comma 2.

Se la città metropolitana non coincide con la provincia storica, per ablazione o aggiunta, non la sopprime né la sostituisce, ma la modifica. Allora è la modifica della circoscrizione territoriale che impone il procedimento rinforzato.

Per quanto riguarda il procedimento legislativo speciale, l'art. 43, comma 2, prescrive la «conformità» della legge regionale che modifica le circoscrizioni e funzioni provinciali «alla volontà delle popolazioni di ciascuna delle province interessate espressa con *referendum*».

Prescrive, come soglia minima, un referendum obbligatorio, quindi non eventuale, vincolante ed endo-procedimentale, ossia interno al procedimento legislativo, nel senso che è condizione per la promulgazione e l'entrata in vigore della legge regionale[9]. E' una fase costitutiva necessaria della legge regionale. Nella parte in cui dispone che la «legge» regionale modifica le circoscrizioni e le funzioni provinciali «in conformità a», comanda, infatti, una volontà espressa prima del perfezionamento della forma di legge. La forma intensiva «in conformità a» radicalizza il comando, converte l'indicazione in una prescrizione, in un ordine: la pretesa di 'conformità' toglie la doppiezza delle due volontà, che diventano una sola[10]. La disposizione potrebbe, dunque, alludere ad un referendum su iniziativa legislativa, su proposta o progetto di legge, il che ne valorizzerebbe la portata condizionante la volontà dell'organo rappresentativo. Ma potrebbe riferirsi anche ad un referendum approvativo della deliberazione legislativa già approvata dal consiglio regionale[11], perché anche in

[9] La Corte costituzionale, con la sentenza n. 256 del 1989, ha distinto, in seno allo Statuto speciale per la regione Sardegna, il referendum abrogativo dell'art. 32 e quello consultivo dell'art. 54 dal referendum «interno al procedimento legislativo regionale di modifica delle circoscrizioni e delle funzioni delle province» dell'art. 43.

[10] Sulla forza della parola teologica 'in conformità a', fin dalla sua origine genesiaca, ove si riferisce alla pretesa di conformità, di adesione, dell'azione all''ordine', alla 'chiamata', di Dio, G. PETRARCA, *La legge per la legge. Paolo, Spinoza, Rosenzweig*, Salomone Belforte & C., Livorno, 2021, 19-20.

[11] Seppure con riguardo al caso della variazione territoriale dei comuni dell'art. 133, comma 2, Cost., lascia aperta addirittura l'ipotesi di anteporre il referendum all'iniziativa legislativa la sentenza della Corte costituzionale n. 2 del 2018, laddove ha considerato che spetta «al legislatore regionale, innanzitutto, la disciplina del procedimento che conduce alla variazione circoscrizionale, e, in particolare, la scelta in ordine al momento in cui debba essere svolto il referendum, se prima o dopo l'atto di iniziativa legislativa relativa alla variazione stessa. L'art. 133, secondo comma, Cost., da questo punto di vista, prevede come necessaria la consultazione delle popolazioni interessate, ma non

questo caso la legge risulterebbe, comunque, nel caso di esito favorevole del referendum, conforme alla volontà delle popolazioni interessate. Entrambi i casi, però, escludono un referendum abrogativo: la lettera dell'art. 43, comma 2, presuppone una conformità tra legge regionale e volontà che deve essere previamente manifestata, laddove quello abrogativo implica – con tutti i corollari che ne derivano – l'efficacia della legge.

Ancora, l'art. 43, comma 2, prescrive un *quorum* (strutturale e funzionale) sufficiente, ma anche necessario a garantire la «conformità alla volontà delle popolazioni interessate». Popolazione è concetto naturale, biologico, a rigore più ampio di quello politico di popolo, della comunità di cittadini, ma difficilmente delimitabile. A riscriverlo e intenderlo come popolo, la 'volontà' del popolo/popolazione interessato non esiste come un dato naturale da rappresentare, da rispecchiare, ma è sempre una volontà costituita dal diritto che pone la regola di come si forma quella volontà collettiva. E, di norma, si tratta della regola, convenzionale, artificiale, della maggior numero, che attribuisce alla volontà della maggior parte degli uomini del popolo il valore (della volontà) dell'intera comunità di riferimento da quegli uomini composta. La volontà di una parte vale come decisione simbolica del tutto, dell'intero. E ciò vale non solo per le deliberazioni di una assemblea rappresentativa, ma anche per le decisioni di ogni comunità, di ogni popolo 'riunito'. E' una interpretazione coerente con il diritto costituzionale comune. La disposizione raffrontabile non è l'art. 133, comma 2, Cost., che prescrive solo di «sentire» le popolazioni interessate. E' l'art. 132, comma 1, che, per la modifica delle regioni cristallizzate nell'art. 131, richiede (salva la deroga temporalmente limitata dell'XI disp. trans) l'approvazione della «maggioranza» delle popolazioni interessate. Quindi, nel referendum dell'art. 43 pare necessario che partecipi al voto almeno la maggioranza degli aventi diritto, che i voti favorevoli siano più numerosi dei contrari e, in ogni caso, che il numero dei voti attribuiti alla risposta affermativa sul quesito sottoposto a referendum coincida con la maggioranza degli elettori iscritti nelle liste elettorali dei comuni interessati.

La l.r. n. 20 del 1957, all'art. 1, comma 1, lett. c), modificato dall'art. 3, l. r. n. 48/1986, ha disciplinato il referendum popolare per «modificare le circoscrizioni e le funzioni provinciali, ai sensi dell'art. 43 dello Statuto speciale». La sua disciplina è contenuta nel Titolo II. Dall'art. 20 si evince che è un referendum legislativo obbligatorio. Dall'art. 22, si ricava che il referendum si espleta su un «progetto di legge» e che il risultato referendario è vincolante.

contiene indicazioni sulla fase in cui essa debba avvenire. In base alla libera scelta del legislatore regionale, pertanto, il referendum consultivo può essere parte del procedimento legislativo che alla variazione conduce, oppure restarne fase esterna e antecedente». Ma, affinché la legge possa davvero dirsi 'conforme' alla volontà delle popolazioni interessate, quelle popolazioni debbono essere interrogate su un testo, su un documento, che acquisirà il 'valore' di legge

Dall'art. 20, comma 3, che prevede che «qualora al referendum non partecipi almeno un terzo degli elettori, la proposta sottoposta a referendum si intende respinta», si trae che, a differenza degli altri referendum approvativi, è previsto un *quorum* strutturale di partecipazione: il problema, per quanto appena detto, è se si tratti di un *quorum* sufficiente a manifestare la volontà delle popolazioni interessate.

In ogni caso, il legislatore regionale può adottare una differente legge procedurale che disciplini il procedimento, inclusa la fase referendaria, sul modello della l.r. n. 4 del 1997, ma deve rispettare le regole dell'art. 43, comma 2, St.

Infine, deve considerarsi se il caso del mutamento delle province storiche, quale è l'istituzione di nuove province e città metropolitane con territori e funzioni diverse dalle tre province, nell'ambito di un 'riordino' complessivo dell'ordinamento degli enti locali, di una 'riforma' della geografia istituzionale della Regione, muti i termini della questione. Si potrebbe sostenere che le forme dell'art. 43, comma 2, inerente la volontà delle popolazioni di «*ciascuna* delle province interessate», valgono per le modifiche territoriali circoscritte, singole e non, per l'appunto, per riforme complessive del territorio. A sostegno si può ricorrere, *mutatis mutandis,* agli argomenti enucleati dalla Corte costituzionale a proposito dell'art. 133 della Costituzione. Il presupposto è l'assimilabilità dell'istituto dell'iniziativa comunale parcellizzata previsto dall'art. 133 Cost. al referendum dell'art. 43. La Corte ha considerato che «una significativa riforma di sistema della geografia istituzionale della Repubblica […] giustifica la mancata applicazione delle regole procedurali contenute nell'art. 133 Cost., che risultano riferibili solo ad interventi singolari, una volta rispettato il principio, espresso da quelle regole, del necessario coinvolgimento delle popolazioni locali interessate, anche se con forme diverse e successive, al fine di consentire il predetto avvio in condizioni di omogeneità sull'intero territorio nazionale»[12]. E' una tesi sbagliata e comunque non esportabile. Primo, in linea teorica, non si vede perché la quantità, il numero delle modifiche, dovrebbe condizionare la regola procedurale prevista per ogni modifica e a tutela di ciascuna provincia e/o ente, con conseguente irrilevanza di quante siano le modifiche apportate e le province variate. Secondo, si tratta di un precedente poco solido, considerato che nella sentenza n. 220 del 2013 sono reperibili argomenti che, al contrario, spingono a ritenere che l'art. 133, Cost. e, a maggior ragione, l'art. 43, St. regolerebbero non solo le modifiche puntuali, singolari, ma anche le riforme organiche degli enti locali. In quella pronuncia si discorre di «indefettibilità» della procedura di cui all'art. 133 Cost., in quanto «sin dal dibattito in Assemblea costituente [era] emersa l'esigenza che l'iniziativa di modificare

[12] Corte cost., sent. n. 50 del 2015, punto 3.4.2 del *Considerato in diritto*.

le circoscrizioni provinciali – con introduzione di nuovi enti, soppressione di quelli esistenti o semplice ridefinizione dei confini dei rispettivi territori – fosse il frutto di iniziative nascenti dalle popolazioni interessate, tramite i loro più immediati enti esponenziali, i Comuni, non il portato di decisioni politiche imposte dall'alto». Terzo, l'art. 43 prescrive la «conformità» della legge regionale alla volontà e non il generico coinvolgimento delle popolazioni interessate e, soprattutto, prescrive il rispetto della volontà delle popolazioni «di *ciascuna* delle province interessate». La lettera della disposizione statutaria non esclude l'ammissibilità di una riforma generale, ma impone un referendum per ciascuna provincia e, quindi, esclude un quesito generale.

3. Il diritto legislativo esistente

Misuriamo su questi parametri di validità costituzionale il diritto legislativo esistente, la l.r. n. 7 del 2021, che dispone una «riforma dell'assetto territoriale complessivo»[13], distinguendo ciò che è invalido per violazione dello Statuto e ciò che è, invece, statutariamente (e costituzionalmente) indifferente. Nel secondo caso, verifichiamo le disposizioni 'originali' della legge regionale speciale e quelle, invece, in cui è prevalsa l'omologazione al diritto legislativo comune.

Le disposizioni che eliminano «l'attuale struttura» e/o che modificano la circoscrizione e/o le funzioni proprie delle tre province 'storiche' sono: *i*) l'art. 2, comma 1, che, *sub* a), istituisce la Città metropolitana di Sassari, con la circoscrizione territoriale delineata all'art. 3, *sub* c) istituisce le Province del Nord-Est Sardegna, dell'Ogliastra, del Sulcis Iglesiente e del Medio Campidano e *sub* d) modifica quella di Nuoro, secondo la geografia istituzionale disegnata dall'art. 5[14]; *ii*) l'art. 2, comma 2, che sopprime la Provincia di Sassari[15]; *iii*) l'art. 3, comma 2, che attribuisce alla Città metropolitana di Sassari, oltre alle funzioni fondamentali ad essa proprie, le funzioni in capo alla soppressa Provincia di Sassari e le funzioni provinciali attribuite alle unioni di comuni[16].

[13] Cfr. art. 2, l.r. n. 7. del 2021.

[14] Modifica, invece, solo indirettamente la provincia storica di Cagliari la modifica, di cui all'art. 2, lett. *b*), della circoscrizione territoriale della città metropolitana di Cagliari, ampliata, secondo la geografia delineata dall'art. 4, comma 1, rispetto ai confini di cui all'art. 17, comma 2, l.r. n. 2 del 2016, perché è appunto alla l.r. n. 2 cit. che si deve la soppressione della circoscrizione della provincia di Cagliari con la sua sostituzione con la città metropolitana di Cagliari e con la provincia del Sud Sardegna, istituita con gli artt. 24-5, l.r. n. 2 del 2016.

[15] Non modifica, invece, la struttura delle province storiche la soppressione della provincia del Sud Sardegna, la cui istituzione, piuttosto, ha modificato la circoscrizione della provincia di Cagliari.

[16] Non modifica, invece, direttamente le funzioni della provincia storica di Cagliari l'art. 4, comma 2, nella parte in cui attribuisce alla città metropolitana di Cagliari le funzioni in capo alla soppressa provincia del Sud Sardegna e le funzioni provinciali attribuite alle unioni di comuni, perché quella modifica è derivata appunto dall'istituzione della provincia del Sud Sardegna.

Ora, potrebbe argomentarsi che è radicalmente invalida la soppressione della provincia di Sassari (e prima di quella di Cagliari disposta con la l.r. n. 2 del 2016) per violazione dell'art. 43, che prescrive la conservazione della sua «attuale struttura» di ente territoriale e consente, al più, la modifica della relativa circoscrizione con legge rinforzata.

In ogni caso, sono invalide le disposizioni che modificano le circoscrizioni e le funzioni delle tre province pre-repubblicane perché la legge regionale che ne ha disposto la modifica non è in conformità alla volontà delle popolazioni di ciascuna delle province interessate espressa con referendum.

Più precisamente, sono invalide le disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 4, 5 e 6, l. r. n. 7/2021, che recano l'istituzione delle nuove province e delle città metropolitane, con la conseguente soppressione della provincia di Sassari e la modifica di quella di Nuoro, perché violano la regola procedurale dell'art. 43, comma 2, St. Può discutersi se la volontà debba esprimersi mediante referendum sull'iniziativa legislativa, su una proposta o un progetto di legge oppure sulla deliberazione consiliare di approvazione, ma è indubbio che la legge può essere 'conforme' a quella volontà solo se il referendum è interno al procedimento legislativo o, in ogni caso, se precede la 'forma' di legge. La legge regionale, invece, è stata approvata, promulgata e pubblicata ed è entrata in vigore, ai sensi dell'art. 28, il giorno successivo alla sua pubblicazione, con conseguente efficacia delle modifiche territoriali disposte prima della celebrazione del referendum istituito e regolato dal suo art. 6, inserito nel corpo della medesima legge che doveva essere approvata in conformità. Ne deriva che, invalidamente, la legge regionale prevede un referendum necessariamente successivo alla produzione di effetti della stessa legge regionale che modifica, con efficacia costitutiva, circoscrizioni e funzioni delle province statutarie[17]. In più, l'art. 6, in violazione dell'art. 43, comma 2, prevede un referendum qualificato «consultivo»: *a)* eventuale, perché la sua indizione con decreto regionale dipende o dalla circostanza del mancato raggiungimento dell'unanimità nella delibera dei consigli comunali che hanno esercitato l'iniziativa per il distacco o dall'iniziativa di 1/3 degli elettori iscritti nelle liste elettorali del comune; *b)* non legislativo, perché non ha ad oggetto la legge regionale ma lo schema di riassetto di competenza della giunta, quindi un atto amministrativo, anche ove ritenuto meramente ricognitivo della legge; *c)* non vincolante, perché non vincola la legge e, comunque, la modifica dello schema di assetto rimesso alla

[17] Né pare possibile considerare la legge solo il momento di avvio del procedimento di variazione territoriale sulla base della lettera dell'art. 6, comma 5, ove qualifica lo schema territoriale approvato dalla Giunta come «definitivo» solo all'esito dell'eventuale iniziativa dei comuni o del procedimento referendario: sul punto valga G. ARCONZO, *La sentenza n. 68 del 2022 della Corte costituzionale: una pronuncia di inammissibilità da cui traspare l'incostituzionalità del nuovo assetto territoriale della Regione Sardegna?*, in *Federalismi*, 2022, n. 13, 4.

giunta; *d)* con un contenuto oppositivo/abrogativo (inerendo l'iniziativa per il distacco del comune dalla città metropolitana o provincia in cui la legge regionale lo ha incluso) rispetto a quello della legge regionale già entrata in vigore e non approvativo della deliberazione consiliare: con la conseguenza che la legge non si 'forma con' (o non si 'conforma' a) la volontà delle popolazioni interessate, che al più sono chiamate a manifestare la propria volontà sull'iniziativa 'contraria' del distacco. Per quanto riguarda, invece, il *quorum*, l'art. 6, comma 4, prevede un *quroum* più elevato di quello dell'art. 22, l.r. n. 20 del 1957 perché dispone che «la proposta sottoposta a referendum è approvata se partecipa al voto la metà più uno degli aventi diritto e se ottiene la risposta affermativa della maggioranza dei voti validi». Non è, comunque, detto che sia la volontà (della maggioranza) delle popolazioni interessate.

Per argomentare l'invalidità statutaria (e costituzionale) almeno degli artt. 2,3, 4, 5 e 6 della legge regionale n. 7 del 2021 non era, quindi, necessario – come si legge nel ricorso con cui lo Stato ha impugnato (solo) l'art. 6 - né opporre la democrazia diretta a quella rappresentativa, ascrivendo il referendum alla prima, né sostenere che «*cio' e' incostituzionale perche' il referendum, quale istituto principe della democrazia diretta, e' una forma di concorso diretto del corpo elettorale all'attivita' legislativa, per cui non puo' essere deviato verso un oggetto di rango non legislativo, cosi' trasformandosi da strumento di democrazia diretta in strumento di democrazia indiretta*». Di per sé, in linea teorica e finanche dogmatica, nulla toglie a che il referendum abbia ad oggetto atti amministrativi. Anzi, dal punto di vista interno alla (dubbia) ascrizione del referendum alla democrazia diretta, rafforzerebbe la democrazia nell'amministrazione. Il punto è diverso: qui il referendum deve approvare un progetto di legge, quindi deve essere legislativo, benché in astratto il referendum possa avere ad oggetto atti amministrativi. Era, però, di certo necessario estendere l'impugnazione alle singole disposizioni della legge regionale che hanno disposto le singole variazioni territoriali, senza rispettare le forme dell'art. 43, comma 2, e non già limitarne l'oggetto all'art. 6[18].

[18] Da qui la pronuncia di rito di cui alla sentenza n. 68 del 2022 che ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale promosse solo avverso l'art. 6. E ciò, da un lato, per l'inidoneità dell'intervento invocato «a garantire la realizzazione del risultato avuto di mira» dal ricorrente e la conseguente carenza di interesse per l'inutilità della declaratoria di illegittimità costituzionale richiesta: «anche nell'ipotesi di accoglimento delle ragioni del ricorrente, la sola caducazione dell'intero art. 6 impugnato, o di parti di esso – i cui contenuti normativi, peraltro, non hanno valenza generale, ma sono strettamente legati alla specifica variazione territoriale introdotta dalla legge reg. Sardegna n. 7 del 2021 – non potrebbe di certo restaurare il principio affermato nell'atto di impugnazione, cioè la partecipazione necessaria delle popolazioni interessate, attraverso il referendum, al procedimento di formazione della legge regionale». Dall'altro, per la paradossalità del risultato cui condurrebbe l'accoglimento del ricorso: la legge regionale resterebbe complessivamente in vigore, immune da ogni censura, con le sue variazioni territoriali ormai produttive di effetti giuridici ma con «l'espunzione totale o parziale, dalla legge regionale stessa, delle procedure dirette ad assicurare, comunque sia, la

Se non fosse che la legge regionale è stata deliberata invalidamente, in violazione della regola sulla sua produzione giuridica e si potesse passare al deliberato, al contenuto della deliberazione, rientrerebbe, invece, nella legittima decisione di politica regionale la scelta, originale, di prevedere città metropolitane con confini differenti da quelle delle province. Già l'art. 17, l.r. n. 2 del 2016 aveva istituito la città metropolitana *ristretta* (rispetto alla provincia) di Cagliari. La l.r. n. 7 del 2021 ha ampliato la città metropolitana di Cagliari, ma – avendo istituito altre province in luogo della soppressa provincia del Sud Sardegna – non ne ha disposto la coincidenza con i confini storici della provincia di Cagliari. Ha, altresì, istituito la città metropolitana di Sassari, ma sempre con confini ristretti rispetto alla provincia di Sassari.

Qui non si offrono argomenti in ordine alla sua desiderabilità politica, alla sua fattibilità geografica, economica o storica o alla sua funzionalità e utilità, ma si prova solo a verificarne la compatibilità con il diritto costituzionale vigente e, finanche, la sua preferibilità in forza del principio di differenziazione tra gli enti territoriali necessariamente costitutivi della Repubblica.

L'istituzione di una città metropolitana *ristretta*, rispetto al modello statale della coincidenza tra confini provinciali e metropolitani[19], non viola i limiti statutari alla competenza legislativa regionale dell'art. 3, comma 1, lett. b), St.

Non vi sono regole costituzionali sulla costituzione delle Città metropolitane e sulla relativa circoscrizione e consistenza territoriale.

Né la coincidenza tra territorio metropolitano e provinciale pare qualificabile principio dell'ordinamento giuridico, secondo l'interpretazione invalsa

possibilità di un accertamento della volontà delle popolazioni interessate dalle variazioni in discussione» (punto 3 del *Considerato in diritto*). Potrebbe però mettersi in questione l'inapplicabilità della declaratoria di illegittimità conseguenziale, che la Corte ha argomentato qualificando come «accessoria» la norma impugnata che disciplina le modalità di svolgimento del referendum rispetto alle scelte fondamentali circa le variazioni territoriali, che sarebbero «presupposto» della disposizione impugnata. Invero, le norme che dispongono le modifiche territoriali sono sì il presupposto sostanziale che impone, a pena di invalidità, l'applicazione del procedimento legislativo rinforzato, ma la loro eventuale invalidità dipende dalla forma della deliberazione della legge. Di talchè solo se la norma di cui all'art. 6 che disciplina il referendum – o perché è contenuta nella medesima legge che produce immediatamente quelle modifiche o perché disegna un referendum diverso da quello prescritto dalla norma statutaria specie – non rispetta l'art. 43, comma 2, può derivarne l'invalidità a cascata delle disposizioni che hanno modificato gli enti territoriali. Non pare cioè prospettabile una invalidità che da queste si trasmetta a quella, ma solo l'inverso.

[19] Cfr. art. 1, comma 6, l. n. 56 del 2014, che dispone che «Il territorio della citta' metropolitana coincide con quello della provincia omonima, ferma restando l'iniziativa dei comuni, ivi compresi i comuni capoluogo delle province limitrofe, ai sensi dell'articolo 133, primo comma, della Costituzione, per la modifica delle circoscrizioni provinciali limitrofe e per l'adesione alla citta' metropolitana». L'art. 1, comma 23, dispone il subentro *ope legis* delle città metropolitane alla «province omonime». Già l'art. 23, comma 6, d.lgs. n. 267 del 2000 delineava la città metropolitana come ente sostitutivo della provincia.

nella giurisprudenza costituzionale[20]. Anzi, seguendo la logica interna alla l. n. 56 del 2014, non ne pare elemento qualificante, considerato che la perimetrazione provinciale è distonica rispetto al concetto di funzioni di area vasta, che evoca una scala spaziale cui rapportare l'esercizio della funzione pubblica e non un esatto limite istituzionale presidiato da uno specifico livello di governo.

Né pare che tale coincidenza sia di per sé qualificabile come norma fondamentale di riforma economico-sociale. L'art. 1, comma 5, l. n. 54 del 2016 dispone che «i principi della presente legge valgono come principi di grande riforma economica e sociale per la disciplina di citta' e aree metropolitane da adottare dalla regione Sardegna, dalla regione siciliana e dalla regione Friuli-Venezia Giulia, in conformita' ai rispettivi statuti»[21]. Ma ciò non significa che la coincidenza tra i due territori sia qualificabile come «principio» della legge e, quindi, «principio di grande riforma economico sociale». Se poi anche fosse, l'auto-qualificazione potrebbe essere a sua volta illegittima o, comunque, non 'costituire' una disposizione in principio e/o in norma fondamentale di riforma economico sociale[22]. In ogni caso, almeno sino ad ora, la Corte costituzionale non lo ha qualificato espressamente «aspetto essenziale» dell'ente territoriale, che richiede «una disciplina uniforme». Con la sentenza n. 168 del 2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge regionale siciliana perché prevedeva l'elezione di primo grado degli organi di governo degli enti di area vasta, senza sindacare la legittimità della scelta regionale di istituire città metropolitane ristrette. Con la sen. 240 del 2021, ha ritenuto che l'art. 114 Cost. renderebbe addirittura «necessario» che le circoscrizioni territoriali delle città

[20] Se già nella sentenza n. 6 del 1956 il Giudice costituzionale aveva dedotto i «principi generali dell'ordinamento della repubblica» «dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare […] il tessuto dell'ordinamento vigente», nella sent. n. 415 del 1994 la Corte, con specifico riferimento al limite statutario sardo, ha escluso l'identificazione tra il principio fondamentale della legge statale, che «è sempre un principio affermato o estratto da una legge o da un complesso di leggi dello Stato in materie determinate» e il principio dell'ordinamento giuridico dello Stato «ricavabile da questo ordinamento, considerato come espressione complessiva del sistema normativo e non di singole leggi». Il secondo attinge a un «livello» più alto. Nella sentenza n. 48 del 2003 ha Corte ha considerato principio generale la predeterminazione legislativa delle ipotesi eccezionali di abbreviazione del mandato elettivo («le ipotesi eccezionali di abbreviazione del mandato elettivo debbono essere preventivamente stabilite in via generale dal legislatore»). Più precisamente, il principio generale è che deve essere la legge a stabilire con una regola generale, astratta e ragionevole i casi della cessazione anticipata del mandato elettorale, ovvero la previa norma (generale, astratta) ragionevole per derogare al principio rappresentativo. Ha aggiunto poi che «in ogni caso, non può essere una legge provvedimento, disancorata da presupposti prestabiliti in via legislativa, a disporre della durata degli organi eletti».

[21] Di conseguenza, l'art. 1, comma 145, l. n. 56 del 2014 ha disposto che «entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni a statuto speciale Friuli-Venezia Giulia e Sardegna e la regione siciliana adeguano i propri ordinamenti interni ai *princìpi* della medesima legge» (l'enfasi è nostra).

[22] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 219 del 1984; 1033 del 1988; 85 del 1990; 349 del 1991; 355 del 1993.

metropolitane fossero ridisegnate in modo tale da evitare la coincidenza con il territorio delle vecchie province, differenziando così «le comunità di riferimento secondo opportuni criteri di efficienza e funzionalità (...), ciò che invece sarebbe necessario, ai sensi dell'art. 114 Cost., per far sì che le Città metropolitane e le Province siano in grado di curare al meglio gli interessi emergenti dai loro territori».

La conclusione cui si è pervenuti vale a maggior ragione per la decisione di istituire città metropolitane *allargate* rispetto al modello statale, considerato che già l'art. 1, comma 6, l. n. 56 del 2014 fa salva «l'iniziativa dei comuni, ivi compresi i comuni capoluogo delle province limitrofe, ai sensi dell'articolo 133, primo comma, della Costituzione, per la modifica delle circoscrizioni provinciali limitrofe e per l'adesione alla citta' metropolitana».

Così come paiono validamente riconducibili alla potestà legislativa regionale primaria (o residuale) le forme associative non costituzionalmente necessarie, quali quelle istituite già dalla l.r. n. 2 del 2016 e conservate dalla l.r. n. 7 del 2021, con la sola eccezione dell'abrogazione della rete metropolitana. Restano: 1) la *città media*, esentata dall'obbligo di consorziarsi con altri comuni; 2) la *rete urbana,* ovvero la città di Olbia e i comuni limitrofi, ossia una *unione di comuni* che dovrebbe beneficiare di finanziamenti regionali *ad hoc* e con la previsione che il sindaco del comune della città media con il maggior numero di abitanti è il presidente della rete urbana. Si tratta di verificarne la relazione con le nuove province e con la città metropolitana di Sassari istituite con la l.r. n. 7 del 2021.

E', invece, prevalsa l'omologazione al diritto comune nella disciplina delle funzioni e della forma di governo degli enti di area vasta.

Le finalità e le funzioni fondamentali sono le medesime della legge statale. Il modello della città metropolitana sarda è l'«ente territoriale di area vasta» di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 56 del 2014. E ciò considerato che: a) l'art. 2, comma 1, l.r. n. 7 cit. dispone che la città metropolitana di Sassari è istituita con le finalità generali previste dall'art. 1, comma 2, l. n. 56 cit.; b) l'art. 3, comma 2, prevede che «alla Città metropolitana di Sassari sono attribuite, oltre alle funzioni fondamentali ad essa proprie, le funzioni in capo alla soppressa Provincia di Sassari e le funzioni provinciali attribuite alle unioni di comuni fino alla data di entrata in vigore della presente legge»; c) l'art. 22, comma 1, l.r. n. 2 del 2016, dispone esplicitamente che «la Città metropolitana [di Cagliari] svolge le finalità istituzionali e le funzioni fondamentali attribuite dalla legge statale, oltre a quanto stabilito dall'articolo 17, comma 4» che – con disposizione poi sostituita dall'art. 4, comma 2, l.r. n. 7 del 2021 – prevede che «alla città metropolitana sono attribuite, oltre alle funzioni fondamentali ad essa proprie, le funzioni della Provincia di Cagliari per il proprio territorio, stabilite dalla presente legge o da altre leggi regionali, quelle attribuite alle

unioni di comuni e quelle eventualmente attribuitele dai comuni che ne fanno parte».

A loro volta, le categorie di funzioni sono riconducibili alle omologhe della l. n. 56 del 2014, ovvero alle: a) funzioni fondamentali, proprie, della città metropolitana[23]; b) funzioni fondamentali ereditate dalla provincia[24]; c) funzioni non fondamentali della provincia da redistribuire con la legge competente per materia, in attuazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza[25]. Similmente, l'art. 29, l.r. n. 2 del 2016, al primo comma, dispone che «le province, in via transitoria esercitano le funzioni fondamentali elencate all'articolo 1, comma 85, della legge n. 56 del 2014» e al secondo che «per quanto non previsto dalla presente legge, le province e la città metropolitana di Cagliari, nel proprio territorio, continuano a esercitare le funzioni a esse attribuite dalle leggi regionali vigenti secondo modalità dalle stesse previste». L'art. 72, l.r. n. 2 del 2016 conferma l'omologazione, ove dispone che «per quanto non previsto dalla presente legge e in quanto compatibili, si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 267 del 2000 e della legge n. 56 del 2014».

La forma di governo e il sistema elettorale degli enti di area vasta è analogo a quello delineato dal legislatore statale, ivi inclusa la scelta per l'elezione indiretta (o di secondo grado) del consiglio e del presidente della provincia e per la coincidenza *ope legis* tra sindaco metropolitano e sindaco (eletto) della città capoluogo.

4. Il diritto possibile

Guardiamo ora non a ciò che è stato, ma a quello che avrebbe potuto (o potrà) essere, alla possibilità di un diritto *differente*.

La prima possibilità di praticare l'autonomia legislativa speciale riguarda la disciplina delle funzioni degli enti territoriali. Qui l'autonomia speciale nella articolazione delle funzioni degli enti intermedi deriva dal grado di ampiezza del limite delle norme fondamentali di riforma economico-sociale[26] e dal grado di estensione alla regione speciale del principio pluralista e di sussidiarietà, che induce a prediligere l'attribuzione di funzioni di amministrazione attiva a province e città metropolitane, in luogo della regione, ove il livello comunale sia inadeguato. In linea con gli argomenti spesi nella decisione costituzionale n. 240 del 2021, dovrebbe escludersi che le funzioni di amministrazione attiva possano essere allocate saltando l'ente di area vasta e che agli enti di area vasta

[23] Cfr. art. 1, comma 44, l. n. 56 cit.
[24] Cfr. art. 1, comma 85, l. n. 56 cit.
[25] Cfr. art. 1, comma 46, l. n. 56 cit.
[26] Il limite non opera per le funzioni non fondamentali, ascrivibili alla competenza legislativa regionale residuale.

debbano essere attribuiti solo compiti di mero coordinamento, agevolazione e razionalizzazione dell'azione amministrativa degli enti di primo livello. Al contrario, la sussidiarietà induce a disporre che, se per l'esercizio di una determinata funzione il livello comunale si riveli strutturalmente inadeguato, quella funzione – sovracomunale e non infra-comunale – debba essere attribuita alla provincia o alla Città metropolitana, senza alcuna possibilità di 'saltare' al livello regionale. Ancora, gli artt. 114 e 118 Cost. implicano una differenziazione tra funzioni di provincia e città metropolitana. Per la modifica delle funzioni delle tre province statutarie, vigenti al momento della loro 'incorporazione' nello Statuto, resta il limite della legge regionale rinforzata nel procedimento.

La seconda possibilità di autonomia speciale pertiene alla forma di governo degli enti territoriali di area vasta. Deve l'escludersi, in negativo, a diritto costituzionale vigente, l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che preveda l'elezione di primo grado per gli organi di direzione politica di quegli enti territoriali, laddove l'art. 1, rispettivamente, commi 19-21, 25 e 58, 67 e 69, della l. n. 56 del 2014, prevede la designazione del sindaco (eletto) della città capoluogo quale sindaco della città metropolitana e l'elezione di secondo grado del presidente di provincia. In pro-spettiva, si giunge, tutto all'opposto, alla regola dell'elezione diretta non già come possibilità ma come unica forma costituzionalmente legittima di scelta degli organi politici degli enti costitutivi della Repubblica secondo l'art. 114 Cost.

In via preliminare, la designazione e l'elezione di secondo grado di organi di direzione politica di enti territoriali non sono principi o regole costituzionalmente inderogabili e men che meno principi supremi, come tali idonei a limitare la potestà legislativa regionale primaria in materia di forma di governo locale. Può difendersene la non invalidità costituzionale, come ha fatto per qualche tempo il giudice costituzionale. La Corte ha considerato «che il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio non venga meno in caso di elezioni di secondo grado» e si è sostenuta richiamando la sentenza n. 96 del 1968 e, con essa, l'elezione del Presidente della Repubblica. Potrebbe rievocarsi l'obiezione che Elia, dalle pagine di Giurisprudenza costituzionale[27], muoveva all'uso in quella decisione del sintagma «elezione indiretta in senso ampio» del Presidente della Repubblica come argomento per legittimare l'elezione «di secondo grado». Discorrere di elezione popolare di secondo grado o indiretta piuttosto che, realisticamente, di elezione consiliare di unico grado può avere solo una ragione 'ideologica': fingere la legittimazione *democratica*, dal punto di vista del governo popolare, di questa rappresentanza, imputandone al popolo, corpo elettorale, l'elezione. In ogni caso, a tutto voler

[27] L. ELIA, *Una formula equivoca: l'elezione indiretta del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 1968, 1533.

concedere, può argomentarsi che «democraticità costituzionalmente garantita»[28] o «garanzia costituzionale» degli enti locali[29] nel testo costituzionale posto non significano necessariamente elezione diretta e che la logica economica, funzionalista, di «risparmio dei costi»[30], può giustificare forme di elezione indiretta. Ma al più si difende quella scelta come costituzionalmente lecita e non come costituzionalmente obbligata.

Per le medesime ragioni, non si rinviene nell'ordinamento giuridico un principio generale di elezione indiretta degli organi degli enti territoriali costitutivi. Se anche si traesse dall'ordinamento un principio generale di economicità della spesa pubblica, non se ne potrebbe ricavare deduttivamente l'elezione indiretta.

Per la regione speciale resta che la giurisprudenza costituzionale ha qualificato l'elezione di secondo grado come norma fondamentale di riforma economico-sociale. Con la sentenza n. 168 del 2018 ha ritenuto che «il "modello di governo di secondo grado", adottato dal legislatore statale […] rientra, tra gli «aspetti essenziali» del complesso disegno riformatore che si riflette nella legge [ndr 56 del 2014]» e, dunque, tra i «principi di grande riforma economica e sociale per la disciplina di città e aree metropolitane» di cui all'art. 1, comma 5, l. n. 56 del 2014[31]. L'ipotizzata legge regionale potrebbe essere censurata per violazione della norma interposta di principio della l. n. 56 del 2014 e, quindi, del limite statutario delle norme fondamentali di riforma economico-sociale di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), St.

Può, però, obiettarsi che qualificare «la previsione sull'istituzione degli enti di secondo grado, quale aspetto-cardine del nuovo sistema» o «aspetto essenziale» non ne implica affatto, di per sé, la natura di norma fondamentale di riforma economico-sociale. L'esigenza di «disciplina uniforme» di tali aspetti può fondare la potestà legislativa dello Stato *ex* art. 117, comma 2, lett. p) della Costituzione e imporsi alle regioni ordinarie. Ma per limitare la più favorevole potestà legislativa primaria speciale, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b), St., deve trattarsi di aspetti essenziali, fondamentali, di una riforma economico-sociale[32].

[28] Per ricorrere all'espressione adoperata per gli enti territoriali da L. ELIA, *op. e loc. cit.*

[29] Corte cost., sent. n. 220 del 2013, punto 12.1 del *Considerato in diritto*, da cui si desume implicitamente che la scelta del metodo di elezione degli organi di governo locale di per sé non incide sulla, appunto, «garanzia costituzionale» dell'ente, che sola abbisognerebbe della legge costituzionale, ma è rimessa alle scelte di «merito» riservate al legislatore statale compente in materia di ordinamento degli enti locali.

[30] Corte cost., sent. n. 168 del 2018, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

[31] *Ibidem*. A rigore la sentenza autorizza un discorso diverso per le province, considerato che l'argomentazione della Corte nella decisione n. 168 riguarda solo le città metropolitane, cui si riferisce l'auto-qualificazione dell'art. 1, comma 5, l. n. 56 del 2014.

[32] Corte cost., sent. n. 48 del 2003, punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

Né è decisiva l'auto-qualificazione dell'art. 1, comma 5, l. n. 56 del 2014 per molte ragioni. Innanzitutto, l'autoqualificazione del legislatore è irrilevante o potrebbe essere a sua volta illegittima. Non è detto poi che riguardi le disposizioni inerenti il metodo di scelta degli organi politici degli enti di area vasta. L'elezione di secondo grado è, infatti, prevista nella legge n. 56 come metodo elettivo non solo dei consigli delle città metropolitane ma anche del presidente e del consiglio provinciali, ma l'art. 1 estende alle regioni speciali i soli principi inerenti le città metropolitane. Il che, però, significa che non può logicamente trattarsi di un principio di grande riforma, perché se così fosse la qualifica di principio dovrebbe inerire anche l'elezione indiretta delle province.

In ogni caso, la scelta del sistema elettorale di un organo di governo appare intrinsecamente qualificabile come norma fondamentale di riforma economico-sociale o principio di grande riforma economico-sociale solo al prezzo di una dilatazione, di uno snaturamento, del limite statutario. Tali norme, pena il non senso della locuzione, devono pertenere alla «vita economica e sociale della comunità intera»[33]. Ora può anche convenirsi con la Corte che i «meccanismi di elezione indiretta […] sono funzionali al perseguito obiettivo di semplificazione dell'ordinamento degli enti territoriali […] e contestualmente rispondono ad un fisiologico fine di risparmio dei costi connessi all'elezione diretta»[34], che, pertanto, perseguano *anche* un fine economico e che tale fine non sia di per sé costituzionalmente illegittimo per violazione degli artt. 1 e 114 ella Costituzione. Ma non è seriamente revocabile in dubbio che il motivo, la 'causa', di ogni elezione politica, per quanto indiretta, sia la scelta dei governanti e, quindi, sia decisione attinente alla vita politica (e a quella economico-sociale solo nella misura in cui la prima condiziona la seconda e non viceversa) della comunità di riferimento.

Né pare ragionevole l'argomento della Corte secondo cui non rileverebbe il disposto dell'art. 1, comma 22, l. n. 56 del 2014, nella parte in cui dispone che «[l]o statuto della città metropolitana può prevedere l'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano con il sistema elettorale che sarà determinato con legge statale»[35]: non si tratterebbe di un «"modello alternativo"» di

[33] Corte cost., sent. n. 153 del 1995, punto 3.2 del *Considerato in diritto.*

[34] Corte cost., sent. n. 168 cit., punto 4.3 del *Considerato in diritto.* Si coglie, invece, un monito al legislatore ad evitare la prevalenza delle «ragioni economico-finanziarie su quelle ordinamentali» in Corte cost., sent. n. 33 del 2019.

[35] La disposizione della legge statale è sostanzialmente riprodotta all'art. 20, l.r. n. 2 del 2016, che non solo ripete che «Lo statuto della città metropolitana può prevedere l'elezione diretta del sindaco metropolitano e del consiglio metropolitano», ma aggiunge «in conformità e nel rispetto delle modalità di applicazione previste dalle norme di grande riforma economica e sociale contenute nella legislazione statale, con il sistema elettorale determinato con legge regionale». L'elezione diretta è quindi subordinata all'approvazione di una legge statale (ovvero regionale, ma sempre nel rispetto dalla norma statale di grande riforma economica e sociale) che disciplini il relativo sistema elettorale, che non è ancora intervenuta.

elezione diretta, ma di una mera «opzione», sottoposta «a numerose e gravose condizioni»[36]. Ma se fosse vera l'interpretazione del giudice costituzionale, la scelta del legislatore statale sarebbe irragionevole. Significherebbe non solo che un ente i cui organi, nella loro prima costituzione, non sono eletti direttamente può optare per l'elezione diretta, mentre non può farlo l'assemblea rappresentativa, eletta direttamente, della regione, ma anche, e soprattutto, che la distinzione sarebbe insensata rispetto alle finalità perseguite. Rimettere la possibilità dell'elezione diretta alla scelta di ciascuna città metropolitana frustra l'esigenza di una disciplina il più possibile uniforme e di semplificazione dell'ordinamento locale assai di più che rimettere la decisione al legislatore regionale speciale competente in materia di ordinamento locale. In ogni caso, la possibilità che il modello sia, da chicchessia, derogato e le esigenze unitarie frustrate significa che non si tratta di una norma *fondamentale,* ancor prima che di grande riforma economico-sociale. L'argomento è alla fine superato dal giudice costituzionale. Nella decisione n. 240 del 2021, deduce, pragmaticamente, dalla realistica constatazione della impraticabilità della scelta dell'elezione diretta con fonte statutaria locale – visti la mancata adozione della legge elettorale statale cui rinvia l'art. 1, comma 22, e il mancato verificarsi di tutte altre onerose condizioni cui è sottoposta quella possibilità – la sua inidoneità a superare l'invalidità costituzionale della regola della designazione del sindaco metropolitano. Ai nostri fini rileva che da quella norma si trae un argomento a favore e non contro l'elezione diretta.

Da qui l'abbrivio per giungere, per linee esterne alla giurisprudenza costituzionale, alla conclusione che l'elezione diretta (non importa qui se solo dell'assemblea o anche dell'organo monocratico) non è una possibilità, ma è l'unico metodo di scelta degli organi di governo degli enti territoriali di area vasta costituzionalmente valido.

La direzione politica degli enti che, secondo l'art. 114 della Costituzione, *costituiscono* la Repubblica dell'art. 1, comma 1, Cost. non può essere di materia, di qualità, differente negli enti *costitutivi* di quella Repubblica e, quindi, dall'ente *costituito*, pena la sua disintegrazione. Ciò che è costituito dipende, deriva, è ipotecato, da ciò che lo costituisce e il primo retroagisce sul secondo, secondo la logica *à rebours* del futuro anteriore. A voler ammettere che un popolo rappresentato – come è il popolo presupposto e posto dalla Costituzione vigente – possa davvero essere sovrano, se negli enti costitutivi della Repubblica il popolo non esercita le prerogative della sua sovranità, prima tra tutte l'elezione a suffragio universale e diretto dei rappresentanti, di certo la Repubblica da quegli enti costituita non è democratica, nel senso proprio della lettera dell'art. 1, comma 2, che attribuisce al popolo la titolarità e l'esercizio della

[36] Corte cost., sent. n. 168, cit.

sovranità. E «la lettera uccide chi la ignora»[37]. Né la politicità differente degli enti costitutivi può fondarsi sull'inciso che il popolo esercita la sovranità «nelle forme e nei limiti della Costituzione». La Costituzione conosce, sì, forme di rappresentanza al di fuori dell'elezione del popolo, come nel caso delle confessioni religiose e del Presidente della Repubblica, vale a dire per forme di rappresentanza di apparati, di istituzioni o organizzazioni già costituite. Ma conosce solo l'elezione popolare per i rappresentanti 'pubblici', vale a dire per i rappresentanti la cui volontà rappresenta quella di comunità formate da una moltitudine di uomini, 'vale' insomma come volontà del popolo. E, così fondata, quella qualità costitutiva, 'suprema', della Repubblica, si impone alle regioni speciali che partecipano del medesimo ordine costituzionale, della stessa 'forma' politica.

Se, poi, si vuole ragionare per linee interne alla giurisprudenza costituzionale, contro non valgono gli argomenti elaborati nella decisione della Corte n. 168 del 2018 a favore della designazione per le città metropolitane e dell'elezione indiretta per le province. Innanzitutto, a proposito della designazione delle città metropolitane la Corte ha cambiato idea[38]. In ogni caso, in linea teorica, della designazione di un organo di indirizzo politico di un ente costitutivo della Repubblica è insostenibile la conformità a Costituzione. Può anche dirsi che la designazione a sindaco metropolitano del sindaco eletto del comune capoluogo sia in qualche modo una elezione indiretta, perché si sceglie un eletto e non una non elezione, una forma di rappresentanza radicalmente aristocratica. Resta che quella designazione scioglie il nesso tra rappresentatività dell'ente della comunità territoriale ed elettività, che riguarda solo una parte della comunità rappresentata. A proposito delle province, la decisione non dice nulla sull'elezione diretta come regola costituzionalmente imposta per gli enti territoriali necessari della Repubblica. La norma legislativa regionale siciliana sindacata ineriva, infatti, l'elezione diretta non di enti costitutivi della Repubblica secondo l'art. 114, ma di enti di secondo grado, quali sono i liberi consorzi comunali previsti solo dall'art. 15, comma 2, dello statuto siciliano. Quei consorzi rappresentano non comunità, ma istituzioni e per essi non possono valere le ragioni che impongono l'elezione diretta per gli enti del primo tipo. Ciò non toglie che la si possa prevedere anche per enti di secondo livello.

A favore depone ciò che può trarsi dalla decisione n. 240 del 2021. E' vero che la Corte qui motiva solo l'invalidità costituzionale della coincidenza *ope legis* e dell'immedesimazione *ratione officii* tra sindaco metropolitano e sindaco della città capoluogo e non dell'elezione indiretta, ma gli argomenti che

[37] Contro la svalutazione della lettera, nella lettura dei testi, di tutti i testi scritti, C. GINZBURG, *La lettera uccide*, Adelphi, Milano, 2021, IX.

[38] Cfr. Corte cost., sent. n. 240 del 2021

adopera sono conseguenti solo se si estende l'obiettivo polemico alla seconda. La Corte ritiene che la designazione del sindaco metropolitano non è «in sintonia con le coordinate ricavabili dal testo costituzionale, con riguardo tanto 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» (sentenza n. 429 del 1995), quanto all'assenza di strumenti idonei a garantire «meccanismi di responsabilità politica e [i]l relativo potere di controllo degli elettori locali» (sentenza n. 168 del 2021)». Aggiunge che la mancata rappresentatività (adoperata qui impropriamente come sinonimo di elettività) dell'organo di vertice della Città metropolitana viola «tanto l'uguale godimento del diritto di voto dei cittadini destinatari dell'esercizio del potere di indirizzo politico-amministrativo dell'ente, quanto la necessaria responsabilità politica dei suoi organi». Ora l'argomento denota una incoerenza interna della decisione che poco prima, in punto di inammissibilità, aveva concluso che la designazione *ope legis* del sindaco metropolitano costituisce «un diverso modello di governo del territorio in assenza di elezione»[39]: se davvero la designazione del sindaco metropolitano non fosse una elezione o non avesse in qualche modo a che vedere con una elezione (quella del sindaco del capoluogo), non avrebbe senso evocare l'eguaglianza del voto, che entra in gioco nel momento del voto, nell'elezione appunto, quale atto di esercizio della sovranità popolare. In ogni caso, se ne trae che la responsabilità politica può anche essere mediata, indiretta, ma, se il parametro violato è (oltre all'art. 1 e all'art. 114) l'art. 48, l'unica soluzione normativa che può rimediare a quella violazione è l'elezione diretta (almeno del consiglio metropolitano e provinciale), che è la sola imputabile a «tutti i cittadini». Così resta solo l'elezione diretta.

Né sembra risolvere validamente la questione la 'terza via': si è distinto tra città metropolitane e province e – esclusa la designazione – si è ritenuta necessaria l'elezione diretta o sufficiente quella indiretta a seconda della politicità o impoliticità delle funzioni attribuite[40]. Così la politicità delle funzioni delle città metropolitane imporrerebbe il primo meccanismo, la natura amministrativa delle funzioni delle province tollererebbe l'elezione di secondo grado. Ma, se la ragione della natura elettiva (quindi necessariamente diretta) degli organi di direzione politica degli enti territoriali di area vasta, è la loro natura costitutiva della Repubblica secondo la Costituzione, non ha senso distinguere in base al tipo di funzioni che sono loro attribuite con legge ordinaria. Anzi, la

[39] Punto 7.1 del *Considerato in diritto*.

[40] Così la pone G.L. CONTI, *Per una significativa riforma di sistema della geografia istituzionale della Repubblica (Commento a Corte cost. 129/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali.*

distinzione tra qualità politica o amministrativa di una funzione di un ente territoriale non è qualità naturale, ma a sua volta costituita dal diritto (per di più legislativo). Comunque sia, nella regione speciale, questa decisione dipenderebbe, a sua volta, dal grado di autonomia della decisione regionale in ordine all'articolazione delle funzioni fondamentali e, quindi, sempre, dal grado di ampiezza del limite delle norme fondamentali di riforma economico-sociale.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2022

IL CONTINUO RINVIO DELLE ELEZIONI PROVINCIALI IN SARDEGNA E LA LEGGE REGIONALE N. 7 DEL 2021

MARCO CORRIAS *

Sommario

1. Premessa. – 2. I referendum del 2012 e l'interruzione degli organi elettivi provinciali. – 3. In attesa del definitivo "superamento delle Province": la Legge Delrio, la Legge "Erriu" e la nomina dei commissari straordinari. – 4. Il nuovo rinvio delle elezioni provinciali nella legge regionale n. 7 del 2021. – 5. Due possibili soluzioni.

Abstract

Starting from the reform of the local authorities of Sardinia, approved in 2021, the article talks about some aspects of dubious constitutionality that would affect the local government in Sardinia. In particular, the paper analyzes the system of the Sardinian provinces and focuses on their lack of popular legitimacy, trying to give two solutions to overcome the problems highlighted.

Suggerimento di citazione

M. CORRIAS, *Il continuo rinvio delle elezioni provinciali in Sardegna e la legge regionale n. 7 del 2021,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Dottorando di ricerca nell'Università degli Studi di Sassari.
Contatto: marcocorrias91@gmail.com

© 2007- 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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

"*Dobbiamo approvare […] una riforma che ripristini, quale ente intermedio tra Comuni e Regione, le sole Province con funzioni e risorse ben precisate e dotate di legittimazione popolare diretta*"[1]. A pronunciare queste parole è il Presidente della Regione Sardegna Christian Solinas nella dichiarazione del suo programma di governo davanti al Consiglio regionale della Sardegna l'8 maggio 2019 facendo subito capire che la riforma degli enti locali nell'isola sarebbe stata un caposaldo del programma politico della maggioranza appena insediatasi e che avrebbe segnato un definitivo taglio con il passato recente. L'importanza attribuita a questa riforma si evince anche dall'immediata calendarizzazione nei lavori nella I Commissione del Consiglio Regionale (Commissione Autonomia e Ordinamento regionale)[2] che però, complice l'emergenza sanitaria, licenzia il testo soltanto il 13 ottobre 2020. Quest'ultimo, unificato con il testo redatto dalla Giunta Regionale, viene poi presentato all'Aula il 3 febbraio 2021 che lo approva, non senza aspre discussioni, il 31 marzo successivo. Il testo definitivo, pubblicato nel Bollettino Ufficiale della Regione Sardegna (BURAS) diventa la Legge regionale 12 aprile 2021, n. 7 che, pur modificando la Legge regionale n. 2 del 2016 (legge di riferimento per gli Enti locali della Sardegna), sembrerebbe mancare di diversi punti problematici sollevati dal Presidente della Giunta nel discorso più sopra citato.

Tale riferimento concerne l'enunciato dell'art. 1 che, rubricato "*Finalità*", si limita a prevedere che la legge n. 7 del 2021 «*riforma la disciplina dell'assetto degli enti di area vasta della Sardegna in coerenza con le identità storico-culturali dei singoli territori, al fine di realizzare un equilibrio territoriale tra le diverse aree della Regione e di promuovere opportunità di sviluppo e di crescita uniformi e omogenee nell'Isola*». Da queste poche righe sembrerebbe che la riforma non risponda a due problematiche sollevate dal Presidente nel discorso *supra* tra le quali, ad esempio, rientrano soprattutto le modalità per tornare ad una legittimazione popolare diretta delle Province. È ovvio, però, che tale articolo sia solo l'*incipit* della legge ma da un'attenta lettura pare che la legge regionale n. 7 del 2021 sia più che altro incentrata ad una mera ridefinizione dei confini di area vasta. Difatti, se il problema di ridare vigore agli enti intermedi – anche a seguito della bocciatura della riforma costituzionale del 2016 – viene affrontato portando da quattro a sei le Province esistenti e istituendo/confermando due Città Metropolitane, la riforma non sembra occuparsi di un aspetto nevralgico riguardante la gestione di queste "nuove-vecchie" province: le elezioni del Presidente e del Consiglio provinciale. Tale legge, infatti, a parte la conferma dei

[1] Per leggere il discorso integrale del Presidente della Regione si veda il resoconto della seduta n. 5 della XVI legislatura nella quale è stato presentato il Programma di Governo: https://www.consregsardegna.it/resoconto/xvilegislatura-resoconto-seduta-5/.

[2] Avvenuta il 5 giugno 2019, poco meno di un mese dopo il discorso del Presidente della Regione.

commissari straordinari sino alle elezioni provinciali che, in ogni caso, si sarebbero dovute tenere entro e non oltre il «31 dicembre 2021», nulla prevede in merito rinviando alla legge regionale n. 2 del 2016 che, a sei anni di vigenza, non viene abrogata dalla legge n. 7 ma soltanto modificata e, tra l'altro, questo avviene solo marginalmente mancando, per certi aspetti, di quella visione "dal basso" che necessiterebbe una riforma che investe la vita di tutti gli Enti Locali sardi.

2. I referendum del 2012 e l'interruzione degli organi elettivi provinciali

C'è da chiedersi, però, come si è arrivati all'approvazione di questa legge considerando che la storia delle Province sarde è abbastanza travagliata fin dai suoi albori repubblicani. In questo senso, infatti, nel 1948 i Costituenti, accogliendo un emendamento presentato dall'On. Scelba, "fissano" in Statuto speciale le pre-esistenti Province di Cagliari, Nuoro e Sassari prevedendo un particolare procedimento per la modifica delle circoscrizioni provinciali confluito, poi, nell'art. 43 dello Statuto speciale per la Sardegna[3]. Nonostante questo, però, nel 1974, con un iter di istituzione tipico delle regioni ordinarie (quindi in deroga a quanto previsto dall'art. 43 Stat.) le tre province statutarie sono state affiancate dalla Provincia di Oristano[4], portando il numero delle circoscrizioni provinciali a quattro. Poco più di venticinque anni dopo l'approvazione della legge n. 306 del 1974 istitutiva della provincia oristanese, alle c.d. Province storiche sono state affiancate dal legislatore regionale altre quattro province (Carbonia-Iglesias, Medio Campidano, Ogliastra e Olbia-Tempio) le quali vengono istituite grazie all'approvazione della legge della Regione Sardegna 12 luglio 2001, n. 9 cominciando la loro attività istituzionale a seguito delle elezioni provinciali del 2005[5]. Tuttavia, come spesso accade nel nostro Paese, fin da subito questi nuovi enti sono stati investiti da una fortissima pressione in quanto ritenuti essere troppo dispendiosi e scarsamente utili in una condizione di grave crisi economica come quella del tempo in cui tutto avrebbe dovuto essere riaccentrato nelle mani dello Stato.

Nel primo decennio del secolo, quindi, le Province vengono investite da una feroce critica portata avanti sia dalla dottrina sia dalla politica che raggiunge il suo culmine quando il Governo Monti – appena insediatosi – approva il decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 con il quale ha previsto – tra le altre

[3] Per approfondire il tema si rimanda a: M. CECCHETTI, O. CHESSA, S. PAJNO, *Il riordino delle circoscrizioni provinciali nella regione Sardegna, tra criticità della situazione attuale e prospettive di riforma,* in *Amministrazione in cammino,* 2014, pp. 5 e 6.

[4] Sulle peculiarità dell'istituzione della Provincia di Oristano si veda: Ivi p. 8.

[5] Sull'istituzione delle nuove province sarde si veda: M. CECCHETTI, O. CHESSA, S. PAJNO, *Il riordino delle circoscrizioni provinciali nella regione Sardegna, tra criticità della situazione attuale e prospettive di riforma,* op. cit., pp. 15 e 16.

cose – uno forte ridimensionamento dell'Ente provinciale che, oltre a perdere notevoli risorse (era questo lo scopo dichiarato del decreto-legge), ha subito anche una riduzione numerica a livello nazionale. Tuttavia, a frenare almeno in parte questo fenomeno, ci ha pensato la Corte Costituzionale che, grazie al ricorso presentato da diverse Regioni (tra cui la Regione Sardegna) e deciso con la pronuncia n. 220 del 2013, ha dichiarato fondate alcune questioni sollevate dalle ricorrenti non già per mancanza di competenza dello Stato sulla materia di cui si tratta (art. 117, secondo comma, lett. p, Cost.), ma quanto perché una riforma così importante non avrebbe potuto essere adottata tramite decreto-legge[6]. Frenato così il primo impeto anti-provinciale, i legislatori successivi hanno cominciato a prendere in seria considerazione l'idea di riformare in maniera completa e generale l'istituto provinciale pensando anche alla totale soppressione delle stesse dal dettato costituzionale muovendo sempre dall'assunto che le Province fossero superate ed eccessivamente dispendiose.

Sullo spirare di questo "vento avverso" anche le Province sarde hanno subito feroci critiche più o meno parallelamente a quanto stava accadendo nel resto d'Italia; critiche che le hanno portate a capitolare in sede referendaria domenica 6 maggio 2012. Gli elettori sono stati chiamati a rispondere a dieci quesiti referendari – quattro dei quali abrogativi – legati alla sorte dell'ente Provincia e veniva chiesto loro se intendevano abrogare la legge n. 4 del 1997, la legge n. 10 del 2002, la deliberazione del Consiglio regionale sardo contenente la previsione delle nuove circoscrizioni provinciali della Sardegna del 1999 e la legge n. 9 del 2001 istitutiva delle nuove province. Successivamente alla richiesta referendaria, si è riunito – com'è ovvio – l'Ufficio Regionale del Referendum che, con deliberazione adottata in data 9 febbraio 2012, dichiarava i quesiti ammissibili limitandosi a "rilevare" che essi erano da ritenersi legittimi poiché erano formulati «*ai sensi dell'art. 1, lett. a) e lett. b), della legge regionale 17 maggio 1957, n. 20, essendo diretti a provocare una consultazione referendaria del popolo sardo in vista dell'abrogazione di leggi regionali nel loro complesso (nn. 1, 2 e 4)* […] *e di un atto amministrativo regionale (n. 3)*[7]», precisando ulteriormente che «*tutte le richieste di referendum abrogativo contengono la precisa indicazione delle leggi, degli articoli di legge e dei provvedimenti sottoposti alla consultazione democratica, consentendo così al corpo elettorale di*

[6] La Corte Costituzionale sancisce che: «*la trasformazione per decreto-legge dell'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale, previsto e garantito dalla Costituzione, è incompatibile, sul piano logico e giuridico, con il dettato costituzionale, trattandosi di una trasformazione radicale dell'intero sistema, su cui da tempo è aperto un ampio dibattito nelle sedi politiche e dottrinali, e che certo non nasce, nella sua interezza e complessità, da un «caso straordinario di necessità e d'urgenza*». Corte Costituzionale, sent. n. 220 del 2013, punto 12.1. del Considerato in diritto.

[7] Regione autonoma della Sardegna – Ufficio regionale del Referendum, *Deliberazione del 9 febbraio 2012*, in https://www.regione.sardegna.it/j/v/2644?s=1&v=9&c=390&c1=7640&id=29316, p. 3 della Delibera.

esprimere con chiarezza una volontà positiva o negativa di abrogazione»[8]. Su tali conclusioni, però, non mancano tratti nebulosi in quanto i quesiti riferibili alle Province[9] presentano profili di dubbia costituzionalità non di poco conto poiché essi si pongono palesemente in contrasto sia con il dettato statutario (il riferimento è all'art. 43, primo e secondo comma), sia con il dettato costituzionale (il riferimento è, in particolare, agli artt. 1, 48 e 51), sia con l'art. 3, comma 3, della Legge Cost. n. 2 del 2001[10]. Con riferimento al dettato statutario è chiaro che l'abrogazione delle Province in sede referendaria va a contrastare non soltanto con il c.d. procedimento a doppia chiave di cui all'art. 43, secondo comma, dello Statuto ma anche con il primo comma del medesimo articolo in quanto l'abrogazione dello schema di riordino porta alla totale assenza di confini provinciali all'interno dell'isola non potendosi ritenere – come sostenuto anche dai proponenti il referendum – il ripristino dei confini precedenti al 1997 (quelli cioè delle Province storiche)[11]. Come se ciò non bastasse, profili nebulosi a livello costituzionale sono rinvenibili anche con il raffronto con la Costituzionale e, in particolare, con il principio democratico e della sovranità popolare (art. 1 Cost.), con i principi dell'elettorato attivo (art. 48 Cost.) e con i principi dell'elettorato passivo (art. 51 Cost.). In tal senso, infatti, l'approvazione dei referendum ha di fatto interrotto i mandati degli organi elettivi degli enti territoriali andando contro anche a una pronuncia della Corte costituzionale la quale ha stabilito che «*la durata in carica degli organi elettivi locali, fissata dalla legge, non è liberamente disponibile da parte della Regione nei casi concreti. Vi è un diritto degli enti elettivi e dei loro rappresentanti eletti al compimento del mandato conferito nelle elezioni, come aspetto essenziale della stessa struttura rappresentativa degli enti, che coinvolge anche i rispettivi corpi elettorali*»[12]. In questo caso, quindi, oltre all'evidente illegittimità della soppressione delle Province sarde per via della violazione dell'art. 43 dello Statuto speciale, è manifesta anche la violazione dei principi costituzionali più sopra richiamati in quanto si è andati incontro all'interruzione del mandato di organi democraticamente eletti, in totale assenza di una legge che disciplinasse, preventivamente, il passaggio con «presupposti non irragionevoli» come la stessa Corte

[8] Ibidem.

[9] I quesiti, in totale, erano dieci ma soltanto cinque erano riferibili alle Provincie mentre i restanti sei erano di carattere più generale. I dieci quesiti sono consultabili in: https://www.regione.sardegna.it/j/v/2568?s=195210&v=2&c=86&t=1.

[10] L'incostituzionalità conseguente all'approvazione dei referendum con riferimento all'art. 3, comma 3, della Legge Costituzionale n. 2 del 2001 è venuta meno a seguito dell'approvazione della Legge statutaria 12 novembre 2013, n. 1. Per approfondire sul punto si rimanda a M. CECCHETTI, O. CHESSA, S. PAJNO, *Il riordino delle circoscrizioni provinciali nella regione Sardegna, tra criticità della situazione attuale e prospettive di riforma*, op. cit., p. 20.

[11] Ivi, pp. 18-20.

[12] Corte Costituzionale, sent. 48 del 2003, punto 3. del Considerato in diritto.

Costituzionale ha suggerito già dalla sentenza n. 48 del 2003[13]. Nonostante tutte queste problematiche, i quesiti sono stati sottoposti al vaglio del corpo elettorale il quale, con una partecipazione di circa il 36%[14] e una percentuale di sì quasi plebiscitaria[15], ha optato per l'eliminazione delle Province operandone un forte "svuotamento" e un conseguente ridimensionamento. Tale risultato ha avuto effetti giuridici molto rilevanti tanto che, all'indomani dell'esito referendario, si sono susseguite tutta una serie di ricorsi al TAR Sardegna e alla Corte d'Appello di Cagliari[16] che hanno riacceso il dibattito costituzionale in merito alla loro . La stessa Regione Sardegna, subito dopo i risultati, ha notato diversi profili di dubbia ammissibilità dei quesiti e ha richiesto, a tal fine, un parere sulla loro legittimità ad una commissione di esperti[17] i quali, poco più di due settimane dopo, utilizzando sapientemente le pronunce della giurisprudenza costituzionale, hanno escluso che la disciplina previgente alle modifiche del periodo 1997-2002 potesse tornare in auge. Nel parere, infatti, la Commissione ha chiarito che l'unico caso in cui «*la reviviscenza*» di norme abrogate può verificarsi è quello stabilito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 13 del 2012 secondo cui possono "rivivere" soltanto quelle «*norme dirette a espungere disposizioni meramente abrogatrici perché l'unica finalità di tali norme consisterebbe nel rimuovere il precedente effetto abrogativo*[18]». Secondo il parere di questa speciale commissione, quindi, nel caso dei referendum di cui si tratta «*ci si trova di fronte a quesiti aventi oggetto leggi regionali non aventi un contenuto meramente abrogativo, ma al contrario un contenuto innovativo e/o sostitutivo della disciplina precedente, prevalentemente statale*». Di conseguenza, gli eminenti componenti della Commissione hanno concluso che le norme precedenti alle disposizioni abrogate dal referendum non potevano "rivivere" in maniera automatica. Vi è di più, il *vulnus* maggiore era quello che interessava lo schema di riordino del 1999 e, per questo, la Commissione si è adoperata nel suggerire al Consiglio regionale di approvare una legge che intervenisse nella materia, prima del prodursi degli effetti dell'abrogazione referendaria e che

[13] Per approfondire le cause di inammissibilità sotto il profilo dei principi costituzionali si veda: M. CECCHETTI, O. CHESSA, S. PAJNO, *Il riordino delle circoscrizioni provinciali nella regione Sardegna, tra criticità della situazione attuale e prospettive di riforma*, op. cit., pp. 21-24.

[14] Il quorum, stabilito in 1/3 degli aventi diritto ai sensi dell'art. 14 della L. R. 17 maggio 1957, n. 20, è stato raggiunto come si evince dai dati ufficiali consultabili in: https://www.regione.sardegna.it/referendum2012/affluenzachiusuravotazione/

[15] I risultati ufficiali in: www.regione.sardegna.it/argomenti/attivita_istituzionali/referendum2012/opendata.html.

[16] Per approfondire tale aspetto si rimanda a: M. CECCHETTI, O. CHESSA, S. PAJNO, *Il riordino delle circoscrizioni provinciali nella regione Sardegna, tra criticità della situazione attuale e prospettive di riforma*, op. cit., pp. 25 e 26.

[17] La Commissione dei quattro saggi era composta dal prof. avv. Benedetto Ballero, dal prof. Pietro Ciarlo, dall'avv. Gianni Contu e dal prof. avv. Andrea Deffenu.

[18] Corte Cost., sent. n. 13 del 2012, punto 5.3. del Considerato in diritto.

fosse in grado di «*disciplinare gli effetti dell'abrogazione e della conseguente soppressione degli enti provinciali* […]*, stabilendo ad esempio una gestione provvisoria* […] *in vista del successivo nuovo assetto*». Una volta fatto proprio il parere di cui si discorre, il Consiglio regionale ha approvato, in tutta fretta, la legge regionale 25 maggio 2012, n. 11 *(Norme sul riordino generale delle autonomie locali e modifiche alla legge regionale n. 10 del 2011)* che sarebbe entrata in vigore a partire dal giorno stesso della sua pubblicazione. Nella pratica, quindi, essa entrava in vigore il giorno prima dell'emanazione dei decreti presidenziali dichiarativi dell'esito dei referendum e assicurava, ai sensi dell'art. 1, comma 3, «*il rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 5, 114, 116 e 118 della Costituzione, nonché di cui all'articolo 43 dello Statuto*». La legge reg. n. 11 del 2012, poi, prevedeva che «*in attesa del riordino e della sua applicazione volta a realizzare un nuovo assetto, gli organi provinciali in carica* [avrebbero assunto] *in via provvisoria la gestione delle funzioni amministrative attribuite alle otto province che saranno soppresse all'esito dei referendum svoltisi il 6 maggio 2012*». In base a tale enunciato normativo, si nota come il Consiglio regionale sardo ha preso atto dei tratti di dubbia costituzionalità che ha prodotto l'esito del referendum ma la stessa legge n. 11 non ha risolto tutti i problemi poiché, anch'essa, non solo presta il fianco a qualche perplessità costituzionale ma anche perché non ripristina quella legalità perduta con l'approvazione dei referendum di cui sopra. Difatti, se la problematica legata all'art. 1, comma 4, della legge regionale n. 11 del 2012 è stata risolta dall'approvazione (più di un anno dopo) della Legge statutaria[19], un profilo problematico che è rimasto in piedi, legato alla legge regionale n. 11 del 2012, è da ricercare nel fatto che, in base all'enunciato dell'art. 43 dello Statuto, le province rappresentano un'articolazione necessaria dei poteri pubblici in Sardegna e, di conseguenza, da esse non si può prescindere. Tuttavia, la legge regionale n. 11 del 2012, confermando l'eliminazione delle stesse e seguendo l'onda dell'illegittimità costituzionale, nulla dice sul fatto che gli organi provinciali, svuotati dall'esito dei noti referendum, si trasformino in organi commissariali utilizzati come meri strumenti di gestione provvisoria delle sole funzioni amministrative spettanti alle Province. In questo modo, quindi, appare chiaro che il tentativo di porre rimedio all'imprudenza referendaria non sia stato sufficiente per ripristinare la legalità costituzionale perduta ma che, anzi, tale tentativo – pur partendo dalle corrette conclusioni raggiunte dalla commissione dei saggi – abbia creato ulteriori profili di perplessità costituzionale che, a distanza di un decennio, permangono ancora.

[19] Il riferimento è al fatto che l'art. 1, comma 4, della legge regionale n. 11 del 2012 stabiliva che, in sede di rinnovo del Consiglio regionale, le circoscrizioni elettorali erano coincidenti con i territori delle ex otto province. Per comprendere nel dettaglio l'illegittimità costituzionale di questa disposizione si rimanda a: M. CECCHETTI, O. CHESSA, S. PAJNO, *Il riordino delle circoscrizioni provinciali nella regione Sardegna, tra criticità della situazione attuale e prospettive di riforma*, op. cit., p. 29.

3. In attesa del definitivo "superamento delle Province": la Legge Delrio, la Legge "Erriu" e la nomina dei commissari straordinari

Due anni dopo il tentativo di porre rimedio alla situazione post-referendaria, seguendo l'indicazione della Corte Costituzionale di procedere alla ridefinizione del sistema provinciale attraverso una «*riforma organica e di sistema*»[20] e che richieda «*processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, rinvii e sistematizzazioni progressive*»[21], alla Regione Sardegna è venuto in soccorso il legislatore statale il quale ha approvato una legge di riordino degli enti di area vasta valevole, per la sua classificazione di grande riforma economico-sociale della Repubblica, anche per le Regioni speciali[22]. La Legge 7 aprile 2014, n. 56, volgarmente chiamata Legge Delrio[23], ha previsto – tra le altre cose[24] – l'elezione di secondo grado per le Province e le Città Metropolitane[25] e ha concesso alle Regioni autonome Friuli-Venezia Giulia, Sardegna e Siciliana di poter istituire di loro iniziativa delle città metropolitane[26]. Il legislatore sardo si è allineato ai dettami della Legge n. 56 del 2014 attraverso l'approvazione della legge regionale 4 febbraio 2016, n. 2 nota anche come "Legge Erriu[27]" che, per quanto allineata alla normativa nazionale[28], sembrerebbe presentare diversi profili di illegittimità costituzionale.

Prima di ragionare su questo punto, però, occorre chiarire quali sono le novità introdotte dalla legge regionale n. 2 del 2016 nello scacchiere degli Enti

[20] Corte Cost., sent. n. 220 del 2013, punto 12.1. del Cons. in diritto.

[21] Ibidem.

[22] Questo avviene ai sensi dell'art. 1, commi 5 e 145 della l. n. 56 del 2014. Si applica anche il sistema di elezione indiretta degli enti di area vasta, come confermato dalla Corte Costituzionale, sent. n. 168 del 2018, punto 4.3. del Considerato in diritto.

[23] Denominata così dal nome dell'allora Ministro per gli affari regionali e le autonomie: Graziano Delrio

[24] Per un quadro completo sulla Legge Delrio si vedano:

L. VANDELLI (a cura di), *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014.

F. PIZZETTI, *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove province e unione di comuni*, Giuffrè, Milano, 2015.

A. STERPA (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta. Commento alla legge 7 aprile 2014, n. 56*, Jovene, Napoli, 2014.

[25] Per approfondire tale aspetto e la liceità della scelta del legislatore si veda: E. CARLONI, *Differenziazione e centralismo nel nuovo ordinamento delle autonomie locali: note a margine della sentenza n. 50 del 2015*, in *Rivista Diritto Pubblico*, 2015, n. 1, p. 160.

[26] Legge n. 56 del 2014, art. 1, comma 5.

[27] Il nome di questa legge viene dall'allora Assessore degli Enti Locali Cristiano Erriu.

[28] Per un quadro esaustivo sulle assonanze con tra la legge statale e la legge regionale si rimanda a: A. RIVIEZZO, *Il riordino degli enti locali in Sardegna e la tormentata istituzione della Città Metropolitana di Cagliari*, in F*orum di Quaderni Costituzionali,* 2016, n. 3, pp. 3 e ss.

locali sardi. Innanzitutto, la legge Erriu ha previsto l'istituzione della Città metropolitana di Cagliari (art. 17, comma 1) con la conseguente successione di quest'ultima nelle attività inerenti alla ormai soppressa Provincia di Cagliari (art. 18, comma 1). In secondo luogo, sempre con riferimento alla Città metropolitana di Cagliari, la legge regionale in parola ne ha ridisegnato i confini includendo in essa soltanto il territorio di diciassette comuni facenti parte dell'ex Provincia di Cagliari (art. 17, comma 2) inglobando i restanti comuni in una nuova provincia denominata "Sud Sardegna" (art. 25, comma 1, lett. a e b). In terzo luogo, una modifica di particolare rilevanza per quello che interessa il presente scritto, è la disciplina prevista per le circoscrizioni provinciali le quali «*fino al loro definitivo superamento*» avrebbero dovuto essere «*quelle riconosciute dallo Statuto e dalla legge statale fatto salvo il territorio della neonata città metropolitana di Cagliari*[29]». Le province, quindi, avrebbero dovuto essere amministrate – ai sensi dell'art. 25, comma 7, della legge regionale n. 2 del 2016 e fino all'indizione delle elezioni amministrative di secondo grado (inizialmente previste entro il termine del 15 novembre 2016) – da amministratori straordinari che avrebbero dovuto esercitare «*le loro funzioni limitandosi alle attività strettamente necessarie alla gestione ordinaria e all'erogazione dei servizi*». Già da queste previsioni che, com'è chiaro, non sono le sole ad essere state ricomprese dal legislatore all'interno della legge regionale n. 2 del 2016, sono abbastanza evidenti delle problematiche nella modalità di ridefinizione dei confini degli enti intermedi sardi. La cosa apparentemente più difficile da comprendere, però, è che i dubbi di illegittimità costituzionale ereditati dal passato non solo permangono ma, addirittura, si moltiplicano in quanto la "crisi di rappresentatività democratica" delle Province, a tutt'oggi, non appare risolta.

Tralasciando in questa sede le perplessità costituzionali riguardanti la non conformità della scelta dell'istituzione della Città metropolitana di Cagliari[30] e della Provincia del Sud Sardegna[31], un ulteriore problema, risiede nel reiterato

[29] Art. 24, comma 1, della legge regionale n. 2 del 2016.

[30] Il riferimento è all'art. 18 della legge regionale n. 2 del 2016 secondo cui «*la città metropolitana* [di Cagliari] *subentra alla Provincia* [medesima] *con riguardo al proprio territorio e succede a essa in tutti i rapporti attivi e passivi e nell'esercizio delle funzioni ad essa attribuite nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica*». In questo senso, infatti, una legge regionale, seppur approvata sull'idea di conformarne i dettami ad una grande riforma economico-sociale della Repubblica, non può modificare, in alcun modo, la previsione costituzionale dell'art. 43, primo comma, dello Statuto il quale ritiene imprescindibile (a meno di una riforma del testo statutario) la Provincia di Cagliari.

[31] In questo senso, invece, il dubbio di costituzionalità riguarda i nuovi confini tracciati all'interno della precedente suddivisione territoriale dell'ex Provincia di Cagliari la quale è stata suddivisa nella Città metropolitana medesima e nella "neonata" Provincia del Sud Sardegna. Anche in questo caso è chiaro che l'art. 17, comma 1, della legge regionale n. 2 del 2016 sia in contrasto con i dettami dell'art. 43 dello Statuto sardo poiché, da una parte, l'istituzione della città metropolitana cagliaritana collide con il primo comma dell'articolo summenzionato il quale "cementifica" la Provincia di Cagliari come uno degli enti intermedi imprescindibili dell'assetto territoriale sardo e, dall'altra, la scelta legislativa

rinvio dell'elezione degli organi provinciali, ancora oggi controllati da commissari regionali unici. A ben vedere, però, questa non conformità a Costituzione può dirsi "sopravvenuta" in quanto essa è rinvenibile non già nella lettura del combinato disposto dell'art. 24, comma 7 e dell'art. 27, comma 7 della legge regionale n. 2 del 2016 che, in sede di prima applicazione, pareva assolutamente necessaria ma essa trova fondamento nel fatto che lo stesso legislatore regionale ha più volte operato il rinvio delle elezioni provinciali (prorogate per ben quattro volte[32]). Tale comportamento appare in contrasto con diversi principi costituzionali derivanti dall'art. 1, dall'art. 5, dall'art. 48, dall'art. 51 e dall'art. 114 Cost. Con riferimento all'art. 1 Cost., che com'è noto, stabilisce il principio democratico e il principio della sovranità popolare, la Regione autonoma della Sardegna con il continuo reiterare delle elezioni provinciali incide sulla possibilità dei cittadini di poter esprimere (si badi, anche indirettamente attraverso i propri consiglieri comunali) i loro rappresentanti in un organo costituzionalmente garantito come è la Provincia la quale non può più essere considerata prossima all'eliminazione visto l'esito del Referendum costituzionale del 2016. Il continuo rimandare l'elezione dei Consigli provinciali e del Presidente della Provincia, in conseguenza di quanto poc'anzi esplicitato, si pone in contrasto anche con gli artt. 48 e 51 Cost. i quali riconoscono il diritto di elettorato attivo e passivo poiché ai cittadini sardi è impedito non soltanto di poter adempiere al dovere/diritto di esprimere il loro voto ma è loro preclusa anche la partecipazione attiva nelle decisioni riguardanti le Province che, in ogni caso, risultano titolari di funzioni fondamentali che, nella configurazione attuale, sfuggono al controllo elettorale degli stessi[33]. Ulteriormente lesi sembrano

è in contrasto con l'enunciato dell'art. 43, secondo comma, in quanto nulla è stato previsto circa il parere, da esprimersi attraverso referendum, delle popolazioni interessate dal mutamento di circoscrizione provinciale. Sul punto non coglie nel segno neppure la censura secondo cui la motivazione inerente al primo comma non sia rilevante poiché la Legge Delrio è classificata come grande riforma economico sociale della Repubblica e, per questo, la Regione Sardegna deve conformarsi ad essa ai sensi dell'art. 1, comma 6. Difatti, come la stessa legge n. 56 del 2014 prevede al successivo art. 1, comma 7, «il territorio della città metropolitana coincide con quello della provincia omonima, ferma restando l'iniziativa dei comuni […] per la modifica delle circoscrizioni provinciali limitrofe e per l'adesione alla città metropolitana», per cui viene da chiedersi la Città metropolitana sostituisce la Provincia di Cagliari? La risposta a tale domanda sembrerebbe negativa considerato anche quanto detto dalla stessa Legge Delrio poiché è indubbio il fatto che la Città metropolitana può sostituire la provincia medesima unicamente se il territorio della prima è coincidente a quello della seconda; diversamente – come nel caso di specie – occorre un secondo passaggio che, per la legge statale, consiste nell'intervento dei Comuni mentre, visto quanto previsto dallo statuto sardo, nell'isola occorre che ad esprimersi in merito alla modifica delle circoscrizioni sia la popolazione attraverso il particolare procedimento referendario previsto dall'art. 43, secondo comma, Stat.

[32] Dall'approvazione della legge regionale n. 2 del 2016 le elezioni sono state rinviate quattro volte con altrettante leggi: n. 29 del 2016, n. 5 del 2018, n. 18 del 2019 e n. 13 del 2020.

[33] Ai sensi dell'art. 1, commi 85 e 86, della legge n. 56 del 2014 le Province sono titolari di funzioni fondamentali tra le quali rientrano: la pianificazione territoriale, la tutela e la valorizzazione dell'ambiente per gli aspetti di competenza, la pianificazione dei servizi di trasporto; la gestione delle strade

essere anche i principi di autonomia e di decentramento derivanti dall'art. 5 Cost. poiché la Regione, avocandosi la scelta di un organo monocratico come quello del commissario straordinario, non concede quella autonomia statutaria e regolamentare propria degli enti locali creando un vulnus importante nel funzionamento dell'organo intermedio di cui si tratta. Infine, appare dubbia – da un punto di vista costituzionale – la differenza di trattamento prevista tra la Città metropolitana e le Province sarde considerando che, di fatto, i cittadini che risiedono nella città metropolitana hanno la possibilità di esprimere il loro diritto di voto (anche indirettamente) mentre, a quelli che risiedono nelle province, tale diritto/dovere è precluso direttamente dalla legge regionale che quindi solleva perplessità anche con riferimento al principio di uguaglianza derivante dall'art. 3 della Costituzione.

4. Il nuovo rinvio delle elezioni provinciali nella riforma degli enti locali del 2021

L'occasione per rispondere a questi dubbi di costituzionalità è arrivata grazie alla recente Legge regionale 12 aprile 2021, n. 7 che, tra l'altro[34], ha modificato la legge n. 2 del 2016. In primo luogo va osservato che la legge del 2021 risponde ad un primo dubbio costituzionale precedente, se non altro perché ricostituisce le vecchie province abolite improvvidamente dai referendum del 2012[35] e ridisegna – all'interno dei vecchi confini della Provincia di Cagliari[36] (sopprimendo la Provincia del Sud Sardegna) – la Città Metropolitana medesima[37]. Altri interventi operati dalla legge n. 7, invece, riguardano l'istituzione della Città Metropolitana di Sassari (sopprimendo conseguentemente la stessa Provincia)[38], la previsione di una particolare procedura referendaria per sentire le popolazioni interessate[39] e, caso unico nella storia dell'ordinamento giuridico italiano, l'istituzione delle Unioni di Province[40].

provinciali, la regolazione della circolazione stradale nelle stesse, la programmazione della rete scolastica, la gestione dell'edilizia scolastica, il controllo dei fenomeni discriminatori in ambito occupazionale e la gestione di determinati servizi in forma associata.

[34] La legge regionale n. 7 del 2021 ha modificato anche la legge regionale n. 9 del 2006 e ha prorogato l'indizione delle elezioni comunali per il protrarsi dell'emergenza da Covid-19.

[35] Si può parlare di ricostituzione perché le Province istituite dall'art. 5 della l. r. n. 7 del 2021 ricalcano i confini delle "vecchie-nuove" province mantenendo anche la loro vecchia denominazione eccetto per le Province del Sulcis-Iglesiente (ex Provincia di Carbonia-Iglesias) e del Nord Sardegna (ex Provincia di Olbia-Tempio).

[36] Il riferimento è ai confini della Provincia di Cagliari stabiliti dal Piano di Riordino del 1999 che sono praticamente i medesimi fatta eccezione per alcuni comuni ricompresi nelle Province di Nuoro e di Oristano.

[37] Art. 4 legge regionale n. 7 del 2021.

[38] Art. 3 legge regionale n. 7 del 2021.

[39] Art. 6 legge regionale n. 7 del 2021.

[40] Art. 7 legge regionale n. 7 del 2021.

Analizzando nel dettaglio la legge – per quanto i confini territoriali siano tornati al 2012 così come previsto nello schema del 1999 abrogato dai noti referendum[41] – uno dei caratteri che solleva qualche perplessità costituzionale dell'assetto metropolitano/provinciale, al pari dell'ulteriore violazione dell'iter previsto dall'art. 43 dello Statuto speciale, è il quinto rinvio delle elezioni provinciali. In merito a questo argomento, la disposizione a cui si fa riferimento è l'art. 23 della legge regionale n. 7 del 2021 e, in particolare, ai commi 4 e 5. Nel dettaglio, il comma 4 prevede che, entro e non oltre sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge[42] «*la Giunta regionale con propria deliberazione, su proposta dell'Assessore competente in materia di enti locali, ai sensi della legge regionale n. 2 del 2016, nomina l'amministratore straordinario delle Province di Nuoro, Oristano, del Nord-Est Sardegna, Ogliastra, Sulcis-Iglesiente e Medio Campidano i quali restano in carica fino all'insediamento degli organi di governo la cui elezione deve svolgersi entro il 31 dicembre 2021 anche in caso di eventuale svolgimento del referendum di cui all'articolo 6.* [Tali disposizioni] *hanno carattere transitorio; decorso il termine del 31 dicembre 2021 si applicano le norme di cui al titolo III della legge regionale n. 2 del 2016. Si applica alla Città metropolitana di Sassari il comma 5 dell'articolo 17 della legge regionale n. 2 del 2016 e il termine per assumere le funzioni di sindaco metropolitano decorre dalla data di entrata in vigore della presente legge*». Il successivo comma 5, invece, prevede che «*per gli adempimenti inerenti le modifiche territoriali e amministrative della Città metropolitana di Cagliari e per lo svolgimento delle attività connesse alla successione prevista, relativamente alla frazione del territorio appartenente alla soppressa provincia del Sud Sardegna, che è accorpata alla circoscrizione territoriale della Città metropolitana di Cagliari* […], *la Giunta regionale* [entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge] *nomina un commissario straordinario che dura in carica fino al 31 dicembre 2021*».

Com'è chiaro dalla lettura di questi commi, la legge regionale n. 7 del 2021 non ha previsto nulla di nuovo sul fronte delle elezioni provinciali rinviandone non soltanto il rinnovo degli organi provinciali ma rimandando genericamente la questione al Titolo III, capo II della legge regionale n. 2 del 2016 che, come più sopra evidenziato, presenta il fianco a diverse critiche costituzionali. Ad aggravare tale situazione, oltre al permanere sul tavolo di tutte quelle ombre di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 1, 3, 5, 48, 51 e 114 Cost. vi sono due ulteriori questioni di particolare interesse. La prima di queste è da ricercare nel fatto che la legge regionale n. 18 del 2019, che ha prorogato il termine per l'indizione dell'elezione dei consigli provinciali, è stata impugnata

[41] Almeno per le Province del Medio Campidano, Nord-Sardegna, Nuoro, Ogliastra, Oristano e Sulcis-Iglesiente.

[42] Termine scaduto il 14 giugno 2021.

dal Governo dinanzi alla Corte Costituzionale con il ricorso n. 116 del 2019[43]. Il secondo aspetto, invece, risiede nel fatto che il legislatore regionale non solo non ha preso atto delle indicazioni avanzate dal Consiglio dei Ministri, prorogando nuovamente l'indizione delle elezioni provinciali sia con la legge regionale n. 13 del 2020 che con la legge regionale n. 7 del 2021, ma anche che abbia fatto scadere il termine del 31 dicembre 2021 previsto dalla stessa riforma senza prevedere alcunché in merito al rinnovo degli organi provinciali mantenendo in auge le perplessità costituzionali più sopra richiamate.

5. Due possibili soluzioni

Il quadro appena descritto restituisce una situazione delle province sarde poco rosea poiché l'ulteriore rinvio delle elezioni provinciali e i conseguenti commissariamenti (che con la legge regionale n. 7 del 2021 sono addirittura aumentati visto che riguardano anche le re-istituite province del Medio Campidano, Nord-Sardegna, Ogliastra e Sulcis-Iglesiente) non permettono ai cittadini di vivere il momento più alto dell'espressione democratica attraverso le elezioni che, come ha detto la stessa Corte Costituzionale, sono «*il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare*[44]». Oltretutto, allo stato attuale, non sembra più un alibi neppure quel grado di straordinarietà del commissariamento poiché, nei fatti, esso dura ormai da un decennio minando i principi derivanti dagli artt. 5 e 114 in quanto un così lungo periodo di commissariamento rischia di svuotare l'autonomia e la rappresentatività di organi costituzionalmente garantiti come sono le Province, rinvigorite non soltanto dal già citato esito referendario del 2016 ma anche dalla recente sentenza n. 240 del 2021 della Corte Costituzionale[45].

Pare superato, inoltre, anche il dibattito sulla conformazione o meno della legge regionale n. 7 del 2021 (e della legge reg. n. 2 del 2016 che essa modifica) alla Legge n. 56 del 2014 con riferimento all'elezione di secondo grado degli organi provinciali[46] poiché, in questo contesto, il problema non è come eleggere i rappresentanti dei cittadini, e se farlo direttamente o indirettamente, ma

[43] Poi ritirato. Si veda Corte Cost., ord. n. 47 del 2022

[44] Corte Cost. sent. n. 1 del 2014, punto 3.1. del Cons. in diritto.

[45] Tale sentenza pur riferendosi ad una particolare questione legata all'elezione del Sindaco metropolitano non manca di sollecitare «un intervento legislativo in grado di scongiurare che il funzionamento [degli enti intermedi] si svolga ancora a lungo in una condizione di non conformità ai […] canoni costituzionali di esercizio dell'attività politico-amministrativa». Corte Cost., sent. n. 240 del 2021, punto 8 del Cons. in diritto.

[46] Sul punto la Corte Costituzionale si è già espressa, riprendendo la propria sentenza n. 96 del 1968, affermando «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, che, del resto, sono prevedute dalla Costituzione proprio per la più alta carica dello Stato». Corte Cost. sent. n. 50 del 2015, punto 3.4.3. del Cons. in diritto.

è proprio indire le elezioni stesse per permettere ad un organo costituzionalmente garantito di poter operare autonomamente senza dipendere più – per il tramite dei commissari straordinari – dalla Regione. L'ennesimo rinvio operato dall'art. 23, commi 4 e 5, della legge regionale n. 7 del 2021 pone anche la questione legata alle funzioni fondamentali attribuite alle Province dalla stessa Legge Delrio (art. 1, comma 85) che, com'è già evidenziato, si pone come grande riforma-economico sociale della Repubblica alla quale, quindi, le Regioni speciali devono conformarsi per i limiti statutari ad esse imposti. In questo senso, la possibilità che la normativa regionale sia in contrasto con la legge n. 56 del 2014 è ancora più evidente considerato che le Province sarde continuano ad occuparsi unicamente degli affari correnti senza poter esercitare in maniera autonoma e con un indirizzo politico-amministrativo definito le funzioni strategiche che sia la legge statale che la legge regionale[47] attribuiscono loro.

I problemi che sembrano emergere da questo continuo rinvio, pur essendo numerosi e articolati, potrebbero facilmente risolversi con una quanto mai scontata soluzione: l'indizione delle elezioni provinciali. Tuttavia, se dal 2012 al 2016 la scelta di non indirle era comprensibile per via del dibattito sul superamento delle Province, all'indomani della bocciatura del referendum costituzionale del 2016 tale titubanza appare poco giustificabile soprattutto perché l'ultimo legislatore sardo si è posto, come obiettivo, il ripristino delle Province come unico ente intermedio dotato di legittimazione popolare diretta. Questo "ripristino", però, si protrarrà giocoforza nel tempo perché, il termine per l'indizione delle elezioni provinciali, previste dall'art. 23 della legge regionale n. 7 del 2021, è scaduto il 31 dicembre scorso e, quindi, tale situazione porterà il legislatore sardo a prorogare ulteriormente nel tempo questa indizione, mantenendo in piedi tutti quei dubbi di illegittimità costituzionale che la nomina *sine die* dei commissari straordinari per le Province sarde si porta dietro dal 2012. Di conseguenza, quindi, sia la permanenza dei commissari straordinari, eccedendo una volta di più il loro carattere temporaneo ed eccezionale, sia l'ulteriore rinvio delle elezioni provinciali rischia di trasformarsi in un grosso impedimento nell'espressione della volontà popolare esponendo a gravi rischi, non solo la tenuta stessa del sistema degli enti locali in Sardegna ma anche, e soprattutto, i principi di democrazia, di sovranità e di autonomia, che la nostra Repubblica tutela come principi fondamentali dell'ordinamento.

Rimane da chiedersi però come si possa uscire da questa *impasse*. Ebbene, la soluzione più idonea e meno complicata da percorrere è, chiaramente, quella dell'indizione delle elezioni da parte della Regione ma qualora questo non

[47] L'art. 29, comma 2, della legge regionale n. 2 del 2016, infatti, mantiene in auge le funzioni provinciali stabilite anche dalle varie leggi regionali approvate sul punto.

dovesse avvenire una strada che si potrebbe percorrere, almeno teoricamente, sarebbe quella dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120, secondo comma, Cost. che, ai sensi dell'art. 10 della Legge costituzionale n. 3 del 2001, si applicherebbe anche alle Regioni speciali in quelle materie che esse hanno fatto proprie ai sensi della succitata clausola di maggior favore[48].

Ma è davvero possibile, per il Governo, esercitare il potere sostitutivo straordinario in questa materia e in una Regione speciale com'è la Sardegna? Per rispondere a questo quesito, occorre fare una premessa che arriva direttamente dalla lettura di un'altra sentenza della Corte Costituzionale e, più precisamente, la sentenza n. 43 del 2004. Tale pronuncia ha chiarito che «*l'articolo 120, secondo comma,* […] *prevede un potere sostitutivo straordinario, in capo al Governo, da esercitarsi sulla base dei presupposti e per la tutela degli interessi ivi esplicitamente indicati, mentre lascia impregiudicata l'ammissibilità e la disciplina di altri casi di interventi sostitutivi*». Prosegue la Corte: «*il carattere straordinario e "aggiuntivo" degli interventi governativi previsti dall'articolo 120, secondo comma, risulta sia dal fatto che esso allude a emergenze istituzionali di particolare gravità, che comportano rischi di compromissione relativi ad interessi essenziali della Repubblica, sia dalla circostanza che nulla, nella norma, lascia pensare che si sia inteso con essa smentire una consolidata tradizione legislativa, che ammetteva pacificamente interventi sostitutivi, nei confronti degli enti locali, ad opera di organi regionali, anche diversi dagli organi di controllo già previsti dall'ora abrogato articolo 130 della Costituzione*[49]». In questo modo, quindi, al Giudice Costituzionale sta a cuore assicurare interessi essenziali che il sistema attribuisce alla responsabilità dello Stato, con riguardo all'esigenza di garantire la "tutela dell'unità giuridica". Tuttavia, però, la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 236 del 2004[50], ha escluso che a tutte le materie contemplate negli Statuti speciali (quale è ovviamente la materia «*ordinamento degli enti locali e delle relative circoscrizioni*» assegnata alla Regione Sardegna ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b) dello Statuto speciale) possano essere applicati i

[48] Sul punto si veda la decisione della Corte Costituzionale n. 236 del 2004 ed in particolare quanto stabilito dal punto 4.1 del considerato in diritto: «*La previsione del potere sostitutivo fa dunque sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze, assicurando comunque, nelle ipotesi patologiche, un intervento di organi centrali a tutela di interessi unitari. E tale sistema non potrebbe essere disarticolato, in applicazione della "clausola di favore", nei confronti delle Regioni ad autonomia differenziata, dissociando il titolo di competenza dai meccanismi di garanzia ad esso immanenti. È quindi da respingere la tesi secondo la quale i principî dell'art. 120 Cost. non sarebbero in astratto applicabili alle Regioni speciali*».

[49] Corte Cost., sent. n. 43 del 2004, 3.3. del Considerato in diritto.

[50] Corte Cost., sent. n. 236 del 2004, 4.1 del Considerato in diritto. Dove la Corte precisa che «*un potere sostitutivo potrà trovare applicazione anche nei […] confronti* [delle Regioni speciali] *e che, riguardo alle competenze già disciplinate dai rispettivi statuti, continueranno nel frattempo ad operare le specifiche tipologie di potere sostitutivo in essi (o nelle norme di attuazione) disciplinate*».

poteri sostitutivi di cui all'art 120, secondo comma, Cost[51]. Tale orientamento, inoltre, è stato confermato – con riferimento alla Regione Valle d'Aosta – nella vicenda legata all'attivazione di un potere sostitutivo straordinario ai sensi dell'art. 120, secondo comma, Cost. proprio in materia elettorale inerente all'approvazione del decreto legge n. 86 del 2020[52]. In questo senso, il Governo ha stabilito di non procedere con il potere sostitutivo per la regione alpina (la quale avrebbe dovuto indire le elezioni regionali tra il 20 e il 21 settembre 2020) ma tale scelta ha suscitato un ampio dibattito in dottrina tanto che essa, fin da subito, ha ritenuto poco chiare le motivazioni adottate dall'esecutivo[53]. La motivazione del Governo, infatti, è basata sul fatto che la competenza a disciplinare la materia elettorale risulta fondata negli statuti speciali, a seguito delle modifiche di cui alla legge costituzionale n. 2 del 2001, e non sul Titolo V Parte II della Costituzione. Da questo assunto, quindi, consegue il fatto che tale materia debba considerarsi esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 120, comma 2, Cost. e quindi il Governo non avrebbe potuto ricorrere allo strumento del potere sostitutivo straordinario, anche al di là delle perplessità sollevate dalla dottrina sul fatto che queste materie ruotino attorno a dei principi fondamentali che devono essere garantite anche alle autonomie speciali[54].

Da questa recente conclusione, quindi, anche per il caso di specie legato alla Regione Sardegna, appare evidente che i poteri sostitutivi straordinari non siano la strada giusta per sanare le problematiche legate alla mancata indizione delle elezioni provinciali. Di qui, quindi, appare evidente che l'*extrema ratio* per poter sanare tali problematiche costituzionali sia utilizzare i canali della giurisdizione comune e ricorrere al giudice perché, in questo modo, qualora la Regione Sardegna continui a non adempiere al compito di indire le elezioni provinciali o si ostini a prorogare nel tempo l'indizione delle stesse, solo la

[51] M. DI FOLCO, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020.

[52] La vicenda è legata alla successione di atti governativi, finalizzata a far sì che, in tutte le Regioni ordinarie i cui Consigli si sarebbero dovuti rinnovare il 20-21 settembre del 2020, gli elettori potessero esprimere la doppia preferenza di genere. Nell'ambito delle Regioni in parola, la Regione Puglia non ha adempiuto alle note preliminari inviati dal Governo e, in questo modo, l'esecutivo ha redatto un "atto formale di diffida" che la intimava "ad adeguare entro il 28 luglio" le sue norme, riservandosi "di adottare ogni ulteriore atto di cui il Governo ha facoltà secondo legge". Tuttavia, l'inerzia della Regione Puglia ha guadato anche tale termine e, di conseguenza, il Governo ha adottato il decreto legge citato che ha introdotto la doppia preferenza di genere nelle elezioni regionali pugliesi. Per una più puntuale ricostruzione si rimanda a: M. DI FOLCO, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, cit., pp. 1192 ss.

[53] Sulle varie posizioni critiche spicca quella avanzata in: M. COSULICH, Ex malo bonum? *Ovvero del decreto-legge n. 86 del 2020 che introduce la doppia preferenza di genere nelle elezioni regionali pugliesi*, in *Federalismi.it*, 25/2020.

[54] M. DI FOLCO, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, cit., pp. 1192 ss.

figura giurisdizionale potrebbe accertare l'eventuale violazione dei principi costituzionali più sopra richiamati (quali quelli di sovranità popolare e di elettorato attivo e passivo).

Concludendo, infine, occorre precisare che tutti questi passaggi rischiano di protrarre la questione ancora più in là nel tempo e, quindi, per quanto il legislatore regionale abbia compiuto alcuni passi verso la legalità costituzionale grazie all'approvazione della legge regionale n. 7 del 2021, non si può non porre in evidenza che la Regione Sardegna dovrebbe al più presto permettere al corpo elettorale di eleggere i propri rappresentanti a livello provinciale evitando così ulteriori rinvii e problemi che non giovano né all'autonomia né alla sovranità popolare e che scongiurerebbero l'intervento della giurisdizione comune la quale rischierebbe, qualora chiamata in causa, di minare la stessa credibilità della Regione dinanzi al resto d'Italia.

BREVI NOTE RICOSTRUTTIVE SUGLI SVILUPPI IN TEMA DI RIFORMA DEL TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI

MARCO DI FOLCO[**]

Sommario

1. La riforma del testo unico degli enti locali negli indirizzi della XVIII legislature. – 2. Il quadro costituzionale di riferimento. – 3. I precedenti tentativi di riforma del TUEL. – 4. Su alcuni fattori che hanno ostacolato il processo di riforma del TUEL. – 5. Lineamenti essenziali delle più recenti ipotesi di riforma del TUEL. – 6. Lo stato dell'arte in tema di riforma del TUEL.

Abstract

The essay reflects about the attempts to reform the consolidated text on the organization of local authorities made during XVIII legislature, when there has been a revival of interest on an issue that by than was left at the edge of political agenda. The guidelines adopted in these occasions are placed into the constitutional framework, that defines the margins for central legislator's action, and are considered in the light of former attempts at reform, that lead to no results also because of different factors analyzed in the text.

Suggerimento di citazione

M. DI FOLCO, *Brevi note ricostruttive sugli sviluppi in tema di riforma del testo unico degli enti locali,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[**] Ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Contatto: mdifolco1973@gmail.com

© 2007- 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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 riforma del testo unico degli enti locali negli indirizzi della XVIII legislatura

La XVIII legislatura ha segnato una di per sé apprezzabile ripresa d'interesse verso un tema che pareva ormai porsi ai margini dell'agenda politica: quello relativo alla revisione delle disposizioni concernenti l'ordinamento degli enti locali tutt'ora contenute nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (di seguito anche TUEL). Già le risoluzioni parlamentari di approvazione della nota di aggiornamento al documento di economia e finanza (di seguito anche NADEF) del 2019 impegnavano il Governo a considerare ricompreso tra i collegati alla manovra di bilancio un disegno di legge finalizzato alla revisione del TUEL. Conseguentemente, nel corso del 2020 ha operato una commissione di esperti (di seguito anche Commissione) nominata dal Ministro dell'interno con l'incarico di elaborare entro il 31 dicembre dello stesso anno una bozza di disegno di legge delega. Detta commissione ha concluso i propri lavori producendo una ipotesi di testo normativo accompagnata da una relazione illustrativa nella quale si è dato conto delle opzioni compiute, come pure delle diverse posizioni emerse attorno a taluni profili riguardanti, soprattutto, la definizione delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane nonché la disciplina dell'organizzazione di governo delle province. Infine, le NADEF del 2020 e del 2021 e il documento di economia e finanza del 2022 hanno confermato l'inclusione di un disegno di legge "di revisione del Testo Unico dell'ordinamento degli enti locali" tra i provvedimenti collegati alla manovra di bilancio per i trienni 2020-2022 e 2022-2024 e 2023 2025.

Allo stato attuale non risulta che iniziative legislative in qualche modo riconducibili all'attività della Commissione siano state incardinate presso le due Camere[1]. Sono tuttavia circolate bozze informali di disegno di legge delega che peraltro, come meglio si evidenzierà nel prosieguo, riflettono un approccio decisamente più riduttivo rispetto a quello prefigurato dalla Commissione medesima. Ciò sia sul piano dell'ampiezza dell'intervento, dal quale rimarrebbe ad esempio escluso il nodo cruciale delle funzioni fondamentali, sia sul terreno della sua profondità, con alcune scelte in ordine alla forma di governo metropolitana e provinciale che, pur parzialmente innovative, non mettono radicalmente in discussione la configurazione degli enti di area vasta come enti a legittimazione popolare indiretta accolta dalla legge 7 aprile 2014, n. 56.

Scopo precipuo del presente contributo è dunque quello di offrire una sintetica panoramica degli sviluppi sopra accennati, con uno specifico *focus* sulle istituzioni di area vasta anche in ragione delle esigenze di adeguamento poste

[1] Per una panoramica delle più recenti iniziative legislative in tema di enti locali, cfr. G.C DE MARTIN, *Le autonomie territoriali nell'amministrazione della Repubblica*, in N. ANTONETTI-A.PAJNO (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia*, Bologna, 2022, 118-119.

in tema dalla più recente giurisprudenza costituzionale riguardante i meccanismi di designazione del sindaco metropolitano. Tutto questo non senza aver dedicato alcune preliminari riflessioni al quadro costituzionale di riferimento e ai tentativi riformatori pregressi. Infatti, da un canto è evidente come la questione che qui ci occupa non possa essere correttamente affrontata se non alla luce di una ricostruzione dei margini di azione in materia consegnati alla competenza del legislatore statale dalla novella costituzionale del 2001, in rapporto all'assetto fatto proprio dal Titolo V originario del quale il d.lgs. n. 267 del 2000 è espressione; dall'altro, l'analisi dei precedenti è suscettibile di fornire spunti di riflessione utili a meglio inquadrare le soluzioni normative che stanno da ultimo maturando.

2. Il quadro costituzionale di riferimento

È di particolare importanza evidenziare che le ragioni sottese alla riforma del TUEL non consistono esclusivamente nella necessità di ammodernare e di attualizzare disposizioni piuttosto risalenti nel tempo; né esse promanano soltanto dall'esigenza di porre rimedio alla frammentarietà e alla disorganicità che hanno caratterizzato larga parte della legislazione sugli enti locali nel periodo della crisi economico-finanziaria. Per quanto tali motivazioni concorrano indubbiamente in modo significativo a rafforzare l'urgenza di un intervento di riordino, va subito rimarcato come quest'ultima si radichi anche nei profondi mutamenti impressi dalla novella del Titolo V alle previsioni costituzionali concernenti il riparto delle competenze normative per la disciplina dell'ordinamento di comuni, province e città metropolitane. Le coordinate di fondo del disegno concepito al riguardo dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 possono essere identificate: a) nell'abrogazione dell'art. 128 Cost., cui consegue il venir meno della titolarità in capo a "leggi generali della Repubblica" prevalentemente intese alla stregua di leggi dello Stato del potere di disciplinare l'ordinamento locale nella sua interezza, sia pure (almeno sulla carta) limitatamente alla posizione di principi; b) nell'attribuzione al legislatore statale di una più contenuta competenza a disciplinare organi di governo, legislazione elettorale e funzioni fondamentali delle istituzioni comunali, provinciali e metropolitane (art. 117, comma 2, lett. p), Cost.); c) nella costituzionalizzazione dell'autonomia normativa locale, sia statutaria (art. 114, comma 2 Cost.) che regolamentare (art. 117, comma 6 Cost.).

L'economia del presente contributo non consente di affrontare in profondità le complesse questioni interpretative attinenti al rapporto tra fonti statali,

regionali e locali nell'ambito qui oggetto di riflessione[2]. Merita tuttavia precisare come parte della dottrina abbia convincentemente tratto dalle innovazioni in precedenza descritte il superamento della tradizionale nozione unitaria e uniforme di ordinamento degli enti locali quale complesso di principi posti dal legislatore statale[3]. Coerentemente con questa impostazione, si è suggerito di ragionare in termini di superamento, più che di mero adeguamento, del TUEL[4], nella pregnante prospettiva di una "carta per le autonomie locali" chiamata a garantire le prerogative autonomistiche nel sistema policentrico[5]. Viceversa, il termine "ordinamento" conserva una valenza giuridico-prescrittiva, identificativa di sfere di competenza normativa, con riferimento a Roma capitale e agli enti locali ricadenti nelle Regioni speciali: nell'un caso e nell'altro, infatti, esso identifica l'ambito rimesso, rispettivamente, alla legge dello Stato e a quelle regionali, in virtù di quanto previsto dall'art. 114, comma 3 Cost. e dalle pertinenti disposizioni degli statuti speciali.

A completamento di queste brevi notazioni sul quadro costituzionale, occorre inoltre osservare che proprio l'articolazione di oggetti recata dall'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. rende evidente la necessità che la revisione del TUEL sia accompagnata, e anzi preceduta, dalla individuazione delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane. Del resto queste ultime rappresentano lo zoccolo duro delle funzioni locali, ovvero, per dirla col linguaggio della Corte costituzionale, un elemento dell'intelaiatura essenziale dell'ente locale a partire dal quale ricostruire l'assetto delle ulteriori funzioni amministrative, alla luce dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione[6].

Né si trascuri che la riforma del testo unico assume una significativa portata anche rispetto ai richiamati poteri ordinamentali delle Regioni speciali. Come è noto, esse dispongono in materia di una competenza legislativa di tipo

[2] In tema cfr., tra i molti, S. PARISI, *Il «posto» della fonti locali nel sistema*, in *Le Regioni*, n. 1, 2008, 155 ss.; M. MANCINI, *I regolamenti degli enti locali tra riserva di competenza e "preferenza" in un multilevel system of government*, in *Le Regioni*, 1/2008, 113 ss.; F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2005, 49 ss.; R. TOSI, *Sui rapporti tra fonti regionali e fonti locali*, in *Le Regioni*, n. 5, 2002, 963 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli Enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2002, 445 ss.; A. CORPACI, *Gli organi di governo e l'autonomia organizzativa degli enti locali. Il rilievo della fonte statutaria*, in *Le Regioni*, n. 5, 2002, 1015 ss.; nonché, se si vuole, M. DI FOLCO, *La garanzia costituzionale del potere normativo locale*, Padova, 2007.

[3] Cfr., in questi termini, F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2002, 409.

[4] Cfr., ad esempio, di recente, G. C. DE MARTIN, *La vicenda delle Province emblematica di un disegno costituzionale tradito*, in *Le istituzioni del federalismo*, n.1, 2021, 161.

[5] Così A. PAJNO, *Verso la Carta delle autonomie della Repubblica*, in *Astrid Rassegna*, n. 46, 2007, 5-6.

[6] Cfr. Corte cost., sentt. nn. 163 del 2021; 22 del 2014; 220 del 2013.

primario, astretta entro taluni limiti tra i quali rilevano in questa sede quelli relativi ai principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e alle norme fondamentali delle riforme economico-sociali. Orbene, la riscrittura del d.lgs. n. 267 del 2000 appare indispensabile anche per consentire l'enucleazione - *sub specie* di principi dell'ordinamento e di norme di grande riforma – di vincoli ai legislatori regionali speciali coerenti con l'impianto costituzionale inaugurato dalla novella del Titolo V. In tal modo, inoltre, verrebbe a mitigarsi il regime di separatezza tra enti locali delle Regioni ordinarie e di quelle speciali, mediante l'estensione ai secondi di garanzie e prerogative statuite per i primi anzitutto sul terreno della determinazione delle funzioni fondamentali.

3. I precedenti tentativi di riforma del TUEL

Negli anni successivi all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 si sono succeduti svariati ma infruttuosi tentativi di riforma del TUEL. Ci si riferisce, per l'esattezza, alla legge 5 giugno 2003, n. 131, che conteneva, all'art. 2, un'apposita delega al Governo mai esercitata nonostante le proroghe al termine di esercizio a più riprese introdotte; nonché ai disegni di legge sottoposti alle Camere nel corso della XV e XVI legislatura che non hanno tuttavia superato l'esame parlamentare (AS 1464 della XV legislatura e AS 2259 della XVI legislatura).

Volendo elaborare qualche rapido spunto ricostruttivo, va anzitutto rimarcato che i testi presi in considerazione si caratterizzano per un approccio organico al tema, in virtù del quale l'attenzione per la necessaria opera di riscrittura del decreto legislativo n. 267 del 2000 si salda, come minimo, con quella per la determinazione delle funzioni fondamentali.

Sotto quest'ultimo aspetto, costante è l'adesione a una concezione che ravvisa nell'etichetta *de qua* funzioni essenziali e imprescindibili sia per il funzionamento dell'ente, sia per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento. Al riguardo è d'uopo premettere che, all'indomani della novella del Titolo V, si è sviluppato in dottrina un dibattito circa l'*ubi consistam* delle funzioni fondamentali, incentrato sulla questione se le medesime debbano essere considerate essenzialmente alla stregua di funzioni amministrative[7] o se assumano natura più propriamente istituzionale, nel senso che la loro inclusione tra gli oggetti demandati alla competenza esclusiva del legislatore statale permetterebbe a quest'ultimo di porre norme ordinamentali con riguardo a funzioni solo parzialmente disciplinate dalla Costituzione (come la funzione statutaria e quella regolamentare) o non disciplinate affatto (come la funzione

[7] Sull'inquadramento in chiave amministrativa delle funzioni fondamentali, anche ai fini del riparto di competenze legislative in ordine alle modalità di svolgimento delle medesime, cfr. Corte cost., sentt. nn. 22 e 44 del 2014.

di organizzazione)[8]. Detto che la configurazione istituzionale non è scevra di risvolti problematici, nella misura in cui parrebbe riprodurre in capo allo Stato un generale potere di ordinamento con ciò rendendo scarsamente intellegibile la *ratio* sottesa all'abrogazione dell'art. 128 Cost., è di tutta evidenza come le ipotesi normative in esame si siano orientate verso un inquadramento per così dire "ibrido" delle funzioni fondamentali. Con la non trascurabile differenza, però, che mentre la legge n. 131 del 2003 e l'AS 1464 della XV legislatura rimettevano comunque al legislatore delegato la determinazione delle funzioni fondamentali, l'AS 2259 della XVI legislatura le individuava direttamente.

Sotto il profilo della riforma del TUEL, vengono qui in considerazione soprattutto i principi e criteri direttivi di delega volti a ribadire l'impegno per il Governo a operare garantendo il rispetto delle competenze legislative statali e regionali nonché dell'autonomia locale, ivi compresa quella statutaria e regolamentare. Da tali previsioni, infatti, emerge una qualche consapevolezza circa il fatto, già segnalato nel precedente paragrafo, che la riforma del TUEL si radica *in primis* nella revisione del Titolo V e nelle novità che essa ha apportato a proposito del rapporto tra le fonti incaricate di disciplinare organizzazione e funzioni degli enti locali. In realtà, appare assai arduo, se non addirittura impossibile, stabilire se simili prescrizioni avrebbero condotto a un mero adeguamento del testo unico o all'accoglimento della ben più impegnativa prospettiva, sopra evocata, della carta per le autonomie locali. Verosimilmente, ciò sarebbe dipeso dall'interpretazione del nuovo riparto di competenze normative assunto dall'esecutivo a fronte di principi e criteri direttivi comunque formulati a maglie larghe; di talché, non sarebbe stato certo da escludere un esito su questo piano conservativo.

D'altra parte, l'organicità innanzi rilevata dei testi in discussione si dispiegava anche oltre gli oggetti fin qui richiamati. In tema è interessante ricordare che agli interventi sulle funzioni fondamentali e sul decreto legislativo n. 267 del 2000, si accompagnavano ulteriori previsioni concernenti, ad esempio, la disciplina dell'ordinamento di Roma capitale, i processi di conferimento delle funzioni non fondamentali in attuazione dell'art. 118 Cost., la razionalizzazione degli enti e degli organismi strumentali di livello statale, regionale e locale in un'ottica di semplificazione e di riduzione delle sovrapposizioni di competenze.

4. Su alcuni fattori che hanno ostacolato il processo di riforma del TUEL

Se poi ci si interroga sulle cause che hanno ostacolato il positivo compimento dei processi di riforma del TUEL, viene in considerazione, per cominciare,

[8] Sulla configurazione in chiave istituzionale delle funzioni fondamentali, cfr. S. MANGIAMELI, *Riassetto dell'amministrazione locale, regionale e statale, tra nuove competenze legislative, autonomie normative ed esigenze di concertazione*, in G. BERTI-G.C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in Roma, 2002, 182 ss.

l'erompere della crisi economico finanziaria. Infatti essa ha alimentato una visione degli enti territoriali come centri di spesa da sottoporre a radicali misure di razionalizzazione che si è tradotta in una legislazione statale estremamente frammentaria e centralistica, ricca di misure settoriali scollegate dal d.lgs. n. 267 del 2000 o comunque da una visione d'insieme delle autonomie locali. Tali previsioni sono state veicolate per lo più da decreti-legge e da leggi finanziarie (o di stabilità o di bilancio), sulla base di una lettura assai pervasiva della competenza statale a porre principi fondamentali nella materia concorrente del coordinamento della finanza pubblica avallata anche dal giudice delle leggi[9]. Peraltro, si tratta di linee di tendenza solo in parte ridimensionate dalla Corte costituzionale che ha avuto modo di dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme d'urgenza riguardanti l'ordinamento provinciale per l'inidoneità del decreto-legge a disporre in materia[10]; o ancora di previsioni, pure esse d'urgenza, che hanno statuito in capo ai piccoli comuni l'obbligo di esercizio associato delle funzioni fondamentali, nella misura in cui esse non consentono di sottrarsi a detti obblighi ove si dimostri che le forme associative imposte non sono in grado di conseguire economie di scala ovvero miglioramenti, in termini di efficacia e di efficienza, nell'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento[11].

Per esemplificare attorno a quanto si è venuti dicendo, si pensi alle statuizioni che hanno abolito il difensore civico comunale, nonché a quelle che hanno innalzato le soglie demografiche necessarie affinché i comuni possano nominare un direttore generale o decentrarsi in circoscrizioni. E si ponga altresì mente alla disciplina delle funzioni fondamentali dei comuni in connessione con il richiamato obbligo di esercizio associato.

Tra gli interventi che, nel periodo considerato, hanno riguardato segmenti particolarmente rilevanti del sistema locale al di fuori del TUEL, deve essere annoverata soprattutto la legge n. 56 del 2014, intervenuta a disciplinare gli enti di area vasta, assieme a profili relativi alle forme associative e alle fusioni tra comuni. In disparte, per il momento, ogni considerazione sul merito delle scelte effettuate con riguardo alla configurazione delle città metropolitane e delle province come enti di secondo grado, mette conto precisare che essa contiene pochissime norme di coordinamento con il decreto legislativo n. 267 del 2000. Sicché è essenzialmente onere dell'interprete stabilire la perdurante

[9] Sul carattere pervasivo della competenza statale sul coordinamento della finanza pubblica specialmente negli anni della crisi economico-finanziaria, cfr. tra i molti, G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in www.issirfa.cnr.it, settembre 2013.

[10] Cfr. Corte cost., sent. n. 220 del 2013.

[11] Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2019.

vigenza e applicabilità o l'implicita abrogazione delle pertinenti norme del testo unico.

Ciò vale, senza dubbio, per le città metropolitane, rispetto alle quali la legge 56 dispone l'applicazione, oltre che di sé stessa, delle previsioni dettate dal TUEL per i comuni in quanto compatibili (cui si aggiungono quelle di cui all'art. 4 della legge n. 131 del 2003). La questione si fa invece più complessa in ordine alle province, attesa la mancanza, in questo caso, di analogo rinvio al testo unico. Tale circostanza potrebbe *prima facie* indurre a opinare che le province rinvengano oggi la propria disciplina esclusivamente nelle disposizioni entrate in vigore nel 2014; ma si tratta di una conclusione difficilmente accoglibile, in ragione della laconicità della legge 56 e del silenzio che serba su aspetti assai rilevanti (quali, tra l'altro, quelli relativi al segretario provinciale e alla dirigenza). Se ne deduce che anche per le istituzioni provinciali debba predicarsi l'applicabilità delle norme del decreto legislativo n. 267 del 2000, limitatamente a quelle che non risultino implicitamente abrogate[12].

Per altro verso, la riforma del TUEL non è stata certo facilitata dal succedersi di tentativi di revisione costituzionale che coinvolgevano anche il sistema delle autonomie locali nel contesto di più ampi interventi sulla Parte II della Costituzione. Il riferimento è, ovviamente, alle leggi costituzionali deliberate dalle due Camere nel 2005 e nel 2016, ma poi entrambe respinte dal corpo elettorale in sede referendaria. Limitando l'analisi alla seconda delle due revisioni ipotizzate, essa prefigurava profondi cambiamenti nella materia che ci occupa: la soppressione di ogni riferimento costituzionale alle province (ma con previsione, tra le norme finali, di enti di area vasta); l'espansione dei poteri ordinamentali dello Stato nei confronti di comuni e città metropolitane; l'esplicita previsione di un vincolo di subordinazione dei regolamenti locali alle leggi statali e regionali. Al di là di una più puntuale valutazione di tali novità, che certamente deponevano nel senso di una decisa contrazione del principio autonomistico, non occorre spendere molte parole per dimostrare come la prospettiva di così significativi mutamenti finisse per marginalizzare il problema della riscrittura del testo unico in presenza di un quadro costituzionale oramai considerato in via di superamento. Semmai è utile ricordare che il tentativo di revisione del 2016 ha alimentato vere e proprie fughe in avanti sia del legislatore che con la più volte richiamata legge n. 56 del 2014 ha espressamente disposto "in attesa della riforma del Titolo V"; sia della stessa Corte costituzionale che in alcune pronunce attinenti alle province ha deciso assumendo il parametro – eventuale e, peraltro, mai concretizzatosi – della ipotizzata novella.

[12] Sul punto, cfr. le notazioni di S. CALZOLAIO, *Città metropolitane e Province nella legge «Delrio». Appunti e spunti per i Comuni di Province limitrofe*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2014,

Infine, anche l'emergere di diverse priorità politiche in ordine all'attuazione del Titolo V così come revisionato nel 2001 ha talora finito per relegare in secondo piano la questione del TUEL. È quanto pare essere avvenuto allorché si è ritenuto di procedere anzitutto all'approvazione della legge 5 maggio 2009, n. 42, riguardante i rapporti finanziari tra gli enti territoriali alla luce dei principi di cui all'art. 119 Cost. Tuttavia, la circostanza che non sarebbe stato evidentemente possibile garantire l'immediata operatività delle nuove norme senza una disciplina concernente le funzioni fondamentali, le città metropolitane e l'ordinamento di Roma capitale ha fatto sì che nella medesima legge venissero inserite disposizioni su questi oggetti, sia pure destinate a carattere provvisorio.

5. Lineamenti essenziali delle più recenti ipotesi di riforma del TUEL

Gli elementi fin qui raccolti consentono ora di dedicare qualche riflessione alle ipotesi di riforma del TUEL emerse nella fase più recente, a partire da quella elaborata dalla commissione ministeriale che ha operato nel corso del 2020 cui si è già fatto cenno nel paragrafo introduttivo di questo lavoro. Innanzitutto, il testo prodotto da tale organismo, suddiviso in vari capi, prefigura deleghe al Governo che investono una pluralità di oggetti: funzioni fondamentali, autonomia normativa degli enti locali, istituti di partecipazione popolare, forme associative, fusioni tra comuni, organi di governo e legislazione elettorale dei comuni (ivi comprese le cause di incompatibilità, incandidabilità, ineleggibilità e inconferibilità degli incarichi per gli amministratori locali), organizzazione e ordinamento degli uffici e del personale, organi di governo e sistema elettorale delle province e delle città metropolitane, conferimento delle funzioni amministrative non fondamentali, ordinamento di Roma capitale, servizi pubblici locali, programmazione e rendicontazione nonché sistema tributario degli enti locali, controlli. Si profila dunque, ancora una volta, una impostazione ampia e organica, sostanzialmente comparabile a quella assunta dai precedenti tentativi riformatori e tesa, per esplicita affermazione, alla redazione di una "Carta per le autonomie". A fronte di una simile ricchezza di contenuti, ragioni di sintesi impongono di concentrare l'attenzione solo su alcuni aspetti che si ritengono tra i più qualificanti ai fini di una piena armonizzazione della disciplina statale sugli enti locali al Titolo V: quelli riguardanti le funzioni fondamentali, l'autonomia normativa locale, l'organizzazione di governo delle istituzioni di area vasta.

Sul primo punto, le maggiori novità riguardano senza dubbio le funzioni fondamentali di tipo amministrativo che il legislatore delegato è chiamato a individuare applicando i principi di cui all'art 118, comma 1 Cost., ivi compreso quello di differenziazione. Nel dettaglio, l'allocazione differenziata di tali funzioni si fonda su una suddivisione dei comuni in diverse classi omogenee,

da determinare avendo riguardo non soltanto al criterio demografico. I comuni appartenenti alle classi inferiori possono esercitare le funzioni a essi non assegnate in forma associata mediante la costituzione di unioni; ove però queste ultime non siano istituite, dette funzioni sono automaticamente attribuite all'ente di area vasta territorialmente competente.

Come si vede, secondo il disegno concepito dalla Commissione il principio di differenziazione opera soprattutto nei confronti degli enti di base, in una logica che conduce al superamento dell'obbligo di esercizio associato delle funzioni fondamentali attualmente statuito per i piccoli comuni. Più limitatamente il medesimo principio incide sugli enti di area vasta, stante la previsione che abilita il Governo ad attribuire ulteriori funzioni fondamentali alle province in ragione delle specificità dei territori montani. Peraltro, i criteri di delega si fanno particolarmente stringenti proprio nei confronti di province e città metropolitane, poiché in tal caso, e a differenza che per i comuni, si è scelto di vincolare ulteriormente l'esecutivo attraverso una puntuale individuazione degli ambiti nei quali ricadono le funzioni fondamentali da individuare.

L'assetto che si è sommariamente descritto non è stato però unanimemente condiviso. La relazione illustrativa al testo prodotto dalla Commissione dà conto, infatti, di un diverso orientamento, che sostiene la necessità di una allocazione uniforme delle funzioni fondamentali agli enti locali rientranti nella medesima categoria (e, in special modo, ai comuni). In questa chiave le funzioni in questione rappresenterebbero piuttosto un argine alla differenziazione, la quale potrebbe dispiegarsi solo con riferimento a quelle "non fondamentali".

Per quanto concerne l'autonomia normativa degli enti locali, la disciplina di delega persegue un obbiettivo di valorizzazione, in linea con la già richiamata costituzionalizzazione dei poteri statutari e regolamentari. Questo intento traspare con chiarezza dalle disposizioni che obbligano il Governo a riconoscere agli statuti una competenza "in via primaria" su determinati oggetti, entro limiti funzionali ai principi di unità e indivisibilità della Repubblica che possono sì essere dettati dal legislatore statale, ma solo sulla base di specifici titoli competenziali puntualmente individuati anche alla stregua della giurisprudenza costituzionale rilevante. Da rimarcare che l'elencazione di tali limiti è rimessa allo stesso legislatore delegato, con il chiaro intento di fare della Carta per le autonomie la sede tendenzialmente esclusiva dei vincoli all'autonomia statutaria.

Venendo infine all'organizzazione di governo degli enti di area vasta, la Commissione si è confrontata con una normativa – quella recata dalla legge n. 56 del 2014 – che, come già ricordato, configura gli stessi alla stregua di enti di secondo grado ovvero, ancor più precisamente, di agenzie comunali dati i limiti previsti al diritto di elettorato passivo per l'elezione dei consigli metropolitani nonché dei presidenti e dei consigli provinciali. In termini generali le soluzioni

accolte nella richiamata legge, pur essendo state "salvate" dalla Corte costituzionale in una assai criticata pronuncia[13], destano non poche perplessità sul piano della tenuta costituzionale, ove si consideri che le norme del Titolo V conferiscono a comuni, province e città metropolitane una condizione di omogeneità dalla quale parrebbe potersi far discendere la conclusione che egualmente omogenei debbano essere i processi di legittimazione politico-democratica[14].

Tale condizione di omogeneità emerge anzitutto sotto il profilo della configurazione delle istituzioni territoriali di area vasta come enti costitutivi della Repubblica, al pari dello Stato, delle Regioni e dei comuni. Da questo punto di vista, risulta arduo ammettere che il principio democratico - il quale costituisce connotato essenziale della Repubblica nel suo complesso ai sensi dell'art. 1, comma 1 Cost. – possa essere declinato in forma così attenuata con riferimento ad enti – le città metropolitane e le province – che condividono con gli altri elencati dall'art. 114, comma 1 Cost. la stessa qualificazione in termini di elementi fondativi del sistema repubblicano.

Nella medesima direzione, va poi osservato che la Costituzione attribuisce a comuni, province e città metropolitane i medesimi poteri normativi, amministrativi e finanziari. In particolare, il riconoscimento anche a città metropolitane e province di funzioni amministrative "proprie", ossia per definizione non attribuibili ai comuni, alimenta forti perplessità attorno alle disposizioni legislative che ne sanciscono, sotto l'aspetto della legittimazione degli organi di governo, la derivazione dagli enti di base[15]. Ne discende altresì che le tesi per le quali meccanismi di secondo grado sarebbero ammissibili a condizione che a città metropolitane e province siano attribuite funzioni non proprie, ma comunali, per l'esercizio associato di queste, non paiono accoglibili dal momento

[13] Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 50 del 2015, sulla quale cfr., tra gli altri, i commenti critici di 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"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, 463 ss.; G.M. SALERNO, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismo di impronta statalistica?*, in *Federalismi.it*, n. 7, 2015; L. VANDELLI, *La legge "Delrio" all'esame della Corte: ma non meritava una motivazione più accurata?*, in *Forumcostituzionale.it*, 30 aprile 2015.

[14] Nel testo si accenna ai dubbi di legittimità della legge 56 cge derivano dal quadro costituzionale vigente. A ciò deve aggiungersi la questione della violazione dell'art. 3, par. 2, della Carta europea dell'autonomia locale, su cui cfr., con riferimento alla fase antecedente alla legge Delrio, G. BOGGERO, *La conformità della riforma delle province alla carta europea dell'autonomia locale*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2012.

[15] Sulla distinzione tra funzioni sovracomunali e intercomunali, cfr. F. MERLONI, *Le funzioni sovracomunali tra Provincia e Regione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 45 ss.

che una scelta del genere fuoriesce, a Costituzione invariata, dalla disponibilità del legislatore[16].

Ulteriori indicazioni di analogo segno derivano poi da una riflessione sulla valenza democratica del principio di sussidiarietà verticale, che si sostanzia nella sua attitudine a favorire e stimolare processi di partecipazione alle deliberazioni pubbliche[17]. In tema è stato efficacemente notato che la piena realizzazione di tale obiettivo presuppone l'omogeneità delle modalità di attuazione del principio democratico preso gli enti che partecipano alla catena della sussidiarietà. Sarebbe infatti contraddittorio allocare le funzioni in capo agli enti più vicini alle comunità se poi congegni di partecipazione democratica fossero regressivi rispetto a quelli praticati nelle istituzioni territoriali più comprensive[18].

Tanto premesso, il testo della Commissione si è orientato nel senso di ripristinare, nell'organizzazione di governo sia delle città metropolitane che delle province, l'elezione diretta per lo meno dell'organo consiliare, prefigurando invece diverse soluzioni per l'organo monocratico, imperniate l'una sulla elezione diretta l'altra sull'elezione consiliare. Tuttavia, anche su questo profilo si sono registrate proposte alternative, miranti a conservare l'impianto fondamentale della legge n. 56 del 2014 pur senza mancare di segnalare l'opportunità di significativi aggiustamenti per quel che attiene, ad esempio, alla composizione numerica del consiglio provinciale , al rafforzamento della sua rappresentatività, alla reintroduzione della giunta (quest'ultima, peraltro, presente anche nei principi e criteri direttivi di delega ipotizzati dalla Commissione).

6. Lo stato dell'arte in tema di riforma del TUEL

Come già osservato in sede introduttiva, le iniziative maturate durante la XVIII legislatura non si sono fin ad ora tradotte nella presentazione di disegni di legge alle Camere; tuttavia, dopo la chiusura dei lavori della commissione che ha operato nel 2020 è circolato un testo informale, recante "Delega al Governo per la revisione del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e altre disposizioni per la funzionalità degli enti locali". Caratteristica essenziale di tale ipotesi normativa, che si evince già dal titolo, è quella di affiancare a una delega al Governo per la riforma del TUEL una serie di disposizioni di immediata applicabilità.

[16] Cenni alla tesi qui criticata in G. BOGGERO, *La conformità della riforma delle province alla carta europea dell'autonomia locale*, cit., 30-

[17] Sulle radici culturali del principio di sussidiarietà, cfr., tra gli altri, *Dimensioni e problemi della sussidiarietà, in G.C. De Martin* (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia*, Padrova, 2008, 32 ss.

[18] In quest'ottica, cfr. S. PAJNO, *Il problema delle città metropolitane: l'esercizio (ir)responsabile di funzioni strategiche*, in G.C. De MARTIN-F. MERLONI, *Per autonomie responsabili*, 214 ss.

In ordine alle norme di delega, la differenza che balza agli occhi rispetto all'ipotesi della Commissione è la notevole contrazione degli oggetti rimessi all'esecutivo i quali si identificano ora nella disciplina relativa alle fusioni tra comuni, al controllo sugli organi al regime giuridico dei segretari comunali, alla revisione economico-finanziaria, alla composizione dei consigli provinciali. Soprattutto l'assenza di previsioni sul tema cruciale delle funzioni fondamentali mette in risalto un approccio riduttivo, per effetto del quale la prospettiva di una piena attuazione del Titolo V nei riguardi delle autonomie locali lascia il posto a interventi più o meno puntuali di aggiustamento e manutenzione del decreto legislativo n. 267 del 2000. Ciò, nonostante la presenza di principi e criteri direttivi di delega che impegnano il Governo ad adeguare il TUEL alla novella del 2001, nonché a rispettare le sfere di competenza normativa costituzionalmente garantite.

Versioni più recenti del testo in esame hanno poi ricompreso anche previsioni sugli enti di area vasta, volte anzitutto ad adeguare la legislazione ordinaria alla sent. n. 240 del 2021 con la quale la Corte costituzionale, pur nel quadro di un dispositivo di inammissibilità, ha accertato l'incostituzionalità delle norme sulla designazione del sindaco metropolitano. Nello specifico la Corte, attraverso un lungo e articolato monito, muove dalla considerazione della disciplina delle province come *tertium comparationis* per dedurre l'irragionevolezza delle previsioni che identificano di diritto il sindaco metropolitano in quello del comune capoluogo, sotto il profilo della libertà del voto e della carenza del necessario nesso di responsabilità politica dell'organo monocratico verso le comunità di riferimento. La scelta circa le modalità per porre rimedio a tale *vulnus* è rimessa alla discrezionalità del legislatore che potrebbe optare – secondo la Corte – per meccanismi di elezione diretta o indiretta o ancora per l'istituzione di raccordi fiduciari con il consiglio. È allora il caso di precisare che la bozza in oggetto si orienta nel senso di congegni di elezione indiretta, profittando peraltro dell'occasione per introdurre ulteriori previsioni sganciate dal *decisum* della Corte quali quelle concernenti la durata del mandato di sindaci metropolitani e presidenti di province, o l'introduzione della giunta metropolitana e provinciale.

In conclusione, dal perimetro della riforma del TUEL è fuoriuscita anche la questione di Roma capitale. Infatti il tema sta seguendo un autonomo percorso parlamentare che sembra virare verso l'adozione di una legge costituzionale con l'obiettivo di riconoscere a Roma capitale poteri legislativi.

SPUNTI PROBLEMATICI PER UNA STORIA DELL'AREA VASTA IN SARDEGNA. L'ART. 43 DELLO STATUTO SPECIALE E LA SUA ECLISSI

SIMONE PAJNO[*]

Sommario

1. La punta dell'*iceberg*. – 2. L'art. 43 dello Statuto speciale di autonomia e la sua genesi. – 3. La volontà delle popolazioni delle province interessate espressa con referendum e il ruolo della legge regionale. – 4. Il problema della competenza a modificare il numero delle province (e del relativo procedimento): gli argomenti in favore dell'applicazione dell'art. 43, secondo comma. – 5. *Segue*: l'argomento della corrispondenza tra province e amministrazioni periferiche dello Stato. Critica. – 6. *Segue*: l'argomento delle "modifiche puntuali". Critica. – 7. Le vicende delle Province sarde dagli anni '70 agli anni 2000, in sintesi. – 8. I *referendum* del 2012 e la abolizione di *tutte* le Province. – 9. La istituzione delle gestioni commissariali. – 10. Le riforme del 2016 e del 2021. – 11. Alcune provvisorie conclusioni.

Abstract

The objective of the essay is to focus on the problem of interpreting Article 43 of the Special Statute of Sardinia, especially with regard to the question of the source of law empowered to modify the number of provinces. The essay argues that, to achieve this result, it is necessary to use the special regional law disciplined by Article 43, which can only be adopted in accordance with the will of the populations of the provinces involved in the legislative process. The essay holds that the contrary opinion, although supported over time by the state institutions and the Sardinian institutional system, is based on a manifest error, that should be clarify by the Constitutional Court.

Suggerimento di citazione

S. PAJNO, *Spunti problematici per una storia dell'area vasta in Sardegna. L'art. 43 dello Statuto speciale e la sua eclissi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Professore ordinario di Diritto costituzionale all'Università degli Studi di Sassari.
Contatto: simone.pajno@uniss.it

© 2007- 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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 punta dell'*iceberg*

Di recente la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi, a seguito di un ricorso proposto in via principale dal Governo, su una disposizione della legge della Regione Sardegna n. 7 del 2021 che disciplinava – in contrasto con l'art. 43, secondo comma, dello Statuto speciale di autonomia, almeno secondo la prospettazione dell'Avvocatura dello Stato – le modalità di partecipazione del corpo elettorale, tramite referendum, al procedimento di riforma degli enti di area vasta in Sardegna, ed in particolare delle loro circoscrizioni territoriali.

In estrema sintesi – ma sul punto si tornerà successivamente – la citata legge regionale n. 7 del 2021 ha provveduto ad istituire la Città metropolitana di Sassari; ad istituire le Province del Nord-Est Sardegna dell'Ogliastra, del Sulcis Iglesiente e del Medio Campidano; conseguentemente, a modificare le circoscrizioni territoriali della Città metropolitana di Cagliari e della Provincia di Nuoro, e a sopprimere le Province di Sassari e del Sud Sardegna. La normativa regionale prevede poi che la Giunta approvi uno «*schema di riforma dell'assetto territoriale*», destinato peraltro a recepire le scelte già effettuate negli artt. 3, 4 e 5 della legge regionale n. 7, entro trenta giorni dalla cui pubblicazione nel *Bollettino ufficiale* ciascuno dei comuni coinvolti può esercitare l'iniziativa per il distacco dall'ente nel quale risulta incluso, e per la aggregazione in altro ente di area vasta. In tale contesto, la consultazione referendaria delle popolazioni interessate è ammessa solo nel caso in cui la deliberazione del distacco-aggregazione non sia stata adottata all'unanimità dal consiglio comunale, ovvero – comunque – quando ne faccia richiesta almeno un terzo degli elettori iscritti nelle liste elettorali del comune *de quo* (art. 6, commi 2 e 3). Secondo il ricorso governativo tale disciplina contrasterebbe con l'art. 43, secondo comma, dello Statuto speciale di autonomia, ai sensi del quale «*con legge regionale possono essere modificate le circoscrizioni e le funzioni delle province, in conformità alla volontà delle popolazioni di ciascuna delle province interessate espressa con referendum*», in quanto il coinvolgimento del corpo elettorale è previsto dalla normativa regionale solo come eventuale, e per di più quale strumento per "reagire" ad una volontà legislativa già formatasi, e non invece – come parrebbe necessario sulla base della disposizione statutaria appena citata – quale parte essenziale di un procedimento legislativo rinforzato.

Come si è difesa la Regione dinanzi ad una censura che – almeno a prima vista – parrebbe senz'altro fondata? Gli argomenti spesi dinanzi al Giudice costituzionale sono stati essenzialmente due, funzionalmente connessi ma logicamente indipendenti. Secondo il primo l'art. 43, comma secondo, St. Sard., si applicherebbe solo a «*modifiche territoriali circoscritte*», e non invece a «*riforme complessive del territorio*», rispetto alle quali sarebbe del tutto fuori

gioco[1]. Il secondo argomento invece fa leva sulla modifica dello Statuto speciale di autonomia entrata in vigore nel 1993, con la quale la Regione ha acquistato la competenza primaria in tema di ordinamento degli enti locali: il che, comunque, renderebbe «*superato*» l'art. 43[2].

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 68 del 2022, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sopra sommariamente richiamata, in quanto la stessa era stata proposta con esclusivo riferimento all'art. 6 della legge regionale n. 7 del 2021 – che, come si è visto, detta le specifiche disposizioni concernenti la partecipazione delle popolazioni interessate tramite referendum – e non anche, invece, con riguardo a tutte le disposizioni dalle quali dipendono le modificazioni territoriali. Ciò è stato ritenuto chiaro sintomo di contraddittorietà della prospettazione del ricorso, poiché quest'ultimo partiva evidentemente «*dalla premessa che tale normativa sia stata approvata in lesione di una fase procedimentale essenziale*». Per di più la menzionata lacuna del ricorso è stata ritenuta tale da precludere, nell'eventualità dell'accoglimento, il raggiungimento delle finalità sottostanti allo stesso, poiché la eventuale caducazione delle norme oggetto del giudizio non avrebbe comunque portato a «*restaurare il principio affermato nell'atto di impugnazione, cioè la partecipazione necessaria delle popolazioni interessate, attraverso il referendum, al procedimento di formazione della legge regionale*», non risultando appunto coinvolte nell'impugnazione le disposizioni legislative che concretamente stabilivano (e stabiliscono tutt'ora) il concreto assetto territoriale degli enti coinvolti.

Si potrebbe forse ritenere la vicenda poco significativa, e – fatta comunque salva l'eventualità di una riproposizione della questione (magari meglio formulata) tramite il giudizio incidentale – destinata a chiudersi con la pronuncia appena richiamata. E non è certo escluso che le cose vadano in questo modo. Il nodo problematico che il Governo aveva posto all'attenzione del Giudice costituzionale, tuttavia, rappresenta la punta di un *iceberg* complesso e sfaccettato, che da tempo grava sulle vicende degli enti di area vasta in Sardegna, tanto che non pare azzardato ritenere che qualunque decisione circa l'assetto complessivo degli stessi – in particolare con riguardo ai loro confini territoriali ed al loro numero – se vuole aspirare ad un certo grado di stabilità, non potrà fare a meno di affrontarlo. È infatti evidente che qualunque normativa regionale di riordino di tali enti, a prescindere dalla bontà delle scelte effettuate, non potrà dirsi del tutto al riparo da contestazioni potenzialmente in grado di pregiudicarne radicalmente la validità se non si scioglie definitivamente (…per quanto

[1] Sent. n. 68 del 2022, par. 7 del *Ritenuto in fatto*.
[2] Sent. n. 68 del 2022, par. 8 del *Ritenuto in fatto*.

possano dirsi definitive le cose del diritto) il nodo della fonte competente ad adottare tali scelte, e del procedimento da seguire.

Le questioni cui si accenna, quindi, non sono nuove. Anzi, come si vedrà affondano le proprie radici nel periodo della elaborazione ed approvazione dello Statuto speciale di autonomia. Per molto tempo sono state sottovalutate, "coperte" da un equivoco che solo la giurisprudenza costituzionale è riuscita a chiarire almeno in parte. Nell'ultimo decennio tali questioni sono esplose nella loro complessità, e solo le strettoie di alcune vicende processuali hanno evitato alla Corte di pronunciarsi, come del resto è accaduto nel caso della sent. n. 68 del 2022. Per illustrarle è opportuno fare un po' di storia dell'autonomia regionale, risalendo fino al dibattito in Assemblea costituente e alle posizioni che nella stessa emersero sul tema della modificazione delle circoscrizioni delle province e del loro numero. I nodi essenziali delle questioni erano infatti già lì tutti presenti.

2. L'art. 43 dello Statuto speciale di autonomia e la sua genesi

Al momento della approvazione dello Statuto speciale della Regione Sardegna, in quest'ultima erano presenti tre province: Cagliari e Sassari, già esistenti nel 1861, e Nuoro, istituita dall'art. 1 del Regio Decreto Legislativo 2 gennaio 1927, n. 1 (*Riordino delle circoscrizioni provinciali*). L'assetto delle circoscrizioni provinciali sarde fu oggetto di un vivace dibattito in Assemblea costituente, che merita di essere brevemente ripercorso non solo per l'interesse, da un punto di vista culturale, che riveste il confronto svoltosi in quella sede, ma anche ai fini di ottenere qualche indicazione per l'interpretazione delle disposizioni statutarie vigenti e per la soluzione delle complesse questioni di diritto costituzionale che sono state originate dalle recenti vicende cui si è fatto riferimento in premessa.

Al riguardo rileva l'art. 43 dello Statuto di autonomia, che consta di due commi. Ai sensi del primo, «*le province di Cagliari, Nuoro e Sassari conservano l'attuale struttura di enti territoriali*», mentre, in base al secondo, «*con legge regionale possono essere modificate le circoscrizioni e le funzioni delle province, in conformità alla volontà delle popolazioni di ciascuna delle province interessate espressa con referendum*». Ciascuna delle due disposizioni merita alcune considerazioni.

Il mantenimento delle tre province pre-repubblicane, nella struttura istituzionale della Sardegna autonoma fu oggetto di dibattito sia nell'ambito della Consulta regionale sarda, che – come detto – in Assemblea costituente. Le ragioni della loro ipotizzata soppressione erano legate, soprattutto, all'asserita inutilità di questo tipo di enti territoriali una volta costituita la Regione. Prevalse, però, sia nella prima che nella seconda sede, la tesi della riproposizione delle province anche nel nuovo assetto costituzionale repubblicano, a motivo

della necessità di preservare il patrimonio storico e spirituale di cui esse erano portatrici, anche alla luce delle diversità culturali tradizionalmente molto radicate tra le varie zone, nonché della loro perdurante utilità, alla luce delle funzioni in concreto esercitate. Non mancò, inoltre, chi ritenne che esse potessero felicemente svolgere il ruolo di enti del decentramento amministrativo regionale.

Al riguardo, bisogna però notare che, almeno in una prima fase, la soluzione della riproposizione delle province storiche si accompagnava all'idea secondo la quale la decisione finale sarebbe dovuta spettare congiuntamente all'autodeterminazione delle popolazioni stanziate sul territorio e, in ultima istanza, allo strumento di autogoverno rappresentativo dell'intera collettività regionale, ossia il Consiglio regionale. Per questa ragione una prima versione del testo di quello che poi sarebbe divenuto l'art. 43, secondo comma, dello Statuto sardo prevedeva che «*con legge regionale possono essere modificate il numero, la circoscrizione le funzioni e la struttura delle province, in conformità alla volontà delle popolazioni di ciascuna delle province interessate espressa con referendum*». Fu solo nella seduta pomeridiana di mercoledì 28 gennaio 1948 che venne approvato un emendamento Scelba volto a sottrarre al circuito istituzionale regionale la decisione concernente *il numero* delle province sarde. L'argomento di Scelba faceva leva essenzialmente sull'art. 129 della Costituzione, come è noto poi abrogato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, ai sensi del quale «*le province e i comuni sono anche circoscrizioni di decentramento statale e regionale*». Poiché dunque, in tesi, dall'assetto delle province, ed in particolare dal loro numero, sarebbero derivate importante conseguenze organizzative sulle amministrazioni periferiche dello Stato (prefetture, questure, intendenze di finanza, etc.), non era ritenuto accettabile che tali conseguenze si determinassero per effetto di una decisione che potesse esaurirsi integralmente nel contesto istituzionale regionale. La decisione definitiva circa il numero delle province sarde doveva dunque essere mantenuta allo Stato. Da qui l'approvazione dell'emendamento Scelba e il testo vigente dell'art. 43, secondo comma, dello Statuto.

Si giunse quindi ad un esito che può essere sintetizzato come segue.

Venne stabilita, innanzi tutto, una sorta di "pietrificazione" delle Province di Cagliari, Nuoro e Sassari, che vennero costituzionalizzate *in quella forma* e *con quella estensione territoriale* che avevano al momento dell'entrata in vigore dello Statuto speciale. Il punto, come si vedrà, è importante. Come osservava la dottrina dell'epoca, «*lo Statuto regionale non ha (…) fornito solo guarentigia costituzionale all'ente provincia ma ha anche sanzionato costituzionalmente la*

ripartizione dell'Isola nelle tre circoscrizioni provinciali»[3]. Dalla lettura del comma secondo dell'art. 43, peraltro, emerge chiaramente come tale "pietrificazione" non sia assoluta, poiché la struttura delle tre province "originarie" poteva essere modificata tramite il ricorso alla legge regionale (previo *referendum*) cui competeva la modifica delle relative circoscrizioni territoriali (oltre che delle funzioni degli enti provinciali), con l'intenzione *sottintesa* del rinvio alla legge statale per quel che concerne la modificazione del loro numero e, dunque, la eventuale istituzione e/o soppressione di province nuove.

3. La volontà delle popolazioni delle province interessate espressa con referendum e il ruolo della legge regionale

Lasciando un attimo da canto il tema della individuazione della fonte competente a modificare il numero delle province, può essere opportuno soffermarsi su alcuni aspetti del procedimento stabilito dall'art. 43 St. Sard. per la modifica delle circoscrizioni di queste ultime. Deve infatti esser chiarito *chi* debba essere interpellato mediante *referendum* e in relazione a *che cosa*. Come si vedrà, il punto mantiene una sua stretta attualità.

In base alla disposizione statutaria *de qua*, la legge regionale che dispone una variazione territoriale deve essere conforme «*alla volontà delle popolazioni di ciascuna delle province interessate espressa con referendum*». Ciò vuol dire, chiaramente, che ogni singola variazione deve essere approvata mediante consultazioni referendarie che si svolgano autonomamente entro le singole province di volta in volta interessate. Insomma, la popolazione di *ciascuna provincia* deve poter esprimere, mediante *referendum*, la *propria* volontà. Viceversa, resta preclusa dalla disposizione in questione l'ipotesi di far deliberare *congiuntamente*, nell'ambito di un unico *referendum*, il corpo elettorale di tutte le province interessate dalla variazione che si intenda realizzare.

Da qui, inoltre, una ulteriore (ma automatica) conseguenza.

Nel caso "elementare" del distacco-aggregazione di uno o più comuni da una provincia ad un'altra, il quesito referendario da proporre ai due corpi elettorali delle due province interessate sarà ovviamente il medesimo. In casi più complessi, invece, non sarà così. Ove, ad esempio, la variazione territoriale in questione si sostanzi nella istituzione di una nuova provincia, per mezzo del distacco-aggregazione di comuni provenienti da *più* province, evidentemente la popolazione di ciascuna di queste ultime sarà "interessata" solo ed esclusivamente alle sorti di quel comune o di quei comuni che, in ipotesi, "ricadrebbero" nella nuova provincia. Di conseguenza non sarà possibile porre ai corpi

[3] G. CONTINI, *Note sulla modificazione, la istituzione di nuove e la soppressione di vecchie province nella Regione sarda*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1957, 153 ss.

elettorali di tutte le province interessate il medesimo quesito. Il quesito che deve essere sottoposto al corpo elettorale di una determinata provincia deve riguardare solo e soltanto la modifica che riguarda direttamente *quella provincia*. D'altra parte – corrispettivamente – il corpo elettorale di una determinata provincia *non può pronunciarsi* anche sul distacco-aggregazione di comuni di *altre* province, anche se, per ipotesi, tali comuni confluissero, insieme a parti del territorio di quella provincia, in un nuovo ente territoriale.

Convergono in questa direzione non soltanto gli elementi letterali sopra evocati, ma anche considerazioni di ordine logico-sistematico, poiché se la *ratio* dell'art. 43, secondo comma, St. Sard. è quella di salvaguardare l'autodeterminazione delle collettività stanziate in ciascuna provincia in relazione alla sorte del proprio territorio, è evidente che i *referendum* di cui si discorre non potranno che svolgersi in modo *autonomo* in ciascuna delle province, giacché altrimenti ben potrebbe darsi che una provincia più popolosa riesca ad imporre la propria volontà ad una provincia meno popolosa. Allo stesso modo, alla luce delle suesposte considerazioni, si deve concludere che non c'è alcun motivo perché il corpo elettorale di una provincia si esprima (anche) in relazione ad una modifica che non lo riguardi direttamente, anche nel caso in cui i territori comunali *de quibus* siano destinati a confluire, insieme a territori provenienti da *quella* provincia, in un nuovo ente provinciale.

Resta ancora una tessera da porre per completare il mosaico dell'interpretazione dell'art. 43 dello Statuto. Si tratta del ruolo che, nel contesto che si è delineato, è chiamata a svolgere la legge regionale. Si tratta di un duplice ruolo. Il primo è il più evidente. Il meccanismo della "doppia chiave" richiede il concorso di due volontà. Quella del corpo elettorale locale, tramite cui si garantiscono i territori e le collettività ivi stanziate contro imposizioni dall'alto, e quella del circuito della rappresentanza politica regionale, il cui compito è invece quello di valutare la modifica territoriale alla luce dell'interesse generale di tutta la Regione, al fine di assicurare che la variazione corrisponda a questo interesse, o che, quantomeno, non sia con esso in contrasto. Il secondo è quello di regolare, con norme di carattere transitorio, i rapporti che fanno capo, in vario modo e a vario titolo, agli enti interessati dalle variazioni. Può essere sufficiente accennare ai rapporti di credito e debito, ai beni in proprietà, ai rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni interessate, etc. Per la disciplina di tutti questi aspetti si renderà assolutamente necessario l'intervento della legge regionale, considerata la evidente inidoneità ad una adeguata disciplina di tali profili del solo pronunciamento referendario delle popolazioni interessate. È dunque anche per questa ragione che l'art. 43, secondo comma, dello Statuto esclude che le variazioni territoriali possano essere effettuate *soltanto* mediante lo strumento referendario, dal momento che questa fonte del

diritto non è in grado di far fronte adeguatamente alle esigenze di regolazione transitoria più sopra accennate.

4. Il problema della competenza a modificare il numero delle province (e del relativo procedimento): gli argomenti in favore dell'applicazione dell'art. 43, secondo comma

Il problema più significativo che la interpretazione dell'art. 43, secondo comma, St. Sard. pone è tuttavia connesso più a ciò che non dice che non a quello che dice. Ci si riferisce in particolare al problema se il procedimento sopra sommariamente ricostruito sia destinato ad applicarsi solo de esclusivamente per le modifiche delle circoscrizioni territoriali che non comportino un mutamento del numero degli enti provinciali, ovvero anche per le modifiche che abbiano tale esito.

Come si è visto, l'intento dell'emendamento Scelba – e il sottotesto ad esso connesso – era proprio quello di privare la legge regionale disciplinata dall'art. 43 St. Sard. della possibilità di modificare il numero delle province. Tuttavia deve subito essere notato come vi siano buone ragioni per ritenere che tale intento non potesse dirsi raggiunto, o, quantomeno, non raggiunto nei termini desiderati.

Un primo argomento in tale senso può essere offerto dalla considerazione dell'art. 43, primo comma, dello Statuto di autonomia. In assenza di una apposita autorizzazione costituzionale, analoga a quella contenuta nel successivo secondo comma, infatti, una legge dello Stato non poteva (e non può) certo ritenersi abilitata a modificare o anche solo a derogare alla citata disposizione statutaria, modificando l'«*attuale struttura di ente territoriale*» delle tre province storiche[4]. Come si è visto, infatti, l'art. 43, primo comma, riconosceva queste ultime nella conformazione, anche territoriale, che esse avevano in epoca prerepubblicana. L'intento del dell'emendamento Scelba, dunque, parrebbe frustrato dalla concreta redazione delle disposizioni qui prese in considerazione, che evidentemente impedivano (ed impediscono) alla legge statale di modificare l'assetto stabilito dal *primo* comma dell'art. 43 dello Statuto, norma di grado sovraordinato, attribuendo tale potere solo ed esclusivamente ad una legge regionale adottata ai sensi del *secondo* comma dell'art. 43[5].

[4] Il punto è efficacemente evidenziato da L. BUFFONI, *L'ordinamento degli enti locali nella Regione Sardegna*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, 5-6.

[5] G. CONTINI, *Note sulla modificazione, la istituzione di nuove e la soppressione di vecchie province nella Regione sarda*, cit., 153 ss.

È peraltro evidente che lo Stato dispone comunque di uno strumento per incidere sul tema: si tratta ovviamente della legge costituzionale, o della c.d. "legge di revisione statutaria" disciplinata dall'odierno statuto speciale dopo le modifiche di cui alla legge cost. n. 2 del 2001, ove si ritenga che tale fonte del diritto non vada annoverata tra le leggi costituzionali "vere e proprie", secondo quanto

Milita nella stessa direzione, del resto, il tenore testuale del secondo comma dell'art. 43, St. Sard.: dal punto di vista del "significato proprio delle parole" è infatti evidente che nella classe della «*modifica delle circoscrizioni*» provinciali, cui quest'ultima si riferisce, rientrano sia le variazioni delle circoscrizioni delle province derivanti da "*istituzione di nuove province o soppressione di province esistenti*", e che dunque comportano inevitabilmente anche la modifica del numero delle province, che le modificazioni delle circoscrizioni provinciali non sussumibili nella categoria "*istituzione di nuove province o soppressione di province esistenti*", e che, come tali, *non* comportano variazioni nel numero delle province[6].

Del resto, ove si ragionasse altrimenti, si garantirebbe l'autodeterminazione delle popolazioni locali in quelle occasioni in cui si decide di marginali modifiche ai confini provinciali, anche – per ipotesi – circoscritte al distacco-aggregazione di un solo comune, lasciando viceversa tali popolazioni "in balia" dei processi politici che si svolgono ad un livello di governo superiore quando in gioco vi siano modifiche molto più incisive del loro ente di autogoverno, quali il distacco di un significativo numero di comuni, in grado di costituirsi in provincia autonoma, o addirittura la *soppressione* dell'intera provincia e la sua aggregazione ad una provincia limitrofa. Ebbene, se non si accogliesse l'interpretazione sopra accennata dell'art. 43, secondo comma, dello Statuto sardo, secondo la quale l'espressione «*modifica delle circoscrizioni*» deve ritenersi comprensiva sia dei casi in cui a questo risultato si giunga tramite la creazione di nuove province o la soppressione di province esistenti, sia nel caso in cui invece ciò non accada, ritenendo, invece, che la disposizione *de qua* si applichi soltanto ai casi in cui le modifiche si realizzino *senza* la variazione del *numero* delle province, potendosi altrimenti procedere con gli ordinari procedimenti normativi di rango primario, si giungerebbe a garantire l'autodeterminazione delle

ritenuto da parte della dottrina (S. PAJNO, G. VERDE, *Gli Statuti-leggi costituzionali delle Regioni speciali*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, 303 ss.; M. CECCHETTI, *Le fonti della "differenziazione regionale" ed i loro limiti a presidio della unità e indivisibilità della Repubblica*, in S. PAJNO, G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto. II. Le fonti delle autonomie territoriali*, Milano, Giuffrè, 69 ss.; *contra* P. PINNA *Il diritto costituzionale della Sardegna*, II ed., Torino, Giappichelli 2007, 130 ss.; O. CHESSA, *La specialità regionale tra leggi di revisione della Costituzione e altre leggi costituzionali*, in S. PAJNO, G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto. II. Le fonti delle autonomie territoriali*, Milano, Giuffré, 2010, 97 ss.; A. ALBERTI, *Il procedimento di revisione dello Statuto sardo e la clausola di adeguamento automatico*, in M. BETZU, G. DEMURO, P. PINNA (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sardegna*, Torino, Giappichelli, 2020, 43 ss.). La strada della revisione dello Statuto speciale, del resto, fu quella indicata dalla dottrina più avvertita dell'epoca, secondo la quale l'elencazione delle Provincie contenuta nell'art. 43, primo comma, St., «ha (…) ad essa voluto conferire sostanzialmente una maggiore resistenza coprendola con le garanzie stabilite dal combinato disposto dei primi tre commi dell'art. 54 dello Statuto e dell'art. 138 della Costituzione» (G. CONTINI, *Note sulla modificazione*, cit.).

[6] Per questa conclusione anche A. RIVIEZZO, *Ordinamento della Regione e abolizione delle province in Sardegna: de provinciis non est referendum*, in *Federalismi.it*, n. 21/2013, 7 ss.

popolazioni locali in relazione alle questioni bagatellari, e, paradossalmente, a costringere queste ultime a subire decisioni a loro estranee quando in discussione è la loro stessa sopravvivenza come ente territoriale autonomo.

5. *Segue*: l'argomento della corrispondenza tra province e amministrazioni periferiche dello Stato. Critica

Secondo la prospettiva fatta propria, come si è visto, anche dalla difesa della Regione Sardegna in occasione della impugnazione dell'art. 6 della legge regionale n. 7 del 2021 – fino al 1993 le decisioni cui si accennava alla fine del precedente paragrafo, concernenti il complessivo assetto degli enti provinciali, sarebbero spettate alla competenza del legislatore statale. Dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2 del 1993 – la quale, come è noto, ha attribuito alla Regione la competenza in tema di «*ordinamento degli enti locali e relative circoscrizioni*» – tali decisioni spetterebbero invece al legislatore regionale[7], non dovendosi dunque applicare l'art. 43, secondo comma, St. Sard. tutte le volte in cui è in gioco la variazione del numero di tali enti.

Quali sono gli argomenti che potevano (e possono) essere invocati a sostegno di questa tesi? Il più importante di essi è già stato menzionato più sopra: si tratta dell'invocazione di quell'art. 129 Cost. che Mario Scelba poneva a fondamento della propria proposta di emendamento. Poiché ai sensi di questa disposizione (come è noto abrogata dalla legge cost. n. 3 del 2001) «*le Province e i Comuni sono anche circoscrizioni di decentramento statale e regionale*», si potrebbe ritenere (come in effetti si ritenne) che la decisione della legge regionale *ex* art. 43, secondo comma, dello Statuto, di istituire una nuova provincia obbligasse lo Stato a riconformare di conseguenza la propria amministrazione periferica, creando nuove prefetture, nuove intendenze di finanze, etc. Ciò in base ad una supposta *necessaria corrispondenza* tra circoscrizioni provinciali e circoscrizioni di decentramento dell'amministrazione statale. Questo argomento è stato utilizzato anche dalla dottrina dell'epoca[8], magari per inferirne la necessarietà della legge di revisione dello Statuto speciale, *ex* artt. 54 St. e 138 Cost., sulla base dell'idea secondo la quale «*è (…) evidente che la creazione di nuove province comporta inevitabilmente un ridimensionamento delle circoscrizioni esistenti e quindi un intervento in quella che è la competenza esclusiva riconosciuta alla regione*»[9].

[7] P. ZUDDAS, *La soppressione delle Province sarde storiche "originarie"*, in amministrazioneincammino.it, 2012, n. 10.

[8] C. AUSIELLO ORLANDO, *Circoscrizioni amministrative ed enti locali nell'ordinamento regionale*, in *Il Diritto Pubblico della Regione Siciliana*, I, 1952, 171 ss., nonché in ID., *Studi sull'ordinamento e la legislazione regionale*, Milano, Giuffrè, 1954, 37 ss.

[9] G. CONTINI, *Note sulla modificazione*, cit.

Il punto è stato affrontato *ex professo* dalla sent. n. 230 del 2001, con la quale il Giudice costituzionale ha respinto la ricostruzione del ricorso del Governo secondo la quale – proprio in ragione della necessaria corrispondenza tra province e dimensioni degli uffici periferici dell'amministrazione dello Stato – la riforma statutaria nel 1993 non avrebbe avuto l'"effetto traslativo" della competenza a modificare il numero delle province. La sent. n. 230 giunge a tale esito proprio negando la necessarietà di tale corrispondenza. Secondo la Corte, infatti, «*rientra pur sempre nella discrezionalità del legislatore statale la determinazione dell'ambito territoriale di competenza dei propri uffici decentrati, tanto più in quanto la provincia ha ormai perso la sua originaria prevalente matrice di circoscrizione dell'amministrazione decentrata del Ministero dell'interno per assumere la natura essenziale di ente espressivo di una delle dimensioni del sistema dell'autonomia locale tracciato dalla Costituzione*»[10]. Nello stesso senso, del resto, si era già espresso da tempo un autorevole studioso quale Umberto Pototschnig, secondo il quale «*non c'è invero nessuna norma o principio costituzionale che imponga obbligatoriamente la corrispondenza tra la Provincia come ente autonomo locale e il livello di decentramento degli organi periferici dello Stato*», di talché è ben possibile che «*il riassetto delle circoscrizioni provinciali, pur potendo portare a qualche aumento nel numero delle Province, non deve avere ripercussioni necessarie e automatiche sulla distribuzione e sul numero degli uffici periferici statali esistenti nelle circoscrizioni provinciali*»[11].

L'argomento, come si vede, andava ritenuto infondato *ab origine*, in quanto basato su un equivoco che gli avvenimenti successivi – ed in particolare la sent. n. 230 del 2001 della Corte costituzionale – hanno avuto modo di chiarire. E se nel 1993 non poteva sostenere una interpretazione della riforma statutaria tale da escludere dalla competenza in materia di circoscrizioni provinciali la modifica del numero delle province, a maggior ragione non poteva essere invocato a fondamento, nel 1948 e negli anni successivi, della tesi che escludeva tale oggetto dal procedimento di cui all'art. 43. Secondo comma, St. Sard.

[10] Sent. n. 230 del 2001, par. 3.2 del *Considerato in diritto*, ove si nota peraltro che notando inoltre che «*della discrezionalità delle scelte organizzative statali che da tale non necessaria coincidenza deriva è manifestazione – oltre che l'art. 11 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 (…), il quale, riorganizzando le prefetture attraverso la loro trasformazione in uffici territoriali del governo, non fa riferimento alcuno alla loro dimensione provinciale – l'art. 16, comma 2, lettera f), della legge n. 142 del 1990, norma ora trasfusa nell'art. 21, comma 3, lettera f), del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, approvato con il decreto legislativo n. 267 del 2000, che – con riferimento alle regioni ad autonomia ordinaria – prevede che l'iniziativa dei comuni per la revisione delle circoscrizioni provinciali e l'istituzione di nuove province tenga conto del fatto che "l'istituzione di nuove province non comporta necessariamente l'istituzione di uffici provinciali delle amministrazioni dello Stato e degli altri enti pubblici"*».

[11] U. POTOTSCHNIG, *La riforma delle autonomie locali nel progetto governativo*, in *Le Regioni*, 1983, 135 ss.

6. *Segue*: l'argomento delle "modifiche puntuali". Critica

Resta l'argomento delle "modifiche puntuali" – come si è visto anch'esso utilizzato dalla difesa della Regione Sardegna – in base al quale il procedimento "partecipato", a doppia chiave, dell'art. 43, secondo comma, St. Sard. andrebbe utilizzato solo ed esclusivamente per interventi sulle circoscrizioni provinciali che siano circoscritti e limitati, e non invece nel caso in cui si debba procedere ad una complessiva riforma del loro assetto. Al riguardo deve peraltro essere precisato che, anche ove lo si ritenesse fondato, non è affatto detto che tale argomento sarebbe in grado di condurre alla conclusione secondo la quale tutte le volte in cui si muta il numero delle province risulta esclusa l'applicazione dell'art. 43, secondo comma: poiché ben si potrebbe sensatamente ritenere che anche la soppressione di una provincia (ed il suo accorpamento con un'altra provincia esistente), o la nascita di una nuova provincia (per distacco da altra provincia esistente) siano "modifiche puntuali". Si tratta, ad ogni modo, di un argomento che deve essere necessariamente considerato: perché, come si vedrà, negli anni recenti il mutamento del numero delle province sarde è stato effetto, in più occasioni, di interventi che senza alcun dubbio è possibile annoverare tra le "riforme complessive". Ciò che del resto è accaduto anche nel caso della legge regionale n. 7 del 2021, dal quale si è tratto spunto per le presenti note.

Anche contro tale argomento ci sono però contro-argomenti decisivi, che portano senz'altro a scartare l'ipotesi di distinguere competenza e procedimento delle "modifiche puntuali" da quelle delle "riforme complessive". Eccoli esposti sinteticamente.

I. In primo luogo deve essere osservato come nulla, nel tenore testuale della disposizione qui considerata, consenta di differenziare le prime dalle seconde, prefigurando per queste ultime un procedimento normativo diverso. Anzi, un simile esito appare senz'altro estraneo alle possibilità interpretative del testo, isolatamente considerato, potendo essere ipoteticamente giustificato solo alla luce di *altre norme* che in qualche modo contribuiscano alla lettura dell'art. 43, secondo comma.

II. Tuttavia non esistono *altre norme* di rango costituzionale in grado di orientare l'interpretazione di tale disposizione nel senso che qui si contesta. L'unica dalla quale poteva apparentemente venire uno spunto in tal senso era proprio quell'art. 129 Cost.: ma sul tema ci si è già soffermati, per evidenziare quanto tale apparenza fosse ingannevole. È anzi reperibile una norma dal quale si desume chiaramente la necessità di interpretare l'art. 43, secondo comma, nel senso di includere nel suo ambito di applicazione anche le "riforme complessive". Si tratta dell'argomento già brevemente richiamato *supra*, al par. 4: come è stato efficacemente evidenziato in dottrina, infatti, dal primo comma dello stesso art. 43 deriva chiaramente l'impossibilità che una fonte diversa da

quella del secondo comma possa determinare la «modifica della struttura delle tre province storiche "pietrificate"» in tale disposizione[12].

III. Un ulteriore argomento, di carattere sistematico, deriva poi dalla sent. n. 220 del 2013 della Corte costituzionale, la quale ha osservato che «*sin dal dibattito in Assemblea costituente è emersa l'esigenza che l'iniziativa di modificare le circoscrizioni provinciali – con introduzione di nuovi enti, soppressione di quelli esistenti o semplice ridefinizione dei confini dei rispettivi territori – fosse il frutto di iniziative nascenti dalle popolazioni interessate, tramite i loro più immediati enti esponenziali, i Comuni, non il portato di decisioni politiche imposte dall'alto*»[13]. Il Giudice costituzionale ha dunque affermato con chiarezza il principio costituzionale che deve ritenersi alla base della modifica delle circoscrizioni provinciali (di qualunque tipo tali modifiche siano), ossia la *ratio* che sostiene la relativa disciplina positiva: si tratta di quello che è stato definito "principio del consenso"[14]: non è possibile che i mutamenti del territorio siano "imposti dall'alto" alle popolazioni nel medesimo residenti. Secondo una autorevole dottrina, peraltro, il fondamento di questo approccio può essere rinvenuto nella necessità di far salvo il rapporto tra comunità e territorio, in modo tale garantire che i processi di variazione del secondo non potrebbero che rispecchiare la volontà della prima[15]. È vero che le considerazioni sopra riportate sono state spese dalla Corte con riguardo all'art. 133 Cost., ed al mutamento delle circoscrizioni provinciali nell'ambito delle Regioni ordinarie, e non allo specifico tema che qui ci occupa: ma è altrettanto vero che non ci sono ragioni per distinguere, sotto questo profilo, tra gli enti provinciali esistenti nelle Regioni ordinarie e gli analoghi enti costituiti nelle Regioni ad autonomia particolare[16].

[12] L. BUFFONI, *L'ordinamento degli enti locali della Regione Sardegna*, cit., 6.

[13] Così il par. 12.2 del *Considerato in diritto*.

[14] M. PEDRAZZA GORLERO, M. NICOLINI, *Il principio costituzionale del consent nella decisione delle variazioni territoriali degli enti intermedi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, n. 3, 1070 ss.; I. NICOTRA, *La provincia e il fondamento costituzionale del diritto alla integrità territoriale delle istituzioni locali*, in *federalismi.it*, n. 23 del 2012.

[15] G. C. DE MARTIN *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Milano, Giuffrè, 1984.

[16] Non sono mancati, in effetti, tentativi volti ad interpretare anche l'art. 133 Cost. come rivolto esclusivamente a regolare "modifiche puntuali", e non "riforme complessive": in tal senso si veda l'autorevole punto di vista espresso da F. Patroni Griffi, *La Città metropolitana e il riordino delle autonomie territoriali. Un'occasione mancata?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2013, par. 8, il quale esclude l'applicazione dell'art. 133 Cost. al «riordino generale del sistema delle Province» in quanto, ragionando altrimenti, si dovrebbe concludere per la «giuridica impossibilità», per lo Stato, di procedere in tal senso con legge ordinaria (12).

La tesi è di sicuro interesse, anche se non riesce a convincere fino in fondo non solo perché contrasta con quell'approccio di principio che, come si è visto, innerva il tessuto costituzionale, ma anche perché, pure con riferimento alle Regioni ordinarie, non vi è traccia nel testo costituzionale della distinzione tra modifiche "puntuali" e riforme "complessive". Ad ogni modo, è certamente vero che l'art. 133 Cost. rende estremamente difficile, per lo Stato procedere ad una riforma complessiva delle

7. Le vicende delle Province sarde dagli anni '70 agli anni 2000, in sintesi

Rispetto al 1948 il *quadro delle tre "originarie" Province sarde è stato mutato più volte, e talvolta in modo rapsodico e contraddittorio. Le province prima sono diventate 4, poi 8, poi sono state (probabilmente) tutte abolite, per tornare ad essere nuovamente 4 (cui si affiancava una Città metropolitana), ed infine 6 (cui ai aggiungono oggi 2 Città metropolitane). Il "basso continuo" di questi ormai numerosi interventi di modifica, però, è proprio la adozione di una prospettiva secondo la quale si ritiene* competente ad incidere sul numero degli enti provinciali la legge regionale "ordinaria" (ossia non rinforzata ex art. 43 St, Sard.), per effetto del "trasferimento" a quest'ultima della competenza fin lì (asseritamente) spettante allo Stato a seguito della legge cost. n. 2 del 1993[17]. Secondo il punto di vista che si è provato a motivare nelle pagine che precedono, tale opinione era sin dall'inizio gravata da un equivoco, che ha impedito di riconoscere la necessità di utilizzare, a questo fine, il procedimento disciplinato dall'art. 43 St. Sard. Ciononostante tale opinione continua ad essere diffusa, e soprattutto condivisa nelle sedi istituzionali.

La prima volta in cui si è intervenuti sul numero delle province sarde risale al 1974, *con l'istituzione della Provincia di Oristano. Il 25 febbraio 1964 era stato depositato presso la Camera dei deputati un progetto di legge di iniziativa del Consiglio regionale della Sardegna, ai sensi dell'art. 121 Cost. e dell'art. 51 dello Statuto speciale. Per quel che più specificamente riguarda il tema qui affrontato, le istituzioni regionali e statali ritenevano di dover procedere alla creazione di una nuova provincia non in base all'art. 43 dello Statuto speciale, ma applicando l'art. 133, primo comma, Cost. Questa volta, invece, l'iniziativa fu coronata da successo, prendendo corpo e sostanza giuridica nella legge dello Stato n. 306 del 1974*[18]*. Conformemente alla (errata) logica accennata sopra, secondo la quale sempre e in ogni caso l'istituzione di una nuova provincia si riteneva che dovesse essere accompagnata da conseguenti ristrutturazioni delle amministrazioni statali,*

circoscrizioni provinciali: e tuttavia tale assetto deriva proprio dal particolare rilievo riconosciuto dal nostro diritto costituzionale, di quel "principio del consenso" richiamato nel testo, e al quale ha fatto implicitamente rinvio anche la citata sent. n. 220 del 2013. Si può certo ritenere – e l'ipotesi ha senz'altro una sua plausibilità – che l'assetto appena richiamato non sia soddisfacente, risultando maggiormente conforme all'interesse generale la possibilità, per lo Stato, di procedere ad un riordino complessivo delle circoscrizioni anche senza il consenso delle popolazioni interessate: ma a tale esito bisognerebbe giungere per il tramite di una riforma costituzionale. E analogamente deve ragionarsi anche – per quel che qui è di più prossimo interesse – per la Regione Sardegna.

[17] Cfr. A. RIVIEZZO, *La provincia, la città metropolitana, il comune e l'unione di comuni*, in M. BETZU, G. DEMURO, P. PINNA (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sardegna*, cit., 261, che definisce un «fatto curioso» (oltreché, comprensibilmente, «preoccupante») ciò che invece è frutto di una ben precisa posizione interpretativa delle disposizioni vigenti, come si è visto.

[18] Per una ricostruzione della vicenda cfr. A. RIVIEZZO, *La provincia, la città metropolitana, il comune e l'unione di comuni*, cit., 257.

l'art. 3, comma 1, della legge n. 306 disponeva l'adozione, da parte dei Ministri competenti dei «provvedimenti occorrenti per l'attuazione della presente legge, ivi compresa la revisione delle attuali circoscrizioni amministrative per porle in armonia con l'ordinamento territoriale della nuova provincia».

La tappa successiva della tormentata storia delle Province in Sardegna è invece quella, già più volte citata, dell'approvazione della legge costituzionale 23 settembre 1993, n. 2 (Modifiche ed integrazioni agli statuti speciali per la Valle d'Aosta, per la Sardegna, per il Friuli-Venezia Giulia e per il Trentino-Alto Adige), il cui art. 4 attribuisce alla potestà legislativa esclusiva della Regione Sardegna la materia dell'«ordinamento degli enti locali e delle relative circoscrizioni». Chi sposava l'interpretazione dell'art. 43, secondo comma, St. sottesa all'emendamento Scelba – da rifiutare, come si è visto, per una molteplicità di ragioni – ha ritenuto che, a partire da quel momento, quella potestà legislativa di cui si riteneva dotato lo Stato, concernente l'istituzione di nuove province (e la soppressione di province esistenti, nel rispetto dell'art. 43, primo comma, St.), fosse stata "spostata" in capo al legislatore regionale.

La Regione ha esercitato la competenza legislativa acquisita nel 1993 con la legge regionale n. 4 del 1997, che nel Capo I disciplina una procedura volta al "grande riordino" delle province. Si tratta di un procedimento certamente coordinato dal centro, non privo di intensi momenti collaborativi con le comunità interessate, che comunque – nonostante questi ultimi – non può essere ritenuto rispettoso del 43 secondo comma, St. Sard., poiché il referendum tramite il quale queste comunità sono chiamate a pronunciarsi sono solo eventuali, risultando necessari solo quando l'iniziativa conforme allo schema di assetto provinciale approvato dalla Giunta regionale non abbia ricevuto l'approvazione unanime del consiglio comunale[19]*. Finalmente, con la legge regionale n. 9 del 2001 il "grande riordino" ha visto la luce. L'art. comma 1, ha previsto l'istituzione delle nuove Province di Olbia-Tempio, del Medio Campidano, dell'Ogliastra e di Carbonia-Iglesias. Il successivo comma 2, inoltre, ha disposto che i confini di tali enti territoriali fossero definiti «così come previsto nello schema di nuovo assetto provinciale, approvato dal Consiglio regionale con Provv. C.R. 31 marzo 1999 e pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione n. 11 del 9 aprile 1999, e sono costituite da tutti i comuni compresi in tale delimitazione»*[20]*.*

[19] Il Capo II della legge regionale n. 4 del 1997 *detta invece quella che a tutti gli effetti può essere letta come una credibile attuazione dell'art. 43 secondo comma, St. Sard., rivolta a disciplinare le modifiche territoriali successive al complessivo riassetto di cui al Capo I, sia con riferimento a quelle modifiche che non comportino variazioni del numero degli enti, sia con riferimento a quelle che invece le comportino. Quanto a queste ultime, rispetto al modello della disposizione statutaria citata si segnala soltanto la necessarietà del «consenso dei tre quarti dei consigli di comuni facenti parte delle province interessate dalle variazioni territoriali», non previsto dall'art. 43 (art. 19, comma 6).*

[20] Può essere il caso di notare sin d'ora, peraltro, come tale atto amministrativo approvato dal Consiglio regionale fosse determinante non soltanto per la individuazione dei confini delle c.d. "nuove

8. I *referendum* del 2012 e la abolizione di *tutte* le Province

Se l'istituzione delle "nuove province" avvenuta con la legge regionale n. 9 del 2001 aveva dato espressione ad una istanza di autogoverno presente in realtà locali che non si riconoscevano del tutto nelle province "tradizionali" – dando però luogo però a problemi non indifferenti sul piano dell'organizzazione amministrativa e della loro adeguatezza rispetto ai compiti e alle responsabilità che erano loro affidate – i tempi dovevano cambiare repentinamente, lasciando il passo a quell'ardore demolitorio nei confronti dell'istituzione provinciale – ritenuta, a torto o a ragione, grave fonte di sprechi e inefficienze nel sistema della pubblica amministrazione – che, nell'ordinamento generale, ha portato prima a vari interventi normativi volti a circoscriverne i costi e a ridurne le funzioni, e poi al ben noto tentativo di eliminarla dal sistema istituzionale della Costituzione. Oggi c'è qualche segno di una (nuova) inversione di tendenza. Ma nel 2012 per le province la tempesta infuriava, e gli enti territoriali sardi ne furono travolti, subendo peraltro danni ben maggiori di quelli riportati dagli omologhi enti delle Regioni ordinarie.

Il 6 maggio 2012 gli elettori sardi infatti furono chiamati alle urne per pronunciarsi su quattro quesiti referendari, il cui fine politico fondamentale consisteva nella soppressione delle "nuove" province e nel ritorno allo *status quo* precedente alla loro istituzione. In particolare, i quesiti proponevano la abrogazione della legge regionale n. 4 del 1997, più sopra evocata, delle leggi regionali nn. 9 del 2001 e 10 del 2002, concernenti la istituzione delle "nuove" province di Carbonia-Iglesias, del Medio Campidano, dell'Ogliastra e di Olbia-Tempio, nonché della deliberazione del Consiglio regionale della Sardegna del 31 marzo 1999 contenente la «*previsione delle nuove circoscrizioni provinciali della Sardegna, ai sensi dell'art. 4 della legge regionale 2 gennaio 1997, n. 4*». L'esito della consultazione fu positivo, giungendosi però in tal modo non solo alla soppressione delle province istituite nella Regione Sardegna dalla legge regionale n. 9 del 2011, ma anche – e questa è una particolarità della vicenda che

province", ma per la delimitazione territoriali di tutti gli enti provinciali sardi. E ciò non solo per l'ovvia considerazione che non sarebbe stato giammai possibile disegnare le circoscrizioni delle nuove province senza incidere di conseguenza su quelle delle "vecchie", ma per la decisiva e assorbente ragione che alla citata delibera faceva rinvio anche l'art. 1, comma 2, della legge regionale n. 10 del 2002 (oggi oggetto della abrogazione dichiarata con il decreto presidenziale n. 69/2012: ma su ciò si veda infra), il quale così disponeva: «*In attuazione del generale riassetto delle circoscrizioni provinciali nel territorio della Regione sarda, disciplinato dal Capo I della* legge regionale 2 gennaio 1997, n. 4*, sia le province della Sardegna istituite dalla* legge regionale 12 luglio 2001, n. 9*, d'ora in avanti denominate "nuove province", sia quelle preesistenti sono delimitate così come previsto nello schema di nuovo assetto provinciale, approvato dal Consiglio regionale il 31 marzo 1999 e pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione 9 aprile 1999, n. 11*».

merita di essere segnalata – alla *involontaria* e *inconsapevole* eliminazione anche delle c.d. province storiche (Cagliari, Nuoro, Sassari e Oristano).

Può sembrare strano che si sia giunti ad un simile esito senza la necessaria consapevolezza: pur tuttavia si tratta esattamente quel che è accaduto. Ciò è dipeso da quello che è possibile definire una *aberratio ictus*: gli effetti abrogativi referendari sono stati diretti, senza che di ciò si avvedessero né i promotori della consultazione popolare, né gli organi regionali competenti a valutare la legittimità e l'ammissibilità della relativa richiesta, anche nei confronti dell'*unico atto* che stabiliva i confini territoriali *di tutti gli enti provinciali* – ossia la deliberazione del Consiglio regionale della Sardegna del 31 marzo 1999[21] senza che fosse possibile la reviviscenza della disciplina previgente[22]. Dunque, svoltosi con esito positivo il *referendum* in data 6 maggio 2012, e una volta entrato in vigore nell'ordinamento regionale l'effetto abrogativo, le province si sono trovate d'un tratto senza più territorio – loro elemento costitutivo e indefettibile[23] – e prive anche della loro componente personale, ovviamente individuata per il tramite del riferimento a quest'ultimo. Da qui, ovviamente, la loro giuridica scomparsa, e la evidente violazione dell'art. 43, primo comma, dello Statuto che invece prevede la necessarietà (almeno) delle province di Cagliari, Nuoro e Sassari[24].

[21] La legge regionale n. 9 del 2001, la cui abrogazione è stata dichiarata con il decreto presidenziale n. 73/2012, aveva istituito le Province di Olbia-Tempio, Medio Campidano, Carbonia-Iglesias e Ogliastra individuando la loro concreta delimitazione territoriale citata nel teso, a sua volta oggetto dell'abrogazione referendaria dichiarata con il decreto presidenziale n. 71/2012. Alla delibera in esame faceva peraltro rinvio anche l'art. 1, comma 2, della legge regionale n. 10 del 2002, oggetto della abrogazione referendaria dichiarata con il decreto presidenziale n. 69/2012, il quale così disponeva: «*In attuazione del generale riassetto delle circoscrizioni provinciali nel territorio della Regione sarda, disciplinato dal Capo I della legge regionale 2 gennaio 1997, n. 4, sia le province della Sardegna istituite dalla* legge regionale 12 luglio 2001, n. 9*, d'ora in avanti denominate "nuove province", sia quelle preesistenti sono delimitate così come previsto nello schema di nuovo assetto provinciale, approvato dal Consiglio regionale il 31 marzo 1999 e pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione 9 aprile 1999, n. 11*».

[22] In base all'ormai ben noto insegnamento della giurisprudenza costituzionale, infatti, l'abrogazione referendaria di una norma non determina la reviviscenza della norme a sua volta, e a suo tempo, abrogate da quella colpita dalla consultazione popolare (cfr., sul punto, la ormai celebre sent. n. 13 del 2012). Da ciò dunque la evidente conseguenza secondo la quale le abrogazioni referendarie della delibera consiliare del 31 marzo 1999 (dichiarata con il decreto presidenziale n. 71/2012), nonché delle norme di legge che vi facevano rinvio (dichiarate con i decreti presidenziali nn. 69 e 73/2012) non possono aver prodotto il "risorgere" dei vecchi confini provinciali, poiché non potevano in alcun modo determinare la reviviscenza delle norme che a suo tempo – prima della istituzione delle nuove Province nel 2001 – li individuavano.

[23] B. CARAVITA DI TORITTO, *Glosse scorrendo il testo della proposta Renzi*, in *federalismi.it*, n. 8 del 2014.

[24] Va evidenziato, dunque, che gli effetti soppressivi di tutti gli enti provinciali avevano due cause autonome e distinte: *a*) la prima causa è individuabile nell'abrogazione referendaria della legge regionale n. 9 del 2001, che istituiva le c.d. "nuove Province", dichiarata con il d.P.Reg. n. 73 del 2012: tale causa soppressiva, evidentemente, riguarda direttamente ed esclusivamente le "nuove" Province di Olbia-Tempio, Carbonia-Iglesias, del Medio Campidano e dell'Ogliastra; b) la seconda causa

Alla luce di quel che si è detto nei paragrafi precedenti, peraltro, di per se stesso lo strumento del referendum abrogativo sarebbe stato da ritenere inidoneo a raggiungere l'obiettivo sopra richiamato – ossia a ripristinare l'assetto imperniato sulle 4 province storiche – in quanto fonte non competente a modificar le circoscrizioni degli enti provinciali sardi ai sensi dell'art. 43, secondo comma, St. Sard. Va da sé, infatti, che il referendum contemplato da tale disposizione ha oggetto, soggetti e natura profondamente diversa da quelli del referendum abrogativo, il secondo non potendo dunque in alcun modo essere ritenuto "sostitutivo" del primo. L'art. 43 prevederebbe infatti il necessario intervento di una speciale legge del Consiglio regionale, preceduta da tanti referendum da svolgersi presso le province interessate quante siano le specifiche modifiche territoriali da realizzare, legge per di più gravata da un vincolo di conformità ai medesimi. Il referendum non dovrebbe essere dunque di tipo abrogativo, configurandosi invece quale presupposto necessario di una speciale legge rinforzata. Inoltre – sulla base della disposizione statutaria *de qua* – non si sarebbe dovuto proporre a tutto il corpo elettorale sardo il medesimo quesito, inerente il complesso delle modifiche territoriali, dovendosi viceversa proporre alle singole collettività specificamente interessate dalla singola modifica unicamente un quesito inerente quest'ultima. Risulta dunque evidente come in quel passaggio cruciale della recente storia istituzionale dell'Isola (che, come si vedrà, ancora oggi influisce sulle vicende dell'area vasta in Sardegna) ancora una volta si sia ignorato il tema della fonte competente ad incidere sull'assetto territoriale degli enti provinciali, e che il ricorso governativo proposto avverso la legge regionale n. 7 del 2021 aveva provato a portare all'attenzione del Giudice costituzionale.

In effetti non sono mancati tentativi di reagire in via giurisdizionale alla abrogazione referendaria delle Province, nonché alle vicende conseguenti, di cui si fornisce una breve ricostruzione nel paragrafo successivo, giungendosi per quelle vie anche a far sollevare in via incidentale dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, della legge regionale n. 15 del 2013, nella parte in cui prevedeva che, nelle province soppresse a seguito dei referendum abrogativi svoltisi il 6 maggio venissero nominati commissari straordinari per assicurare «*la continuità dell'espletamento delle funzioni*», a causa della illegittimità derivata – per violazione dall'art. 43, secondo comma, St. Sard. – dalla illegittimità costituzionale della abrogazione

soppressiva, invece, deve essere individuata nell'abrogazione referendaria della legge regionale n. 10 del 2002 e della delibera del Consiglio regionale della Sardegna del 31 marzo 1999, rispettivamente dichiarate con d.P.Reg. n. 69 del 2012 e con d.P.Reg. n. 71 del 2012: come si è già segnalato, la delibera disegnava i confini di *tutte le otto Province sarde* (sia delle "nuove", che delle "storiche"), mentre l'art. 1 della legge reg. n. 10 del 2002, recepiva la delibera consiliare individuando i confini di tutte le Province con riferimento a quanto in essa stabilito.

referendaria degli enti provinciali, nonché per contrasto «*con gli articoli 1, 48 e 51 della Costituzione*» in ragione della introduzione di «*una illegittima causa di scioglimento anticipato della Provincia del Medio Campidano e, quindi, una inammissibile interruzione dell'ordinaria durata del mandato dei suoi organi elettivi*». Come nel caso della sent. n. 68 del 2021, tuttavia, il Giudice costituzionale non ha ritenuto l'atto introduttivo del giudizio idoneo a dar luogo ad una decisione nel merito, concludendo nel senso di una ingloriosa inammissibilità delle questioni sollevate, una a causa della non pertinente individuazione del relativo oggetto, e l'altra per incompleta ricostruzione del quadro normativo.

9. La istituzione delle gestioni commissariali

All'indomani delle consultazioni popolari – e prima della adozione dei decreti dichiarativi dell'esito dei referendum– le istituzioni regionali hanno peraltro "scoperto" gli aspetti problematici su cui sopra ci si è soffermati, che pure erano già stati evidenziati a più riprese e con vari modi nel dibattito politico e scientifico. Merita al riguardo di essere menzionato il parere che sul tema venne prontamente reso, su formale richiesta del Consiglio regionale sardo, da quattro esperti in materie giuspubblicistiche[25], nei quali si perveniva in sostanza alle conclusioni rapidamente illustrate nel paragrafo che precede. Per quel che in questa sede specificamente interessa, il parere citato osservava inoltre quanto segue: «*L'abrogazione della deliberazione del 31.3.1999 del Consiglio regionale, che individua i confini territoriali di tutte e otto le province sarde, deve ritenersi travolga anche le quattro province "storiche", non solo in quanto tutte le otto province sono state istituite con un unico atto regionale di riordino di tutto il livello provinciale della Regione (…) ma soprattutto perché l'assenza della delimitazione dei confini dell'ente provinciale e della relativa popolazione, priva quest'ultimo dei suoi elementi costitutivi, necessari per agire nel mondo giuridico*». Da ciò si ricavava correttamente che tanto le c.d. "nuove" Province, quanto le c.d. Province "storiche", «*con l'abrogazione vengono tutte a cessare (…) in quanto viene anche sottratta per ciascuna di esse l'attribuzione di un territorio e di una popolazione di riferimento*». E «*un ente territoriale privo dei due elementi costitutivi (il territorio e la popolazione) non può esistere, né può esservi chi in suo nome possa esercitare alcuna funzione*». In considerazione di tale conclusione, il parere dei "saggi" suggeriva al Consiglio regionale l'approvazione di una legge che intervenisse *prima* del prodursi degli effetti dell'abrogazione referendaria, in grado di «*disciplinare gli effetti dell'abrogazione e della conseguente soppressione degli enti provinciali (…), stabilendo ad esempio una gestione provvisoria (…) in vista del successivo nuovo assetto*».

[25] SI trattava, in particolare, del prof. avv. Benedetto Ballero, prof. Pietro Ciarlo, avv. Gianni Contu, prof. avv. Andrea Deffenu.

Acquisito tale parere, il Consiglio regionale sardo si è prontamente mosso di conseguenza, ed – evidentemente – sulla sua base, approvando la legge regionale n. 11 del 2012, efficace a partire dal giorno stesso della sua pubblicazione, ossia un giorno prima dei decreti presidenziali dichiarativi dell'esito dei referendum e pubblicati contestualmente. Tale atto normativo, «*in via provvisoria*», ed «*in attesa*» di «*un nuovo assetto*», affidava agli «*organi provinciali in carica*» la «*gestione delle funzioni amministrative attribuite alle otto province che saranno soppresse*» per effetto «*dei referendum svoltisi il 6 maggio 2012*», nonché il compito di provvedere «*alla ricognizione di tutti i rapporti giuridici, dei beni e del personale dipendente ai fini del successivo trasferimento*» (art. 1). Alla legge regionale n. 11 del 2012 aveva poi fatto seguito la successiva legge n. 15 del 2013,

Come si vede, il Consiglio regionale non ha potuto fare a meno di prendere atto almeno di alcuni dei problemi di costituzionalità che affliggevano il risultato referendario. Tuttavia, non si può certo ritenere che abbia provveduto adeguatamente. Al riguardo deve innanzi tutto essere rilevato che – ovviamente – nonostante la coincidenza delle persone fisiche cui era affidata la gestione delle funzioni amministrative con i titolari degli organi elettivi, questi ultimi non operavano più come istituzioni di autogoverno delle comunità provinciali (che non esistevano più), ma come organi commissariali *ex lege* di una gestione provvisoria per di più delle *sole* funzioni amministrative una volta spettanti all'ente territoriale. Ed in effetti – a conferma di questo rilievo – le vicende successive hanno visto la nomina di commissari regionali in sostituzione dei titolari degli organi elettivi, prima per le gestioni subentrate alle c.d. "nuove province", poi anche per le gestioni relative alle "province storiche". Questa situazione si è peraltro protratta fino ad oggi, pur nel succedersi sincopato e vagamente goffo di "gradi riforme" degli enti di area vasta, privando dunque per lungo tempo le comunità territoriali del loro diritto di autogoverno[26].

10. Le riforme del 2016 e del 2021

Il sistema istituzionale sardo negli ultimi anni ha infatti proceduto a ben due "riforme complessive" degli enti territoriali minori, ed in particolare degli enti di area vasta. Al riguardo devono essere menzionate la legge regionale n. 2 del 2016, e – da ultimo – la già più volte evocata legge regionale n. 7 del 2021. Per le finalità del presente contributo non è necessario ricostruire analiticamente i contenuti dell'una e dell'altra. Sul punto può essere sufficiente osservare quanto segue.

[26] Tali vicende ricostruite da M. CORRIAS, *Il continuo rinvio delle elezioni provinciali in Sardegna e la legge regionale n. 7 del 2021*, nel presente numero di *Questa Rivista*..

La legge n. 2 del 2016 punta a realizzare un complessivo riassetto delle autonomie comunali, affidandolo ad un apposito «*Piano di riordino territoriale*», cui è assegnato anche il compito di riorganizzare la dimensione intercomunale tramite la pianificazione di un complesso sistema di enti a base associativa qualificati "unioni", "reti urbane" e "reti metropolitane". Per il governo dell'area vasta si prefigura invece un esito finale in cui – a seguito di una ipotizzata riforma dello Statuto speciale – non appaiono più le Province. In via transitoria – fino al verificarsi di questo evento chiaramente "molto" *incertus an et quando*, per utilizzare un eufemismo – si dispone il ripristino delle province riconosciute dallo Statuto e dalla legge statale, fatta eccezione per la provincia di Cagliari, la quale viene sostituita dalla provincia del Sud Sardegna, che risulta dalla "sottrazione" alla prima del territorio della neo-istituita Città metropolitana di Cagliari. A seguito della legge n. 2 del 2016, dunque, l'assetto dell'area vasta è il seguente: vengono re-istituite le province di Nuoro, Sassari e Oristano; viene istituita la città metropolitana di Cagliari; infine, la provincia di Cagliari – che evidentemente non include più il territorio ora ricompreso in quest'ultima – viene ri-denominata provincia del Sud Sardegna. Tutti i confini territoriali di tali enti vengono direttamente individuati dalla legge regionale n. 2 del 2016 (artt. 17 e 25)[27], tramite il riferimento alle circoscrizioni preesistenti rispetto alla data di entrata in vigore della legge n. 9 del 2001 (istitutiva delle c.d. "nuove province", come si ricorderà), cui vengono apportate alcune variazioni. Infine – come si accennava più sopra – si perpetua il regime di commissariamento per i rinnovati enti provinciali (art. 24)[28].

Infine, l'ultimo atto (almeno ad oggi) di questa tormentata vicenda, sul quale già ci si soffermava nel primo paragrafo del presente contributo. La legge regionale n. 7 del 2021 istituisce la Città metropolitana di Sassari, nonché – per sottrazione, analogamente a quanto era successo del 2016 per la Città metropolitana di Cagliari – la provincia del Nord-est Sardegna; istituisce inoltre le province dell'Ogliastra, del Silcis Iglesiente e del Medio Campidano; modifica conseguentemente le circoscrizioni territoriali della Città metropolitana di Cagliari e della provincia di Nuoro; infine, sopprime le province di Sassari e del Sud Sardegna. Le circoscrizioni dei predetti enti territoriali sono individuate dalla legge stessa – cui si prevede che segua un atto amministrativo attuativo – fatta comunque salva la possibilità, per i singoli comuni, di esercitare l'iniziativa per il distacco da un ente e l'aggregazione ad un altro, prevedendosi la necessità di procedere a referendum delle popolazioni dei comuni solo se

[27] Può essere opportuno precisare che alle previsioni legislative regionali è comunque previsto che faccia seguito un atto attuativo approvato dalla Giunta regionale di individuazione in concreto delle circoscrizioni.

[28] Ai sensi dell'art. 24 gli amministratori straordinari sarebbero dovuti rimanere in carica fino al 31 dicembre 2016. Tale termine è stato successivamente prorogato più volte.

l'iniziativa non sia stata adottata all'unanimità, o se lo richiede almeno 1/3 degli elettori comunali.

11. Alcune provvisorie conclusioni

Il breve *excursus* sulle recenti vicende dell'area vasta in Sardegna ha mostrato chiaramente come, da almeno un ventennio, nelle sedi istituzionali isolane sia maturata la convinzione indiscussa di poter procedere alla modifica delle circoscrizioni e del numero delle Province tramite una legge regionale "ordinaria", senza dunque dover seguire il procedimento rinforzato previsto dall'art. 43, secondo comma, Cost. Per di più anche il primo comma di tale disposizione costituzionale pare non godere di adeguata considerazione, posto che – come si è visto più sopra – lo stesso prevede quali enti necessari (anche) le province di Cagliari e Sassari, che forse un po' sbrigativamente sono state eliminate e sostituite ciascuna in parte da una città metropolitana, ed in parte da una provincia di nuova istituzione.

Ora come si è visto più sopra, tale convinzione non è certo maturata all'improvviso, ed anzi si lega con continuità all'idea, emersa già in Assemblea costituente, secondo la quale la competenza a modificare il numero delle Province non rientrasse nella previsione statutaria sopra menzionata, ma spettasse originariamente alla legge statale, per esser poi trasferita alla legge regionale "ordinaria" a seguito della riforma statutaria del 1993. Si sono esposti più sopra gli argomenti che – a parere di chi scrive – conducono senz'altro a ritenere non convincente tale ricostruzione, e qui non vi si tornerà. Il punto che però appare qui rilevante è che le critiche al convincimento diffusosi nel sistema istituzionale sardo non sono semplicemente il frutto di (più o meno) isolati percorsi della riflessione dottrinale, i quali – come peraltro sovente avviene – ben potrebbero lasciare il tempo che trovano, restando confinate nelle riviste scientifiche e nei convegni universitari.

Tutto al contrario, come si accennava la tesi qui sostenuta è stata portata avanti in un complesso e articolato contenzioso nel cui ambito si è provato a contestare la legittimità dei referendum del 2012, dei loro effetti, nonché della legge regionale istitutiva delle gestioni commissariali in sostituzione degli enti provinciali aboliti, ed ha anche avuto accesso alla Corte costituzionale, la quale non ha però ritenuto di potersi pronunciare nel merito delle questioni sollevate. Le vicende successive alla approvazione della legge regionale n. 7 del 2021 hanno poi mostrato come anche il Governo ritenga costituzionalmente necessario che la riforma degli enti di area vasta in Sardegna segua la procedura prevista dall'art. 43, secondo comma, dello Statuto speciale, nonostante anche in tale circostanza la questione proposta dinanzi alla Corte non sia riuscita ad ottenere una decisione nel merito. Eppure il problema rimane. Ignorarlo equivale a mettere la polvere sotto il tappeto, poiché in assenza di una parola chiara

sul punto da parte del Giudice costituzionale non solo l'attuale assetto degli enti di area vasta nell'Isola appare esposto al rischio della contestazione della sua legittimità costituzionale, ma – proprio in ragione della solidità del convincimento maturato presso le istituzioni regionali – qualunque modifica diversa dalle quelle puntuali variazioni territoriali non in grado di modificare il numero degli enti sarebbe probabilmente gravata dallo stesso limite. Con la sent. n. 230 del 2001 il Giudice costituzionale ha chiarito come il fallace argomento della necessaria corrispondenza tra circoscrizioni provinciali ed amministrazioni statali periferiche non potesse condurre ad interpretare la riforma costituzionale del 1997 nel senso di escludere dalla competenza regionale anche il mutamento del numero degli enti; oggi pare necessario svolgere il ragionamento contenuto nella sent. n. 230 fino alle sue ultime conseguenze, evidenziando come tale argomento non potesse (e non può) neanche sostenere l'interpretazione restrittiva dell'art. 43, secondo comma, St. Sard., e concludendo dunque che – almeno a diritto costituzionale vigente – qualunque variazione delle circoscrizioni territoriali degli enti provinciali rientra nell'ambito di applicazione di tale disposizione.

Si è detto in apertura del presente contributo che la circoscritta questione decisa nel senso della inammissibilità con la sent. n. 68 del 2021 rappresenta la punta di un *iceberg*. Si è mostrato nelle pagine che precedono come, nelle acque appena al di sotto della linea di galleggiamento di quest'ultimo, si agiti una questione complessa e risalente nel tempo, dalla cui soluzione dipende inevitabilmente la stabilità del sistema istituzionale sardo. C'è però un altro livello problematico cui accennare, ancora più in profondità, poiché non ci si può nascondere che la posizione che qui si contesta, nonostante sia decisamente priva delle necessarie basi giuridiche, dal punto di vista della politica del diritto appaia ben comprensibile. Non vi è dubbio, infatti, che il procedimento predisposto dall'art. 43 St. Sard. appaia davvero defatigante, e per nulla certo negli esiti, ove si ritenga necessario procedere a quella "riforma complessiva" degli enti territoriali cui più volte si è fatto riferimento. E che di tale riforma ci sia un gran bisogno, non soltanto in Sardegna ma anche nell'ordinamento generale, è provato non solo dal dibattito ormai consistente in tal senso, ma anche dal tentativo effettuato nel 2012 dal Governo Monti, con il d.l. n. 188 del 2012, non convertito.

Ebbene, sul punto occorre prendere atto che la disciplina costituzionale ad oggi vigente è complessivamente improntata a quel principio di autodeterminazione delle collettività territoriali evocato dalla sent. n. 220 del 2013 e che la dottrina ha definito "principio del consenso"[29]. Come chiariva Gianni De

[29] M. PEDRAZZA GORLERO, M. NICOLINI, *Il principio costituzionale del consent nella decisione delle variazioni territoriali degli enti intermedi*, cit.

Martin già nella sua monografia del 1984, il fondamento di questo approccio può essere rinvenuto nell'«esigenza di rispettare (…) il binomio comunità-territorio», con la conseguenza secondo la quale «le modificazioni territoriali di comuni e province non potrebbero che discendere dall'accertamento della intervenuta variazione di questo elemento essenziale della identificazione comunitaria, ossia della presa d'atto di processi essenzialmente 'volontari' interni alle comunità»[30]. Questa presa d'atto non può che essere la premessa necessaria per discutere criticamente la perdurante opportunità di tale assetto, per valutare – nelle sedi democratiche a ciò deputate – se non sia invece preferibile che, almeno ad alcune condizioni, oggi il "principio del consenso" ceda all'esigenza di consentire una razionale e complessiva riforma delle articolazioni territoriali degli enti di area vasta progettata dal centro, sia esso un "centro" regionale o statale: ma a tale esito bisognerebbe giungere per il tramite di una riforma costituzionale. E analogamente deve ragionarsi anche – per quel che qui è di più prossimo interesse – per la Regione Sardegna.

[30] Ci si riferisce al già citato *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Milano, Giuffrè.

MODELLO COSTITUZIONALE E TRASFORMAZIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI NELLE CRISI ECONOMICA E PANDEMICA. EMERGENZA E PERSISTENZA[*]

ANDREA CARDONE[**]

Sommario

Sezione I. 1. Le fonti a rischio di "contagio antidemocratico"?. – 2. Ha ancora senso ragionare di "sistema delle fonti"?. – 3. Il contenuto essenziale del "modello costituzionale"; Sezione II. 4. La ricerca delle "persistenze" nelle stagioni della forma di governo parlamentare. – 4.1 (segue): le fonti dall'inattuazione costituzionale alla "stagione d'oro" del parlamentarismo. – 4.2 (segue): il "pentapartitismo" e la degenerazione del sistema delle fonti. – 4.3 (segue): le fonti come strumento di governo nell'avvento della c.d. "Seconda Repubblica". – 4.4 (segue): le delusioni della "svolta maggioritaria" nel campo delle fonti. – 4.5 (segue): l'arretramento della centralità parlamentare/assembleare in alcune ulteriori prassi (1993-2010) in ambito Ue, costituzionale e regionale. – 4.6 (segue): le fonti nella forma di governo "a tre poli". – Sezione III. 5. L'accentramento dei processi di produzione normativa nelle mani del Governo nelle relazioni con i livelli della normazione non statale. – 6. I convergenti effetti dei "fattori esogeni" di condizionamento della produzione normativa. – 7. La lezione della "persistenza": la dislocazione del "baricentro normativo" della forma di governo.

Abstract

This essay will address the most important dichotomy that the conference title suggests, that is, 'emergencies/persistencies'. A combination that refers to the need to distinguish, in the transformations that practice has imposed on the 'constitutional model', long-term trends from the phenomena triggered by the economic crisis and the pandemic.

Based on these considerations, the initial part of this contribution (Section I) will be devoted to an attempt to clarify whether the 'constitutional model' of the 'system of sources' accepted by the Constituents in 1948 exists and what its structural and founding characteristics are.

This will be followed by a central body of reflection in which an attempt will be made to analyze what evolutions and changes the system of sources has undergone in the more than 70 years of the history of our Republic (Section II) and to give an overall reading from the point of view of the levels of normative production and the incidence of the external factors that have conditioned it (Section III).

Suggerimento di citazione

A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione introduttiva tenuta al Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022. Si pubblica in questa sede una versione parziale del testo apparso sul sito dell'Associazione, limitata agli aspetti che sono stati oggetto della Relazione introduttiva ivi presentata.

[**] Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze.
Contatto: andrea.cardone@unifi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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

Sezione I

1. Le fonti a rischio di "contagio antidemocratico"?

La mera lettura del programma dei lavori della prima giornata del Convegno annuale della nostra Associazione rende ragione, in maniera piuttosto immediata, della grande varietà dei temi che verranno analizzati dalle relazioni delle due sessioni. Tale varietà è senza dubbio il frutto del taglio che è stato dato alla riflessione che torniamo a sviluppare sul sistema delle fonti attraverso il titolo del nostro incontro, che fa espresso riferimento a due complesse dimensioni problematiche, quella dell'economia e quella della pandemia, con cui le fonti del nostro ordinamento costituzionale si sono trovate ad interagire, per lo meno, a partire dagli ultimi quindici anni.

Entrambe queste sfere ci hanno indotto ad acquisire familiarità con una parola che mi pare, più di altre, si presti a tematizzare le conseguenze che le due crisi, quella economica e quella pandemica, hanno prodotto negli ordinamenti costituzionali nazionali. Si tratta della parola "contagio"[1]. Infatti, se il ricorso a questo termine è divenuto un ossessionante *refrain* all'interno della gestione normativa della pandemia, già in occasione della crisi economico-finanziaria del 2007-2010, la medesima espressione è stata spesso utilizzata per spiegare come la vertiginosa espansione del mercato immobiliare americano abbia determinato l'esplosione dei mutui *sub-prime*, come le banche americane, al fine di ridurre l'esposizione rispetto a questi prodotti finanziari sempre più rischiosi, abbiano ceduto a terzi i mutui in questione parcellizzandoli e inserendoli in altri prodotti finanziari (destinati inizialmente agli investitori istituzionali, ma poi anche alle banche e ai risparmiatori privati), come questa "cartolarizzazione" abbia "infettato" – torna qui l'analogia con i lemmi della pandemia, che si spinge fino alla qualificazione dei titoli così formati come "tossici" e "patogeni" – l'intero sistema finanziario mondiale, determinando così il crollo della borsa (il cui momento più drammatico è stato il fallimento di *Lehman Brothers*) e, per questa via, la recessione dell'economia reale, caduta in una spirale di contrazione dei consumi, dei risparmi e degli investimenti[2].

Come accennavo, ho scelto di insistere sul sintagma "contagio" perché esso facilita la percezione di uno dei tratti distintivi che le due crisi (quella economica e quella pandemica) hanno in comune e che si ripercuote più

[1] In una prospettiva non dissimile, muovendo dall'ultima riflessione pasoliniana, utilizza l'analogo concetto di "malattia" per indagare gli effetti della pandemia sulla democrazia costituzionale, P. CAPPELLINI, *La Costituzione Invisibile. Costituzione e democrazia alla prova dell'emergenza: riflessioni di un melanconico*, in *História do Direito*, vol. 2, n. 3, 2021, 55 ss.

[2] In argomento, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2008). Il caso italiano*, Cedam, Padova, 2009, *passim*.

direttamente sul sistema delle fonti, ovvero che la pervasività di questi due fenomeni supera – se non squarcia – i confini segnati dall'unitarietà e dall'autonomia del corpo politico di riferimento; intendendo con queste espressioni la caratteristica, che è tendenzialmente propria di tutti i sistemi pluralistici contemporanei – e, quindi, anche del nostro – e che deriva essenzialmente dalla pluralità degli ordinamenti giuridici[3], per cui i soggetti della produzione normativa e i destinatari delle norme sono perimetrati e definiti dalla condivisa circostanza di operare all'interno di una medesima comunità politica, potrebbe dirsi, "costituita in ordinamento", ossia in una realtà politico-costituzionale in cui le norme giuridiche assicurano la partecipazione dei destinatari dei processi normativi e impongono ai titolari delle potestà normative di ogni ordine e grado di "considerare" quest'ultimi *nella* loro elaborazione e *per* la loro elaborazione[4], nonché di rispondere ad essi del loro operato di "legislatori".

Questo affinché alla base della produzione giuridica sia sempre quella dialettica – appunto, politica – che si instaura, proprio per effetto delle previsioni giuridiche dell'ordinamento, tra governanti e governati. E ciò indipendentemente dal fatto che la comunità politica di riferimento sia quella internazionale, quella sovranazionale dell'Ue, quella statale, quella di uno degli ordinamenti territoriali (regionali e/o locali) o non territoriali (si pensi, ad esempio, alle confessioni religiose o agli ordinamenti sportivi) che operano all'interno della Repubblica. In tutte queste dimensioni, infatti, perché la produzione del diritto risulti legittimata democraticamente è necessario e imprescindibile che ogni innovazione dell'ordinamento giuridico – ogni nuova norma – sia riconducibile alla dialettica tra governati e governanti per come essa è strutturata dalle previsioni del medesimo ordinamento, le quali, per un verso, ne individuano l'autore e ne disciplinano il procedimento di formazione, esprimendone la legittimazione c.d. "per *input*", per l'altro, ne definiscono le conseguenti forme di responsabilità, concretandone la legittimazione c.d. "per *output*".

In un corpo politico che voglia vantarsi di avere forma democratica, difatti, non v'è spazio né per l'idea che il malato debba essere "salvato da se stesso"[5],

[3] Per una recente panoramica, relativa ad alcuni ordinamenti settoriali (sportivo, sindacale, universitario, parlamentare, militare e penitenziario), volendo, si può vedere D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli, 2020, *passim*.

[4] Su questo profilo cfr., per tutti, G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 22 ss., che nel consentire il soddisfacimento di questa condizione individua il *proprium* del meccanismo della rappresentanza politica.

[5] In questo senso, di un'Unione europea le cui politiche anticrisi sembrano giustificate «dal solo scopo di salvarci da noi stessi» ragiona M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica: la prospettiva della Costituzione repubblicana,* in ASSOCIAZIONE ITALIANA COSTITUZIONALISTI,

né per la deresponsabilizzazione politica che deriva dall'imposizione di vincoli esterni[6]. E da questo punto di vista, il discorso costituzionalistico sulle fonti, lungi dal ridursi alla mera "entomologia giuridica", cui rischia di appiattirsi se l'analisi della prassi resta fine a se stessa e si limita a segnalare e censire le tipologie normative e le loro patologie, come farebbe appunto un entomologo con gli insetti, rivela tutta la propria centralità nella teoria democratica[7].

A ben vedere, pare di poter dire che proprio quello appena tematizzato è il filo rosso che lega il modo in cui i tre "fattori esogeni" di condizionamento della produzione normativa, di cui Giuliano Serges, Anna Alberti e Cecilia Siccardi si occuperanno nella sessione di oggi pomeriggio (ovvero, rispettivamente, l'emergenza, i vincoli finanziari e la tecnica), producono i loro effetti nei tre contesti normativi che saranno presi in considerazione dalle tre relazioni della mattina, dedicate alla dimensione sovranazionale ed internazionale (oggetto di quella di Antonello Lo Calzo), alla dimensione territoriale (su cui interviene Sara Lieto) e alla proliferazione della *soft law* (su cui verte la relazione di Fabio Pacini). Gli esempi che è possibile trarre al riguardo dalla prassi sono diversi e verranno in considerazione nel prosieguo della trattazione, ma soprattutto saranno oggetto della riflessione dei relatori, per cui su di essi non merita dilungarsi in sede introduttiva.

Rispetto a tutti e tre i contesti normativi considerati, infatti, è agevole constatare che l'emergenza, i vincoli finanziari e la tecnica espongono il nostro sistema delle fonti a diffusi fenomeni e rapporti di eteronomia negli ordinamenti di tutti i livelli territoriali ed anche negli ordinamenti sprovvisti di base territoriale (torna utile, al riguardo, il caso degli ordinamenti sportivi e delle confessioni religiose, i cui meccanismi di produzione normativa, ad esempio, sono stati profondamente incisi dalla normativa anti-Covid). Lo dimostra che molte delle prassi e dei fenomeni che considereremo sono caratterizzati dalla circostanza che i destinatari delle norme e i soggetti della loro produzione, quand'anche non ci si trovi dinnanzi alla creazione di diritto ad opera di soggetti privati[8], destano la perplessità di non appartenere a quella medesima

Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale AIC 2011, Jovene, Napoli, 2014, 100, nota 361.

[6] Sempre con riferimento ai condizionamenti economico-finanziari derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, G. DELLA CANANEA, Lex Fiscalis *Europea*, in *Quad. cost.*, 2014, 25 ss.

[7] Sul punto cfr., per tutti, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI, *Quaderno n. 10. Seminario 1999*, Giuffré, Milano, 2000, 75 ss.

[8] Fenomeno tradizionalmente inquadrato come autoregolazione dei rapporti privatistici "in mancanza, o nell'insufficienza della legge statuale" (così W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963, 3, ma si veda, in senso concorde, anche T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in

comunità politica "costituita in un ordinamento" la cui autonomia e compiutezza consentono, di per se stesse, di ritenere assolte "a monte" le imprescindibili questioni di legittimazione democratica che ogni attività nomopoietica pone.

Questa notazione spalanca le porte alla riflessione che la parte iniziale del titolo del nostro Convegno suggerisce quando associa la problematica delle trasformazioni che il "sistema delle fonti" ha subito per effetto delle crisi economica e pandemica alla considerazione del "modello costituzionale"; espressioni che, in questa fase iniziale della riflessione, assumerò tra virgolette proprio perché riprese dal titolo e in attesa di una definizione contenutistica, che proverò a dare di qui a poco. Sarà necessario, infatti, chiedersi se i fenomeni analizzati dalle singole relazioni siano compatibili o meno con il "modello costituzionale" o se, piuttosto, i condizionamenti espressi dall'emergenza, dai vincoli finanziari e dalla tecnica non siano la manifestazione di come il "sistema delle fonti" del nostro ordinamento sia stato "contagiato" da quella particolarmente grave patologia che si manifesta attraverso il *deficit* di legittimazione democratica dei processi di produzione normativa. È appena il caso di dire che il tema si inserisce in una problematica assai più ampia – già da tempo all'attenzione della dottrina costituzionalistica, ma che non potrà essere trattata in questa sede per la vastità delle sue implicazioni teoriche e pratiche – la quale attiene, in termini più generali, alla compatibilità costituzionale dei poteri tecnici ed economici, quindi anche privati, con la forma democratica[9].

Anche se si resta sul "solo" piano delle fonti, come ovvio, diversi sono comunque gli approcci che è possibile seguire per rispondere all'interrogativo di fondo che si è appena posto. Un'indicazione metodologica chiara mi pare derivi, però, ancora una volta, dal titolo del nostro Convegno; stavolta dalla

ID., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1979, 71 ss.) ed in sempre maggiore crescita. In proposito si vedano, per una prima ricognizione dell'ampiezza della casistica offerta dalla prassi, A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e Globalizzazione*, LUISS University Press, Roma, 2015, *passim* e M. PALAZZO, *Il contratto nella pluralità degli ordinamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 69 ss.

[9] In una letteratura sul punto ormai sterminata, e per quanto attiene più direttamente alle problematiche affrontate dal Convegno, una prima ricognizione delle questioni sullo sfondo delle presenti riflessioni si può condurre, anche a fini bibliografici, a partire dai saggi raccolti in ASSOCIAZIONE ITALIANA COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2017. Democrazia, oggi. Atti del XXXII convegno annuale dell'AIC, Modena, 10-11 novembre 2017*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, in particolare, quelli di P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, *ivi*, 41 ss.; M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, *ivi*, 95 ss.; L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico: la "forma" del primato costituzionale*, *ivi*, 255 ss.; M. ESPOSITO, *Rilievi critici sull'uso economicistico del diritto pubblico*, *ivi*, 583 ss.; R. MANFRELLOTTI, *Potere economico e Costituzione materiale*, *ivi*, 595 ss., cui *adde* i contributi contenuti nel recente fascicolo di *Dir. pubbl.*, 3/2021, *I poteri privati*, in particolare quelli di M. BETZU, A. CERRI, G. DI GASPARE, M.R. FERRARESE, M. LIBERTINI, A. PIOGGIA, A. SANDULLI.

sua parte finale, in cui si contrappongono "emergenza" e "persistenza", suggerendo così l'dea che l'indagine debba fare particolare attenzione a distinguere, nelle trasformazioni del sistema delle fonti, quelle linee di tendenza che si erano già manifestate in passato per ragioni non congiunturali da quelle evoluzioni che, invece, possono essere più direttamente ricondotte ai fenomeni di crisi di cui si è detto.

Occorre sul punto una precisazione di ordine terminologico, necessaria per evitare pericolose confusioni. Nella trattazione, si ricollegheranno i fenomeni normativi delle "crisi" economica e pandemica alla sfera delle relative "emergenze" non per negare che, dal punto di vista teorico, tra "crisi" ed "emergenza" sussista uno scarto, legato schmittianamente al carattere evolutivo o meno della rottura dell'ordine legale[10] (come ricordano le relazioni di Sara Lieto, Antonello Lo Calzo e Giuliano Serges), ma perché, dal punto di vista storico, che comprende quello della prassi, i fenomeni puntuali che manifestano un nesso eziologico con la recessione economica e con la pandemia vanno tenuti distinti da quelli, di più lungo periodo, che si sono strutturati prima e indipendentemente da quelle crisi – *considerande* innanzitutto come fatti storici – e che, presumibilmente, sopravviveranno ad esse, anche se con una fenomenologia diversa. Non si tratta, dunque, di disconoscere che le trasformazioni del sistema delle fonti innescate dalle crisi economica e pandemica possano stabilizzarsi determinando un'evoluzione permanente dell'ordinamento, ma di distinguere quali evoluzioni siano in rapporto di causa/effetto con esse e, quali, invece, siano da ricollegare ad eziologie diverse.

Dal punto di vista di queste pagine, dunque, la "vera" dicotomia che il titolo del nostro Convegno suggerisce non è tanto quella "crisi/emergenza", ma quella "emergenze/persistenze", che rimanda, appunto, alla necessità di distinguere, nelle trasformazioni che la prassi ha imposto al "modello costituzionale", le tendenze di lungo periodo dai fenomeni innescati dalla crisi economica e dalla pandemia.

In forza di tali considerazioni, la parte iniziale di questa introduzione (Sezione I) sarà dedicata al tentativo di chiarire se esista e quali siano le caratteristiche strutturali e fondative del "modello costituzionale" di "sistema delle fonti" accolto dai Costituenti nel 1948.

Ad essa seguirà un corpo centrale della riflessione in cui si proverà ad analizzare quali evoluzioni e cambiamenti il sistema delle fonti abbia subito negli oltre 70 anni di storia della nostra Repubblica (Sezione II) e a darne una lettura complessiva dal punto di vista dei livelli della produzione normativa e dell'incidenza dei fattori esterni che la hanno condizionata (Sezione III).

[10] Su cui, per tutti, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, 106; ID., voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 479 ss.

Come si avvertiva, infatti, solo distinguendo e isolando in premessa i mutamenti che lo hanno caratterizzato nel lungo periodo sarà possibile che i lavori del Convegno favoriscano l'individuazione di quelle trasformazioni che possono essere ricondotte alle crisi sanitaria ed economica senza operare mistificanti confusioni tra le linee evolutive che erano già in atto nel nostro ordinamento per ragioni non congiunturali e i fenomeni che, invece, si sono sviluppati sotto forma di reazione alla contingibilità e all'urgenza o che si sono limitati a slatentizzare e/o accelerare tendenze in essere.

2. Ha ancora senso ragionare di "sistema delle fonti"?

Nella ricerca del "modello costituzionale", anche per chiarire le coordinate logico-concettuali dell'indagine, giova prendere le mosse dalla constatazione che, come noto, vi è sostanziale concordia in dottrina sulla conclusione che l'attuale fisionomia assunta dalle fonti repubblicane sia, innanzitutto, il frutto della crisi dell'idea che le medesime possano essere considerate qualcosa di autonomo e autosufficiente, tali appunto da costituire un "sistema". Tale "disarticolazione" è stata ricondotta a molteplici fattori, dalla posizione assunta dalle fonti delle autonomie territoriali, specie dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001[11], all'erompere delle fonti esterne, in particolare quelle europee[12], e, più in generale, ai processi legati alla globalizzazione e all'influenza di questi ultimi sui meccanismi di produzione normativa[13].

Nello stesso senso è andata anche la riflessione di chi, come Franco Modugno, muovendo dalla distinzione tra l'insieme delle norme sulla normatività e sulla produzione giuridica, da un lato, e le norme sugli istituti giuridici, dall'altro, ha proposto di superare il cortocircuito derivante dall'«impossibilità di costruire un vero e proprio sistema delle fonti» (l'insieme di cui si è detto) attraverso l'individuazione di «un sistema delle norme vigenti, in quanto soggetto a regole di formazione – nella specie rappresentate, con formula volutamente sintetica e comprensiva, dalla consuetudine costituzionale – e regole di trasformazione – […] rappresentate dall'apporto di e dalle relazioni con altri ordinamenti normativi – »[14]. Un «sistema delle norme», quindi,

[11] Cfr., per tutti, G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 767 ss.

[12] *Ex multis*, cfr. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 1996, 76 ss.

[13] A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008, 8 ss.; e ID., *Le fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Artt. 1-9*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, XXII.

[14] F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 7.

che, secondo questa prospettiva, «non è, in tal modo, affatto condizionato da un impossibile sistema "chiuso" delle fonti»[15].

Ancora di recente, Roberto Bin ha evidenziato come sia difficile discutere oggi di un "sistema delle fonti" perché ciò presupporrebbe che si possa sempre distinguere tale "sistema" da «altri sistemi, con cui quello delle fonti deve rapportarsi mantenendo la propria "chiusura autoreferenziale", ma anche mettendo in chiaro i punti di contatto e di scambio»; il ché fa carico all'interprete di dover «ispezionare le zone d'ombra del sistema delle fonti, le aree in cui il contatto con altri sistemi appare confuso, privo di linee di confine […]: cioè di determinare ciò che è fonte, ed è quindi capace di produrre norme che vincolano la collettività, e ciò che non lo è»[16].

Dalla riflessione della dottrina proviene in maniera molto netta l'indicazione a ricercare le cause di questa "deflagrazione" del sistema delle fonti principalmente nelle trasformazioni della sovranità statale[17] ed anche dagli approfondimenti che emergono dai testi scritti delle relazioni risulta la medesima prospettiva. Questa indicazione metodologica non meraviglia. La stessa idea che le fonti costituiscano un sistema, infatti, è innanzitutto dal punto di vista storico ampiamente tributaria dei dogmi della sovranità statale[18], di cui la Costituzione italiana si è certamente nutrita, per quanto rechi ampie aperture alla dimensione internazionale e sovranazionale e abbia riconosciuto il pluralismo nella sua versione istituzionale, territoriale e sociale, ponendo così le basi per l'ampliamento del catalogo delle fonti ben al di là di quanto previsto dalla Costituzione stessa e dal codice civile.

Per considerare adeguatamente le ragioni di questa prospettiva è necessario non trascurare che, come noto, la sovranità che è posta alla base delle costituzioni democratiche del secondo dopoguerra – alla cui crisi assistiamo da tempo – è qualcosa di molto diverso da quello che la sovranità dello stato rappresentava nel contesto teorico della modernità giuridica. Essa, infatti, come noto, non si radica nell'idea dell'ordinamento giuridico dello stato come *superiorem non recognoscens*, ma si alimenta dal convincimento che il circuito della rappresentanza politica sia il principale – se non esclusivo – canale di legittimazione democratica deputato a dare forma e contenuto all'unità

[15] *Ibidem.*

[16] R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, 66-67, cui si riferisce anche il virgolettato che precede.

[17] Cfr., per tutti, U. DE SIERVO*, Perché occuparsi ancora delle fonti del diritto?*, in *Osservatorio sulle fonti,* 1/2015, 1 e A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in M. SICLARI (a cura di), *ult. cit.*, 63 ss.

[18] Basti pensare al classico A. MERKL, *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, in *Jiuristiche Blätter*, 47, 1918, trad. it. C. Geraci, *Il duplice volto del diritto*, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1987, 217 ss.

politica dello stato[19]. Al riguardo, la constatazione di detta crisi si è spinta fino a rilevare che è ormai necessario «discostarsi dal fondamentale ed originario nesso tra sovranità e stato»[20] nella convinzione della «perdita di effettività proprio della funzione politica della sovranità, sia essa o meno impegnata da vincoli, obblighi e pressioni materiali generati dalla rete di relazioni sovra- ed ultra-statali»[21], così come è necessario liberarsi della «contrapposizione strumentale, frequente in realtà nella letteratura recente e nel discorso politico contemporaneo, tra politica e giurisdizione»[22].

In una prospettiva differente, meno svalutativa della forza unificante della sovranità, è stato, altresì, osservato che la sua crisi si manifesta a partire dalla considerazione che nella società sono «in atto forze, poteri, istituzioni che manifestano 'pretese sovraniste', reclamando giurisdizioni autonome e indipendenti» e che «la cd. sovranità economica e la cd. sovranità del *bios* sono quelle che meglio caratterizzano la *lotta per la sovranità* nel nostro tempo presente»[23]. Secondo altra dottrina, invece, la sovranità conserverebbe la sua funzione costitutiva dell'ordine politico, ma «in senso oggettivo», ovvero non come manifestazione di autorità allocata in capo all'uno o all'altro soggetto costituzionale in contesa tra loro, ma come «sovranità dei valori […] sorretta, di volta in volta, da un soggetto istituzionale che in quel momento e in quella situazione incarna la sovranità oggettiva»[24].

Tanto, però, sono divenuti evanescenti i suoi tratti caratteristici che, una volta escluso che la sovranità si identifichi con l'ordine costituzionale delle competenze, si pone il problema di precisarne la fisionomia, che si atteggia altrimenti come il «grande noumeno del diritto pubblico: una cosa in sé di cui si postula la presenza ma che non è conoscibile», tanto da potersi dire che «sappiamo che c'è, ne affermiamo la necessaria esistenza, ma non sappiamo dire che aspetto abbia»[25].

La problematicità di questo orizzonte teorico non lascia indenne la nostra

[19] Cfr., per tutti, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1954), ora in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 114 ss. e, più di recente, M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998, 97.

[20] F. BILANCIA, *Sovranità (relazione di discussione)*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio, Atti del XXXI Convegno Annuale Trento, 11-12 novembre 2016*, Jovene, Napoli, 2017, 158.

[21] *Ivi*, 197.

[22] *Ivi*, 210-1.

[23] A. MORRONE, *Sovranità (relazione introduttiva)*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale*, cit., 143-4.

[24] G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 72.

[25] O. CHESSA, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale (relazione di sintesi)*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale*, cit., 251.

esperienza costituzionale perché la Costituzione repubblicana, come le altre Costituzioni europee del secondo dopoguerra, è una costituzione della liberaldemocrazia parlamentare, che si fonda sulla rappresentanza politica generale (e, quindi, sui partiti[26]) come principale circuito espressivo della sovranità statale. Per dirla con la dottrina tedesca, è una *Parteienstaatliche Verfassung*. Può non essere del tutto privo di utilità ricordarlo per tenere a mente che, anche a fronte del disordine che oggi lo caratterizza[27], quello delle fonti è stato concepito dai Costituenti come un sistema, non nella prospettiva di affermare la chiusura dell'ordinamento costituzionale verso l'esterno, ma per sottolineare che tutte le fonti del diritto devono trarre, direttamente o indirettamente, il loro fattore di legittimazione democratica dal circuito della rappresentanza politica.

Esiste, infatti, un legame che accomuna le elaborazioni della rappresentanza politica che, a partire dalla fondamentale teorizzazione di Gerhard Leibholz[28], esaltano la sua accezione di strumento di integrazione del popolo sovrano[29] e quelle che – lungo il filo rosso che si dipana, in contesti teorici diversissimi, da James Madison[30] e John Stuart Mill[31] attraverso Carl J. Friedrich[32] ed Hans Kelsen[33] fino a Robert A. Dahl[34] – hanno fatto leva sulla sua complementare funzione di tendenziale viatico per l'approssimazione all'ideale della democrazia diretta. Sia la dimensione integrativa che quella

[26] Emblematico in questo senso il dibattito in Assemblea Costituente, di cui piace ricordare la nota posizione di Lelio Basso (in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, VI, Camera dei deputati, Roma, 1970, 709), come anche l'idea di Giorgio La Pira che il significato costituzionale dei partiti derivasse da una concezione organica della società (*ivi*, I, 322), nonché la qualificazione operata da Costantino Mortati dei partiti politici come elemento strutturale che costituisce la base dello stato democratico (*ivi*, III, 1882) e la sottolineatura effettuata da Giuseppe Saragat (*ivi*, I, 228) del ruolo dei partiti come chiave della concezione moderna della democrazia rappresentativa. In dottrina, cfr., per tutti, A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 295 ss.

[27] Già R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013, 8 ss.

[28] G. LEIBHOLZ, *Die Repräsentation in der Demokratie* (1973), trad. it. S. Forti, *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, Milano, 1989, 109 ss.

[29] Come in V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940)*, Giuffrè, Milano, 1954, 418 ss.

[30] J. MADISON, *The Federalist n. 14* (1787), trad. it. L. Levi, in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, Il Mulino, Bologna, 1997, 215 ss.

[31] J.S. MILL, *Considerations on representative government* (1861), trad. it. P. Crespi, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Bompiani, Milano, 1946, 82 ss.

[32] C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy* (1941), trad. it. M. Grego, *Governo costituzionale e democrazia*, Neri Pozza, Vicenza, 1950, 375.

[33] H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920), trad. it. G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, 74.

[34] R.A. DAHL, *On democracy* (1998), trad. it. C. Paternò, *Sulla democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 112 ss.

mimetica, che contraddistinguono il ruolo servente che la rappresentanza politica svolge nei confronti della sovranità popolare, infatti, trasferiscono legittimazione democratica ad una sola tra le fonti dell'ordinamento giuridico, per l'appunto la legge formale del Parlamento; al contrario, le fonti e gli atti governativi scontano il proprio *deficit* d'investitura democratica attraverso uno stato di minorità *sub-primaria* che li obbliga sempre ad esprimere una volontà conforme a quella manifestatasi nella sede democratico-rappresentativa. Solo l'assemblea elettiva rappresenta la nazione e dispone di un potere originario, tutti gli altri sono poteri derivati ed i loro atti presuppongono un'autorizzazione legislativa del Parlamento[35]. Per tale motivo, come sottolinea Giuseppe Ugo Rescigno, «la legge formale viene discussa e deliberata in pubblico, da tutti i rappresentanti della volontà popolare (sempre che il sistema elettorale sia sufficientemente rappresentativo), mentre i regolamenti vengono elaborati e decisi in segreto, soltanto dagli esponenti della maggioranza con il concorso, quasi sempre segreto, dei gruppi di pressione (e cioè di coloro che dai regolamenti traggono o sperano di trarre benefici e vantaggi)»[36].

Ha senso, in questo quadro, richiamare il tema dell'esistenza di un "sistema delle fonti" perché essa è, potremmo dire kantianamente, la condizione logico-trascendentale di pensabilità di un "modello costituzionale" delle fonti. Non è possibile, infatti, concepire l'esistenza di un "modello costituzionale" tutt'ora vigente senza provare a pensare ancora oggi alle fonti del diritto dell'ordinamento costituzionale italiano come un sistema, inteso per lo meno in una accezione minima, se non come qualcosa di rigidamente ordinato in base a criteri prefissati, almeno come insieme di elementi che trovano comunque un comune fattore di riduzione ad unità[37]. Detto altrimenti, può predicarsi che l'assetto costituzionale delle fonti può ispirarsi a un modello, piuttosto che ad un altro, a condizione di essere pensato come qualcosa che ha delle regolarità strutturali che ne definiscono il contenuto essenziale e minimo e, in questa accezione, lo compongono in "sistema". In questa prospettiva, dunque, parlare ancora di "sistema delle fonti", pur nella consapevolezza dell'epifania di nuovi atti e processi normativi, continua ad avere un senso per lo meno come ipotesi di ricerca per comprendere se esiste un "modello

[35] Sul punto inequivoca la riflessione di R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1931, 30.

[36] G.U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli e Livio Paladin*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Cedam, Padova, 2004, 153 ss.

[37] Sul punto si vedano le condivisibili osservazioni di M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, in ID., L. IMARISIO, *Trattato di diritto costituzionale italiano*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 26, secondo cui «la comprensione dell'ordinamento giuridico è possibile soltanto attraverso lo studio del sistema delle fonti del diritto. O, meglio, attraverso la riduzione a sistema dei rapporti che intercorrono tra le fonti del diritto».

costituzionale" e quale sia il suo contenuto. Come è stato efficacemente scritto, infatti, «l'articolazione del sistema in "sottosistemi" non equivale a negazione del ... sistema stesso: tutt'all'inverso, è un modo di essere e di divenire dell'unità, di un'unità che si fa e senza sosta rinnova – come suol dirsi – "dal basso", attraverso la valorizzazione – la massima possibile alle condizioni di contesto – delle risorse proprie dell'ordinamento pluralista, conformemente alle indicazioni risultanti dal quadro costituzionale»[38].

3. Il contenuto essenziale del "modello costituzionale"

Ciò che merita rilevare è che, ai fini dell'individuazione di quale può essere considerato questo fattore di *reductio ad unitatem* nel caso della Costituzione repubblicana, la ricordata constatazione che la crisi del sistema delle fonti è, innanzitutto, crisi della liberaldemocrazia parlamentare e dei suoi modi di produzione giuridica imperniati sulla rappresentanza politica non è risolutiva, perché se, per un verso, la transizione che da decenni interessa la forma di stato democratico-rappresentativa concorre a spiegare molti e complessi aspetti dell'evoluzione del sistema delle fonti, primi tra tutti la perdita di centralità della legge[39], la rimodulazione del rapporto tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale[40], la diffusione del "diritto dei privati"[41], l'apertura dei procedimenti normativi ai contributi degli interessati[42], l'affermarsi dei poteri normativi delle autorità indipendenti[43], per l'altro, il riferimento alla democrazia rappresentativa non è di per sé sufficiente ad identificare il *proprium* che contraddistingue le singole, diverse e specifiche esperienze costituzionali

[38] A. RUGGERI, *ult. cit.*, 67.

[39] Cfr., per tutti, F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000, *passim*, part. 283 ss.

[40] Cfr., per tutti, P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio.* Lectio magistralis *di Paolo Caretti*, Esi, Napoli, 2016, *passim*.

[41] Per usare la felice espressione, già citata, di W. CESARINI SFORZA, *op. e loc. ult. cit.*

[42] Su cui si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, le riflessioni monografiche di R. DICKMANN, *Processo legislativo e limiti della legge*, Jovene, Napoli, 2006, 79 ss.; E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, Ets, Pisa, 2010, 331 ss.; L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Jovene, Napoli, 2012, 244 ss.

[43] Sul tema cfr. S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Ets, Pisa, 1996, 243 ss., G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2004, 9 ss., R. MANFRELLOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2012, 17 ss., e, da ultimo, F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 207 ss. Inoltre, per una disamina riferita alle singole autorità si veda il *Volume* dell'*Osservatorio sulle fonti* relativo agli anni 2003-2004, P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005, *passim*.

che gravitano intorno a quella forma di stato.

Nel caso dell'ordinamento repubblicano, ai fini di detta individuazione possono ancora una volta utilmente soccorrere alcune note considerazioni di carattere storico, che concorrono a definire l'identità costituzionale della Repubblica ed aiutano a rintracciare il fattore unitario di quella concezione minimale del sistema delle fonti che legittima la ricerca del suo "modello costituzionale". Due, in particolare, sono le ulteriori e complementari (rispetto a quelle della liberaldemocrazia) premesse storiche della Costituzione repubblicana cui si intende fare riferimento.

La prima è che essa nasce, come molte delle altre costituzioni del secondo dopoguerra, come una "costituzione compromissoria dello Stato dei partiti"[44]. È, cioè, come si usa dire, il frutto del compromesso politico tra le forze politiche che avevano alimentato l'antifascismo e condotto la resistenza all'interno del Comitato di liberazione nazionale. È, quindi, innanzitutto, il prodotto, situato nel tempo, dell'accordo storico tra sei partiti politici (Democrazia cristiana, Democrazia del lavoro, Partito comunista, Partito socialista, Partito d'azione, Partito liberale)[45]. Nella misura in cui appare contrassegnata da questa genesi, sembra corretto affermare che la vera scelta di fondo operata dai Costituenti fu quella per la forma di governo imperniata sulla centralità parlamentare, che ha portato con sé – secondo l'insegnamento kelseniano – quelle sulla giustizia costituzionale accentrata e sul ruolo del Presidente della Repubblica[46] e che ha tradotto in chiave istituzionale l'assunto – sempre *à la Kelsen*[47] – della tendenziale coincidenza tra forma di stato democratica e forma di governo parlamentare, basata sull'esaltazione del compromesso politico come fondamentale fattore di legittimazione democratica.

La seconda premessa è che la Costituzione del 1948 è, per usare una felice

[44] Sulle coordinate teoriche della nozione cfr., per tutti, O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralista*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 851 ss., part. 879 ss., dove l'Autore sviluppa l'idea che «L'esperienza storica delle democrazie europee dimostra che il compromesso non è ciò che deriva dalla regola di maggioranza, ma è ciò che lo fonda. Anzi, contrariamente a quanto Kelsen riteneva, in tanto la regola di maggioranza può produrre compromesso in quanto sia oggetto, a sua volta, di un compromesso costituzionale che le forze partitiche concludono a garanzia reciproca».

[45] Cfr., per tutti, il classico E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in ID., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, 15 ss., nonché, sull'idea del compromesso storico «in positivo», come «incontro di una pluralità considerevole di tradizioni politiche e costituzionali», animato da partiti concepiti in senso mortatiano come «parti totali», M. FIORAVANTI, *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana*, in *Astrid on line*, 2008, 3 ss.

[46] H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., 87 ss.

[47] Come sottolinea efficacemente A. DEFFENU, *Forme di governo e crisi del parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2006, 60 ss.

espressione di Enzo Cheli, nata per unire[48]. Ad essa, cioè, i Costituenti hanno affidato primariamente il compito di unificare la nazione che era uscita dall'esperienza del regime e dalla guerra spaccata tra monarchici e repubblicani, tra fascisti e antifascisti, tra Nord e Sud. I due aspetti appena evidenziati devono essere letti nelle loro reciproche implicazioni, perché il senso più alto del compromesso politico raggiunto in Assemblea Costituente fu proprio la sintesi di visioni del mondo tra loro molto diverse, che i partiti politici seppero mediare e comporre per creare quell'unità politica nazionale che ai loro occhi rappresentava l'obiettivo principale che la classe dirigente post-bellica non poteva fallire[49]. Il risultato di quel compromesso, come noto, è stato da molti definito attraverso l'espressione "Costituzione programmatica", proprio per dare risalto alla circostanza che la Carta fondamentale fu intesa come un programma politico di trasformazione della società italiana; programma affidato essenzialmente al legislatore, ossia a quel Parlamento in cui sarebbero state rappresentate quelle stesse forze politiche che l'avevano voluta (come altrettanto noto, con l'eccezione del Partito Comunista per effetto della *conventio ad excludendum*)[50].

Rispetto a questo obiettivo, la forma di governo parlamentare voluta dai Costituenti, completata da una legge elettorale di tipo proporzionale, doveva rappresentare il sistema istituzionale ideale per il raggiungimento del compromesso politico tra i partiti di massa per l'attuazione del "programma" scritto nella prima parte della Costituzione (principi, diritti e doveri) e per riempire di contenuti auspicabilmente stabili e duraturi l'unità politica realizzata solo "in potenza" dalla Carta del 1948. Dato il carattere pluralistico della Costituzione repubblicana, infatti, il modo di intendere l'unità politica segnava un marcato scarto rispetto all'impostazione tipica del decisionismo politico, essendo l'identità costituzionale dell'ordinamento più un obiettivo da raggiungere nella quotidiana implementazione dell'ellittico tessuto pluralista disegnato dai Costituenti[51], che un un'entità politica presupposta da difendere contro gli attacchi del nemico/straniero[52]. Conseguentemente, i riferimenti

[48] E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Il Mulino, Bologna, 2014, *passim*.

[49] Per tutti, si veda, nel primo numero dei *Quaderni costituzionali*, G. AMATO, F. BRUNO, *La forma di governo italiana dalle idee dei partiti all'Assemblea Costituente*, in *Quad. cost.*, 1981, 33 ss.

[50] Cfr., per tutti, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 41 ss.; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 73 ss.; M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 295 ss.

[51] G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000, 52 ss.

[52] Sul punto si veda la nota critica helleriana alla *Verfassungslehre*, sviluppata in H. HELLER, *Staatslehre* (1934), trad. it. U. Pomarici, *Dottrina dello Stato*, Esi, Napoli, 1988, 255.

alla "nazione", operati dalle norme costituzionali (artt. 9, 67, 98 Cost.), vedevano del tutto depurata la propria precettività dalla dimensione nazionalistica in senso vetero-ottocentesco[53] e rimandavano, piuttosto, in chiave smendiana[54], al processo di integrazione di una comunità politica di senso che si riconosce nell'interpretazione, anche evolutiva, e nell'attuazione dei principi fissati in Costituzione.

Per tutte queste ragioni, si può affermare che quello delle fonti è stato concepito come "un sistema" il cui "modello" risulta imperniato sulla centralità dell'Assemblea rappresentativa come sede della composizione politica dei conflitti di interesse e dimensione nazionale ovvero come luogo di raggiungimento del compromesso politico-partitico a garanzia dell'unità della Repubblica, in una prospettiva secondo la quale la disciplina costituzionale del sistema delle fonti è, innanzitutto, il cuore dei processi e dei meccanismi di integrazione politica[55]. Emblematica in questo senso la previgente disciplina del controllo di merito sulle leggi regionali sospettate di essere in contrasto con l'interesse nazionale di cui all'originario testo dell'art. 127 Cost. e quella del (poi) novellato procedimento di formazione degli statuti delle Regioni ordinarie di cui all'art. 123 Cost., che, come noto, prevedevano entrambe l'intervento parlamentare proprio come momento di composizione politica dei conflitti derivanti dalle istanze potenzialmente confliggenti dei diversi livelli di governo territoriale[56]. Così come testimoniavano la volontà di non gettare ombre sulla signoria del Parlamento sul sistema delle fonti anche i silenzi del Costituente su atti normativi ampiamente noti all'esperienza dell'età liberale, ma fuori dalla disponibilità delle Camere, come i regolamenti dell'Esecutivo[57],

[53] In questo senso cfr. V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, voce *Nazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, 787 ss. Più di recente, si vedano M. GREGORIO, *Declinazioni della Nazione nella giuspubblicistica repubblicana*, in G. CAZZETTA (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, 231 ss.; C. DE FIORES, L*e radici della nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 55 ss., e, infine, E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche. Per un ruolo del Parlamento nella tutela degli interessi durevoli*, Giappichelli, Torino, 2021, 1 ss. e 24 ss.

[54] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), trad. it. F. Fiore e J. Luther, in ID., *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 75 ss.

[55] Sul punto cfr., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Volume primo. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1988, 22.

[56] Sul punto si vedano, a commento della mutata logica sottesa alla l. cost. n. 1 del 1999, le considerazioni di G. VOLPE, *Modelli costituzionali e nuovi statuti regionali*, in V. ANGIOLINI, L. VIOLINI, N. ZANON (a cura di), *Le trasformazioni dello stato regionale italiano*, Giuffrè, Milano, 2002, 240, e, per quanto riguarda il testo originario dell'art. 127 Cost., E. GIZZI, *I caratteri del controllo governativo sulle leggi regionali*, in AA.VV., *Le Regioni: politica o amministrazione?*, Edizioni di Comunità, Milano, 1973, 163 ss.

[57] Cfr., per tutti, E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, 151 ss.

le ordinanze di necessità e urgenza[58] e lo stato di assedio[59]. La stessa impostazione, del resto, veniva adottata anche in relazione alle fonti regionali, dominate dal ruolo che al Consiglio regionale derivava dalla forma di governo assembleare e dalla contestuale titolarità del potere legislativo e regolamentare secondo l'originario testo dell'art. 121 Cost.[60].

Non può, dunque, essere considerato un caso che la declinazione della centralità parlamentare come fattore di legittimazione democratica sia dei processi di produzione normativa che degli strumenti legislativi di controllo dell'indirizzo politico del Governo sia il filo rosso che lega ancora oggi tutti gli altri istituti espressamente considerati dalla Costituzione in tema di fonti del diritto, che «costituiscono una categoria che attraversa diagonalmente sia le norme sull'organizzazione dello stato, sia le norme sui rapporti tra stato e cittadini»[61]. Questo, infatti, è quanto emerge concordemente dalla dottrina che ha indagato la *ratio* delle numerose riserve di legge in materia di diritti e libertà (artt. 13, 14, 15, 16, 17, etc.., Cost.)[62], delle varie declinazioni del principio di legalità (artt. 25, co. 2, 97, 101, co. 2 Cost.)[63], come anche del bicameralismo perfetto e paritario del procedimento legislativo (art. 70 Cost.)[64],

[58] La cui disciplina statutaria, non a caso, fu tacciata di incostituzionalità sopravvenuta da G. AMATO, *La difficile agonia dell'art. 2 t.u. leggi di P.S.*, in *Democrazia e diritto*, 1961, 301; C. LAVAGNA, *Sull'illegittimità dell'art. 2 t.u.l.p.s. come testo legislativo*, in *Giur. cost.*, 1961, 901 ss.; V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, *ivi*, 891 ss.

[59] In proposito si vedano P. STELLACCI, *Costituzionalità dello stato d'assedio*, in *Giust. pen.*, 1951, I, 332 ss.; G. MOTZO, voce *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, 250 ss.; B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1108 ss.

[60] M. CARLI, *L'autonomia statutaria*, in M. CARLI, C. FUSARO*, Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle Regioni. Art. 121, 122, 123, 126 Supplemento. Legge Cost. 22 novembre 1999, n. 1*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, I, 2, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2002, 168 ss.

[61] Come sottolinea R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993, 77.

[62] Per tutti, cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2003, 283 ss., e più di recente, G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, Giappichelli, Torino, 2019, 24 ss.

[63] Su cui, rispettivamente, F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1981, 237 ss.; P. CARETTI, *Art. 97, 1° comma, parte I*, *ivi*, 1994, 5 ss.; R. GUASTINI, *Art. 101*, *ivi*, 1994, 159 ss.

[64] Si vedano al riguardo i fondamentali contributi di S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1957, 154 ss.; L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1961, ora in ID., *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Giuffrè, Milano, 2005, 205 ss.; ID., *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, XXIX, 1961, 42 ss.

della riserva di assemblea (art. 72, co. 4, Cost.)[65], del referendum abrogativo (art. 75 Cost.)[66], della delegazione legislativa per l'esercizio del potere normativo primario da parte del Governo (art. 76 Cost.)[67] e della conversione del decreto-legge per la stabilizzazione degli effetti delle norme introdotte nei «casi straordinari di necessità e urgenza» (art. 77 Cost.)[68], come ancora della concessione legislativa dell'amnistia e dell'indulto (art. 79 Cost.)[69], dell'autorizzazione con legge della ratifica presidenziale dei trattati internazionali (art. 80 Cost.)[70], dell'approvazione legislativa del bilancio (art. 81 Cost.)[71], dell'approvazione con legge costituzionale degli statuti delle Regioni speciali (art. 116 Cost.)[72] e delle modifiche territoriali di cui agli artt. 132 e 133 Cost.[73],

[65] S. TRAVERSA, *La riserva di legge d'Assemblea*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. V, Vallecchi, Firenze, 1969, 613 ss.

[66] Cfr. E. DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum nel diritto pubblico italiano*, Cedam, Padova, 1974, 125 ss., e, soprattutto, M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo. Commento all'art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, I, 2, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2005, 66 ss. Sul punto si veda, però, anche il recente A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, Il Mulino, Bologna, 2022, 529 ss., il quale ricollega alla prassi referendaria della storia repubblicana la dimostrazione di una «eccedenza teleologica» dell'istituto che lo avrebbe portato "fuori" dalla logica rappresentativa e ne avrebbe fatto un «*altro modo del processo politico democratico*», un «dispositivo di partecipazione politica funzionale alla decisione», nell'ambito di un fenomeno «che si pone come fattore determinante della politica nazionale, come elemento della democrazia politica senza ulteriori aggettivazioni».

[67] Su cui, per tutti, le monografie di A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, Giuffrè, 1972, 14 ss.; S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Liguori, Napoli, 1990, 208 ss., e G. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padova, 2001, 57 ss.

[68] C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 835 ss.; A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, I, Cedam, Padova, 1997, 240 ss., e A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 348 ss.

[69] G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1974, 116 ss., e, più di recente, anche per la considerazione che la l. cost. n. 1 del 1992 rafforza la logica compromissoria attraverso l'attrazione dei due istituti nell'orbita parlamentare, A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza n. 200/2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza*, in *Quad. cost.*, 2007, spec. 787 ss.

[70] V. LIPPOLIS, *La Costituzione italiana e la formazione dei trattati internazionali*, Maggioli editore, Rimini, 1989, 41 ss.

[71] V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1969, 165 ss., e A. BRANCASI, *Legge finanziaria e legge di bilancio*, Giuffrè, Milano, 1985, 218 ss.

[72] O. CHESSA, *La specialità regionale tra leggi di revisione della Costituzione e altre leggi regionali*, in S. PAJNO, G. VERDE (a cura di), *Studio sulle fonti del diritto, Le fonti delle autonomie territoriali*, II, Giuffrè, Milano, 2010, 114 ss.

[73] M. PEDRAZZA GORLERO, *Le variazioni territoriali delle regioni: contributo allo studio dell'art. 132 della Costituzione*, vol. II, *Leggi di variazione e autodeterminazione delle collettività locali*, Padova, Cedam, 1991, 108 ss. Sull'art. 133 cfr. G. DEMURO, *Popolazioni e variazioni territoriali: dalla giurisprudenza costituzionale in tema di enti locali al problema del territorio regionale*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 143 ss.

come infine della comunicazione alle Camere delle decisioni di accoglimento della Corte (art. 136, co. 2, Cost.)[74] e del monopolio riconosciuto alle medesime nel procedimento di revisione della Costituzione (art. 138 Cost.)[75].

A partire da tutti questi istituti, e dalla dottrina che li ha analizzati, dunque, si apprezza che un "modello costituzionale" del "sistema delle fonti" esiste e si radica nell'imprescindibile funzione di legittimazione democratica che il Parlamento esprime nei procedimenti normativi sia sotto forma di proposizione di un autonomo indirizzo politico, che di controllo su quello del Governo, secondo le dinamiche proprie della forma di governo parlamentare. Ciò che può essere non del tutto privo di utilità rimarcare è che individuare, come si propone di fare, il tratto essenziale e qualificante di detto "modello" nella centralità del Parlamento significa rivenire il cuore della concezione minimale di cui si discute in una nozione sensibilmente diversa e più ampia di quella che gravita intorno al "mero" legicentrismo, cui, come abbiamo visto[76], conduce una lettura ancorata esclusivamente al terreno della liberaldemocrazia parlamentare e che non scende sul piano della forma di governo. Affermare, infatti, che il fattore fondamentale di riduzione ad unità del "modello costituzionale" delle fonti è rappresentato dalle implicazioni della forma di governo parlamentare e non tanto – *rectius*, non soltanto – dalla centralità della legge consente di raggiungere due rilevanti conclusioni, che vanno oltre l'imprescindibile riconoscimento della funzione integrativa di quest'ultima rispetto al dettato costituzionale[77].

Da un primo punto di vista, permette di ritenere che quel "modello" non si può considerare definitivamente superato, né per effetto dell'incrinatura dei dogmi della sovranità statale, né delle revisioni costituzionali che possono essere lette come uno scostamento dalla logica della centralità della legge parlamentare nei processi di produzione normativa, come l'abbandono del modello assembleare nella forma di governo regionale e la regionalizzazione integrale del procedimento di formazione degli statuti delle Regioni ordinarie, disposti con la legge costituzionale n. 1 del 1999, o la costituzionalizzazione del potere regolamentare, il capovolgimento del rapporto di residualità tra legge statale e legge regionale e l'abrogazione del controllo di merito del Parlamento sulle leggi regionali (peraltro mai praticato e soppiantato dalla giurisdizionalizzazione del limite dell'interesse nazionale), operati con la legge

[74] R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 53 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, 110 ss.

[75] S.M. CICCONETTI, *La revisione della Costituzione*, Cedam, Padova, 1972, 91 ss.

[76] *Supra*, § 2.

[77] Su cui, per tutti, si veda il fondamentale lavoro di F. MODUGNO, voce *Legge in generale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 884 ss.

costituzionale n. 3 del 2001. A fronte di queste revisioni, infatti, l'impianto complessivo che risulta dalle ricordate norme costituzionali, per quanto "incrinato", non può considerarsi abbandonato.

Da un secondo punto di vista, consente di sostenere che residuano significativi margini di compatibilità con l'architrave costituzionale dei processi normativi in relazione a tutti quei fenomeni evolutivi del "sistema delle fonti" che, nonostante testimonino la recessività della legge, non determinano per ciò stesso una definitiva estromissione del Parlamento dal circuito della legittimazione democratica della produzione giuridica, quando tale legittimazione si esprime attraverso istituti diversi da quelli della funzione legislativa in senso proprio. Alcuni esempi si possono trarre in questo senso, con riferimento alle fonti dell'Unione europea, dalla disciplina della partecipazione dell'Italia alla fase c.d. "ascendente" di formazione e a quella c.d. "discendente" di attuazione del diritto Ue[78] e, con riferimento ai poteri normativi delle Autorità indipendenti, dalle norme delle leggi istitutive che prevedono, oltre a meccanismi di nomina che coinvolgono le istituzioni parlamentari[79], anche l'obbligo di riferire annualmente alle Camere[80]. Entrambi i casi, infatti, in disparte ogni giudizio sull'efficacia che i ricordati istituti hanno dimostrato nella prassi[81], testimoniano che un raccordo con la centralità parlamentare è possibile anche fuori dal "mito", definitivamente sfatato, del legicentrismo.

Del resto, guardando "in negativo", recessività della legge in senso formale e marginalizzazione del Parlamento non possono essere considerati fattori equivalenti nemmeno nel campo "stretto" delle fonti primarie statali, come dimostra l'esistenza nella legislazione ordinaria di istituti che permettono

[78] Su cui, volendo, si vedano sin da subito, salvo quanto si dirà *infra*, § 4.6, S. BARONCELLI, *La partecipazione dell'Italia alla governance dell'Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona. Un'analisi delle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente*, Giappichelli, Torino, 2008, 72 ss., e P. CARETTI, *La legge n. 234/2012 che disciplina la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, 2012, 837 ss.

[79] Sul ruolo del Parlamento in funzione di legittimazione e di raccordo col sistema democratico rappresentativo, cfr. S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione*, cit., 92 ss., e G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, 70 ss.

[80] M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, 1997, 666 ss.

[81] Sul primo profilo, in relazione alla prassi delle fasi "ascendente" e "discendente", si vedano sin d'ora i contributi raccolti in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Cacucci, Bari, 2018, in particolare quelli di E. LONGO, *Le trasformazioni delle fonti statali nella integrazione costituzionale europea*, *ivi*, 37 ss., e G. PISTORIO, *Lo strumento della legge annuale*, *ivi*, 67 ss. Sulla prassi delle relazioni annuali delle Autorità indipendenti, invece, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2020, 63 ss.

l'intervento parlamentare in funzione di legittimazione democratica dei processi di produzione giuridica anche in relazione agli atti normativi primari del Governo. Emblematica in questo senso la previsione dei pareri delle Commissioni parlamentari permanenti competenti per materia sugli schemi di decreto legislativo di cui all'art. 14 della legge 23 agosto 1988, n. 400[82]. Anche in questo caso, infatti, impregiudicata ogni questione sull'efficacia dell'istituto nella prassi[83], si può concludere che, pure in relazione alla legge in senso sostanziale, residua un non irrilevante spazio per l'attuazione del "modello costituzionale" anche al di fuori dello strumento legislativo per eccellenza.

Da quanto fin qui sommariamente evidenziato pare, dunque, potersi ricavare la conclusione che, pur avendo la Costituzione posto le premesse perché l'apertura internazionalistica e il pluralismo istituzionale, territoriale e sociale determinassero un progressivo ampliamento del novero delle fonti, essa ha comunque consegnato all'ordinamento un "modello costituzionale"[84], imperniato sui corollari della forma di governo parlamentare, in grado di sopravvivere all'abbandono della centralità della legge delle Camere.

Sezione II

4. La ricerca delle "persistenze" nelle stagioni della forma di governo parlamentare

Questo "modello", conseguentemente, nonostante la "crisi" della legge e della sovranità statale, può ancora – anzi deve – essere assunto come parametro per valutare le trasformazioni che il "sistema delle fonti" ha subito nei decenni per effetto della prassi[85]. Chiarito, infatti, se ed in quale misura si possa, come propone di fare il titolo del nostro Convegno, ragionare di "modello costituzionale" e di "sistema delle fonti" – il che consente finalmente di dismettere il faticoso utilizzo delle virgolette – è possibile coltivare il secondo degli obiettivi di questa introduzione che ho dichiarato in premessa, ovvero

[82] Sulla genesi dell'istituto, cfr. E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Giuffrè, Milano, 2010, 71 ss.

[83] Su cui vedi *infra*, § 4.6.

[84] Sul punto cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, Il Mulino, Bologna, 2018, 65, secondo cui «Nonostante il venir meno di molte certezze della modernità, nonostante la crisi della legge e della primarietà della legge, nonostante l'apertura dell'ordinamento costituzionale e l'ingresso di fonti e norme provenienti da altri ordinamenti, nonostante l'emersione di nuovi fatti normativi la cui natura e collocazione è incerta, nonostante queste e altre problematiche che spingono alcuni interpreti a ritenere impossibile mettere ordine nel disordine delle fonti, il costituzionalista non può rinunciare al compito di tracciare le coordinate di un sistema giuridico proprio a partire dalla costituzione, nonostante essa stessa possa essere percepita come il principale fattore di perturbamento».

[85] Il che non significa necessariamente, però, che qualsiasi scostamento da detto modello debba essere considerato sintomo di illegittimità costituzionale della prassi.

provare a fare un punto, inevitabilmente sintetico e approssimativo data la sede, sullo stato dell'arte delle vicende che hanno interessato le fonti del nostro ordinamento fino alla stagione delle crisi economica e pandemica, affinché dalle relazioni delle due sessioni possa, poi, emergere con la maggiore chiarezza possibile quali dei fenomeni analizzati costituiscono "persistenze" e quali costituiscono "emergenze".

Al riguardo, non dovrebbe risultare difficile apprezzare come, nella prospettiva definita dai concetti di modello costituzionale e di sistema delle fonti fin qui messi a punto, appaia particolarmente proficua la proposta, già da tempo avanzata in dottrina[86], di ricercare le cause dei numerosi scostamenti del secondo dal primo proprio nelle degenerazioni della forma di governo parlamentare che hanno contrassegnato la storia della Repubblica. In altra sede si è già avuto modo di tentare di mettere in luce che questa diversa tematizzazione della crisi del sistema delle fonti non conduce ad esiti sostanzialmente difformi da quelli raggiunti da coloro che, come prima ricordato[87], propongono di leggere detta crisi "in parallelo" con la recessività della sovranità statale e della centralità della legge, delineando così un percorso ricostruttivo in larga parte sovrapponibile a quello qui proposto e distinguibile da esso solo sotto forma di espediente espositivo, potendo ben considerarsi le due tematizzazioni indicate come due facce della stessa medaglia rappresentata dalla crisi del parlamentarismo basato sulla rappresentanza politica generale, soprattutto se inteso nel ricordato senso kelseniano, accolto dai Costituenti, di comune precipitato della forma di stato della democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare[88].

[86] Soprattutto da E. CHELI, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee di tendenza attuali*, in ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2003, 127 ss.; ID., *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro "sistema" delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2010; M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 140 ss.; P. CARETTI, *La legge parlamentare nel sistema delle fonti: trasformazioni in atto e problemi di prospettiva*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 361 ss.

[87] Vedi *supra*, § 2.

[88] A. CARDONE, *Brevi note sulla degenerazione del sistema delle fonti: gli effetti convergenti della crisi della sovranità statale e della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza italiana*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, M.P. IADICICCO (dir.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, vol. IV, 25 ss., in cui, come si accennava nel testo, chi scrive ha provato ad evidenziare che la degenerazione del sistema delle fonti trova puntuale giustificazione nelle evoluzioni del sistema politico-partitico e nei condizionamenti che esso esprime proprio nei confronti della forma di governo parlamentare e che tale giustificazione è pienamente coerente con gli approdi cui si giunge se si muove dalla crisi della sovranità statale. Il percorso di riflessione che si origina dalle trasformazioni di quest'ultima e quello che si sviluppa a partire dalla ricostruzione delle involuzioni della forma di governo parlamentare, infatti, sono sostanzialmente sovrapponibili e restituiscono la stessa conclusione in punto di crisi del sistema delle fonti essenzialmente perché tale crisi è

Ciò che, invece, si vuol provare ad indagare in questa sede è quanto e come il sistema delle fonti sia cambiato alla luce delle evoluzioni e delle crisi che la forma di governo parlamentare ha conosciuto per rispondere a esigenze e problemi sempre nuovi rispetto al periodo in cui è stato "pensato" e "costruito" dai Costituenti. Dal punto di vista del diritto costituzionale, questo significa, in estrema sintesi, interrogarsi sulle prestazioni di stabilità che il modello costituzionale del sistema delle fonti ha fornito alla vita civile e politica del nostro ordinamento, ovvero quanto esso è risultato rigido, nel senso di capace di resistere sia ai cambiamenti sociali ed economici, che a quelli politici, che hanno interessato il paese[89]. E questo, naturalmente, anche al di là delle modifiche formali che lo hanno espressamente riguardato e che sono state precedentemente richiamate[90]. Tali cambiamenti, infatti, come noto, vanno ben oltre le revisioni formali della costituzione e si annidano principalmente nella prassi e nella giurisprudenza, perché l'esperienza, non solo europea[91], ci

strettamente dipendente dalla difficoltà che il meccanismo della rappresentanza politica incontra nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei, non più ordinati per classi sociali e animati da individui sempre più monistici nelle proprie istanze e preferenze [sul punto cfr., per tutti, M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, 109 ss., e S. NICCOLAI, *Il governo*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 39. *Contra*, per l'opposta tesi secondo cui la crisi della rappresentanza sarebbe «sempre crisi del rappresentante», perché «Il rappresentato (il popolo, la classe, la nazione…) può certo sfarinarsi, liquefarsi, frammentarsi […]. Ma questo significa solo che non c'è un rappresentante che lo renda "uno", che riesca a farlo essere "uno" (certo nel pluralismo, come oggi pretendiamo)», cfr. I. MASSA PINTO, *Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie tra domanda e offerta politiche*, in *MediaLaws*, 1/2020, 185]. E l'inceppamento di tale meccanismo produce effetti nefasti sia sul piano della forma di stato della democrazia rappresentativa, che su quello della forma di governo parlamentare, proprio perché quest'ultima, come si è detto nel corpo della riflessione, è stata concepita dai Costituenti come l'ideale completamento della prima, secondo i postulati tipici della liberaldemocrazia parlamentare.

[89] Su questa accezione della rigidità, sia consentito un rinvio a 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 del 13 febbraio 2014*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, 261 ss.

[90] Alle leggi di revisione costituzionale precedentemente citate, si devono aggiungere, innanzitutto, tre leggi costituzionali che hanno derogato la disciplina dell'art. 138 Cost.: le leggi costituzionali nn. 1 del 1993 e 1 del 1997 (di cui si dirà, *infra*, § 4.3), in tema di procedimento di revisione costituzionale, che hanno istituito le note commissioni bicamerali per le riforme, e la legge costituzionale n. 2 del 2001, in tema di modifiche al procedimento di formazione degli statuti delle Regioni speciali, che ha escluso il referendum di cui all'art. 138 Cost. dall'*iter* di modifica degli statuti speciali. Al medesimo "elenco" va sommata, infine, la l. cost. n. 1 del 2012, la quale ha introdotto il principio dell'equilibrio di bilancio e ha tipizzato il contenuto della legge rinforzata attuativa del nuovo art. 81 Cost. (sul punto si tornerà *infra*, § 4.6).

[91] Si pensi al dibattito che i costituzionalisti americani hanno alimentato in ordine al fenomeno del costituzionalismo c.d. "*free form*": cfr., per tutti, i classici di C. WOLFE, *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge made law*, Basic Books, New York, 1986 e B.

insegna – e in questo senso proprio le vicende della forma di governo parlamentare, come si dirà, sono paradigmatiche – che le costituzioni cambiano e si trasformano anche senza essere modificate formalmente, perché ogni costituzione è qualcosa di molto diverso ed ulteriore rispetto a un mero insieme di norme gerarchicamente superiori alla legge: è una vera e propria forma di vita, più precisamente – potrebbe dirsi, forse – la forma che la convivenza civile e politica tra gli individui assume in un determinato momento storico in un determinato luogo.

Per quanto si debbano evocare questioni assai note e che richiederebbero ben altra trattazione, dunque, per comprendere quale fosse lo stato del sistema delle fonti su cui la pandemia e la crisi economica sono intervenute, può essere utile tentare di esplicitare, in relazione alle varie stagioni della storia repubblicana, come si è sviluppato il nesso tra detto sistema e le vicende della forma di governo parlamentare. Una periodizzazione in tal senso consente, infatti, di isolare e rendere distinguibili, all'interno di una vicenda assai articolata e estesa nel tempo, come quella repubblicana delle fonti, quelle discontinuità e quelle linee di tendenza di medio e lungo periodo che altrimenti potrebbero risultare confuse ed essere scambiate le une per le altre.

4.1 (segue): le fonti dall'inattuazione costituzionale alla "stagione d'oro" del parlamentarismo

Già l'inizio dell'esperienza repubblicana testimonia quanto diretti siano i condizionamenti che il sistema delle fonti subisce ad opera delle dinamiche di funzionamento della forma di governo. Nella seconda metà della prima legislatura, le dinamiche interne alla Democrazia cristiana e la difficoltà di dar seguito contestualmente ad una pluralità di iniziative legislative parzialmente dissonanti della maggioranza di governo portano ad un «intasamento» dei lavori parlamentari[92] e in occasione dell'approvazione della "legge truffa" del 1953 si pone, per la prima volta, la questione di fiducia sull'approvazione di quello che sarebbe divenuto comune chiamare, parecchi anni dopo, un maxiemendamento[93].

ACKERMAN, *We The People. Transformations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1998, 279 ss.; ID., *The living Constitution*, in *Harvard Law Review*, vol. 120, 2007, 1742 ss.

[92] P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Il Mulino, Bologna, 1977, 426 ss.

[93] Sulla vicenda parlamentare citata nel testo cfr. G. QUAGLIARIELLO, *La legge elettorale del 1953. Dibattiti storici in Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2003, 68 ss.; M.S. PIRETTI, *La legge truffa. Il fallimento dell'ingegneria politica*, Il Mulino, Bologna, 2003, 103 ss; N. LUPO, *Emendamenti, maxiemendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO, *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Luiss University Press, Roma, 2007, 87 ss.; G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2018, 72 ss.; M. COSULICH, *La legge elettorale della Camera dei deputati: primo e ultimo atto della riflessione orlandiana*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca*

Nel loro complesso, come noto, gli anni '50 e '60 sono, per un verso, gli anni della "defascistizzazione" dell'ordinamento[94], realizzata grazie anche al decisivo apporto della giurisprudenza della Corte costituzionale[95], ma sono anche, per altro verso, gli anni della c.d. "inattuazione costituzionale", determinata dal prevalere in Parlamento di orientamenti politici di tipo conservatore, che partoriscono l'esperienza dei governi a guida della Democrazia cristiana, i quali temono che l'inveramento della parte più progressista della Costituzione possa aumentare i consensi delle forze di sinistra e del Partito Comunista in particolare[96].

Come altrettanto noto, gli effetti complessivamente negativi di questa difficoltà nell'avvio del percorso parlamentare di attuazione della Costituzione repubblicana vengono alimentati dalla giurisprudenza comune, prodotta da una classe magistratuale scarsamente sensibile ai valori costituzionali perché formatasi in età liberale[97], la quale nega la diretta precettività delle norme costituzionali, richiedendo nella generalità dei casi l'*interpositio legislatoris* ai fini della concreta azionabilità in giudizio dei diritti e delle libertà garantiti dalla Parte I. Dal punto di vista delle fonti del diritto, emblematica già la notissima sentenza delle sezioni unite penali della Cassazione del 7 febbraio 1948, *Marcianò*, in cui si distinguono le norme costituzionali in tre categorie, quelle "direttive o programmatiche", quelle "precettive di immediata

del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded, Franco Angeli, Milano, 2020, 366 ss.

[94] Che si realizza principalmente, come noto, attraverso la rimozione degli effetti della legislazione antirazziale e la "defascistizzazione" dei codici: sul primo profilo, si veda A. CARDONE, P. CARETTI, *La parabola della legislazione razziale. Alcuni appunti in tema di fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, V, Jovene, Napoli, 2009, 2246 ss.; sul secondo G. TARLI BARBIERI, *La «defascistizzazione» dei codici*, in U. DE SIERVO, S. GUERRIERI, A. VARSORI (a cura di), *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, II, Carocci, Roma, 2004, 184 ss. Inoltre, per una visione di insieme che sottolinei anche le differenze di approccio nei due ambiti, cfr. P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, 175 ss.

[95] Su cui si veda l'efficace ricostruzione contenuta in L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004, 140 ss.

[96] In particolare, sul ruolo della Dc si veda la ricostruzione offerta da L. ELIA, *La peculiarità e l'evoluzione del sistema italiano riguardo ai partiti politici* (1975), in ID. *Costituzione, partiti, istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2010, spec. 258-9, dove la Democrazia cristiana viene qualificata come «un partito a carattere preponderante [nel sistema politico], ma un partito che pur essendo preponderante non copre tutta l'area di destra o di centro-destra, elettoralmente parlando, del Paese. Non avendo la maggioranza assoluta ha quindi bisogno, per governare, di coalizioni e soprattutto si trova nei confronti del maggior partito di opposizione, che è il Partito comunista, in un atteggiamento, più o meno fermo, di pregiudiziale preclusione».

[97] Cfr., per tutti, P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, I, 252 ss., che addebita tale scarsa sensibilità all'ingiustificato omaggio al tradizionale metodo di interpretazione delle leggi basato sull'art. 12 disp. prel. cod. civ.

applicazione" e quelle "precettive ad applicazione differita"[98]; sentenza che, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 1956, subito dopo l'insediamento della Corte costituzionale, viene definita dal Procuratore generale Antonio Manca come espressiva di una «distinzione, che, sebbene discussa, corrisponde tuttavia al sistema; ed è stata sempre applicata con rigorosa cautela, per rendere, il più possibile, operanti le nuove disposizioni [costituzionali]»[99].

Se ne ha una conferma in occasione della celebrata "svolta" del convegno di Gardone dell'Associazione Nazionale Magistrati del 25-28 settembre 1965 (anno durante il quale, per la prima volta, otto donne entrano in servizio nella magistratura italiana), in cui il dibattito che segue alla relazione introduttiva di Giuseppe Maranini, significativamente intitolata *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, si conclude con l'approvazione unanime di una mozione che impegna la magistratura ad «essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione» [100].

Nonostante una certa tendenza all'ipertrofia legislativa delle primissime legislature e nonostante la Corte costituzionale fosse intervenuta con la sua prima storica pronunzia a relativizzare, per lo meno sul piano del controllo di costituzionalità [101] , la nota distinzione tra «norme programmatiche»,

[98] Corte di Cassazione, Sez. Un. Pen., 7 febbraio 1948, *Marcianò*, in *Foro it.*, 1948, II, 57 ss., spec. 62, per cui «le norme consacrate nella Costituzione – fatta eccezione di quelle che ne costituiscono il preambolo – sono precettive come tutte le norme giuridiche; ma alcune sono di immediata applicazione, altre non». In dottrina, per la distinzione tra norme a efficacia «immediata» e «differita», cfr., per tutti, V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 45 e 55-6.

[99] A. MANCA, *Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1956*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1956, 10.

[100] Impegno da cui viene fatta discendere la rivendicazione che «spetta pertanto al giudice, in posizione di imparzialità ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statuale» (ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone 25-28 settembre 1965. Atti e commenti*, Arti grafiche Jasillo, Roma, 1966, 309-10). In dottrina, per tutti, si vedano le riflessioni di A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974, 31 ss., e M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, 13 ss.

[101] È il citatissimo passaggio di Corte cost., sent. n. 1 del 1956, in cui si afferma che «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non

espressive di un vincolo solo per il legislatore ma insuscettibili di essere applicate fino a che la legge non fosse intervenuta ad attuarle, e «norme precettive», direttamente applicabili dal giudice al caso concreto[102], l'attivazione della fonte legislativa viene diffusamente avvertita come insufficiente ai fini dell'attuazione del programma costituzionale e inizia in dottrina, già dagli anni '60, la riflessione sulle cause dell'inerzia del Parlamento.

Costantino Mortati constata al riguardo l'assenza di qualsivoglia forma di condizionamento sull'azione politica dei partiti da parte degli aderenti e/o degli iscritti[103]. Leopoldo Elia rileva che i partiti mostrano difficoltà a «conciliare quelle funzioni di rappresentanza e di mediazione tra il pluralismo sociale e l'autorità statale, che corrispondono alla loro vocazione di fondo»[104]. Vezio Crisafulli, con una sensibilità straordinariamente precorritrice dei tempi, tradisce negli stessi anni quei sentimenti di disillusione e avversione che erano destinati a cucire addosso ai partiti politici italiani l'immagine di catalizzatori di clientele e dispensatori di prebende[105].

L'acutezza di queste riflessioni mostra chiaramente come sia in quegli anni già matura la consapevolezza che la messa a regime del sistema delle fonti disegnato dai Costituenti risenta inevitabilmente degli equilibri della forma di governo parlamentare di cui si è detto. Le cause dell'inattuazione si intrecciano con quelle della mancata pianificazione economica, tanto che Paladin individua la sola istituzione del C.i.p.e., disposta con la legge n. 48 del 1967, come eccezione ad una legislatura, la IV (1963-68), la cui agenda politica era stata definita da Fanfani come «un libro dei sogni, in cui tutto è previsto, anche i numeri da giocare»[106]. In questa direzione spingevano, per un verso, la

conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione».

[102] Su cui si vedano i classici studi di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 55 ss.; C. LAVAGNA, *Efficacia della Costituzione con particolare riguardo all'art. 25, comma 2°*, in *Giustizia penale*, 1948, I, 169 ss.; F. PIERANDREI, *La Costituzione e le sue norme di competenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 1948, II, 257 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sull'efficacia abrogante delle norme della Costituzione italiana*, in *Foro Padano*, 1950, IV, 153 ss.; P. BARILE, A. PREDIERI, *Efficacia abrogante delle norme della Costituzione*, in A. LEVI, P. CALAMANDREI (diretto da), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, 69 ss.

[103] C. MORTATI, *La crisi del Parlamento* (1966), ora in ID., *Problemi di politica costituzionale*, *Raccolta di scritti*, IV, Giuffrè, Milano, 1972, 166.

[104] L. ELIA, *L'attuazione della costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni* (1965), in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, 131.

[105] Colpiscono in questo senso le parole di V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo* (1967), in ID., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 223.

[106] Citato in L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., 206.

«chiusura manifestata dai governi e dalla maggioranza di centro-sinistra, nei rapporti con le minoranze, [che] aveva reso frontale l'opposizione del Partito comunista; […] per un altro verso, il dissenso delle destre [che] era sfociato in un clamoroso ostruzionismo»[107]. Nella perdurante inerzia del legislatore nell'attuare il programma costituzionale, la prassi denota comunque, fin dalla prima legislatura[108], alcune disfunzioni, come la ricordata ipertrofia legislativa[109], ma anche l'accentramento dell'iniziativa legislativa nelle mani del Governo (unita alla progressiva diminuzione della percentuale di successo dei disegni di legge governativi)[110] e la proliferazione di leggi dal carattere provvedimentale approvate spesso in Commissione in sede legislativa[111]. Tanto che si fa spazio l'idea di risolvere tali disfunzioni attraverso puntuali riforme, sia legislative che costituzionali: tra le prime, il ricorso *ante litteram* alla delegificazione di vasti settori dell'ordinamento giuridico[112] e l'ampliamento dell'utilizzo delle deleghe legislative per le grandi riforme economico-sociali[113]; tra le seconde, la limitazione dell'obbligo di copertura delle leggi recanti nuove

[107] *Ivi*, 192.

[108] Su cui, in particolare, si veda, quanto alla copiosa legislazione, anche provvedimentale, di «messa in moto della macchina amministrativa del nuovo Stato», A. SIMONCINI, V. BONCINELLI, *La produzione legislativa*, in U. DE SIERVO, S. GUERRIERI, A. VARSORI (a cura di), *La prima legislatura repubblicana: continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, Carocci, Roma, 2004, 151 ss. (la citazione è a pagina 180).

[109] Per i dati sulla produzione legislativa cfr. V. DI PORTO, *I numeri delle leggi. Un percorso tra le statistiche delle legislature repubblicane*, in AA.VV., *Il Parlamento del bipolarismo. Un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere. Il Filangieri, Quaderno 2007*, Jovene, Napoli, 2007, 182 ss. Si veda anche E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 86, per la constatazione che, nel periodo 1948-1972, «in ventiquattro anni il Parlamento produce più di 8.000 leggi, a fronte di un numero di decreti-legge che […] non sfiora neanche le trecento unità».

[110] Per entrambi i profili v. C. BRUNELLI, *Osservazioni sull'iniziativa di legge*, in AA.VV, *Indagine sulla funzionalità del Parlamento*, II, Giuffrè, Milano, 1968, 141 ss. Come osserva, infatti, L. PALADIN, *Per una storia costituzionale*, cit., 193, non deve ingannare neppure che il dato delle iniziative governative che hanno concluso il proprio *iter* sia alto in alcuni frangenti (ad esempio, l'83,7% nel primo Governo Moro, in carica dal 5 dicembre 1963 al 23 luglio 1964), poiché «i programmi governativi, pur costantemente preceduti da laboriosi accordi di coalizione, rimanevano spesso sulla carta; così da far concludere […] che quanto il Governo presentava e difendeva in Parlamento avesse poco a che fare con i programmi stessi».

[111] In media nel 75% dei casi nelle prime cinque legislature, come ricostruito da E. LONGO, *ult. cit.*, 96 ss., spec. 98, il quale evidenzia che «il Parlamento di quelle legislature [è] soprattutto produttore di una legislazione di dettaglio contenuta in leggi "microsezionali", disorganiche e frammentarie».

[112] P. BARILE, *Sulla delegificazione*, in AA.VV., *Indagine sulla funzionalità*, cit., 141 ss.

[113] Proposta che viene condizionata all'attribuzione di poteri di intervento nel corso dell'elaborazione delle norme delegate ad apposite Commissioni parlamentari consultive, cfr. M. D'ANTONIO, *Gli orientamenti della Commissione sulla riforma parlamentare*, in AA.VV., *Indagine sulla funzionalità*, cit., 47. Sulla prassi istitutiva di tali Commissioni già negli anni '50, cfr. A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, cit., 61-65, che nota come le leggi deleganti non fossero precise «nell'indicare i compiti delle commissioni "consultive", né in quale momento esse [dovessero] essere "sentite"».

spese[114], considerato responsabile della difficoltà incontrata dal legislatore nell'attuazione delle scelte ordinamentali richieste dalla parte programmatica della Costituzione sui temi dell'economia e del sociale.

Negli anni '70, quando la "rivoluzione" del 1968 fornisce ai partiti in Parlamento una chiara indicazione riformista, invece, quello stesso sistema parlamentare produce la nascita delle Regioni e le grandi riforme economico-sociali, dallo statuto dei lavoratori al nuovo diritto di famiglia, dall'istituzione del sistema sanitario nazionale all'introduzione del divorzio e dell'aborto, dalla riforma del sistema radiotelevisivo al conferimento alle Regioni delle funzioni amministrative[115]. In questa fase, i meccanismi di produzione normativa del sistema delle fonti non solo operano in piena aderenza alle premesse della forma di governo parlamentare, ma paiono in grado di innovare qualitativamente il tessuto dell'ordinamento. Ne è una delle rappresentazioni più significative l'introduzione della legge finanziaria, disposta dalla legge 5 agosto 1978, n. 468 per operare quelle modificazioni e integrazioni legislative aventi riflessi sul bilancio dello Stato, delle aziende autonome e degli enti collegati alla finanza statale necessarie per il perseguimento dell'indirizzo politico e per indicare il livello massimo del ricorso al mercato finanziario a fini di indebitamento[116]. È la stagione d'oro della Costituzione repubblicana, non solo perché essa viene attuata nella sua parte più progressista, ma perché le istituzioni che essa aveva disegnato danno la migliore prova di sé[117].

I sostanziali cambiamenti sul piano del "disgelo costituzionale", come noto, vengono raggiunti anche attraverso il decisivo apporto delle minoranze parlamentari nell'approvazione delle leggi di attuazione della Costituzione: così accade per gli istituti di democrazia diretta (*referendum*, petizione e iniziativa legislativa popolare), per lo statuto dei lavoratori e per la legge sulla casa. Il rilievo istituzionale assunto dal Parlamento come «arena di compensazione e come forma di composizione in maniera arbitrale degli scontri che avvenivano tra forze di maggioranza e di opposizione, o come luogo per disinnescare la protesta sociale e studentesca di quegli anni» [118] fa percepire alle forze

[114] M. D'ANTONIO, *ult. cit.*, 49 ss. Sui primi anni del centro-sinistra come anni di avvio e di sperimentazione del «*deficit spending*, attraverso una progressiva "elusione" dell'art. 81», cfr. F. BONINI, *Storia costituzionale della Repubblica. Profilo e documenti (1948-1992)*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, 85.

[115] Per un approfondito esame di questi interventi si veda, per tutti, U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2014, 160 ss.

[116] Per tutti, cfr. A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Giappichelli, Torino, 2005, 115 ss.

[117] Sul punto si vedano, almeno, E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, 95 ss.; AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1982, *passim*; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazione della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 210 ss.; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 239 ss.

[118] Così E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 111.

politiche la necessità di modificare i regolamenti parlamentari per disciplinare istituti sorti in via di prassi o regolati frammentariamente dopo il 1948[119].

Il passaggio è particolarmente pregnante dal punto di vista dell'attuazione del modello costituzionale del sistema delle fonti. La riforma dei regolamenti del 1971, infatti, recepisce la logica compromissoria propria dell'architrave costituzionale pensato nel 1948[120], valorizzando al massimo le sedi e gli istituti di composizione del conflitto politico, con funzione di legittimazione democratica dei processi normativi e di controllo sull'indirizzo politico del Governo come strumento di emersione della responsabilità politica[121].

L'effetto della riforma dei regolamenti parlamentari sulla prassi della produzione normativa non tarda a manifestarsi, non soltanto dal punto di vista qualitativo, attraverso le grandi riforme economico-sociali di cui si è detto e che, in buona parte, vengono approvate dopo la novella del 1971, ma anche dal punto di vista quantitativo. In particolare, una decisa contrazione del numero complessivo delle leggi, anche per effetto delle elezioni anticipate del 1972, del 1976 e del 1979, testimonia l'inversione di tendenza rispetto all'ipertrofia legislativa che aveva caratterizzato gli anni Sessanta, che, come nota Predieri, sono contraddistinti dal «grande galoppo finale della chiusura di legislatura»[122], con impennata della produzione legislativa totale proprio nella seconda metà di ogni quinquennio[123].

Sempre dal punto di vista quantitativo, parallelamente, si registra, però, anche un deciso aumento del ricorso al decreto-legge[124], che inizia ad

[119] Cfr. P. CARETTI, *Le svolte della politica italiana nelle riforme dei regolamenti parlamentari*, in *Il Parlamento. Storia d'Italia*, Annali, XVII, Einaudi, Torino, 2001, 596 ss; A. MANZELLA, *Le origini dei regolamenti parlamentari, a quarant'anni dal 1971*, in ID. (a cura di), *I regolamenti parlamentari, a quarant'anni dal 1971*, Il Mulino, Bologna, 2012, 11 ss.

[120] Oltre ai contributi citati nella nota precedente cfr., per tutti, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 1977, 15 ss., e L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, Bologna, 2018, 128 ss.

[121] Senza che si possa in queste sede indulgere sulle complesse questioni teoriche e pratiche che la responsabilità politica pone negli ordinamenti pluralistici contemporanei, sulle forme di emersione della responsabilità politica ulteriori rispetto al momento elettorale, cfr. già G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967, 263 ss.; ID., voce *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1341 ss., e C. MORTATI, *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, 95 ss., nonché, in tempi più recenti, V. ANGIOLINI, *Le braci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 57 ss.; ID., *La difficile convivenza tra responsabilità politica e responsabilità giuridica*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, cit., 3 ss.; P. CARETTI, voce *Responsabilità politica*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, Roma, 1991, 1 ss., cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[122] Così A. PREDIERI, *Parlamento 1975*, in ID. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano. Funzioni parlamentari*, Edizioni di Comunità, Milano, 1975, 18.

[123] Ancora E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 119.

[124] Un fenomeno registrato anche da A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto legge*, cit., 250 ss., secondo una tendenza che si può far risalire già agli anni finali della IV legislatura (1967-1968).

assumere le vesti di strumento privilegiato per il «governo politico della complessità sociale»[125] e, soprattutto, di mezzo per forzare la sintesi politica su questioni particolarmente conflittuali e raffreddare, così, le tensioni partitiche all'interno della maggioranza di governo[126]. È, con ogni probabilità, questo il sintomo più chiaro che il quadro politico comincia a denotare i primi significativi cambiamenti, destinati a manifestarsi, con tutti i loro dirompenti effetti sul sistema delle fonti, nel decennio successivo.

4.2 (segue): il "pentapartitismo" e la degenerazione del sistema delle fonti

Negli anni Ottanta, infatti, dopo – e, in una certa misura, anche per effetto del – fallimento del compromesso storico, in un quadro caratterizzato dalla proliferazione di "piccoli" partiti politici, dalla frammentazione parlamentare e dalla sempre più evidente crisi della rappresentanza politica generale, il sistema politico-partitico italiano conosce l'esperienza del c.d. "pentapartitismo", che altera profondamente la logica di funzionamento che la forma di governo parlamentare aveva conosciuto nella "stagione d'oro" del parlamentarismo[127]. L'instabilità degli Esecutivi e l'affermarsi di compromessi politici di sempre più basso profilo logorano la fiducia nel sistema dei partiti. La crisi dei partiti politici che avevano voluto la Costituzione, e nel decennio precedente ne avevano sorretto l'attuazione, diventa la crisi della Costituzione stessa e, per quanto qui di più prossimo interesse, innesca un inarrestabile processo di involuzione della forma di governo, che, a sua volta, costituisce la premessa della degenerazione del sistema delle fonti[128]. Torna a riecheggiare la feroce critica schmittiana nei confronti dell'astrattezza della legalità parlamentare[129]. Il parlamentarismo dei partiti non è più percepito come il contesto privilegiato per il raggiungimento del compromesso politico, necessario e ricercato per riempire l'unità della nazione dei contenuti tratti dalla prima Parte della Costituzione, ma il simbolo della autoreferenzialità e della

[125] Compensando anche la diminuzione delle leggi a carattere provvedimentale sopra richiamate: su questo aspetto, in particolare, cfr. M. MORISI, F. CAZZOLA, *La decisione urgente. Usi e funzioni del decreto legge nel sistema politico italiano*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, 1981, 448 ss.

[126] Come rilevano P. BARILE, C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione. Una ricognizione trent'anni dopo*, Einaudi, Torino, 1979, 29 ss.

[127] Sul punto cfr. S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Giappichelli, Torino, 2017, 126 ss.

[128] Di recente, sul rapporto tra crisi dei partiti e crisi del sistema delle fonti, con particolare riferimento alla legge e alla nozione di indirizzo politico, cfr. A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, 590 ss.

[129] C. SCHMITT, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von den Souveränität*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1922, 24-5; ID., *L'epoca delle neutralizzazioni e delle politicizzazioni* (1932), in ID., *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, 223 ss.

burocratizzazione dei partiti in senso weberiano[130], della corruzione e del predominio degli interessi di casta, se non dei singoli. La ricordata disillusione crisafulliana rivela tutto il suo carattere profetico, lo stesso «immaginario costituzionale» viene capovolto[131] e con l'idea del compromesso politico iniziano a tramontare anche le idee di legge e di fonti che i Costituenti avevano in mente[132].

Ecco perché questa involuzione della forma di governo parlamentare, come detto, produce immancabili effetti anche sul sistema delle fonti. Dilagano le leggi-provvedimento per la cura degli interessi di singoli o di particolari categorie di soggetti[133]. Prolifera il ricorso alla decretazione d'urgenza in sostanziale carenza di qualsivoglia eccezionale situazione di necessità e urgenza[134]. Nasce la prassi della reiterazione del decreto-legge[135]. La legge di conversione diventa il "treno" cui agganciare i "vagoni" più disparati e con contenuti radicalmente disomogenei rispetto al decreto-legge[136]. Si consolida

[130] Come noto, infatti, si deve a M. WEBER, *Politik als Beruf* (1919), trad. it. A. Giolitti, *La politica come professione*, in ID., *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1966, 88 ss., la critica per cui la burocratizzazione dei partiti politici, sorti per organizzare la rappresentanza dei gruppi e delle classi sociali, ha determinato la nascita di «politici di professione», i quali hanno trasformato i rappresentanti eletti in un «branco ben disciplinato» e dominano il parlamento, governando una «democrazia con leadership plebiscitaria» in cui gli unici limiti sono rappresentati dal «mercato dei voti» e dalle resistenze degli apparati amministrativi.

[131] Per usare l'espressione di M. DOGLIANI, *Costituzione e antipolitica. Il Parlamento alla prova delle riforme*, Ediesse, Roma, 2016, 159 ss.

[132] Come rileva, con riferimento alla stagione maggioritaria che di lì a poco avrebbe contraddistinto l'evoluzione della forma di governo italiana, F. BILANCIA, *La legalità: il tramonto di una categoria giuspolitica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2008, *passim*.

[133] Sul punto S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007, 100 ss., e G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013, XII ss., anche per una ricostruzione delle posizioni della dottrina giuspubblicistica, che, non a caso, sul finire degli anni Ottanta, torna a occuparsi del tema dopo i classici studi degli anni Cinquanta e Sessanta.

[134] Dall'«incremento inaudito» del periodo finale della VII legislatura (1978-1979) – così lo definiscono A. BALDASSARE, C. SALVI, *La decretazione d'urgenza. Tendenze istituzionali e proposte di riforma*, in *Democrazia e diritto*, 1981, 34 –, durante il quale si arriva ad avere quasi cinque decreti al mese, si passa nella VIII legislatura alla media di sei decreti al mese, per un totale di 275 decreti tra il giugno 1979 e il giugno 1983: una vera e propria «alluvione» per riprendere l'espressione usata da F. CAZZOLA, M. MORISI, *L'alluvione dei decreti: il processo legislativo tra settima e ottava legislatura*, Giuffrè, Milano, 1981, spec. 15 ss., tanto che, secondo C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Cedam, Padova, 1981, 13, si arriva addirittura a configurare una sorta di «riserva di provvedimento d'urgenza».

[135] Una prassi di cui si trovano le prime tracce già nella V legislatura, come rilevano A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, cit., 240 ss. e 279, e A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit., 3 ss.

[136] Sul punto, per tutti, G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Cedam, Padova, 1989, 287 ss.

nella decretazione d'urgenza a fronte di calamità naturali la prassi di nominare un commissario *extra ordinem*, attribuendo ad esso tutti i poteri contingibili e urgenti necessari per fronteggiare l'emergenza[137]. La legge finanziaria assume le caratteristiche di uno strumento "*omnibus*", comprensivo di tutti gli aggiustamenti e le innovazioni alla legislazione vigente che per ogni esercizio finanziario si ritengono necessari per il compromesso politico del momento, spesso raggiunto su questioni microsettoriali e in contrasto con gli indirizzi generali di politica economica[138] e varato con questioni di fiducia apposte su maxi-emendamenti[139].

Per effetto delle degenerazioni della logica compromissoria sottesa alla riforma dei regolamenti del 1971[140], il Governo non riesce a influenzare la programmazione dei lavori parlamentari e, soprattutto, a incidere sui tempi di approvazione dei disegni di legge, che si allungano in misura considerevole[141]. L'aspirazione all'unanimità, presente nella disciplina regolamentare dell'approvazione del programma dei lavori (artt. 23, co. 2, reg. Cam. e art. 54, co. 2, reg. Sen.)[142], infatti, si scontra con alcuni ambienti della realtà politica

[137] Su cui, già all'indomani degli eventi calamitosi del 1980, G. ROEHRSSEN, *La legislazione in materia sismica*, in *Rassegna del lavoro pubblico*, 1981, 313 ss. Per la ricostruzione storica dei poteri commissariali di protezione civile, sia consentito rinviare a A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 149 ss.

[138] In merito, cfr. G.M. SALERNO, voce *Legge finanziaria*, in *Enc. giur*., XVIII, 1998, 14 ss., e P.F. LOTITO, *Legge finanziaria, bilancio e provvedimenti «collegati». Riflessioni sugli atti normativi e di indirizzo in materia di finanza pubblica*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli, Torino, 1997, 19 ss. Come fanno notare entrambi gli Autori, lo stesso criterio della rilevanza *ex* art. 81 Cost. delle singole disposizioni per il loro inserimento nella legge finanziaria diventa recessivo, perché allo strumento di finanza pubblica si fa ricorso anche per adottare norme di tipo organizzativo, prive di dirette implicazioni in termini di aumento o di diminuzione delle spese e delle entrate.

[139] Sul punto cfr. A. PISANESCHI, *Fondamento costituzionale del potere di emendamento, limiti di coerenza e questione di fiducia*, in *Diritto e società*, 1988, 246 ss., tra i primissimi a contestare la legittimità costituzionale della prassi della questione di fiducia sui maxiemendamenti, insieme a G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998, 139; M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 4; L. GIANNITI, N. LUPO, *Il Governo in Parlamento: la fuga verso la decretazione delegata non basta*, in S. CECCANTI, S. VASSALLO (a cura di), *Come chiudere la transizione. Cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*, Il Mulino, Bologna, 2004, 225 ss.; S. LABRIOLA, *Editoriale*, in *Rassegna Parlamentare*, 2004, 593. Sul punto si veda anche la successiva dottrina, citata in proposito, *infra*, note in calce ai §§ 4.4, 4.5, 4.6, 6.

[140] Definita senza mezzi termini come un «fallimento» da G. FERRARA, *Riforma del parlamento e produzione delle leggi*, in *Democrazia e diritto*, 1983, 17.

[141] Su cui cfr., già nei primi anni '80, V. LIPPOLIS, *La "corsia preferenziale": ipotesi di applicazione*, in *Diritto e società*, 1982, 760 ss., e, più di recente, R. DICKMANN, *L'organizzazione del processo legislativo*, Jovene, Napoli, 2006, 112 ss.

[142] Poi riformata nel senso dell'introduzione della regola di maggioranza, con un destino a stretto giro condiviso con la disciplina dei regolamenti, in particolare di quello della Camera, sul rilievo paritario dei gruppi e sui tempi per la trattazione delle questioni incidentali, novellata ai fini della loro riduzione: cfr. C. DE CARO BONELLA, *Ostruzionismo, addio*, in *Quad. cost.*, 1991, 291 ss., spec.

italiana del tutto estranei allo spirito "assembleariistico" dei regolamenti e conduce, in alcune circostanze, fino alla quasi totale paralisi dell'attività parlamentare a causa dell'ostruzionismo delle forze politiche minori e dell'ampio ricorso al voto segreto[143]. Si comprende, dunque, perché prenda piede in questi anni il dibattito sulla "governabilità", destinato a calamitare nei decenni successivi, da un lato, l'attenzione della dottrina[144], dall'altro, le doglianze del sistema politico-partitico[145].

Parimenti, al medesimo contesto risponde la circostanza che proprio negli stessi anni inizi anche il dibattito sulle riforme costituzionali, con i primi tentativi falliti di riformare le istituzioni repubblicane, come quello condotto dalla Commissione Bicamerale "Bozzi" nel 1983[146]. Dal limitato punto di vista delle considerazioni qui svolte, quell'esperienza rileva anche perché rappresenta il momento d'avvio di una linea di tendenza che sarà destinata ad avere successive intensificazioni nei decenni seguenti e che trova, fin da questo primo passaggio, il proprio punto di emersione nelle deroghe alla rigidità del procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost., che, come si è avuto modo di evidenziare, rappresenta uno dei più rilevanti corollari della forma di governo parlamentare di cui si trova traccia nel modello costituzionale del sistema delle fonti[147]. Così come si inserisce nella medesima logica di coimplicazione tra forma di governo e sistema delle fonti che il progetto predisposto in quella sede contenga, in particolare, una prima distinzione tra leggi necessariamente bicamerali – cui si prevede di far ricorso in un'ampia gamma di ipotesi a partire dalle leggi costituzionali ed elettorali[148] – e

305-306; D. MARRA, *La riforma del regolamento della Camera dei deputati (dal 1981 ad oggi)*, in ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI, *Quaderno n. 1. Seminari 1989-1990*, Giuffré, Milano, 1991, 139 ss.

[143] Su questo profilo cfr. S. TRAVERSA, *Le modificazioni al regolamento della Camera dei deputati, con particolare riferimento al nuovo regime del voto segreto anche in rapporto alla questione di fiducia*, in ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI, *ult. cit.*, 151 ss.

[144] A partire dai pioneristici studi di G. AMATO, *Una Repubblica da riformare. Il dibattito sulle istituzioni in Italia dal 1975 a oggi*, Il Mulino, Bologna, 1980, *passim*, part. 9 ss., e S. GALEOTTI, *Alla ricerca della governabilità*, Giuffrè, Milano, 1983, *passim*, part. 107 ss. e 305 ss.

[145] Come sottolinea l'allora Vicesegretario della Camera S. TRAVERSA, *La governabilità craxiana: riforma dei regolamenti parlamentari e abolizione del voto segreto*, in *Rassegna Parlamentare*, 2009, 49 ss.

[146] In via preliminare, sui lavori della Commissione Bozzi cfr. F. BONINI, *Storia costituzionale della Repubblica*, cit., 113 ss., e C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, spec. 464 ss.

[147] Vedi *supra*, § 3, part. nota 75.

[148] Le altre categorie di leggi necessariamente bicamerali previste dal progetto sono quelle sull'organizzazione ed il funzionamento delle istituzioni costituzionali, quelle di bilancio o tributarie, quelle che prevedono sanzioni penali restrittive della libertà personale, quelle che tutelano le minoranze linguistiche, quelle di attuazione degli articoli 7 e 8 della Costituzione, quelle che determinano i principi fondamentali delle "leggi cornice", quelle di approvazione degli statuti regionali, quelle di conversione di decreti legge e di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali.

monocamerali, per le materie residue, con possibilità, tuttavia, di esame da parte del Senato e pronuncia definitiva della Camera. Si propone, inoltre, una riformulazione dell'art. 77 Cost. con la specificazione dei casi di necessità ed urgenza – limitati alle calamità naturali, la sicurezza nazionale e l'emanazione di norme finanziarie dall'immediata entrata in vigore – e l'indicazione della decorrenza degli effetti temporali degli emendamenti alla legge di conversione, che sono considerati inammissibili se non strettamente attinenti all'oggetto del decreto[149].

In seguito al fallimento di questo primo conato di riforma, l'estremo tentativo di razionalizzare la forma di governo parlamentare, e di contenerne le degenerazioni, viene, come noto, realizzato con la legge 23 agosto 1988, n. 400, la quale contiene la prima vera grande attuazione legislativa della disciplina costituzionale del sistema delle fonti, a riprova proprio della consapevolezza ordinamentale degli strettissimi collegamenti tra i due pilastri del sistema istituzionale e della necessità di implementare il modello sul piano della legislazione ordinaria, facendo leva contestualmente sulle vicende del rapporto fiduciario e sui meccanismi di produzione normativa, oltreché sui loro reciproci condizionamenti[150].

Così come nello stesso senso si deve interpretare la contestuale riforma operata con la legge 23 agosto 1988, n. 362, con cui, per reagire alla ricordata prassi delle finanziarie *omnibus*, si tenta nuovamente di limitare il contenuto della legge finanziaria alle regolazioni quantitative strettamente necessarie a realizzare la manovra di politica economica e a prefissare il livello teorico massimo dell'indebitamento a medio e lungo termine al fine della copertura di tutte le spese iscritte nel bilancio[151], abbozzando così una tendenza destinata a vedere la sua massima concretizzazione, in tempi a noi più vicini e per effetto

[149] Per quanto riguarda, invece, l'esercizio del potere regolamentare, si propone l'introduzione di un art. 77-*bis*, recante, da un lato, la tipizzazione dei regolamenti governativi di esecuzione, dall'altro, la previsione della possibilità che il Governo, con deliberazione del Consiglio dei Ministri, autorizzi le Regioni ad emanare regolamenti sull'esecuzione delle leggi quando la materia non necessiti di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale. Altre proposte di modifica riguardano, infine, l'art. 80 in tema di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e l'art. 81 in tema di legge di bilancio.

[150] Sul punto cfr. S. LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica. Organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988, n. 400*, Maggioli, Rimini, 1989, 3 ss., e A. MANZELLA, *Osservazioni sulla legge n. 400/1988 sulla Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI, *Quaderno n. 1*, cit., 95 ss.

[151] Cfr. P. DE IOANNA, M. MESCHINO, *Dalla legge n. 468 del 1978 alla legge n. 362 del 1988: note sul primo decennio di applicazione della "legge finanziaria"*, in *Quad. cost.*, 1989, 205 ss. In particolare, come noto, al fine di risolvere i problemi incontrati durante il decennio precedente, con la riforma del 1988 le disposizioni di modifica sostanziale, inserite nelle leggi finanziarie in elusione dell'art. 81, co. 3, Cost., vengono "trasferite" all'interno di diversi e appositi provvedimenti, i c.d. "collegati", che diventano oggetto di distinta approvazione parlamentare e i cui effetti sono riportati nella legge finanziaria.

dei vincoli finanziari derivanti dall'Ue, nell'introduzione a livello costituzionale del c.d. "pareggio di bilancio"[152].

Un terzo tentativo organico di sciogliere i nodi dei rapporti tra Parlamento e Governo sul piano delle fonti è rappresentato, infine, dalla legge 9 marzo 1989, n. 86, c.d. "La Pergola", che introduce lo strumento della legge comunitaria, ad iniziativa necessariamente governativa e con termine di presentazione al 31 gennaio di ogni anno. Orientano verso l'introduzione dell'istituto, da un lato, l'esigenza di contrastare i ritardi nel recepimento delle direttive comunitarie[153], dall'altro, la crescita dei volumi della legislazione, per contenere la quale viene prevista la potestà di attuare le direttive anche attraverso regolamenti, in caso di materie già regolate dalla legge[154]. Un meccanismo, quest'ultimo, figlio della medesima fiducia nei confronti delle fonti secondarie che la legge n. 400 ha posto alla base della disciplina dell'art. 17 e con il quale si intende realizzare un "alleggerimento" del peso delle fonti primarie a vantaggio della sede regolamentare, ritenuta più funzionale alle esigenze di una regolazione in continuo cambiamento. Allo stesso modo, il Parlamento viene maggiormente coinvolto anche nella fase "ascendente", con l'accentuazione dei doveri informativi del Governo, in modo da riservare alle Camere un ruolo comunque significativo nell'intera dinamica dei rapporti comunitari; dinamica che, fino a quel momento, era apparsa sostanzialmente riservata all'Esecutivo[155].

[152] Cfr., in proposito, N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'art. 81 della Costituzione tra interpretazione, attuazione e aggiramento*, Luiss University Press, Roma, 2007, 89 ss.

[153] Su cui, per tutti, A. PREDIERI, *Il legislatore recalcitrante e il rimedio degli effetti diretti delle direttive comunitarie*, Passigli, Firenze, 1987, 7 ss.

[154] Cfr. M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Legge 9 marzo 1989, n. 86, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. Commento,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1991, 567; S. BARONCELLI, *La partecipazione dell'Italia alla* governance *dell'Unione europea*, cit., 254 ss.

[155] Sul punto si vedano A. CELOTTO, G. PISTORIO, *Diciotto anni di «legge comunitaria»*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, Giappichelli, Torino, 2007, 54 ss. Parallelamente, sia il regolamento della Camera, nel 1990, che quello del Senato, nel 1988, adeguano le proprie norme a quanto previsto dalla legge "La Pergola", fornendo al Parlamento una vasta serie di strumenti conoscitivi e di indirizzo. Alla Camera, in particolare, viene creato un organismo apposito (la Commissione per le politiche comunitarie), si disciplina espressamente l'esame della legge comunitaria (art. 126-*ter*) e quello delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee (art. 127-*bis*), ricalcando lo schema procedurale previsto rispettivamente per l'esame del bilancio e per l'esame delle sentenze della Corte costituzionale.

4.3 (segue): le fonti come strumento di governo nell'avvento della c.d. "Seconda Repubblica"

Le tre "riforme di sistema" appena citate[156], per il loro potenziale impatto ordinamentale e per l'impostazione legata alle mutue implicazioni tra concreto sviluppo del rapporto fiduciario e processi normativi, possono essere considerate il "canto del cigno" di quel modello costituzionale di sistema delle fonti immaginato e costruito dai Costituenti intorno alla logica compromissoria dello "stato dei partiti" e alla forma di governo parlamentare. Ne è una significativa conferma che, negli stessi anni in cui vengono approvate, prenda avvio un percorso incrementale di riforme dei regolamenti parlamentari finalizzato a "depurare" i regolamenti del 1971 dalla loro originaria vocazione assembleare e compromissoria, avvertita sempre più come "consociativa"[157]. Emblematiche, in questo senso, sono appunto le novelle del 1988, le quali generalizzano il voto palese come regola di *default* delle votazioni, nonché le misure anti-ostruzionistiche in relazione alla programmazione dei lavori adottate alla Camera con la riforma del 1990.

All'inizio del decennio successivo, infatti, due grandi novità spingono la crisi della forma di governo verso quella che, a trent'anni di distanza, si può considerare una vera e propria trasformazione costituzionale "a testo invariato"[158]. La prima, come noto, è la stagione di repressione penale (l'inchiesta c.d. "Mani Pulite") legata ai reati di corruzione, concussione e finanziamento illecito dei partiti (la c.d. "Tangentopoli"), che colpisce l'intero sistema politico-partitico italiano e, in un solo colpo, spazza via dal panorama parlamentare tutti i partiti politici che fin dagli anni dell'Assemblea Costituente erano stati rappresentati in Parlamento. La seconda, come ovvio, è il referendum del 18 aprile del 1993 sulle leggi elettorali di Camera e Senato, che porta la forma di governo parlamentare italiana ad evolversi in senso maggioritario e che traduce in termini istituzionali il diffuso clima di sfiducia nei confronti del sistema elettorale proporzionale, ritenuto da molti responsabile di aver causato la degenerazione della rappresentanza, la corruzione, l'instabilità e

[156] Ma cfr. E. CHELI, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee di tendenza attuali*, cit., 131, che individua come tentativo di razionalizzazione del sistema delle fonti anche la l. n. 142 del 1990 sull'ordinamento degli enti locali.

[157] Per un bilancio su cosa è sopravvissuto del nucleo originario dei regolamenti del 1971, cfr. A. MANZELLA (a cura di), *I Regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, il Mulino, Bologna, 2012, *passim*, con particolare riferimento alle *Conclusioni* di P. RIDOLA; F. LANCHESTER (a cura di), *Regolamenti parlamentari e forma di governo: gli ultimi quarant'anni*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*; nonché, più di recente, i contributi raccolti in V. LIPPOLIS (a cura di), *A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971: trasformazioni e prospettive*. *Il Filangieri, Quaderno 2021*, Jovene, Napoli, 2021.

[158] Cfr. G. ORSINA, *I nodi di un difficilissimo biennio*, in AA.VV., *Carlo Azeglio Ciampi 1920-2020*, I, Edizioni della Normale, Pisa, 2021, 138 ss.

l'inefficacia dei governi, nonché la degenerazione del sistema delle fonti[159].

In particolare, anche in relazione alle prassi "torsive" del sistema delle fonti, il tema della "governabilità" s'impone come ineludibile e radicalizza in termini nuovi quella permanente tensione tra liberalismo e democrazia che, nel secolo precedente, si era strutturata intorno alla polemica nei confronti della tirannia della maggioranza, che viene progressivamente sostituita dall'accusa di «incapacità dei governi democratici di dominare convenientemente i conflitti di una società complessa»[160]. Quello delle fonti, conseguentemente, cessa di essere un tema di attuazione e implementazione dell'ellittico tessuto costituzionale della convivenza civile e politica e diviene, prevalentemente, un segmento della più generale problematica degli strumenti della funzione governante[161], in una prospettiva che non pare azzardato definire schumpeteriana[162], proprio per il suo carattere servente rispetto al modello della c.d. "democrazia maggioritaria"[163].

Nella nostra esperienza costituzionale, si determina così quella vera e propria trasformazione della forma di governo che comunemente viene definita attraverso l'espressione di "Seconda Repubblica", proprio per indicare la nuova logica di funzionamento del sistema costituzionale, con partiti nuovi (ad es. Forza Italia, Lega, Alleanza Nazionale, che governano insieme nella coalizione di centro-destra dopo le prime elezioni maggioritarie del 1994) e ispirato alla logica della "democrazia maggioritaria" o dell'alternanza, giudicata più rispondente all'esigenza di favorire la governabilità e l'emersione della responsabilità politica dei partiti. Il compromesso cessa di essere, così come lo avevano concepito i Costituenti, il metodo privilegiato per la

[159] Sul punto cfr. N. LUPO, G. TARLI BARBIERI, *Dal referendum alla legge Mattarella*, *ivi*, 237 ss. Per una prospettiva che valorizza l'avvio della «stagione antipartitocratica» del referendum cfr. A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 119 ss., spec. 128, in particolare per la constatazione dell'«unicità dei referendum elettorali delle tornate 1991-93 rispetto alle esperienze pregresse, sia per l'incidenza sul sistema partitico […] sia per l'esaltazione massima delle virtualità del referendum abrogativo, non più mero strumento di "legislazione negativa", ma mezzo di innovazione normativa dalle immediate ricadute istituzionali».

[160] N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Simonelli Editore, Milano, 2006, 103 ss.

[161] Cfr., per tutti, M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 50 ss.

[162] Come noto, infatti, l'idea che la legislazione sia soltanto uno dei modi in cui il Parlamento conferma o revoca il proprio sostegno all'indirizzo politico del governante di turno si deve a J. SCHUMPETER, *Capitalism, socialism and democracy* (1942), trad. it. E. Zuffi, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Etas, Milano, 1967, 266, laddove si replica all'obiezione secondo cui il Parlamento non si limita a «nominare e licenziare governi», ma «legifera e amministra», evidenziando che «fondamentalmente la produzione corrente di decisioni parlamentari su problemi nazionali è il metodo con cui il parlamento mantiene o rifiuta di mantenere al potere un governo, o con cui accetta o rifiuta di accettare la guida del primo ministro».

[163] Nel senso, ormai classico, definito da A. LIJPHART, *Pattern of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, trad. it. L. Verzichelli, *Le democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 2001, 29 ss.

legittimazione democratica dei processi normativi e diviene, all'opposto, il simbolo dell'autoreferenzialità dei partiti e della loro deteriore tendenza alla ricerca di un consenso connotato in termini sempre più spregiativamente consociativistici.

Pur in un quadro di così radicale delegittimazione e mutamento delle istituzioni repubblicane, falliscono, però, i due ulteriori tentativi di riformare la Costituzione del 1948 condotti dalla Commissione "De Mita-Iotti" nel 1993 e dalla Commissione bicamerale "D'Alema" nel 1997; progetti che, non a caso, ripropongono entrambi deroghe al procedimento di revisione costituzionale dell'art. 138 Cost. e contengono entrambi significative misure di contenimento delle alterazioni subite dal sistema delle fonti[164].

Nel quadro di imponenti riforme dell'architettura costituzionale[165], del primo progetto vale la pena ricordare, innanzitutto, l'introduzione di nuove regole in materia di decretazione d'urgenza, che comportano una profonda revisione dell'art. 77 Cost. volta a restringere il campo di intervento della fonte ad una serie di fattispecie definite, ovvero «la sicurezza nazionale, le calamità naturali, l'introduzione di norme finanziarie che debbano entrare immediatamente in vigore o il recepimento e l'attuazione di atti delle Comunità europee, quando dalla mancata tempestiva adozione dei medesimi possa derivare responsabilità dello Stato per inadempimento di obblighi comunitari». Viene, inoltre, costituzionalizzata la disposizione dell'art. 15 della legge n. 400 del 1988 nella parte in cui prevede che i decreti debbano contenere misure di immediata applicazione e di carattere specifico ed omogeneo, stabilisce la non reiterabilità dei decreti non convertiti in legge e fa divieto ai provvedimenti di urgenza di ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale[166]. Altre proposte, infine, concernono il

[164] Sulle vicende richiamate cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. PIZZORUSSO, *Le stagioni della Costituzione. Prefazione al volume conclusivo del «Commentario della Costituzione»*, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1995, XXXI ss., e P. CIARLO, *Parlamento, governo e fonti normative*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La riforma costituzionale. Atti del Convegno annuale. Roma 6-7 novembre 1998*, Cedam, Padova, 1999, 257 ss.

[165] Si pensi, per tutte, alla definizione di una forma di governo "neoparlamentare" che prevede l'investitura diretta da parte del Parlamento del Primo ministro, attribuisce a quest'ultimo la esclusiva responsabilità sulla nomina e la revoca dei ministri ed introduce l'istituto della c.d. "sfiducia costruttiva", nonché all'ampia revisione del rapporto Stato-Regioni, con il capovolgimento del criterio di competenza accolto nel testo allora vigente della Costituzione.

[166] Per quanto concerne, invece, la decisione parlamentare sulla conversione in legge dei decreti, si prevede espressamente che le Camere li debbano convertire in legge entro sessanta giorni e si introduce la non emendabilità dei decreti-legge, salvo per quanto attiene alla copertura degli oneri finanziari.

potere regolamentare del Governo[167] e la legge di bilancio, con l'introduzione dell'obbligo per i bilanci dello Stato di rispettare il principio dell'equilibrio finanziario della parte corrente[168].

Nel testo della seconda Commissione, invece, come si ricorderà, il progetto distingue tre tipi di procedimento legislativo ordinario[169]. La distinzione è una conseguenza della decisione di individuare nella sola Camera dei deputati la sede propriamente "politica" e di riservare al Senato poteri paritari nel procedimento legislativo solo per un limitato numero di ambiti materiali, sostanzialmente afferenti alle questioni istituzionali e ai diritti e alle libertà. Per un secondo ambito di materie è, inoltre, previsto un procedimento misto: si tratta delle questioni per le quali il procedimento legislativo richiede la partecipazione dei rappresentati delle autonomie. I progetti di legge rientranti in tale ambito sono necessariamente trasmessi ad approvati dal Senato, che delibera nella composizione integrata dai rappresentanti delle autonomie. Per tutte le altre materie, infine, il procedimento legislativo si svolge e si conclude di norma alla Camera, salva la facoltà, data al Senato, di "richiamare" i progetti approvati dalla "Camera bassa" e di proporre modifiche, sulla quali tuttavia la decisione definitiva spetta alla stessa Camera dei deputati. Come si accennava, dunque, vengono così individuati tre distinti procedimenti, che corrispondono ad altrettante tipologie di leggi: leggi bicamerali paritarie, leggi bicamerali non paritarie e leggi monocamerali[170].

Allo stesso tempo, coerentemente con la "svolta maggioritaria", vengono incrementati i poteri governativi nel procedimento legislativo. Il testo di riforma riconosce ampi poteri al Governo nella determinazione dell'ordine del giorno delle Camere e nell'ambito del procedimento legislativo. L'art. 95, co. 4, prevede, infatti, che il Governo possa chiedere che un disegno di legge sia iscritto con priorità all'ordine del giorno di ciascuna Camera e sia votato entro una data determinata. La medesima disposizione riconosce altresì al Governo la facoltà di chiedere che, decorso il termine, la Camera deliberi sul testo proposto o accettato dal Governo articolo per articolo e con votazione finale (c.d.

[167] In relazione al quale il testo prevede l'introduzione in Costituzione di un nuovo articolo 95-*bis*, il quale stabilisce che il Governo esercita la potestà regolamentare nelle materie di competenza statale non riservate dalla Costituzione alla legge, secondo modalità e forme stabilite con legge ordinaria.

[168] Il testo dell'art. 81 Cost. riformato, inoltre, conferma il carattere formale della legge di bilancio e prevede che il Governo presenti annualmente per l'approvazione parlamentare, oltre al rendiconto consuntivo, un bilancio di previsione annuale e pluriennale.

[169] In via preliminare, sui lavori della Commissione cfr. i contributi raccolti in P. CARETTI (a cura di), *La riforma della Costituzione nel progetto della bicamerale*, Cedam, Padova, 1997, e, in particolare, U. DE SIERVO, *Alcune discutibili scelte in tema di bicameralismo e sistema delle fonti*, *ivi*, 55 ss.

[170] Sul punto si veda la sistematizzazione proposta da M. CECCHETTI, *La disciplina generale del procedimento legislativo: l'iter parlamentare di formazione della legge*, *ivi*, 179 ss.

"voto bloccato"). Risultano rafforzati anche i poteri del Governo in merito alle decisioni di spesa deliberate dal Parlamento: in particolare, l'art. 103, co. 5, stabilisce che, in caso di opposizione del Governo, le Camere possono approvare disposizioni che comportino maggiori oneri solo a maggioranza assoluta dei propri componenti. In tema di decretazione d'urgenza viene introdotto un generale divieto di emendamento in sede di conversione e, a bilanciamento di tale limitazione delle prerogative parlamentari, si prevede – replicando alcune proposte, come visto, già fatte dalla precedente Commissione – che il Governo possa approvare decreti-legge solo in una serie limitata di fattispecie (sicurezza nazionale, pubbliche calamità, norme finanziarie).

Il processo di adeguamento istituzionale alla nuova dinamica maggioritaria, fallito sul piano della revisione costituzionale, raggiunge, invece, un primo approdo sul piano dei regolamenti parlamentari per effetto del tentativo, operato con la riforma del regolamento della Camera del 1997 e con gli interventi più puntuali di revisione del regolamento del Senato degli anni 1999-2002, di tenere insieme, da un lato, regole volte a garantire tempi certi nella discussione e nella decisione parlamentare, dall'altro, prescrizioni tese a consentire un effettivo confronto tra maggioranza e opposizione/i, secondo una logica di garanzia dello "statuto dell'opposizione"[171]. In particolare, alla necessità di rafforzare i poteri del Governo in Parlamento si ispirano la nuova disciplina del contingentamento dei tempi di discussione in Commissione e in Assemblea, nonché quella della definizione del programma dei lavori e quella del filtro di ammissibilità degli emendamenti[172].

4.4 (segue): le delusioni della "svolta maggioritaria" nel campo delle fonti

La restante parte degli anni '90 e i successivi anni 2000 sembrano, però, dimostrare che l'evoluzione della forma di governo parlamentare in senso maggioritario non è in grado di curare miracolosamente i mali delle istituzioni repubblicane, dalla crisi della rappresentanza politica alla scarsa qualità delle politiche pubbliche e delle leggi[173], dall'instabilità dei governi all'inefficacia della loro azione nell'affrontare i problemi economico-sociali, soprattutto

[171] Sul tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Giappichelli, Torino, 2013, spec. 401 ss.

[172] Cfr., per tutti, G. RIVOSECCHI, *Regolamenti parlamentari e forma di governo nella XIII legislatura*, Giuffrè, Milano, 2002, 27 ss.

[173] Inevitabile, conseguentemente, la crescita di attenzione della dottrina nei confronti del tema della qualità della legislazione, su cui si vedano, almeno, dopo il pionieristico lavoro di M. AINIS, *La legge oscura*, cit., gli studi monografici di P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Esi, Napoli, 2007; D. MONE, *Qualità normativa tra tecnocrazia ed effettività della democrazia rappresentativa*, Jovene, Napoli, 2010; B. MALAISI, *La conoscibilità della legge*, Cedam, Padova, 2012 e, più di recente, L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

quelli derivanti dall'incremento del debito pubblico – che proprio le ricordate prassi in materia di legge finanziaria avevano alimentato – e dalla crisi economica del 2007.

Una significativa conferma della mancanza di qualsivoglia virtù taumaturgica del maggioritario si ha proprio dalle perduranti "torsioni" del sistema delle fonti. In particolare, verso questa conclusione sembrano orientare alcuni fenomeni emergenti dalla prassi, i quali sembrano poter essere tematizzati sotto tre distinti e concorrenti angoli prospettici: da un primo punto di vista, il fallimento del tentativo di razionalizzazione esperito con la legge n. 400 del 1988; da un secondo punto di vista, l'incapacità delle modifiche dei regolamenti di Camera e Senato di far definitivamente transitare i procedimenti normativi verso la nuova logica maggioritaria; da un terzo punto di vista, infine, l'incancrenirsi di alcuni fenomeni per effetto proprio delle rinnovate dinamiche dei rapporti tra maggioranza e opposizione/i.

Dal primo dei tre punti di vista, quanto alla delega legislativa, si assiste al suo incremento quantitativo, legato ad un sempre maggiore ricorso all'istituto per interventi di ampia portata riformatrice[174] e nella c.d. "testunificazione"[175], e al diffondersi di prassi difficilmente compatibili con il dettato costituzionale dell'art. 76 Cost., quali la previsione di principi e criteri direttivi generici[176], l'adozione di decreti-legislativi oltre il termine[177], il massiccio utilizzo di deleghe integrative e correttive, anche previste da leggi diverse da quelle di conferimento della delega principale[178], che intervengono dopo notevole lasso di

[174] Per una ricostruzione analitica della prassi in materia, cfr. G. TARLI BARBIERI, *La grande espansione della delegazione legislativa nel più recente periodo*, in P. CARETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2003, 47 ss.

[175] Una stagione in cui il testo unico si pone come «minimo comune denominatore» di diverse altre figure normative tra cui «il *codice*, le fonti di *riassetto*, le fonti di *riordino* e anche fonti che pur omettendo, nel titolo, ogni riferimento ad operazioni di manutenzione e coordinamento della normazione sono parimenti l'esito (anche) di un'opera di consolidazione»: così M. MALO, *Previsioni ed esperienze di consolidazione normativa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, cit., 152 ss., spec. 153. Dello stesso A. cfr. anche ID., *Manutenzione delle fonti mediante testi unici*, Giappichelli, Torino, 2004, 11 ss.

[176] Così, C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa*, cit., 68 ss.

[177] Sul punto P. MILAZZO, *Uno sguardo sulle prassi e le tendenze della delega legislativa nel decennio 1996-2007* in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, cit., 106 ss.

[178] N. LUPO, *Lo sviluppo delle deleghe e dei decreti legislativi «correttivi»*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1997*, cit., 45 ss., e G. DE FIORES, *Le trasformazioni della delega legislativa nell'epoca della globalizzazione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2002, 190 ss.

tempo[179] e che vengono inserite in sede di conversione dei decreti-legge[180].

Quanto, invece, alla decretazione d'urgenza, emblematica e notissima, tanto che ad essa sarà sufficiente un mero accenno, è la vicenda normativa seguita alla sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale[181], che si caratterizza, per un verso, per l'esplosione delle ordinanze di protezione civile[182], per l'altro, per un diverso utilizzo della fonte, comunque al di fuori dei presupposti costituzionali, come mezzo che il *continuum* maggioranza parlamentare-Governo utilizza per attuare il programma politico e che la trasforma in una sorta di iniziativa legislativa rafforzata dall'immediata entrata in vigore e dai tempi certi dell'esame parlamentare[183].

Nella medesima prospettiva meritano, infine, di essere ricordate anche le prassi in materia di esercizio del potere regolamentare[184], che denotano il proliferare di una particolare categoria di atti, sconosciuti al modello della legge n. 400 del 1988, qualificati espressamente dalla legge come "decreti di natura non regolamentare". Il ricorso a quest'ultimi è uno dei sintomi più evidenti della «fragilità»[185] della disciplina dettata in relazione ai poteri normativi del Governo, che finisce per produrre, fin da subito, quel fenomeno proteiforme di "fuga dal regolamento"[186] che si manifesta nelle più diverse deviazioni dal modello procedimentale tipico dei regolamenti governativi e ministeriali, per

[179] V. BALDINI, *Il procedimento di delegazione legislativa tra elasticità ed effettività. Riflessioni su una «variabile dipendente» della democrazia parlamentare*, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, 25 ss.

[180] M. CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di Governo e vizi di costituzionalità?*, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *ult. cit.*, 65 ss.

[181] Per una ricognizione degli sviluppi successivi alla decisione della Corte, cfr. A. SIMONCINI, *La "fine" della reiterazione dei decreti-legge*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1997*, Giappichelli, Torino, 1998, 17 ss.

[182] Di cui si dirà più approfonditamente, ad altro fine, *infra*, § 6.

[183] A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in ID., *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006, 1 ss. Inoltre, si vedano i dati raccolti in V. DI PORTO, *I numeri delle leggi*, cit., 192.

[184] In relazione al quale si comincia a configurare una prima affermazione dell'autonomia normativa della Presidenza del Consiglio, come emerge dalla prassi analizzata in M.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, Bologna, 1992, 161 ss.

[185] Così G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e regolamenti ministeriali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, 332. Sul tema, già nei primi anni successivi all'entrata in vigore della legge 400, cfr. G. PUCCINI, *La forma dei regolamenti del Governo oltre i modelli dell'art. 17 della l. n. 400/1988*, in U. DE SIERVO (a cura di), *ult. cit.*, 25 ss.

[186] Sul quale, tra i primi, E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 69-70, e U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400/1988)*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro. Stato e Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1991, 279 ss.

come disciplinati dall'art. 17 della medesima legge[187]. In particolare, si affermano nella prassi ampi fenomeni di delegificazione condotti al di fuori dello schema dell'art. 17, co. 2, cit., che diviene un modello assolutamente recessivo nelle scelte del legislatore[188], con ogni conseguente ricaduta problematica in punto di rispetto del principio di legalità e della gerarchia delle fonti[189].

In questo contesto, peraltro, l'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione, di cui si dirà di qui a poco, rappresenta un fattore di intensificazione delle deroghe al regime formale dei regolamenti: da un primo punto di vista, perché la limitazione del perimetro di operatività della potestà regolamentare dello Stato alle sole materie affidate alla sua competenza legislativa esclusiva "incoraggia" tentativi di elusione del riparto attraverso atti diversi dai regolamenti[190]; da un secondo angolo visuale, perché l'esplodere del contenzioso costituzionale in via principale stimola il tentativo del Governo di sottrarre una parte consistente della produzione normativa alla possibile giurisdizionalizzazione del conflitto con le Regioni[191].

Dal secondo dei punti di vista che si sono anticipati, relativo alle prassi conseguenti alle riforme dei regolamenti di Camera e Senato, giova evidenziare che il tentativo di razionalizzare le procedure parlamentari nel senso di favorire una più piena dialettica tra maggioranza e minoranza/e, a questo punto "costituita/e in opposizione/i" per effetto della nuova logica

[187] Da ultimo, per una classificazione delle forme della "fuga dal regolamento", cfr. G. RIVOSECCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 92 ss. Per la distinzione tra "decreti a contenuto normativo non aventi la forma di regolamento" e "decreti aventi contenuto normativo ma espressamente definiti «non regolamentari» dalla legge" v. C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 365 ss.

[188] Il quale, contravvenendo alla logica di semplificazione normativa propria dell'istituto, introduce adempimenti procedurali non richiesti dalla disciplina dell'art. 17, co. 2, cit. come l'intervento consultivo delle Commissioni parlamentari: sul punto cfr. V. DI PORTO, E. ROSSI, *L'intervento del Parlamento nel procedimento di formazione di alcuni regolamenti del Governo*, in U. DE SIERVO (a cura di), *ult. cit.*, 93 ss.

[189] G. DEMURO, *I regolamenti delegati di delegificazione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, cit., 301 ss. Inoltre, per limitarsi agli studi monografici, cfr. ID., *Le delegificazioni: modelli e casi*, Giappichelli, Torino, 1995, 24 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, 43 ss.; E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Giappichelli, Torino, 1999, 25 ss.; S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Cedam, Padova, 2001, 11 ss.

[190] G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare del Governo (1996-2006)*, in P. CARETTI (a cura di), *ult. cit.*, 187 ss.

[191] Cfr., per tutti, N. LUPO, *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo Titolo V della Costituzione: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, Giappichelli, 2003, 261; R. BIN, *"Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale" – Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Jovene, Napoli, 2004, 295 ss.; F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali «non aventi natura regolamentare»*, in *Quad. cost.*, 2003, 820 ss.

dell'alternanza, o della "democrazia decidente"[192], va incontro ad alcuni fenomeni distorsivi che testimoniano un progressivo appannamento proprio di quei caratteri tipici del procedimento legislativo – quali la trasparenza, la pubblicità e l'apertura del confronto dialettico maggioranza/opposizione/i[193] – che quelle riforme regolamentari intendevano esaltare: si pensi al ricorso ai maxi-emendamenti da parte dell'Esecutivo[194], all'abuso delle questioni di fiducia unito alla richiesta della maggioranza di iscrivere all'ordine del giorno dell'Assemblea provvedimenti che non hanno ancora esaurito il loro *iter* in Commissione[195] e, più in generale, al ridimensionamento del ruolo di queste ultime, che finiscono per non essere né la sede di elaborazione delle politiche legislative, né la sede per un effettivo controllo sull'indirizzo politico del Governo[196].

Dall'ultimo dei tre punti di vista indicati, quello relativo agli effetti delle rinnovate dinamiche dei rapporti tra maggioranza e opposizione/i su alcuni fenomeni già abbozzati dalla prassi degli anni precedenti al 1993, infine, vale la pena ricordare come con l'evoluzione della forma di governo non siano state contenute, ma anzi risultino aggravate, alcune tendenze della prassi alla marginalizzazione del Parlamento nei processi normativi, come l'accentramento dell'iniziativa legislativa nelle mani del Governo[197], il massiccio inserimento di emendamenti, anche governativi, in sede di conversione dei decreti-legge[198], sempre più di frequente accompagnato dall'utilizzo della questione di fiducia[199], il consolidarsi del fenomeno dei decreti legislativi integrativi e

[192] Sull'utilizzo di questa nozione cfr., per tutti, S. BARTOLE, voce *Democrazia maggioritaria*, in *Enc. dir.*, agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 346 ss.

[193] Su tali caratteristiche, centrali ai fini dell'emersione della responsabilità politica, cfr. A. RUGGERI, *La legge tra modello costituzionale, esperienze e prospettive*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, VI, 2, Giappichelli, Torino, 2003, 234 ss., che sviluppa il ragionamento nel senso della ravvisabilità di una motivazione legislativa.

[194] Anche per ulteriori riferimenti bibliografici, nella dottrina della prima decade del secolo, cfr. L. CUOCOLO, *I maxi-emendamenti tra opportunità e legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, 4753 ss.; P. PASSAGLIA, *Art. 72*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Utet, Torino, 2006, 1391 ss.; P. CARETTI, *Maxi-emendamenti e questione di fiducia: una grave prassi distorsiva di difficile contrasto*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Cedam, Padova, 2010, 13 ss.

[195] N. LUPO., *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, cit., 41 ss.

[196] Ancora, N. LUPO, *Il procedimento legislativo parlamentare dal 1996 a oggi: ovvero del fallimento di una «rivitalizzazione»,* in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, cit., 32 ss.

[197] Cfr. R. DICKMANN, *L'esercizio dell'iniziativa legislativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 3 ss.

[198] Nell'ambito di un uso del decreto-legge che comincia a connotarsi come strumento per superare le lungaggini parlamentari, la frammentazione in assemblea e/o le divisioni interne alla stessa maggioranza di governo, come rileva, dopo la fine della prassi della reiterazione, A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, cit., 53.

[199] G. RIVOSECCHI, voce *Fiducia parlamentare*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento III, Utet, Torino, 2008, 17 ss.

correttivi[200], il ricorso a deleghe "tecniche" e "in bianco", funzionali in alcuni casi a delegare poteri normativi alle autorità indipendenti[201], più in generale, lo strutturarsi attraverso la delegazione di una sorta di "colegislazione" tra Parlamento e Governo[202], il costante permanere della legislazione provvedimentale[203], l'allungamento dei tempi del procedimento legislativo[204], il ricorso a provvedimenti *omnibus* nell'ambito delle manovre di bilancio[205].

Il complesso di tali fenomeni dimostra la difficoltà del sistema politico-partitico di partorire nella nuova logica maggioritaria una dialettica maggioranza/opposizione/i che consenta lo sviluppo di prassi normative conformi al modello costituzionale, come conferma la circostanza che, nel solo settennato di Carlo Azeglio Ciampi (1999-2006), il rispetto della disciplina costituzionale delle fonti in più occasioni viene in considerazione come motivo di rinvio delle leggi alle Camere *ex* art. 74 Cost., con censura, tra le altre cose, dell'approvazione di corposi emendamenti senza discussione, della proroga di un termine scaduto per l'esercizio di una delega quando il Governo ha già presentato un disegno di legge per il conferimento di una nuova delega, dell'inserimento in sede di conversione di norme eterogenee rispetto al contenuto del decreto-legge, della presentazione di iniziative di dubbia costituzionalità su materia su cui pende già una proposta legislativa[206], dell'approvazione di

[200] M. MAZZARELLA, *La decretazione correttiva e integrativa*, in E. ROSSI (a cura di), *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura,* Cedam, Padova, 2010, 269 ss.

[201] E. FREDIANI, *La progressiva "torsione" di un modello tra deleghe "tecniche", deleghe "in bianco" e conferimento di poteri normativi alle autorità amministrative indipendenti*, in E. ROSSI (a cura di), *ult. cit.*, 327 ss.

[202] Sul punto cfr., per tutti, E. CHELI, *La produzione normativa*, cit., 129.

[203] Nel decennio 1996-2006, le leggi provvedimento assommano a circa il 15% della legislazione parlamentare, secondo la ricostruzione operata da V. BONCINELLI, *Analisi empirica della produzione delle leggi-provvedimento negli ultimi dieci anni*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, cit., 313 ss., che sottolinea come il ricorso a tale istituto avvenga per le finalità più varie, tra le quali particolarmente significativa appare quella di tipo emergenziale, volta a regolare in via transitoria oggetti che richiederebbero una disciplina stabile e organica.

[204] Ben documentato dai dati contenuti in E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 197 ss., che evidenziano come, a partire dalla XIII legislatura, il tempo medio di approvazione sia compreso tra i 450 e i 500 giorni.

[205] Sul punto v. N. LUPO, *Art. 81 (commento a)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Utet, Torino, 2006, 1597 ss. In particolare, sulla prassi delle leggi finanziarie con unico articolo cfr. B.G. MATTARELLA, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale delle ultime leggi finanziarie*, in *Quad. cost.*, 2006, 783 ss.

[206] Sui citati profili sia consentito rinviare alla ricostruzione della prassi dei rinvii di Ciampi contenuta in A. CARDONE, *La presidenza Ciampi e il potere di rinvio delle leggi: prime prove di pedagogia istituzionale?*, in *Democrazia e diritto*, 2004, 181 ss., in cui cerco di mostrare come detta prassi trovi una chiave di lettura nel nuovo ruolo – ridimensionato in estensione, ma accentuato in intensità dal punto di vista delle garanzie (come sottolineano, tra gli altri, E. CHELI, *La riforma mancata*, Il Mulino, Bologna, 2000, 68; G. AZZARITI, *Appunti per una discussione sul presidente della repubblica italiana,* in ID., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, cit., 490; C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra*

maxi-emendamenti che inseriscono articoli con decine di commi[207]. Durante le presidenze successive, invece, l'utilizzo del potere di rinvio per questioni attinenti l'uso delle fonti subisce un'attenuazione che, tuttavia, risulta compensata da un più ampio ricorso al potere di messaggio[208], ivi compreso quello degli "auguri" di fine anno: in particolare, nel corso del primo mandato di Giorgio Napolitano, numerose sono le "note del Quirinale" e ricorrenti sono gli invii di lettere ai Presidenti delle Camere che denunciano l'uso distorto delle fonti del diritto, in particolare della decretazione d'urgenza[209]; "moniti" che, peraltro, si trovano puntualmente citati anche nella successiva sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2012, a sottolineare proprio la diffusa percezione istituzionale dell'incostituzionalità di alcune "deviazioni" dal modello[210]. Nello stesso senso, infine, si esprime anche la prassi della presidenza Mattarella, la quale "batte" soprattutto sulla necessità di mantenere l'omogeneità e la coerenza complessiva dei testi normativi, anche in seguito all'attività emendativa delle Camere e prefigura un possibile utilizzo futuro del potere di rinvio in materia[211].

4.5 (segue): l'arretramento della centralità parlamentare/assembleare in alcune ulteriori prassi (1993-2010) in ambito Ue, costituzionale e regionale

In quegli stessi anni (1993-2010), si registrano anche altre profonde evoluzioni del sistema delle fonti, le quali, incidendo su diversi livelli della produzione normativa e su differenti momenti di raccordo, contribuiscono a

principio maggioritario e unità nazionale, in *Riv. dir. cost.*, 2002, 176) – che il Capo dello Stato viene a rivestire nel contesto maggioritario proprio per effetto della nuova conformazione assunta dai procedimenti normativi, contraddistinta da una "forza" del Governo in Parlamento sconosciuta all'esperienza precedente.

[207] Emblematica la vicenda della legge di riforma dell'ordinamento giudiziario nella XIV legislatura, che è stata oggetto del messaggio del Presidente Ciampi del 16 dicembre 2004, su cui cfr. L. CUOCOLO, *Le osservazioni del Presidente della Repubblica sul drafting legislativo tra rinvio della legge e messaggio alle Camere*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 7 gennaio 2005; S. SCAGLIARINI, *Il Presidente e la tecnica legislativa*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 265 ss.; E. GRIGLIO, *I maxiemendamenti del governo in parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005, 807 ss.; L. LORELLO, *Presidente della Repubblica e rinvio della legge: un nuovo "custode" della qualità della legislazione?*, in *Nuove autonomie*, 2005, 327 ss.

[208] I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, 112 ss.

[209] Sul punto si veda la preziosa ricostruzione di M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, cit., 232-3.

[210] Sul punto cfr. E. STRADELLA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016, 1 ss.

[211] Ci si riferisce al messaggio del 23 luglio del 2021, "*Lettera ai Presidenti Casellati, Fico e Draghi in materia di decreti legge*", in cui si censura anche la prassi dei c.d. "decreti a perdere" o "decreti minotauro", con cui il Governo fa confluire nella conversione di un decreto-legge la salvezza degli effetti di un altro decreto di cui non ha chiesto la conversione alle Camere. Sul punto si veda la dottrina citata *infra*, nota 332.

mettere in crisi la logica compromissoria su cui si fonda il modello costituzionale e, per questa via, determinano un ulteriore arretramento della centralità parlamentare nei processi normativi.

Il riferimento cade, innanzitutto, sulle radicali trasformazioni che investono il ruolo delle fonti del diritto a seguito dell'attuazione a livello normativo del programma fiscale già elaborato in dottrina dai sostenitori della c.d. *Constitutional Economics*[212] e dall'ordoliberalismo tedesco[213]. Sulla scia del passaggio dallo "stato fiscale" allo "stato debitore"[214] e della critica al keynesismo, tali correnti di pensiero – pur maturate in contesti culturali diversi – trovano un punto di convergenza nell'idea di utilizzare le fonti del diritto caratterizzate dai requisiti della rigidità e della sovraordinazione gerarchica al fine di ingabbiare l'azione dei pubblici poteri in materia fiscale all'interno di una griglia di vincoli definiti *ex ante* e, in particolare, di "*fiscal rules*"; queste ultime definite come norme dirette a limitare la discrezionalità del decisore politico tramite «a long-lasting constraint on fiscal policy through numerical limits on budgetary aggregates»[215].

In questo processo di superamento della concezione "minima" di

[212] Come noto, si tratta dello sbocco più avanzato della letteratura statunitense in materia di *Public Choice*, cui si deve, in particolare, lo sviluppo del concetto di "*fiscal constitution*". In argomento, cfr. J.M. BUCHANAN, *Public Finance in a Democratic Process*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1967, *passim*; J.M. BUCHANAN, R. WAGNER, *Democracy in Deficit. The political legacy of Lord Keynes*, Academic Press, New York, 1977, *passim*; J.M. BUCHANAN, *Democrazia costituzionale, libertà individuale ed eguaglianza politica* (1989), in ID., *Stato, mercato e libertà*, il Mulino, Bologna, 2006, 277 ss.

[213] Sul programma ordoliberale ed i suoi riflessi costituzionali cfr., almeno, F. SAITTO, *Al di là dell'ordoliberalismo. Della ricerca di una «esatta misura» di correlazione tra politica ed economia nello stato costituzionale aperto*, in *Diritto costituzionale*, 2/2018, 121 ss.

[214] Sempre in una prospettiva costituzionale, cfr. F. SAITTO,*"Costituzione finanziaria" ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo "stato fiscale" allo "stato debitore"*, in *Rivista AIC*, 1/2017.

[215] Così A. SCHAECHTER, T. KINDA, N. BUDINA, A. WEBER, *Fiscal Rules in Response to the Crisis – Toward the "Next-Generation" Rules. A New Dataset*, in *IMF Working Papers*, 2012, 5.

costituzione finanziaria[216], accolta anche dal Costituente italiano[217], e di affermazione della ricordata visione strumentale delle fonti del diritto, maturata essenzialmente in ambienti economici, il momento di svolta è indubbiamente rappresentato dal Trattato di Maastricht, il quale incorpora all'interno del diritto primario Ue una serie di parametri per accertare la sostenibilità dei livelli di *deficit* e indebitamento[218], anche se tali vincoli sono stati, poi, ulteriormente irrigiditi dal successivo "Patto di stabilità e crescita", adottato con i regolamenti del Consiglio nn. 1466 e 1467 del 1997, i quali – pur contenuti in fonti Ue di diritto derivato – in realtà conseguono un quasi analogo livello di rigidità grazie alle "clausole valvola" contenute nelle Costituzioni degli Stati membri che danno copertura al processo di integrazione.

Nel merito, la dottrina non ha mancato di avanzare riserve sulla capacità

[216] Come è noto, il concetto di "costituzione economica" e le sue relazioni con la "costituzione finanziaria" sono oggetto di un vivace dibattito interpretativo. Non potendosi in questa sede approfondire la pur interessantissima questione, per basilari esigenze di chiarezza espositiva si utilizzano qui delle "definizioni di lavoro", intendendo per "costituzione economica" in senso stretto la disciplina dei diritti della sfera economico-sociale, nonché l'assetto delle regole finalizzate a perimetrare *ex ante* gli spazi dell'intervento pubblico in campo economico. In una accezione qui assunta come più "ampia", invece, la "costituzione economica" comprende anche eventuali regole di politica monetaria, qualora contenute in fonti rigide e con un rango sovraordinato, e la c.d. "costituzione finanziaria", la quale include ulteriori limiti alla decisione politica in materia di finanzia pubblica, tra i quali le "*fiscal rules*" ed i vincoli ai provvedimenti legislativi di spesa. Sul passaggio da una costituzione finanziaria "minima" ad una dinamica di intensa incorporazione delle *"fiscal rules*" in fonti rigide e di rango sovraordinato, cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, R. IBRIDO, *Fiscal rules e decisione di bilancio*, in *Diritto costituzionale*, 1/2021, 73 ss.

[217] Come altrettanto noto, infatti, la "costituzione finanziaria" immaginata dal Costituente italiano si limitava a porre due vincoli minimi, fra l'altro oggetto di una lettura riduttiva: il principio di progressività del sistema tributario (art. 53, co. 2, Cost.) e l'obbligo di copertura finanziaria ex art. 81, co., 4 Cost. (ora art. 81, co. 3, Cost.). Come altrettanto noto, del resto, nel testo costituzionale originario non compariva nessun vincolo sull'indebitamento, tanto che la dottrina maggioritaria interpretava questo silenzio come sintomo della "neutralità" della Carta rispetto alle teorie economiche (sul punto cfr., *ex multis*, C. BERGONZINI, G. RIVOSECCHI, *L'art. 81 Cost. e le procedure finanziarie*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri, Quaderno 2015-2016*, Jovene, Napoli, 2017, 239 ss.). Per la tesi secondo cui, anche dopo la novella costituzionale dell'art. 81 Cost., non vi sarebbe comunque una generale preclusione nei confronti delle politiche keynesiane, cfr. G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in Osservatorio sulle fonti, 2/2013, 9; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, 3/2013, 357 ss.; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it, 2013, 18; C. PINELLI, *Interpretazione e interpreti dell'equilibrio di bilancio*, in *Astrid on line*, 6/2015, 5.

[218] È appena il caso di ricordare che, con il Trattato di Maastricht, fanno ingresso nel diritto primario dell'Ue due criteri fiscali numerici (un rapporto debito/PIL inferiore al 60% ed un *deficit* pari o inferiore al 3% del PIL), affiancati da ulteriori criteri monetari numerici. In argomento, cfr. L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, spec. 170 ss., il quale in particolare sottolinea come l'irrigidimento di tali parametri con il "Patto di stabilità e crescita" rifletta un ruolo di "integrazione", piuttosto che di "attuazione", del Trattato di Maastricht da parte dei regolamenti del Consiglio nn. 1466 e 1467 del 1997.

delle "*European clauses*" di veicolare all'interno di una costituzione economica a trama "aperta" come quella italiana[219] un così intenso processo di razionalizzazione della costituzione finanziaria[220], tanto che in proposito è stata anche evocata una potenziale incompatibilità con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale[221]. Sul piano del sistema interno delle fonti, cui sono limitate le presenti considerazioni, ciò che di questa vicenda merita di essere rimarcato è che essa, attraverso il ricorso all'irrigidimento e alla gerarchizzazione dei vincoli di bilancio, determina un salto di qualità nel processo di fissazione del livello massimo teorico dell'indebitamento a medio e lungo termine, che abbiamo detto aver preso le mosse con la legge 23 agosto 1988, n. 362[222] e che abbiamo già preannunciato trovare la sua più completa realizzazione, dopo e grazie alla crisi economica degli anni Dieci, con l'introduzione a livello costituzionale del c.d. "pareggio di bilancio", disposta con la legge cost. n. 1 del 2012[223].

Nella prospettiva indicata in apertura del paragrafo meritano, poi, di essere ricordate anche le trasformazioni che hanno riguardato la normazione di livello costituzionale. In particolare, il fallimento dell'esperienza della Commissione bicamerale "D'Alema" segna, da un lato, l'interruzione della stagione delle deroghe all'art. 138 Cost., dall'altro, il passaggio da una revisione costituzionale «condivisa» ad una «contesa» o, addirittura, «contenziosa»[224]. Una circostanza capace di far transitare le stesse procedure di riforma *ex* art. 138 Cost. nel campo riservato alla contrapposizione politico-partitica contingente, se non nella sfera dell'indirizzo politico di maggioranza, come testimonia il tentativo di legittimare le riforme non attraverso l'ampio consenso parlamentare, anche delle forze di opposizione, ma con l'intervento diretto del corpo elettorale[225].

Particolarmente significativa sul punto risulta, come ovvio, la nota vicenda

[219] Ma cfr., in termini generali, non legati all'ordinamento italiano, M. CLAES, *Constitutionalizing Europe at its Source: The "European Clauses" in the National Constitutions: Evolution and Typology*, in *Yearbook of European Law*, 2/2012, 81 ss.

[220] Secondo l'indicazione di M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 3 ss. e spec. 79, che pure rifiuta l'utilizzo del concetto di "costituzione economica".

[221] Cfr. O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, spec. 418 ss. Sulla alterità della disciplina dell'economia contenuta nei Trattati europei rispetto all'originario disegno perseguito dal Costituente italiano, cfr., altresì, M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, cit., 95 ss.

[222] Vedi *supra*, § 4.2.

[223] Su cui, per i profili di più immediato interesse per il sistema delle fonti, vedi *infra*, § 4.6.

[224] L'utilizzo di queste efficaci espressioni si deve a M. CECCHETTI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1996-2006)*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006*, cit., 11 ss.

[225] Sul tema cfr., per tutti, S. STAIANO, *La legge di revisione: crisi e trasfigurazione del modello costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7/2005, 17 ss., e P. CARETTI, *Il dibattito sulla riforma costituzionale nel decennio 1993/2003*, in ID. (a cura di), *La Costituzione repubblicana: da «casa comune» a scelta di parte?*, Giappichelli, Torino, 2006, 23 ss.

dell'approvazione a "colpi di maggioranza", per un solo voto, della legge costituzionale n. 3 del 2001[226]. Come nello stesso senso depone la prassi, che emerge in tale occasione, in forza della quale sono le stesse forze che hanno sostenuto il progetto di riforma costituzionale in Parlamento a chiedere lo svolgimento del referendum[227], quando, in precedenza, come noto, fino alla metà degli anni Novanta, la ricerca di un consenso sulle riforme che non fosse limitato alle sole forze politiche della maggioranza induceva la dottrina a parlare di una sorta di «fuga dal referendum», messa in atto a causa della necessità dei partiti di mantenere il controllo dell'agenda delle questioni politiche, evitando scontri che avrebbero potuto, anche solo potenzialmente, indebolirli di fronte all'elettorato in caso di sconfitta della propria posizione referendaria[228].

Alla luce di questa sottolineatura si comprende anche come nello stesso solco si collochi pure il successivo – ma fallito per effetto del referendum costituzionale del 25 giugno – tentativo di riforma costituzionale del 2006, che "esporta" la logica maggioritaria e anticompromissoria dal piano delle fonti a quello della forma di governo, prevedendo, tra le altre cose, il superamento del bicameralismo perfetto e paritario, nonché, di conseguenza, una configurazione prevalentemente "monocamerale" del procedimento legislativo [229]. Sempre sul versante delle fonti statali, inoltre, si propone di aggiungere al testo dell'art. 76 Cost. la previsione del parere obbligatorio delle commissioni parlamentari sui progetti dei decreti legislativi predisposti dal Governo.

Nel permanente stato di crisi del sistema delle fonti che emerge dai fenomeni citati e nell'incancrenirsi dell'incapacità del sistema politico-partitico di riformarsi, non meraviglia allora che la più estesa revisione costituzionale della storia repubblicana, quella della stagione 1999-2001, con cui, come noto, è stato novellato il Titolo V, Parte II della Costituzione, pur non intervenendo

[226] Di cui ricorda il travagliato *iter* L.A. MAZZAROLLI, *Magistrati e Costituzione. Costituzione e «*Carte dei diritti*» e pronunce di Corti europee. Artt. 101 e 117, comma 1, Cost.* Tout se tient, in C. BERGONZINI, G. DI COSIMO, A. COSSIRI, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, 540 ss.

[227] Sull'esperienza referendaria del 2001, cfr. G. FERRI, *L'ambivalenza del referendum sulla revisione del titolo V*, in *Quad. cost.*, 2001, 92 ss.

[228] A tal proposito, anche per la citazione riportata nel testo, si veda S. PANUNZIO, *Riforme costituzionali e referendum*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum: problemi teorici ed esperienze costituzionali*, Laterza, Roma-Bari, 1992, 93-4.

[229] Nel d.d.l. di revisione approvato, alla Camera dei deputati spetta l'esame dei progetti di legge nelle materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, mentre al Senato federale è riconosciuta la competenza su quelli attinenti alla determinazione dei princìpi fondamentali nelle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente. Per entrambi i rami del Parlamento permane, comunque, la possibilità di votare emendamenti al progetto di legge approvato nell'altra Camera. In caso di disaccordo tra le due Camere su eventuali modifiche e per risolvere eventuali conflitti di competenza tra le due Camere, si prevede il deferimento della questione, da parte dei Presidenti di Assemblea, ad un comitato paritetico composto da quattro deputati e quattro senatori.

direttamente sulla forma di governo parlamentare, realizzi una rilevante modifica delle fonti regionali che, per la prima volta, porta ad evidenza l'incrinatura che il modello costituzionale imperniato sulla centralità parlamentare nei processi di produzione normativa aveva già subito nei decenni precedenti per effetto della prassi e dell'evoluzione in senso maggioritario della forma di governo nazionale.

Come si è già avuto modo di accennare, infatti, da una lato, la decostituzionalizzazione della forma di governo assembleare delle Regioni ordinarie, la regionalizzazione integrale del procedimento di formazione degli statuti delle medesime e la soppressione dell'attribuzione ai Consigli del potere regolamentare, disposte con la legge costituzionale n. 1 del 1999, dall'altro, l'eliminazione del controllo preventivo di merito del Parlamento sulle leggi regionali sospettate di essere in contrasto con l'interesse nazionale, la costituzionalizzazione del potere regolamentare e l'introduzione della clausola di residualità a vantaggio della potestà legislativa regionale, realizzate con la legge costituzionale n. 3 del 2001, determinano uno scostamento del modello costituzionale del sistema delle fonti dalla originaria dimensione ancorata alla centralità parlamentare e consiliare nei processi di produzione normativa. Nella stessa direzione, del resto, sembra potersi leggere anche la revisione di cui alla legge costituzionale n. 2 del 2001, la quale, nel sopprimere l'eventualità del referendum confermativo di cui all'art. 138 Cost. per le leggi costituzionali di modifica degli statuti delle Regioni speciali, contribuisce ad indebolire l'originaria concezione dell'ampia convergenza parlamentare come momento di composizione dei conflitti costituzionali di dimensione nazionale (come lo sono quelli che si sviluppano lungo l'asse unità/autonomia), perché consente l'approvazione dei nuovi statuti speciali anche a maggioranza risicata senza che sia più possibile attivare il referendum a tutela delle minoranze parlamentari[230].

Come noto, attraverso tali riforme si cerca di porre rimedio ad una serie di fenomeni che sono stati oggetto delle doglianze della dottrina di fine anni Novanta circa l'esautoramento del ruolo delle Assemblee elettive[231] e la necessità di rilanciare la legislazione regionale[232], come anche il potere

[230] Cfr. S. PAJNO, G. VERDE, *Gli statuti-leggi costituzionali delle regioni speciali*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2005. I nuovi Statuti regionali*, Giappichelli, Torino, 2006, 301 ss. Sul punto, però, si tenga presente che la prassi è andata in senso diverso, con approvazioni ad ampia maggioranza parlamentare: sul punto cfr. la ricostruzione di M. SALVAGO, *Quale procedimento per la modifica degli Statuti speciali? Brevi riflessioni sul rapporto tra art. 138 Cost. e la legge cost. n. 2 del 2001*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 1 ss.

[231] Per tutti, M. CARLI, *Sintesi della ricerca*, in ID. (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive. I. La nuova forma di governo delle regioni*, Giappichelli, Torino, 2001, III ss.

[232] Così, nelle immediatezze della riforma, V. ANGIOLINI, *Il sistema delle fonti*, in *Le Regioni*, 2000, 583 ss., e U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti*, *ivi*, 591 ss.

regolamentare, atrofizzato dalla competenza assembleare[233]. Si ricorderà, infatti, che l'allocazione della competenza per entrambi gli strumenti normativi in capo al medesimo organo, ovvero il Consiglio regionale, contribuiva a determinare l'«indifferenza» tra l'uso della legge e del regolamento a scapito soprattutto del secondo, favorendo così il ricorso ad una sorta di «criptonormazione» di origine non consiliare che spesso presentava anche un carattere di mediocre fattura sul piano qualitativo ed era di difficile reperimento, perché in molti casi addirittura non pubblicata[234]. Alla prova dell'attuazione di tali novelle, l'introduzione della forma di governo *standard*, ancorata alla logica maggioritaria del *simul stabunt, simul cadent*[235], e le scelte sostanzialmente indifferenziate dei nuovi statuti[236] producono l'effetto di accentrare ulteriormente i processi di produzione normativa nelle Giunte regionali[237], presso le quali si incardina, innanzitutto, l'iniziativa legislativa regionale[238].

In questa direzione spinge anche, se non soprattutto, la potestà regolamentare, la quale, dopo i primi equivoci interpretativi legati al significato da attribuire all'abrogazione della competenza consiliare[239], ha vissuto una stagione decisamente più intensa, grazie soprattutto alle scelte fatte dai nuovi Statuti regionali, i quali, come noto, prevedono nella quasi totalità dei casi la competenza delle Giunte e le medesime tipologie di regolamenti[240].

[233] Cfr., per tutti, R. BIN, *Riforma degli Statuti e riforma delle fonti regionali*, *ivi*, 519 ss.

[234] Così A. RUGGERI, *Le fonti di diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Giappichelli, Torino, 2001, 61, cui si riferisce il virgolettato che precede.

[235] Su cui, *ex plurimis*, si veda C. FUSARO, *Le forme di governo regionali*, in M. CARLI, C. FUSARO, *Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle Regioni*, cit., 87 ss.

[236] Per tutti, cfr. M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, 222 ss. Da ultimo, con sguardo prospettico, G. TARLI BARBIERI, *La forma di governo regionale a vent'anni dalla legge costituzionale n. 1 del 1999. Alcune "provvisorie" notazioni conclusive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 1183 ss.

[237] A. IANNUZZI, *La potestà regolamentare delle Regioni a statuto ordinario*, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, III.1, *Rilevanti novità in tema di fonti del diritto dopo la riforma del Titolo V della II Parte della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2003, 188 ss.

[238] Cfr. *La produzione normativa regionale* (a cura di ISSiRFA-CNR), in CAMERA DEI DEPUTATI - OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2021*, Camera dei deputati, Roma, 2021, 200 ss.

[239] Come noto, superati per effetto della sentenza n. 313 del 2003 della Corte costituzionale, la quale ha chiarito che il silenzio della novella costituzionale circa la spettanza del potere regolamentare non può che essere interpretato come vuoto di normazione che spetta alla Regione colmare con l'esercizio della propria autonomia statutaria: cfr., per tutti, M. LUCIANI, *I regolamenti regionali restano (per ora) ai Consigli*, in *Giur. cost.*, 2003, 2988 ss.; B. CARAVITA, *La Corte costituzionale e l'allocazione della potestà regolamentare regionale*, in *Federalismi.it*, 12/2003, 1 ss., e A. RUGGERI, *L'autonomia statutaria al banco di prova del riordino del sistema regionale delle fonti (a margine di Corte cost. n. 313 del 2003)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 ottobre 2003, 1 ss.

[240] Sul punto si veda l'analisi di M.G. RODOMONTE, *I regolamenti regionali*, Giuffrè, Milano, 2006, 109 ss., part. 123 ss., e A. IANNUZZI, *Regolamenti delle Regioni. Questioni teoriche e aspetti problematici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 114 ss.

La scelta di attribuire alla Giunta la potestà regolamentare non produce, però, risultati omogenei nei diversi ordinamenti regionali. Alcune Regioni ordinarie, infatti, continuano a ricorrere ai regolamenti in modo episodico, mentre altre sembrano consolidare, di anno in anno, un utilizzo sempre frequente della fonte secondaria[241]. Vale la pena sottolineare che, nei contesti di scarso ricorso alla potestà regolamentare, proliferano comunque altri provvedimenti di Giunta che, pur non essendo qualificati formalmente come regolamenti, ne rivestono, invece, le caratteristiche sostanziali e di contenuto, secondo quella dinamica di "fuga dal regolamento" già conosciuta a livello statale[242]. Si riscontra, dunque, la diffusione di "fonti secondarie atipiche"[243], spesso «atti di tipo promiscuo nei quali alle vere e proprie norme si affiancano contenuti strettamente provvedimentali»[244]. Dall'analisi del contenuto delle leggi regionali (delle Regioni ordinarie e speciali) il numero complessivo di rinvii generici a successivi "atti di Giunta" oscilla mediamente dalle 800 alle 1000 unità annue e, tra questi, una consistenza non secondaria rivestono gli atti di delegificazione[245].

A fronte di queste tendenze nella normazione di provenienza dell'Esecutivo, si assiste, conseguentemente, ad una parallela "amministrativizzazione" della legge regionale, che non "decolla" come atto di indirizzo politico e si limita a poco più che investire la fonte secondaria degli ambiti di disciplina che si intendono affidare alla diretta potestà normativa della Giunta[246]. La lettura "in parallelo" delle fonti primarie e secondarie del livello regionale conferma, dunque, le tendenze già rilevate nel campo delle fonti statali. Anche all'interno delle Regioni, infatti, il mutato assetto della forma di governo regionale incide sul "baricentro normativo" delle relazioni tra Consiglio e Giunta e all'abbandono del modello assembleare corrisponde un progressivo accentramento dei processi normativi in capo alla seconda.

Alla luce della periodizzazione fin qui complessivamente operata, dovrebbe adesso risultare chiaro che l'evidenziato scostamento dalla dinamica compromissoria imperniata sulla centralità del Parlamento (e, in ambito

[241] Cfr. A.G. ARABIA, *I regolamenti regionali tra norme "nuove" e prassi antiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 1077 ss.

[242] Vedi *supra*, § 4.4.

[243] Attribuisce all'emersione di "fonti secondarie atipiche" il «freno al decollo della potestà regolamentare» anche A. IANNUZZI, *ult. cit.*, 139 ss.

[244] Così già A. D'ATENA, *Introduzione*, in CAMERA DEI DEPUTATI-OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, *Rapporto 2002 sullo stato della legislazione*, Camera dei deputati, Roma, 2003, 226-7.

[245] Cfr., ancora, A.G. ARABIA, *ult. cit.*, 1077 ss., che segnala anche prassi di "deregolamentazione", diverse da quelle di "delegificazione" perché la disciplina della materia – prima contenuta nella legge regionale – viene demandata non alla fonte regolamentare, ma ad un provvedimento amministrativo o, addirittura, ad uno strumento di tipo privatistico come la convenzione.

[246] Fenomeno messo ben in luce, soprattutto, da A. MORRONE, *Introduzione. La qualità della regolazione: per una ricerca nell'esperienza regionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2011, 5 ss.

regionale, dei Consigli) è, nel ventennio considerato (1993-2010), il punto di emersione di precedenti e consolidate linee di tendenza che, attraverso la prassi e le trasformazioni della forma di governo, indotte anche dagli effetti dei vincoli finanziari dell'Ue sul sistema delle fonti, hanno portato ad usurare la logica parlamentare del modello costituzionale e a mettere sempre di più gli Esecutivi (statale e regionali) al centro delle prassi della normazione.

4.6 (segue): le fonti nella forma di governo "a tre poli"

A partire dal 2011, la crisi che la forma di governo parlamentare vive dagli anni Ottanta, nonostante si ponga in termini sostanzialmente diversi dopo il fallimento della stagione maggioritaria, non va incontro ad alcuna forma di ridimensionamento. Ne è, forse, la più efficace testimonianza che la Corte costituzionale per ben due volte – con le note sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017 – annulla le leggi elettorali approvate dal Parlamento per le modalità con cui disciplinano l'attribuzione del premio di maggioranza nelle elezioni di Camera e Senato[247]. Il decennio in questione, dunque, relega definitivamente in soffitta, almeno fino ad oggi, la "svolta maggioritaria" del 1993, tanto che, per effetto delle elezioni del 2013, il sistema politico-partitico abbandona l'aspirazione al bipolarismo e si struttura in tre "poli", con Governi sostenuti da maggioranze parlamentari del tutto inedite, che aggregano due dei detti "poli", se non si spingono fino ad integrare "larghe intese", come avvenuto, da ultimo, nel caso del Governo Draghi[248].

In tale quadro evolutivo, o meglio ulteriormente degenerativo, della forma di governo parlamentare, le tendenze che già in passato hanno spinto il sistema delle fonti verso la marginalizzazione del Parlamento nei processi di produzione normativa, innescandone una "deriva" dal modello costituzionale, si sono ulteriormente accentuate, originando anche epifanie sconosciute

[247] Su cui la letteratura di commento è vastissima. Di essa si è scelto di non dar conto perché prevalentemente incentrata su questioni non di diretto interesse per il presente scritto. Ci si limita, quindi, ad un rinvio, per tutti, a G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, cit., 94 ss. Per una lettura comparatistica, invece, si può prendere utilmente le mosse da G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 135 ss.

[248] Sul punto si veda A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, e, in particolare, per una ricostruzione del problematico avvio della XVII legislatura, G. MOSCHELLA, *Risultati elettorali, ristrutturazione del sistema politico e formazione del governo all'inizio della XVIII Legislatura*, *ivi*, 57 ss. Nella dottrina più recente, cfr. G. CAVAGGION, *La formazione del Governo Draghi: ritorno alla «normalità costituzionale» o conferma delle nuove prassi?*, in *Federalismi.it*, 13/2021, 12 ss., e A. ARCURI, *Dal Conte I a Draghi. Studio sulle novità nei procedimenti di formazione dei Governi della XVIII legislatura*, in *Quad. cost.*, 2022, 11 ss. In termini più generali, per una riflessione concernente la formazione dei governi tecnici fino al "Governo Monti", si veda N. LUPO, *Su governi tecnici, governi neutrali, e sulle loro strutture tecniche*, in C. BERGONZINI, G. DI COSIMO, A. COSSIRI, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, cit., 315 ss.

all'esperienza precedente. In questo senso orienta la presa d'atto del consolidamento di una serie di prassi, vecchie e nuove, la cui compatibilità con la Costituzione repubblicana risulta più che dubbia e che trovano, ancora una volta, piena giustificazione causale proprio nel loro essere chiaramente correlate alla parallela involuzione della forma di governo. Tra di esse, meritano di essere ricordate, l'abuso della decretazione d'urgenza e della questione di fiducia sulla legge di conversione[249], le delibere del Governo "salvo intese" e la pubblicazione tardiva dei decreti legge[250], la mancata approvazione in Consiglio dei Ministri dei testi dei decreti legge medesimi[251], i maxi-emendamenti in sede di conversione[252], la disomogeneità della stessa legge di conversione[253], la crescita dell'attività consultiva sugli schemi di decreto legislativo da parte delle Commissioni parlamentari, incapace, però, di compensare la mancanza dei contenuti essenziali della legge di delega e foriera di confusione sui ruoli e le responsabilità di Governo e Parlamento[254], il fenomeno delle deleghe legislative inattuate[255], la realizzazione di un "bicameralismo alternato" o

[249] *Ex multis*, anche a fini bibliografici, cfr. M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 1 ss.; R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 1 ss.; EAD. (a cura di), *"Legislazione governativa d'urgenza" e crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, *passim*; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 151 ss.; C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 71 ss.; R. IBRIDO, *Questioni vecchie e nuove in materia di emendabilità del decreto-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 1 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, 3a ed., Cedam, Padova, 2019, 131 ss.

[250] Su cui A. MARCHETTI, *Il procedimento governativo di approvazione dei decreti-legge tra regole formali e prassi: il requiem della collegialità ministeriale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016, 37 ss., e A. DI CHIARA, *Due prassi costituzionalmente discutibili: delibere del Governo «salvo intese» e pubblicazione tardiva dei decreti-legge*, *ivi*, 1/2019, 7 ss.

[251] Sulla prassi dei comunicati, spesso sfociata in conferenze stampa in cui vengono presentate *slides* esplicative delle principali misure adottate; *slides* che, per molti giorni, in assenza dei testi dei decreti, rimangono gli unici documenti "ufficialmente" diffusi, cfr. L. BARTOLUCCI, A. RAZZA, *Prassi e criticità nella fase genetica del decreto-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019, 8 ss.

[252] *Ex multis*, G. PISTORIO, *Maxiemendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 74 ss.; V. DI PORTO, *La "problematica prassi" dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale*, cit., 203 ss.

[253] *Ex multis*, N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, cit., 41 ss., e, con riferimento alla prassi precedente, G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Cedam, Padova, 2008, 195 ss.

[254] Sul punto cfr. A. ALBERTI, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Giappichelli, Torino, 2015, 121 ss., e U. RONGA, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 147 ss.

[255] Su cui si veda lo studio monografico di D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuate*, Esi, Napoli, 2017, spec. 62 ss., che insiste sulla correlazione «fisiologica» tra inattuazione della delega e complessità politica e tecnica degli interventi ad essa affidati.

"monocameralismo di fatto"[256], le difficoltà e le aberrazioni delle politiche di semplificazione e riordino normativo[257], in particolare del "taglia-leggi"[258], l'atrofia legislativa derivante dall'«accresciuta complessità del legiferare e dall'inadeguatezza degli strumenti approntati per fronteggiarla»[259], capace di determinare una vera e propria «fuga dalla legge»[260], se non una sua «precarizzazione» perché «non è più in grado di assicurare da sola la stabilità

[256] Un sistema nel quale solo la camera che avvia l'esame della legge interviene sul testo, mentre l'altra si limita a confermare o ratificare la decisione presa nell'altro ramo, come evidenzia E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 200, secondo il quale nel periodo da aprile 2006 a marzo 2017 «si scopre che sono ben 639 su 803 le leggi approvate con una sola lettura per Camera. Se a questo si somma il numero di leggi approvate con 3 letture si ha un dato percentuale quasi schiacciante, che supera il 95% del totale (ben 784 su 803 leggi)». In proposito, si condivide il giudizio critico di G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformi-stici e lacune normative*, in *Federalismi.it*, 3/2019, 59, secondo cui tale prassi «ha conseguenze rilevanti sul piano dei rapporti sia tra i due rami del Parlamento (poiché la Camera che esamina il testo per seconda è di fatto privata di un'adeguata capacità di analisi e di discussione del testo), sia tra il Parlamento e il Governo, essendo quest'ultimo, nell'attuale stagione della "perenne urgenza", ad atteggiarsi non solo come dominus della potestà emendativa ma anche come protagonista di quella prassi discutibile, criticata ma non ancora censurata dalla Corte costituzionale (sent. 32/2014; ord. 17/2019), della presentazione di questioni di fiducia su maxi-emendamenti».

[257] Una problematica a tratti «indeterminata», se non del tutto «indeterminabile», di cui è possibile osservare il «fallimento», come evidenzia F. PACINI, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 240 ss. Sul tema non può esser dimenticato il classico studio di A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Giappichelli, Torino, 1999, spec. 12 ss. Inoltre, più di recente, si vedano le condivisibili critiche di M. DOGLIANI, *L'ordinamento giuridico strapazzato*, in ID. (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, 1 ss.

[258] Su cui, per tutti, P. CARNEVALE, *La legge di delega come strumento per la semplificazione normativa e la qualità della normazione: il caso del meccanismo del c.d. "taglia-leggi"*, in *Federalismi.it*, 12/2009; ID., *Le Cabale della legge. Raccolta di saggi in tema di semplificazione normativa e manovra "taglia-leggi"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 51 ss.; R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il contributo del Parlamento nel processo di semplificazione normativa mediante l'abrogazione nella XVI Legislatura*, in *Giur. cost.*, 2009, 4085 ss.; M. CECCHETTI, *Il "taglio" delle leggi tra deleghe legislative, decretazione d'urgenza, clausole "ghigliottina" e abrogazioni espresse* in S. PAJNO, G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto. Vol. 1. Le relazioni tra Parlamento e Governo*, Giuffrè, Milano, 2010, 95 ss.; G. PICCIRILLI, *Oggetto, termine, principi e criteri direttivi nelle deleghe del processo "taglia-leggi"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011, 1 ss.

[259] Sul punto si veda l'efficace analisi di N. LUPO, *L'impossibile qualità della legge, specie con i procedimenti attuali*, in M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 229 ss., spec. 247 ss. da cui è tratta la citazione riportata nel testo.

[260] Per riprendere la felice espressione che dà il titolo a R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, Brescia, 2011, di cui si veda, in particolare, ID., *Introduzione*, 16, per la considerazione che tale fuga è «*in primis* dalla legge "parlamentare", con evidenti ricadute in questo caso sul piano […] degli equilibri della forma di governo. Nella legislatura in corso il prodotto legge "parlamentare" ha assunto non a caso un carattere residuale nel complessivo sistema delle fonti del diritto a vantaggio di strumenti legislativi (o non legislativi) quali il decreto-legge, la delega legislativa (specie ai fini dell'attuazione del diritto comunitario), la delegificazione e le ordinanze di protezione civile».

richiesta dall'ordinamento»[261], e, infine, il ricorso ai decreti di natura non regolamentare[262]. Ma, forse, l'esempio più "plastico" del consolidarsi congiunto di queste tendenze è la ben nota prassi che ha riguardato la compressione dei tempi di esame e di approvazione della legge di bilancio, in cui convergono numerosi "torsioni", dall'abuso della questione di fiducia al maxi-emendamento, passando per la disomogeneità delle misure adottate[263].

Sul piano delle fonti interne al Parlamento, tali prassi non risultano contenute, ma anzi accentuate, da un progressivo percorso di "decodificazione" dei regolamenti parlamentari, quest'ultimo inteso come «processo storico che – rompendo l'unità del Regolamento – ha visto il proliferare di un arcipelago di luoghi di regolazione del diritto parlamentare esterni alla fonte scritta adottata da ciascuna Camera a maggioranza assoluta dei componenti»[264]. Uno stato di "degrado" di tale microsistema delle fonti che è confermato da diverse cattive pratiche, come la mancata costante manutenzione dei regolamenti delle Camere, l'assenza di procedure tipiche di implementazione e deroga dei regolamenti, l'estensione incontrollabile del c.d. "diritto parlamentare informale"[265], le reciproche invasioni di campo fra legge e diritto parlamentare autonomo nell'ambito di materie coperte da riserva di regolamento e riserva di legge[266].

All'interno di tale problematico contesto si colloca, nei primi anni del decennio, il tentativo di rivitalizzare l'intervento parlamentare in un settore strategico della normazione, quello del diritto Ue, condotto con la legge 24 dicembre 2012, n. 234. Essa introduce, come noto, una nuova disciplina volta regolare la partecipazione dell'Italia alla fase ascendente e discendente della

[261] Così la tesi espressa di recente da E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 258, da cui è tratta la citazione, e 273 ss.

[262] *Ex multis*, A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 5075 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2011, 1 ss.; E. ALBANESI, *I decreti del governo «di natura non regolamentare». Un percorso interpretativo*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino, 2011, 169 ss.; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 371 ss.

[263] Sul punto si tornerà *infra*, §§ 5 e 6, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[264] Così R. IBRIDO, *La "decodificazione" dei Regolamenti parlamentari del 1971, a cinquant'anni dalla loro adozione,* in V. LIPPOLIS (a cura di), *A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971*, cit., 66 ss.

[265] Cfr. Y.M. CITINO, *Il diritto parlamentare "sperimentale"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 1231 ss.

[266] Che danno luogo ad un vero e proprio «intarsio» fra regolamenti parlamentari e legge ordinaria, come lo definisce efficacemente A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 1991, 31 ss.

normativa e delle «politiche» dell'Unione europea[267]. Tale riforma risponde, in particolare, da un lato, all'esigenza di superare le difficoltà riscontrate negli anni precedenti dall'ordinamento nazionale nell'attuazione del diritto Ue, dall'altro, al tentativo di ridurre *pro futuro* l'ingente numero delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione nei confronti dell'Italia. Come già accaduto per la ricordata legge "La Pergola" (legge n. 86 del 1989), infatti, molti erano i limiti che anche la disciplina di riforma dettata nel 2005 (con la legge 4 febbraio 2005, n. 11, legge c.d. "Buttiglione")[268] aveva denunciato in sede di applicazione e ai quali si era cercato di ovviare con interventi episodici e puntuali, per lo più contenuti nelle diverse leggi comunitarie che si erano succedute nel tempo: dallo scarso coordinamento assicurato nell'azione delle diverse branche della pubblica amministrazione all'inefficacia degli strumenti di raccordo Governo-Parlamento; dalle lacune del sistema di informazione assicurato alle Camere alla mancata previsione dell'esito degli indirizzi votati dalle medesime; infine, al permanere di ritardi consistenti nell'attività di attuazione degli obblighi (allora) comunitari[269].

In questo frangente, come noto, a spingere verso l'intervento di riforma è, soprattutto, la necessità di dare seguito al nuovo ruolo riconosciuto ai Parlamenti nazionali[270] tanto dal Trattato di Lisbona, quanto da due Protocolli annessi, quello appunto sui Parlamenti nazionali e quello sul controllo preventivo sul corretto utilizzo del principio di sussidiarietà, nella sua accezione di principio che consente l'attrazione verso l'alto dell'esercizio di competenze rientranti tra quelle degli Stati membri[271]. Il processo di recepimento della normativa europea viene, conseguentemente, del tutto riorganizzato

[267] Per uno sguardo complessivo si veda, innanzitutto, P. CARETTI, *La legge n. 234/2012 che disciplina la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, 2012, 837 ss.

[268] Come noto, infatti, nel 2005, l'esigenza di aggiornare la disciplina della partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europeo alla luce della riforma del Titolo V della Seconda Parte della Costituzione e del nuovo ruolo che in esso viene riconosciuto, anche su questo versante, alle autonomie regionali (art. 117, co. 5, Cost.) aveva determinato un primo intervento di manutenzione della legge "La Pergola": sul punto si veda l'inquadramento di A. PITINO, *Verso una nuova legge comunitaria. Stato e Regioni tra l'attuazione del titolo V e il nuovo trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, Giappichelli, Torino, 2005, 13 ss.

[269] In merito, ancora, P. CARETTI, *ult. cit.*, 838-839.

[270] Su cui si vedano, in via preliminare, P. CARETTI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il trattato di Lisbona*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2010, 1 ss.; M. OLIVETTI, voce *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento V, Utet, Torino, 2012, 485 ss.; C. MORVIDUCCI, voce *Parlamenti nazionali (ruolo nell'UE)*, in *Enc. dir*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2013, 593 ss.; N. LUPO, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in N. LUPO, A. MANZELLA (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2014, 101 ss.

[271] Su quest'ultimo punto, anche per ulteriori approfondimenti che non è possibile effettuare in questa sede, cfr. M. ROSINI, *Legge di delegazione europea e legge europea. Contributo allo studio dell'attuazione del diritto dell'Unione europea nel più recente periodo*, Esi, Napoli, 2017, 39 ss.

attraverso, in particolare, la previsione dello "sdoppiamento" della legge comunitaria in due distinti provvedimenti: la legge di delegazione europea, il cui contenuto è limitato alle disposizioni di delega necessarie per il recepimento delle direttive Ue, e la legge europea, che, più in generale, contiene disposizioni volte a garantire l'adeguamento dell'ordinamento interno all'ordinamento sovranazionale. A fronte della rigida divisione per fasi ("ascendente" e "discendente") e della concezione quasi "burocratica" del processo di approvazione della legge comunitaria, che aveva caratterizzato l'esperienza precedente e che non aveva consentito alle Camere (e alle Regioni) di immettere il proprio "peso politico" nelle dinamiche istituzionali dei rapporti fra ordinamento europeo e ordinamento interno[272], la legge n. 234 del 2012 compie alcuni passi in avanti per "legare" le due fasi, anche se è opinione condivisa che molto deve essere ancora fatto per promuovere una più piena consapevole partecipazione delle istituzioni statali non governative al ciclo normativo europeo[273].

In questo stesso arco temporale, come noto, il Parlamento approva, inoltre, tre iniziative di revisione costituzionale caratterizzati da un forte impatto sul sistema delle fonti.

La prima, come noto, è quella che, in assenza di richieste referendarie, ha portato all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2012, la quale, recependo le indicazioni del già citato *Fiscal Compact* in tema di "equilibrio di bilancio", porta a definitivo compimento quel lento ma inarrestabile processo di irrigidimento dei limiti all'indebitamento pubblico che affonda le proprie radici nel primo tentativo di razionalizzazione della spesa in *deficit* effettuato con la riforma delle fonti del bilancio statale del 1988[274] e che ha conosciuto una decisiva accelerazione con la revisione del "Patto di stabilità e crescita" operata con il *Six Pack* del 2011 e il *Two Pack* del 2013[275]. Dal punto di vista delle fonti, la novella si caratterizza per un "doppio rinvio": ad una legge da approvare a maggioranza assoluta delle Camere per la definizione, tra le altre cose, del contenuto della legge di bilancio e delle norme fondamentali e dei criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci pubblici e la sostenibilità del debito delle amministrazioni

[272] Su tale prassi si vedano i contributi raccolti nel già citato E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, cit.

[273] Cfr., per tutti, N. LUPO, *I Parlamenti nazionali nell'Unione europea e il principio di sussidiarietà: qualche suggestione per la Camera dei deputati*, in *Amministrazione in Cammino*, reperibile all'indirizzo: https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/01/Lupo_Parlamenti-nazionali_Ue_sussidiarietà.pdf.

[274] Di cui si è detto *supra*, § 4.2.

[275] Degli effetti del sistema così introdotto sulle fonti dei bilanci pubblici si dirà meglio *infra*, §§ 5 e 6.

pubbliche complessivamente considerate (artt. 81, co. 6, Cost. e 5 co. 1 e 2, legge cost. n. 1 del 2012)[276]; ai regolamenti parlamentari per l'individuazione delle modalità di esercizio del controllo parlamentare sulla finanza pubblica, con particolare riferimento all'efficacia della spesa e al rispetto del principio di equilibrio (art. 5, co. 4, legge cost. n. 1 del 2012)[277]. Quanto alla riserva di legge, in particolare, i lavori parlamentari che portano alla successiva adozione della legge n. 243 del 2012 – che la ha esercitata – mostrano, però, a fronte delle potenzialità dell'istituto, una assai limitata capacità di riappropriazione da parte del Parlamento delle dinamiche istituzionali del ciclo di bilancio, come conferma la sua approvazione in maniera frenetica e all'esito di una istruttoria contingentata nei tempi e superficiale nell'esame[278].

La seconda novella approvata dalle Camere, come altrettanto noto, è la "grande riforma" proposta dal "Governo Renzi", che è stata però respinta dal corpo elettorale con il referendum del 4 dicembre 2016. Ancora una volta, non può essere considerato casuale che il disegno di legge di revisione costituzionale intervenga in maniera non trascurabile sul sistema delle fonti, cercando di porre rimedio ad alcune prassi e di contenere alcuni fenomeni attraverso modifiche incidenti sulla forma di governo, come il voto a data certa per reagire all'abuso della decretazione d'urgenza[279], la riforma del procedimento legislativo in funzione del superamento del bicameralismo perfetto e paritario per superare l'atrofia della legge parlamentare[280], l'abbassamento del *quorum*

[276] Legge definita come "quadro" da P. CARNEVALE, *La revisione costituzionale nella prassi del "terzo millennio". Una rassegna problematica* in ID., *Rivedere la Costituzione: la forma, la prassi,* Esi, Napoli, 2016, 60 ss., e come "organica" da N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio. Il Filangieri, Quaderno 2011*, Jovene, Napoli, 2012, 108 ss.

[277] Riserva di regolamento, quest'ultima, ancora non esercitata formalmente nell'ambito di un adeguamento complessivo della disciplina regolamentare e cui ha fatto seguito, invece, il ricorso agli strumenti del c.d. "diritto parlamentare informale", come dimostra la prassi della concessione dell'autorizzazione parlamentare all'indebitamento con risoluzione (anziché con altri strumenti, come ad esempio quello legislativo) e l'esperienza dei protocolli istitutivi dell'Ufficio parlamentare di bilancio, adottati dagli Uffici di Presidenze delle Commissioni bilancio d'intesa con le presidenze delle due Camere (su cui cfr. E. GRIGLIO, *Il protocollo sull'Ufficio parlamentare di bilancio: una "fuga" dai regolamenti parlamentari?, in Quad. cost.*, 2014, 116 ss.).

[278] In proposito, cfr. C. BERGONZINI, *Parlamento e decisione di bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2014, 187 ss., spec. 190-191.

[279] Sul punto cfr. R. DICKMANN, *Alcune considerazioni sull'istituto del "voto a data certa"*, in *Federalismi.it*, 6/2016, 1 ss., nonché F.S. MARINI, *Il voto a data certa (art. 72, comma 7, Cost.; art. 39, comma 9, l. cost.)*, e A. CELOTTO, G. PISTORIO, *La decretazione d'urgenza (art. 77 Cost.*), entrambi in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, Esi, Napoli, 2016, rispettivamente 121 ss. e 193 ss.

[280] In proposito si veda E. ROSSI, *Il procedimento legislativo delle leggi "monocamerali": prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 1 ss., M. OLIVETTI, *I procedimenti legislativi (artt. 70-74 Cost.)*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *ult. cit.*, 67 ss., e A. APOSTOLI, *La "nuova" funzione*

di validità per rivitalizzare il referendum *ex* art. 75 Cost.[281], l'introduzione della *supremacy clause* e la parallela costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze per favorire un più efficace raccordo tra i diversi livelli territoriali di produzione normativa[282].

Come noto, infine, la terza iniziativa legislativa di revisione costituzionale, significativamente approvata in seconda lettura alla Camera con 569 presenti e soli 14 contrari e 2 astenuti, è quella che ha portato, dopo una netta affermazione referendaria delle ragioni favorevoli alla riforma (69,9% di SI), all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020. Essa, come noto, nell'ambito di una serie di iniziative "puntuali"[283] dichiaratamente presentate con l'intento di raffermare la centralità del Parlamento nel procedimento di revisione costituzionale[284], novella gli artt. 56, 57 e 59 Cost., riducendo dagli attuali 630 a 400 il numero dei deputati e da 315 a 200 il numero dei senatori. Nonostante la produzione degli effetti sia stata differita alla prossima legislatura e, quindi, non vi sia ancora prassi da analizzare, pare comunque possibile presagire che essa avrà un significativo impatto sui processi normativi statali, per lo meno se osservati sotto tre distinti e concorrenti punti di vista. In primo luogo, infatti, la riduzione dei parlamentari, nella misura in cui accresce il denominatore del rapporto rappresentativo – e, conseguentemente, fa aumentare il numero di elettori che astrattamente ogni parlamentare rappresenta – determina una "verticalizzazione" della rappresentanza[285] che difficilmente

legislativa, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, S. TROILO (a cura di), *La Costituzione in movimento. La riforma costituzionale tra speranze e timori*, Giappichelli, Torino, 2016, 231 ss.

[281] Parametrato, nel caso di una proposta sottoscritta da almeno 800.000 elettori, alla maggioranza dei voti alle ultime elezioni politiche: sul punto cfr. S. ROSSI, *Il referendum nella riforma. Esercizi di manutenzione costituzionale*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, S. TROILO (a cura di), *ult. cit.*, 295 ss.

[282] Sul punto si vedano, *ex multis*, S. PAJNO, *La clausola di supremazia (artt. 70, comma 4, e 117, comma 4, Cost.)*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *ult. cit.*, 135 ss., nonché, più di recente, D. DE LUNGO, *Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e clausola di supremazia: alcuni temi e problemi del (non?) nuovo progetto di riforma costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 829 ss.

[283] Sui rapporti tra la riduzione dei parlamentari e le altre iniziative di revisione pendenti, cfr., all'indomani del referendum, A. MORELLI, L. TRUCCO, *Taglio del numero dei parlamentari e rappresentanza territoriale e politica. Le prossime riforme auspicate e auspicabili*, in *Diritti regionali*, 3/2020, 1 ss.

[284] Si intende fare riferimento al documento predisposto dal Prof. Spadacini nella sua qualità di allora Capo del Dipartimento per le riforme istituzionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri e alle audizioni dell'estate del 2018 dell'On. Fraccaro, all'epoca Ministro dei rapporti con il Parlamento e per la democrazia diretta, su cui, volendo, cfr. A. CARDONE, *Il "metodo" parlamentare delle riforme nella XVIII legislatura: questioni anche di merito? Quando di nuovo sotto il sole c'è meno di quello che sembra all'alba*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 5 ss.

[285] In particolare, sulla frazione eletti/elettori si vedano le considerazioni e i dati contenuti in G.L. CONTI, *Temeraria è l'inerzia. Il taglio dei parlamentari e le sue conseguenze*, Pisa University Press, Pisa, 2020, 20 ss. e 103, secondo cui «il primo effetto della riforma […] riguarda il valore

potrà favorire la capacità del procedimento di formazione della legge, ma anche di ogni altro intervento che il Parlamento realizzi nei processi normativi non legislativi, di dare accesso, metabolizzare e sintetizzare il pluralismo proveniente dalla realtà politica, economica e sociale. In secondo luogo, inoltre, è presumibile che il diminuito numero dei parlamentari, incidendo sulla composizione delle Commissioni permanenti (chiamate, tra le altre cose, a effettuare l'istruttoria legislativa) finisca per rendere eccessivamente oneroso il peso dell'attività parlamentare per il singolo deputato/senatore, soprattutto in relazione alla sempre maggiore complessità delle questioni da affrontare, penalizzandone le "prestazioni" e l'efficacia dell'azione politica[286]. Da ultimo, la perdurante mancanza di qualsivoglia adeguamento della disciplina regolamentare delle Camere, come anche la prospettiva di un "aggiornamento" minimale, limitato all'accorpamento di alcune commissioni permanenti e al riproporzionamento del numero dei componenti dei vari organi parlamentari e delle maggioranze richieste per talune decisioni[287], conferma la prima ricordata tendenza alla rottura dell'unità dei regolamenti e al loro "degrado", riproponendo il tema della capacità delle fonti interne del Parlamento di mantenere l'istituzione al centro dei processi pluralistici contemporanei[288].

marginale del voto che, inevitabilmente, è destinato a diminuire, riducendo il numero dei membri del Parlamento da eleggere diminuisce anche la capacità del singolo voto di essere effettivamente influente perché aumentano i voti necessari per eleggere ciascun membro del Parlamento. Probabilmente si tratta di un effetto minimo, probabilmente non cambia molto. Ma il significato di questo messaggio si trova in contraddizione con l'intento della riforma che vorrebbe essere quello di migliorare la qualità del rapporto fra eletti ed elettori». La medesima posizione è espressa anche da E. ROSSI, *Il numero dei parlamentari in Italia, dallo Statuto albertino a oggi*, in ID. (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, Pisa University Press, Pisa, 2020, 29-31. In termini ancor più critici sui presupposti e sugli effetti di questo particolare aspetto della riforma si esprime M. MANETTI, *La riduzione del numero dei parlamentari e le sue ineffabili ragioni*, in *Quad. cost.*, 2020, 527 ss. Più in generale, per un primo inquadramento delle problematiche poste dalla riforma si vedano, invece, i contributi raccolti nel volume curato da E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, cit., *passim*.

[286] Sul punto G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma opportuna? (ricordando Paolo Carrozza)*, in *Le Regioni*, 2019, 375 ss., e, per una riflessione in chiave comparata, A. TORRE, «*Meno siamo, meglio stiamo*»*? Il numero dei parlamentari fra quantità e qualità della rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 2020, 543 ss.

[287] Sul punto cfr., per tutti, le analisi di L. GIANNITI, N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui Regolamenti di Senato e Camera*, in *Quad. cost.*, 2020, 577 ss.; V. DI PORTO, *La riforma "furba" e le possibili opportunità per riforme regolamentari che assecondino le tendenze monocamerali dell'ordinamento*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 settembre 2020, 393 ss.; G. TARLI BARBIERI, *L'impatto della riduzione del numero dei parlamentari sui regolamenti delle Camere*, in V. LIPPOLIS (a cura di), *A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971*, cit., 121 ss.

[288] In una questa prospettiva, di recente, valorizza la «dimensione relazionale» del diritto parlamentare N. LUPO, *L'evoluzione dei Regolamenti delle Camere in relazione alle trasformazioni del sistema politico ed elettorale,* in V. LIPPOLIS (a cura di), *ult. cit.*, 11 ss., spec. 39-42.

Sezione III

5. L'accentramento dei processi di produzione normativa nelle mani del Governo nelle relazioni con i livelli della normazione non statale

A questo punto della trattazione dovrebbe emergere in maniera sufficientemente chiara che, quando sono iniziate la crisi economica e quella pandemica determinata dal virus Covid-19, le dinamiche evolutive della forma di governo parlamentare avevano già progressivamente spostato l'asse del sistema delle fonti dall'orbita del Parlamento, cui era stata saldamente ancorata dal modello costituzionale, a quella del Governo. Salvo quanto emergerà meglio dalle relazioni, può essere adesso non privo di interesse notare che ciò è avvenuto non solo per fattori endogeni relativi alla crisi del sistema politico-partitico italiano e che si esauriscono prevalentemente all'interno del circuito Parlamento-Governo, ma anche per effetto delle dinamiche istituzionali che hanno caratterizzato i livelli di produzione normativa di cui si occupano le relazioni della prima sessione e/o i sistemi di raccordo che governano i rapporti tra detti livelli e il livello statale.

Quanto alla dimensione ultrastatale si pensi, innanzitutto, alle fonti del diritto Ue, in relazione alle quali il diffuso ricorso al metodo intergovernativo ha dato assoluta preminenza al Governo della Repubblica, ma in generale a tutti i governi nazionali, rispetto al procedimento di formazione di taluni fondamentali atti normativi, che hanno poi condizionato in maniera estremamente significativa il sistema interno delle fonti e, soprattutto, limitato la discrezionalità del legislatore nazionale attraverso l'introduzione di vincoli eteronomi. È questo, ad esempio, il caso della Carta di Nizza e del Trattato di Lisbona, che hanno portato all'adozione e al riconoscimento dell'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la cui capacità di condizionamento nei confronti delle fonti nazionali, come noto, si caratterizza per l'esistenza di istituti straordinariamente invasivi sia sulla vita concreta che le norme hanno nell'ordinamento, come la disapplicazione (*rectius*, non applicazione), l'applicazione diretta, l'interpretazione conforme e l'adattamento delle regole procedurali, sia sui procedimenti normativi in senso stretto come l'obbligo di preconformazione alle direttive non scadute e l'incostituzionalità della norma interna contrastante[289].

Ma considerazioni analoghe valgono anche per il M.E.S.[290] e per il *Fiscal Compact* del 2012, che vengono profondamente ad impattare sul "Patto di

[289] Sul punto sia consentito, soprattutto a fini bibliografici, un rinvio a A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012, 9 ss.

[290] Sulla cui genesi e sulle cui implicazioni costituzionalistiche cfr. F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione Bancaria europea e Costituzione*, Cedam, Padova, 2019, 184 ss. e 334 ss.

stabilità e crescita" del 1997 e sulle sue modifiche e integrazioni approvate con il *Six Pack* del 2011 e il *Two Pack* del 2013 (che, pure, segnano una battuta d'arresto del metodo intergovernativo), le quali limitano non solo la discrezionalità parlamentare nel merito delle politiche pubbliche, ma esprimono vincoli finanziari eteronomi che devono essere considerati all'interno del procedimento legislativo e che – come si dirà più diffusamente sia in relazione agli effetti di taluni atti (presuntamente) non vincolanti dell'Ue in materia di politiche di bilancio[291], sia, più in generale, a proposito dei vincoli finanziari come fattore esogeno di condizionamento della produzione normativa[292] – hanno conformato il "Semestre europeo" anche dal punto di vista procedurale, determinando una assoluta primazia dell'Esecutivo e una "ghettizzazione" del Parlamento nella dinamica delle fonti dei bilanci pubblici.

Sempre sul piano delle relazioni esterne, un non dissimile fenomeno di accentramento nelle mani del Governo dei processi normativi si verifica in relazione ai trattati internazionali in forma semplificata. La prassi dimostra, infatti, che il loro contenuto in non rare occasioni sconfina nelle tipologie di cui all'art. 80 Cost.[293], con la conseguenza, che, poiché la giurisprudenza costituzionale con le celeberrime sentenze gemelle non ha distinto tra trattati in forma solenne e trattati in forma semplificata quanto al regime di incostituzionalità della legge interna contrastante[294], il Parlamento si trova a subire i vincoli derivanti da norme internazionali sostanzialmente innovative dell'ordinamento giuridico senza aver potuto valutare l'opportunità della loro introduzione nel sistema interno delle fonti attraverso la legge di autorizzazione alla ratifica.

Anche rispetto al livello della produzione normativa regionale e, in questo caso, soprattutto degli istituti di raccordo con la normazione statale, è dato riscontrare l'esistenza di meccanismi istituzionali che hanno contribuito a favorire, da parte del Governo, la detronizzazione del Parlamento dalla posizione di signoria sul sistema delle fonti ad esso originariamente assegnata dal modello costituzionale.

Si intende, in particolare, fare riferimento al c.d. "sistema delle

[291] *Infra*, all'interno del presente paragrafo.

[292] *Infra*, § 6.

[293] Cfr. M. GIANNELLI, *Gli accordi in forma semplificata tra questioni di costituzionalità ed evoluzione della forma di governo*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Firenze, a.a. 2020/21, 60 ss.

[294] Lo sottolineano, tra gli altri, T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 dicembre 2007, 4, il quale estende alla giurisprudenza costituzionale la critica già avanzata su queste basi da Augusto Barbera ed Enzo Cannizzaro alla formulazione testuale dell'art. 117 Cost., e L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 305 ss.

Conferenze", che ha determinato lo strutturarsi di un metodo di confronto tra il Governo e l'insieme delle autonomie locali che, come è stato evidenziato in dottrina[295], risponde ad una logica diversa da quella che contraddistingue i rapporti tra maggioranza e minoranza/e o opposizione/i nella forma di governo parlamentare e che si ispira più alla prassi di funzionamento delle Camere territoriali tipica delle esperienze costituzionali che non adottano il bicameralismo paritario. La caratteristica essenziale di tale prassi è la diluizione delle relazioni polito-partitiche collegate alle dinamiche del rapporto fiduciario nella logica della dimensione territoriale degli interessi in gioco, che presiede all'allocazione delle competenze ai diversi livelli di governo. Questa diversa logica ha determinato profondi effetti sul sistema delle fonti. Da un primo punto di vista, infatti, essa ha contribuito ad accentuare il ruolo del Governo nel procedimento legislativo, dando al primo la possibilità di far valere nel dibattito parlamentare, quasi annichilendolo, le proprie posizioni su specifiche questioni affermando che esse sono il frutto di intese già raggiunte, magari all'unanimità[296], in sede di Conferenza. Da un secondo punto di vista, poi, soprattutto dopo il rafforzamento delle intese operato con la legge n. 131 del 2003[297], esso ha "deformato" i procedimenti normativi, spingendoli verso una logica di co-legislazione, tanto da far ritenere che abbia generato una nuova categoria di fonti atipiche[298].

Nella stessa direzione ha spinto anche l'esperienza della programmazione economica per effetto dell'attività svolta dal C.i.p.e., che ha assunto, soprattutto in relazione ai fondi a finalità strutturale, un ruolo centrale non solo ai fini dell'elaborazione dei numerosi indirizzi settoriali delle politiche di programmazione, ma anche per la definizione congiunta della "politica regionale comunitaria", finanziata con i fondi strutturali e con le risorse nazionali di cofinanziamento, e della "politica regionale nazionale", alimentata dal Fondo sviluppo e coesione. A ciò si aggiunga che l'avvio delle politiche di coesione territoriale a livello europeo ha portato alla «strutturazione di un modello di

[295] F. PIZZETTI, *Il sistema delle Conferenze e la forma di governo italiana*, in *Le Regioni*, 2000, 482 ss.

[296] Sulla prassi decisoria delle Conferenze si veda G. CARPANI, *La Conferenza stato-regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 2006, 27 ss.

[297] Ma si veda P. CARETTI, *Il sistema delle Conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale*, in *Le Regioni*, 2000, 549, il quale evidenzia che già il sistema di attuazione della legge n. 59 del 1997 testimonia l'«avvio (ma si potrebbe dire sperimentazione) di un procedimento normativo che non ha precedenti nella nostra prassi parlamentare e che con non poche difficoltà si riesce a ricondurre al modello tradizionale di delegazione legislativa, così come desumibile dalla Costituzione».

[298] Così I. RUGGIU, *Contro la Camera delle regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Jovene, Napoli, 2006, 202.

partenariato "a tre"»[299], in cui il ruolo del Governo è risultato accresciuto rispetto a quello del Parlamento, da un lato, perché il C.i.p.e. è divenuto lo snodo fondamentale delle politiche programmatorie a livello regionale, dall'altro, perché la costituzione del "Gruppo europeo di coesione territoriale" lo pone in rapporto diretto anche con le istituzioni eurounitarie[300], valorizzando così la dimensione non solo funzionale ma anche istituzionale delle Regioni[301].

Da ultimo, per quanto riguarda i rapporti Stato-Regioni, vale la pena ricordare che, per effetto della prassi attuativa della riforma del Titolo V, dalla revisione costituzionale delle fonti regionali è derivata una ulteriore leva all'ampliamento dei poteri normativi del Governo. Il riferimento è alla previsione dell'art. 8, co. 1, della legge n. 131 del 2003, c.d. "La Loggia", in virtù della quale è possibile la sostituzione governativa con riferimento a singoli atti o provvedimenti «anche normativi», dovuti o necessari[302]. Tale disciplina precostituisce uno strumento di forte ingerenza dello Stato, e in particolare del Governo, nella sfera di autonomia decisionale delle Regioni, come testimonia la recente vicenda che ha condotto all'inserimento della doppia preferenza di genere nella legislazione elettorale pugliese. Nell'esercizio della sostituzione normativa, infatti, il decreto-legge 31 luglio 2020, n. 86, convertito senza modificazioni dalla legge 7 agosto 2020, n. 98, è intervenuto all'esito di una procedura dalla tempistica molto stretta, che ha impedito al Consiglio regionale di adeguarsi ai principi della legislazione statale[303]. Sul punto la dottrina non ha mancato di evidenziare che una simile procedura, soprattutto in considerazione dei tempi stringenti in cui è stata realizzata, costituisce una potenziale lesione del principio di leale collaborazione, di cui all'art. 120 Cost., quale garanzia che circonda l'esercizio del potere sostitutivo e, per questa via, tutela

[299] Così, efficacemente, G. MOBILIO, *Cipe e Costituzione. Governare attraverso i Comitati interministeriali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 281.

[300] Sui meccanismi di funzionamento della *multilevel governance* del G.e.c.t., cfr. G. LUCHENA, R. MANFRELLOTTI, *Brevi riflessioni in tema di governance plurilivello e aggregazione funzionale fra soggetti pubblici e privati. Il caso dei Fondi strutturali*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2017, 3 ss.

[301] P. CARETTI, *Le Regioni tra programmazione statale e comunitaria: il caso dei fondi strutturali*, in A. PREDIERI (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1996, 257 ss.

[302] Sulla sostituzione normativa del Governo si vedano, almeno, le considerazioni contenute nei coevi studi monografici di L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle autonomie. Saggio critico sull'art. 120, comma II, della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2007, 274 ss.; S. PAJNO, *La sostituzione tra gli enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, duepunti, Palermo, 2007, 190 ss., e C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Giuffrè, Milano, 2007, 157 ss.

[303] Sul punto F. COVINO, *Potere sostitutivo del Governo e doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi di fine estate*, in *Osservatorio AIC*, 5/2020, 25 ss.

le ragioni del principio autonomistico[304].

Infine, anche in quello che il programma di questo Convegno indica come il terzo dei "livelli della produzione normativa", la *soft law*, si colgono linee di tendenza coerenti con le dinamiche fin qui evidenziate. Si pensi, ad esempio, alla congerie di atti non vincolanti dell'Unione che hanno strutturato quello che in altra sede è stato definito come il «procedimento normativo precauzionale», ovvero quel complesso di regole non direttamente precettive che, in attuazione del principio di precauzione, soprattutto in materia ambientale, hanno previsto che i procedimenti normativi debbano assicurare adeguate valutazioni scientifiche e tecniche del rischio, l'analisi economica delle misure cautelative (*costs-benefits analisys*), nonché l'informazione e la partecipazione pubblica (le c.d. "*consultation procedures*")[305]. Tali atti, per un verso, sono stati tradotti nell'ordinamento interno in norme giuridiche vincolanti non solo a livello statale[306], ma anche regionale[307], per l'altro, hanno rafforzato la posizione del Governo che è quasi sempre il soggetto istituzionale presente o rappresentato nelle sedi europee che li partoriscono e, soprattutto, è l'unico attore istituzionale in grado di affrontare nella progettazione legislativa i complessi adempimenti istruttori che queste norme richiedono.

Altri significativi esempi possono essere colti nell'ambito del potenziamento degli strumenti sovrannazionali di monitoraggio e coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, nell'ambito della c.d. "*governance* economica europea"[308]. In particolare, il processo di formazione di bilancio risulta sempre più condizionato da due fonti del diritto UE formalmente non vincolanti – come si dirà di qui a poco, una raccomandazione ed un parere – il cui mancato rispetto può, però, determinare serie ripercussioni sulla

[304] R. DICKMANN, *L'esercizio del potere sostitutivo con decreto-legge per garantire l'espressione della doppia preferenza di genere in occasione delle elezioni regionali in Puglia del 2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2020, 1 ss.

[305] Cfr. L. BUFFONI, A. CARDONE, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2012, 6 ss.

[306] *Ivi*, 14 ss.

[307] Sul punto sia consentito un rinvio a A. CARDONE, *Le incidenze del diritto dell'Unione europea sul sistema delle fonti delle autonomie territoriali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2017, 10.

[308] Sull'evoluzione di tale nozione, da possibile «nuovo modello di democrazia, più efficace e "democratico" di quello fondato sulla rappresentanza» a «modello di formazione della volontà direttiva dello Stato in cui le scelte pubbliche sono difficilmente democratiche perché oggetto di matrici che non si prestano alla comprensione da parte dei cittadini e quindi non possono essere oggetto di una discussione pubblica, ma, anche se potessero essere ben comprese e attentamente discusse, non potrebbero egualmente essere messe in discussione, perché il loro scopo è esattamente quello di imporsi contro ogni resistenza nazionale», cfr. G.L. CONTI, *L'unione del coraggio con l'ardimento: il progredire mutante dell'espressione* governance, in ASSOCIAZIONE ITALIANA COSTITUZIONALISTI, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, cit., 383 ss., part. 392, da cui è tratta la citazione.

reputazione della firma sovrana degli Stati membri e, dunque, sulla loro capacità di finanziarsi sui mercati.

Il primo riferimento cade sull'adozione del DEF, e successivamente della legge di bilancio, che devono tenere conto degli «indirizzi di massima» per il coordinamento delle politiche economiche adottate ai sensi degli artt. 5, 120, 121, par. 2, e 136 TFUE. Tali indirizzi includono sia raccomandazioni per l'intera Zona Euro, sia, in una fase più avanzata del "Semestre europeo", «raccomandazioni specifiche per paese». Com'è stato opportunamente osservato, pur in un contesto estremamente variegato nei vari Stati membri[309], il ricorso a tali atti riduce notevolmente il controllo parlamentare sulle politiche di bilancio perché ciascun Governo nazionale, come ovvio, è responsabile dinanzi al proprio Parlamento, il quale potrebbe spingersi fino alla rottura del rapporto fiduciario senza riuscire per questo a determinare conseguenze rilevanti né sull'elaborazione delle politiche economiche dell'Unione, né sul contenuto degli «indirizzi di massima»[310], tanto che la dottrina indica come possibile percorso per difendere l'effettività del ruolo parlamentare la cooperazione istituzionale tra i Parlamenti degli Stati membri[311]. Ed in questo contesto, il Parlamento italiano, come emerge dall'analisi della prassi[312], ha mostrato scarsa concretezza e profondità sia nelle osservazioni svolte in punto di partecipazione dei Parlamenti nazionali nella definizione degli «indirizzi di massima» a livello europeo, sia nel grado di implementazione delle «raccomandazioni specifiche per paese» indirizzate all'Italia.

[309] Sul punto si veda E. GRIGLIO, *I circuiti e i «buchi neri» del controllo parlamentare sull'esecutivo frammentato dell'Unione europea*, in N. LUPO, R. IBRIDO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, il Mulino, Bologna, 2018, 223 ss.

[310] Cfr. C. LORD, *How Can Parliaments Contribute to the Legitimacy of the European Semester?*, in *Parliamentary Affairs*, 4/2017, 680, e, più in generale, sui problemi di democraticità connessi alla perdita di centralità dei Parlamenti nazionali nelle decisioni di politica economica e di bilancio, B. CRUM, *Parliamentary accountability in multilevel governance: what role for parliaments in post-crisis EU economic governance?,* in *Journal of European Public Policy*, 2/2018, 268 ss. Nella dottrina italiana, oltre agli Autori citati nelle note precedenti, si vedano, almeno, anche per una ricostruzione delle posizioni sul tema, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 15 ss; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'Euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Franco Angeli, Milano, 2016, 91 ss.; F. SAITTO, *"Risocializzare l'Europa". La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovra-nazionale*, in *Rivista di Diritti comparati*, 3/2017, 88 ss; E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 268 ss.

[311] N. LUPO, E. GRIGLIO, *The Conference on Stability, Economic Coordination and Governance: Filling the Gaps of Parliamentary Oversight in the EU*, in *Journal of European Integration*, 3/2018, 358 ss., ma già prima, dopo il *Two Packs*, N. LUPO, C. FASONE (a cura di), *Interparliamentary cooperation in the composite European Constitution*, Hart, Oxford, 2016, *passim*.

[312] Ben ricostruita da G. MENEGUS, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche ex art. 121 TFUE nel quadro del Semestre europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1491 ss.

Il secondo riferimento è da intendersi, invece, al parere che la Commissione europea è chiamata ad esprimere ai sensi dell'art. 7, par. 2, reg. (Ue) n. 473/2013, sulla compatibilità dei progetti di legge di bilancio degli Stati membri con i vincoli finanziari previsti dal "Patto di stabilità e crescita". Tale norma riconosce, altresì, alla Commissione, nei casi più gravi, il potere di sollecitare, in via d'urgenza, la presentazione di un bilancio integralmente riveduto. Quest'ultima facoltà è stata esercitata per la prima volta nel 2018 nell'ambito del "braccio di ferro" fra la "Commissione Juncker" ed il "Governo Conte I". Da un punto di vista procedurale, la "vittima" del successivo accordo raggiunto fra le due istituzioni in merito alla ridefinizione dei saldi della manovra economica è stato, ancora una volta, il Parlamento, il quale a ridosso della scadenza del 31 dicembre – pur di evitare l'attivazione dell'esercizio provvisorio – si è visto costretto a recepire un maxi-emendamento di 270 pagine senza avere il tempo materiale di esaminarlo e sotto la scure della questione di fiducia[313]. Una prassi, quest'ultima, che è stata in una certa misura "giustificata" dalla nota ordinanza n. 17 del 2019, con cui la Corte costituzionale, all'esito di un conflitto di attribuzioni tra poteri promosso da 37 senatori per la lesione delle loro prerogative parlamentari nell'approvazione della legge di bilancio, da un lato, ha riconosciuto che «le modalità di svolgimento dei lavori parlamentari sul disegno di legge di bilancio dello Stato per il 2019 hanno aggravato gli aspetti problematici della prassi dei maxi-emendamenti approvati con voto di fiducia», dall'altro, ha evidenziato che «i lavori sono avvenuti sotto la pressione del tempo dovuta alla lunga interlocuzione con le istituzioni europee, in applicazione di norme previste dal regolamento del Senato e senza che fosse stata del tutto preclusa una effettiva discussione nelle fasi precedenti su testi confluiti almeno in parte nella versione finale»[314].

Da ultimo, può valere la pena di accennare che, sempre nell'ambito degli atti normativi non vincolanti, i due paralleli fenomeni di arretramento della competenza parlamentare e di espansione della produzione giuridica governativa si colgono anche in relazione alla progressiva diffusione delle c.d. "linee

[313] A commento della vicenda si veda la dottrina citata immediatamente *infra*.

[314] Sull'ordinanza n. 17 del 2019 si vedano i contributi pubblicati sull'*Osservatorio sulle fonti* a firma di A. CARDONE, E. CATERINA, G.L. CONTI, M. GIANNELLI, M.C. GRISOLIA, R. IBRIDO e E. LONGO, N. LUPO, C. MASCIOTTA, G. MOBILIO, O. ROSELLI, G. SALVADORI, G. TARLI BARBIERI, quelli apparsi su *Federalismi.it* di M. CAVINO, A. CONTIERI, S. CURRERI, R. DICKMANN, A. LUCARELLI, N. LUPO, A. MANZELLA, A. MORRONE, V. ONIDA, F. SORRENTINO, quelli editi su *Forum di Quaderni costituzionali* di L. BRUNETTI, G. BUONOMO e M. CERASE, L. DI MAJO, R. MANFRELLOTTI, E. ROSSI, quelli pubblicati su *Consulta Online*, di A. GUSMAI, A. RUGGERI, quelli sull'*Osservatorio AIC* di M. ARMANNO, F. FABRIZZI, E. LA FAUCI, I.A. NICOTRA, P. PASSAGLIA, quelli su *Rivista AIC*, di S. LIETO, M. MANETTI, A. RUGGERI, quelli su *Diritti fondamentali* di V. BALDINI, L. DI STEFANO, nonché quelli su *Giur. cost.*, 1/2019, di M. MANETTI, A. PACE, L.F. PACE, R. PINARDI, A. SAITTA.

guida", in relazione alle quali l'analisi della prassi dimostra, da un primo punto di vista, che attraverso l'istituto rilevanti quote della normazione si spostano dal Parlamento alle Autorità amministrative indipendenti[315], da un secondo punto di vista, che sempre più spesso è il Governo a porsi in diretto contatto con i portatori di interessi diffusi e/o di saperi specialistici e a provvedere alla loro elaborazione[316], da un terzo punto di vista, infine, che, ancor più di frequente, anche sulla base di una autorizzazione legislativa, sono fonti governative ad istituire organismi e procedure per l'adozione delle linee guida[317].

6. I convergenti effetti dei "fattori esogeni" di condizionamento della produzione normativa

L'evidenziata tendenza alla dislocazione del baricentro del sistema delle fonti verso l'Esecutivo trova conferme non solo nelle relazioni che interessano i livelli di produzione normativa diversi da quello statale, ma anche nelle dinamiche innestate da quelli che il titolo della seconda sessione definisce i "fattori esogeni" di condizionamento dei processi normativi.

Nel caso dell'emergenza, indicazioni inequivoche nel senso prospettato provengono sia dalla storia attraverso cui nell'ordinamento costituzionale si è dipanata la progressiva evoluzione della gestione normativa dei fatti contingibili e urgenti, sia dalla recente prassi sviluppata dal Governo nell'ambito delle politiche di contenimento e di contrasto della pandemia da Covid-19.

Sulla prima, anche in considerazione del fatto che su di esse non si concentrano le relazioni, giova spendere qualche considerazione. Si può sinteticamente affermare al riguardo che il punto di arrivo di una più che secolare tradizione, che affonda le sue radici nelle norme post-unitarie istitutive dei poteri di ordinanza *extra ordinem* di Prefetti e Sindaci in veste di ufficiali territoriali del Governo, è rappresentato dal "sistema nazionale di protezione civile", inteso qui, storicamente, come risultante della l. n. 225 del 1992, del

[315] Su cui si vedano i classici studi richiamati nella nota 43, a partire dalle monografie di S. NICCOLAI, G. DE MINICO e R. MANFRELLOTTI e dal volume P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit. Più di recente, nella prospettiva della regolazione delle decisioni algoritmiche, cfr. i contributi raccolti nello speciale 2/2021 di questa *Rivista* dal titolo *Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche* e, in particolare, l'introduzione di A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, *ivi*, 723 ss.

[316] Si pensi, tra i molti esempi possibili, alle attese linee guida in materia di utilizzo dei *not fungible tokens* nella tutela e valorizzazione del patrimonio culturale (NFT), annunciate dal Ministero della Cultura e alla cui elaborazione il Ministero stesso sta procedendo con il supporto di una commissione di esperti.

[317] Anche qui tra i numerosi possibili, si veda il caso del «Sistema nazionale per le Linee guida - SNLG», istituito dal Ministro della Salute con d.m. 30 giugno 2004 e successivamente riorganizzato con il d.m. 27 febbraio 2018 in base alle previsioni dell'art. 5 della legge n. 24 del 2017.

Codice della protezione civile del 2018 e della (anche) pregressa giurisprudenza costituzionale e amministrativa. Si è già avuto modo di osservare che attraverso di esso si è venuto strutturando un vero e proprio ordinamento attraverso cui si è compiuto un percorso che, in altra sede, è parso di poter chiamare di «normalizzazione dell'emergenza»[318], proprio per alludere alla procedimentalizzazione e alla definizione dei limiti giurisprudenziali che hanno inalveato la potenziale eversività delle ordinanze *extra ordinem* del Governo (e, in particolare, quelle di protezione civile, ma il discorso vale anche per quelle sanitarie del Ministro della Salute) nel solco della Costituzione repubblicana. Un percorso che fa oggi ritenere, per un verso, superati molti dei dubbi sulla legittimità costituzionale del potere d'ordinanza prospettati negli anni (si pensi, in particolare, alle note critiche di Giuseppe Ugo Rescigno[319], Giuseppe Marazzita[320] e Cesare Pinelli[321]), per l'altro, capitalizzati gli sforzi compiuti dalla dottrina nello stesso senso (si pensi, soprattutto, a quelli di Alessandro Pizzorusso, basati sull'uso del modello della delegificazione[322], o a quelli, fondati sull'idea del rinvio a tutte le facoltà derogatorie che la legge attribuisce alla p.a., di Roberto Cavallo Perin[323] e Giuseppe Morbidelli[324]).

Sul piano più strettamente delle fonti, è stato altresì evidenziato che, attraverso questo processo di "normalizzazione" del potere *extra ordinem*, le ordinanze di protezione civile si sono progressivamente sostituite alla decretazione d'urgenza come strumento di gestione delle emergenze[325]. Non sono,

[318] Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*.

[319] G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, Torino, 1965, 90 ss., e, ID., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2189 ss.

[320] G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la l. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost*., 1996, 519 ss., e, in particolare, ID., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, 437 ss.

[321] C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl*., 2009, 317 ss.

[322] A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Il Foro Italiano, Roma, 1984, 640 ss.

[323] R. CAVALLO PERIN, *Giudici ordinari e collaudo di opere pubbliche*, in *Foro it*., 1989, III, 117, ma, soprattutto, ID., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990, *passim*.

[324] G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, *Annuario AIPDA 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 93 ss., spec. 97, secondo cui «è la stessa legge abilitativa che contiene una "autorottura" o meglio una rottura della fonte cui appartiene (e delle fonti subordinate) consentendo espressamente o per implicito la deroga. Sicché il principio di legalità degli atti amministrativi è rispettato in quanto il potere della Pubblica Amministrazione è comunque fondato su una autorizzazione legislativa».

[325] Sul punto, volendo, si veda A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec./2020, 319 ss., in cui evidenzio come l'evoluzione del "diritto dell'emergenza" dopo il 1992 ha conosciuto – quanto al rapporto tra ordinanze e decreti-

però, già in passato mancati casi in cui il Governo ha agito sulla disciplina del potere di ordinanza attraverso la decretazione d'urgenza: a) modificando in via generale e astratta il sistema di protezione di civile, oppure, alternativamente, derogandolo in parte in relazione alla singola situazione emergenziale; b) istituendo con d.l. specifici poteri d'ordinanza per singole fattispecie emergenziali, prevedendo il conferimento del potere di ordinanza a soggetti diversi da quelli previsti in via generale dalla legge del 1992 e contestualmente modulando i contenuti sostanziali del potere attribuito sul piano temporale e/o procedimentale[326]. In particolare, dall'analisi della prassi dei vent'anni che hanno seguito l'istituzione del Servizio nazionale di protezione civile emerge una casistica molto variegata, che permette di censire: ordinanze che sono state espressamente qualificate come attuative di precedenti decreti-legge; disposizioni di decreti-legge che rimandano ad ordinanze per la propria attuazione; ordinanze che hanno derogato espressamente disposizioni di decreti-legge; ordinanze che agiscono, con riferimento allo spazio o al tempo, sugli effetti di disposizioni di precedenti decreti-legge; infine, decreti-legge che modulano gli effetti temporali o materiali delle ordinanze[327].

La ricostruzione della prassi dell'ultimo quindicennio conferma, infine,

legge – dapprima un progressivo «affiancamento» e poi un vero e proprio «passaggio di consegne» (emblematici i dati quantitativi della produzione delle due fonti), tanto da potersi individuare anche il ben preciso momento storico in cui le due fonti dell'emergenza in questione si sono «passate il testimone»; momento che si può datare all'anno della storica sentenza della Corte costituzionale n. 360/1996 in tema di reiterazione dei decreti-legge. La coincidenza degli eventi appare, infatti, in questo caso come la metafora di un'ideale successione, rendendo fondato il sospetto che la prassi governativa, quando ha avvertito che lo strumento del decreto-legge, proprio perché sottoposto a controllo di costituzionalità con riguardo alla reiterazione, andava progressivamente perdendo la propria duttilità, abbia iniziato a privilegiare l'uso sistematico del potere d'ordinanza. Quest'ultimo, infatti, presenta ancora oggi un notevole grado di flessibilità, non solo perché dal contenuto non tipizzato (né *in toto* tipizzabile per la contingibilità degli eventi che deve fronteggiare), ma anche in quanto non sottoposto ai controlli cui soggiace, invece, il decreto-legge: non al controllo parlamentare in sede di conversione, non al controllo del Capo dello Stato in funzione di emanazione, ma esclusivamente al controllo preventivo di legittimità sugli atti normativi dello Stato da parte della Corte dei conti, che ad oggi rappresenta il solo presidio preventivo della legalità delle ordinanze di protezione civile.

[326] Cfr, per tutti, il caso dell'art. 5-*bis* del d.l. n. 343/2001, che ha autorizzato il Governo, in particolare il Presidente del Consiglio in quanto titolare della funzione di protezione civile, a spendere poteri di ordinanza per l'organizzazione dei cosiddetti "grandi eventi" (previsione a sua volta abrogata con decreto-legge: cfr. art. 40-*bis* del d.l. n. 1/2012). Sulla relativa prassi cfr. E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo ad una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, 2019, 117 ss., nonché, volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011, 13 ss.

[327] Per una ricognizione completa sia consentito rinviare al mio *Il rapporto tra le ordinanze del governo e i decreti-legge*, in ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI, *Quaderno n. 22. Seminario 2011*, Giappichelli, Torino, 2013, 33 ss.

che nel fronteggiare le situazioni emergenziali i decreti-legge non solo sono sempre meno frequenti (perché sostituiti dalle ordinanze di protezione civile), ma sono anche di meno immediata adozione, come emerge, in particolare, nelle vicende dei terremoti de L'Aquila nel 2009[328] e di Amatrice nel 2016[329], nonché in quella del crollo del Ponte Morandi a Genova nel 2018[330]. Ma, soprattutto, lo studio della prassi fa emergere che essi appaiono per lo più relativi non alle misure di diretta e subitanea gestione dell'emergenza, ma all'adozione di interventi complementari, a carattere prevalentemente economico, orientati a contenere gli effetti socio-economici dell'evento e ad accelerare il superamento del contesto emergenziale attraverso l'introduzione e il finanziamento di misure per la ripresa delle ordinarie attività[331].

Da ultimo, del resto, questa recessività del decreto-legge, e con esso del controllo parlamentare, ha trovato modo di manifestarsi ampiamente nella gestione della crisi pandemica[332].

Questa sintetica prospettiva storica, come si accennava, conferma che, pur nella mutevolezza degli strumenti normativi adottati, il Governo si è affermato come l'assoluto signore dei processi normativi attivati nei contesti emergenziali e questa conclusione non risulta che avvalorata dalla prassi seguita in occasione della pandemia. In proposito, è parso a chi scrive di poter dire che, nell'ambito di una valutazione problematica della gestione dell'emergenza da Covid-19 dal punto di vista delle fonti del diritto, il tratto saliente della prassi normativa del Governo si deve individuare nel poderoso scostamento dallo strumentario normativo del sistema di protezione civile, che ha condotto, per un verso, alla sua iniziale ibridazione con il potere d'ordinanza del Ministro della Salute previsto dall'art. 32 della legge n. 833 del 1978, istitutiva del

[328] In seguito all'evento del 6 aprile 2009, il primo decreto-legge è stato emanato in data 28 aprile (d.l. n. 39/2009, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile»).

[329] In seguito all'evento del 24 aprile 2016, il primo decreto-legge è stato emanato in data 17 ottobre (d.l. 189/2016, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016»).

[330] In seguito all'evento del 14 agosto 2018, il primo decreto-legge è stato emanato in data 28 settembre (d.l. n. 109/2018, recante «Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze»).

[331] Come appare evidente anche dalla mera lettura dei titoli dei decreti-legge citati nelle note precedenti.

[332] Sul punto cfr. 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. spec./2020, 351 ss. Inoltre, sull'esplosione della prassi dei già citati decreti "a perdere", ovvero sulla confluenza di decreti-legge non convertiti in altri provvedimenti nel corso dell'*iter* di conversione, cfr. C. DOMENICALI, *La prassi nella decretazione d'urgenza: le catene di decreti* minotauro *durante l'emergenza sanitaria*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO, *La prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 43 ss.

Servizio sanitario nazionale, per l'altro, alla creazione di un canale parallelo e inedito, basato su decreti-legge istitutivi di un potere di decretazione del Presidente del Consiglio dei ministri[333]. In questa sede non importa tanto dimostrare che è proprio tale scostamento a spiegare le ragioni per cui gli atti adottati sono risultati, per più aspetti, problematici, sia dal punto della loro compatibilità con i diritti e le libertà fondamentali[334], sia con riferimento al rispetto delle competenze costituzionalmente garantite delle autonomie territoriali[335]. Importa, piuttosto, evidenziare che la ricostruzione della prassi sviluppata dal Governo a partire dalla fine del mese di gennaio 2020 dimostra un accentramento del potere normativo nelle mani non tanto del Governo complessivamente considerato, quanto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che – per frequenza di utilizzo, portata delle misure e incisività delle stesse su tutti gli aspetti della vita associata – può essere considerato senza precedenti, anche rispetto alla pur travagliata vicenda delle ordinanze di protezione civile della stagione c.d. "Bertolaso"[336].

Se possibile, ancor più rilevante è la tendenza alla costruzione di un monopolio governativo dei processi di produzione normativa che si manifesta in

[333] Cfr. A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, in *Legislazione penale*, 18.05.2020, 1 ss., nonché, con riferimento alla motivazione della nota sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021, ID., *Contrasto alla pandemia, «annichilimento» della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Le Regioni*, 2021, 870 ss.

[334] In una letteratura sterminata si vedano, per tutti, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 117 ss.; R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, 1/2020, 656 ss.; A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta Online*, 2020, 684 ss., e ID., *Emergenza sanitaria e tutela dei diritti sociali*, in *Diritti regionali*, 2/2022, 1 ss.; I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 41 ss., e, in chiave monografica, EAD. *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, *passim*.

[335] Anche in questo caso, in una amplissima letteratura, non ricostruibile in questa sede, cfr., anche per ulteriori riferimenti, F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 333 ss.; A. MORELLI, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2020, 747 ss.; G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le* Regioni, 2020, 757 ss.; G. DI COSIMO, *Le forme della collaborazione al tempo della pandemia*, *ivi*, 2021, 543 ss.; M. COSULICH, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato, meno Regioni?*, *ivi*, 2021, 553 ss.; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec./2020, 377 ss.; C. BUZZACCHI, *Le Regioni e le politiche per i diritti economici e sociali al tempo della pandemia*, e M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, entrambi in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *ult. cit*., rispettivamente 233 ss. e 257 ss.

[336] Di recente, in chiave monografica, sulla prassi del potere di decretazione del Presidente del Consiglio, cfr. L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 110 ss.

relazione ai condizionamenti che derivano dai vincoli finanziari discendenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea. Al riguardo, è stato efficacemente notato che, per effetto della revisione costituzionale dell'art. 81 Cost., dell'introduzione del già citato "Semestre europeo" e della conseguente contrattazione normativa che si innesca con le istituzioni Ue nella definizione dei documenti e degli atti della c.d. "manovra di bilancio", il sistema interno delle fonti sta consolidando una serie di prassi che possono essere considerate come il riflesso di tutti quei vincoli economico-finanziari che «impongono, in primo luogo, al Governo il dovere di modulare la progettazione della definizione dei contenuti economico-finanziari e della struttura normativa dei relativi provvedimenti nei tempi idonei ad assicurare, ad un tempo, il rispetto degli impegni ordinamentali europei e le disposizioni costituzionali interne a salvaguardia delle prerogative del Parlamento»[337]. Su questo piano si manifestano diverse torsioni del sistema delle fonti.

Su alcune di esse, anche per il clamore che ha accompagnato taluni passaggi istituzionali, la dottrina ha già avuto modo di sviluppare ampie riflessioni, come nel caso di quella sostanziale espropriazione del ruolo parlamentare nell'approvazione della legge di bilancio che si realizza per effetto dell'apposizione da parte del Governo della questione di fiducia su maxi-emendamenti che stravolgono il testo esaminato dal Parlamento[338]; vicenda che, come già ricordato, ha generato anche un conflitto di attribuzione sulle prerogative del singolo parlamentare, dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale[339]. Altre sono state oggetto di minore attenzione, ma comunque non passate sotto silenzio in dottrina, come ad esempio l'evoluzione della prassi in materia di copertura finanziaria *ex* art. 81 Cost., che richiede la relazione tecnica predisposta dall'amministrazione competente per materia e la "bollinatura" della Ragioneria generale dello Stato, generando così una "subalternità" delle Commissioni bilancio di Camera e Senato[340], o la mancata approvazione

[337] Così F. BILANCIA, *Sistema delle fonti ed andamento del ciclo economico: per una sintesi problematica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1442.

[338] Su cui cfr. G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia*, cit., 74 ss. Con riferimento anche alla prassi delle successive sessioni di bilancio, cfr. L. GIANNITI, *Le sessioni di bilancio del 2018, del 2019 e del 2020: procedure di bilancio, poteri del Parlamento, rapporti con l'Unione europea*, in *Giur. cost.*, 2020, 3323 ss.

[339] Si tratta della già citata ordinanza n. 17 dell'8 febbraio del 2019, su cui si veda la dottrina citata *supra*, nota 314.

[340] Cfr., però, già G. RIVOSECCHI, *Il parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 11, nonché, più di recente, A. VERNATA, *Bilancio e leggi di spesa nella crisi del parlamentarismo*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2019, 75 ss.; M.A. GLIATTA, *Questioni problematiche relative alla formazione delle leggi di spesa. Il ruolo delle commissioni filtro e i limiti alla sovranità parlamentare di bilancio*, in *Nomos*, 1/2020, 8 ss.; M. TROISI, *La categoria delle leggi di spesa dopo l'introduzione del nuovo art. 81, c. 3, Cost.*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2020, 1641 ss., e, in sede monografica, V. TONTI, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto internazionale ed*

da parte del Consiglio dei Ministri degli atti normativi della manovra che rinviano a "future intese"[341] o, ancora, l'anticipazione dei contenuti della legge di bilancio nei decreti-legge c.d. "fiscali"[342] o, infine, l'ampiezza dell'interpretazione data dal Governo alla nozione di «eventi eccezionali», al cui ricorrere è possibile che il Parlamento approvi, a maggioranza assoluta, l'autorizzazione allo scostamento dagli obiettivi di indebitamento ai sensi dell'art. 81, co. 2, Cost., che è stata concessa anche in fasi di crescita economica, per quanto contenuta[343].

Gli uni e gli altri fenomeni, con ogni evidenza, sono accomunati dalla marginalizzazione del ruolo del Parlamento nei meccanismi di funzionamento delle fonti dei bilanci pubblici e, in questo senso, forniscono una conferma della tendenza evidenziata in queste pagine.

A livello regionale, poi, il ridimensionamento del ruolo dell'Assemblea legislativa derivante dai vincoli finanziari dell'Unione è reso ancor più evidente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, inaugurata a partire dalla sentenza n. 196 del 2018, che ha riconosciuto la legittimazione delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti a sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale della legge regionale invasiva della competenza legislativa esclusiva dello Stato in sede di giudizio di parificazione del rendiconto regionale[344]. Tale giurisprudenza, infatti, nell'ampliare le maglie

europeo della governance economica, Giappichelli, Torino, 2017, 159 ss., e A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio. Il nuovo organo ausiliare alla prova del primo mandato e della forma di governo*, Jovene, Napoli, 2020, 141 ss.

[341] Su cui cfr. A. DI CHIARA, *Due prassi costituzionalmente discutibili: delibere del governo "salvo intese" e pubblicazione tardiva dei decreti-legge*, cit., 7 ss.; L. BARTOLUCCI, A. RAZZA, *Prassi e criticità nella fase genetica del decreto-legge*, cit., 11 ss.

[342] Sul punto cfr. la ricostruzione di A. CATANI, *Dai provvedimenti "collegati" ai provvedimenti "paralleli" alla manovra di finanza pubblica: il decreto-legge "fiscale"*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2020, 1557 ss.

[343] Su tale prassi si veda l'attenta ricostruzione di R. IBRIDO, *Coordinamento delle decisioni di bilancio e sostenibilità del debito pubblico: ragionando sulla costituzione economica in trasformazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 1/2020, 142 ss., part. nota 57.

[344] Su questa giurisprudenza si vedano i saggi di C. BUZZACCHI, A. CARDONE, M. CECCHETTI, F.S. MARINI, G. RIVOSECCHI, in AA.VV., *I controlli della Corte dei conti ed i complessi equilibri del sistema delle autonomie*, Atti del Seminario organizzato dalla Corte dei conti e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e della Province Autonome - Venezia, 11 e 12 novembre 2019, stampa in proprio a cura della Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, 2019, rispettivamente 121 ss., 56 ss., 7 ss., 137 ss., 73 ss., nonché R. BIN, *Zone d'ombra del controllo di legittimità e zone buie del ragionamento giuridico*, in *Le Regioni*, 2019, 15 ss.; E. CAVASINO, *Controllo contabile e controllo di costituzionalità delle leggi: una diversa prospettiva sul giudizio di costituzionalità in via incidentale*, *ivi*, 37 ss.; P. GIANGASPERO, *«La Corte e le sue corti»*, *ivi*, 75 ss.; G. RIVOSECCHI, *La parificazione dei rendiconti regionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 15/2019, 14 ss.; M. CECCHETTI, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni e il difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale*, *ivi*, 34/2020, 45 ss.; C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 30 ss.

del controllo incidentale sulle leggi regionali che determinano, nell'articolazione e nella gestione del bilancio, effetti non consentiti dai principi posti a tutela degli equilibri economico-finanziari e dagli altri precetti costituzionali che custodiscono la sana gestione finanziaria in regime di finanza pubblica allargata, introduce una asimmetria rispetto alla parifica del bilancio dello Stato e comprime l'autonomia legislativa delle Regioni per effetto del più penetrante sindacato consentito alle Sezioni regionali, che rende i vincoli finanziari eteronomi dell'Unione ancor più stringenti di quanto non siano per la legge statale proprio perché giustiziabili in una sede ulteriore[345].

Analoghe considerazioni, infine, si possono svolgere per quanto concerne l'incidenza della tecnica. Significative, in questo senso le notazioni che emergono dalla relazione di Cecilia Siccardi, che evidenzia come, di sovente, i meccanismi di nomina degli organismi tecnici la cui attività condiziona i processi normativi prevedono una competenza governativa, così come spesso il Governo è anche il soggetto titolare del potere normativo di adottare gli atti che vengono redatti sulla base delle valutazioni degli organi tecnici. Una poderosa spinta verso l'estromissione del Parlamento dal circuito della normativa a contenuto tecnico sembra poi derivare dal PNRR, il quale è caratterizzato dalla previsione di un'imponente opera di semplificazione e delegificazione (anche mediante regolamenti *ex* art. 17, co. 2, l. n. 400 del 1988), che potenzia il ruolo tecnico dell'amministrazione, come viene messo in luce, non solo "a monte", ma anche "a valle" della produzione normativa[346]. Tra i tanti possibili, rilevante dal punto di vista ordinamentale è l'esempio proposto dalla Siccardi circa l'opera di delegificazione cui è andata incontro la materia della prevenzione alla corruzione, nella quale l'abbandono della fonte legislativa non ha avuto soltanto l'effetto di rimettere alla pianificazione dell'autorità

[345] Sviluppo questo specifico aspetto in A. CARDONE, *Quando portare la luce nelle «zone d'ombra» della giustizia costituzionale comprime l'autonomia regionale e incrina la tenuta dei modelli di controllo (di costituzionalità delle leggi e di sana gestione finanziaria degli enti territoriali)*, in *Le Regioni*, 2019, 21 ss., nonché in ID., *Legittimazione al promovimento della questione di costituzionalità e natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti regionali*, in *Giur. cost.*, 2020, 2596 ss.

[346] Non può, peraltro, non sottolinearsi che, in termini più generali e non riguardanti solo la normativa tecnica, come emerge anche dal già citato CAMERA DEI DEPUTATI - OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2021*, 18-9, l'attuazione del PNRR sta determinando una «ridefinizione dei confini» dell'attività parlamentare per effetto della «valutazione esterna» cui le politiche legislative attuative del Piano sono sottoposte da parte della *governance* all'uopo predisposta. Ancora una volta, il tema che si pone è quello della ridefinizione dei rapporti di forza tra Parlamento e Governo sul piano della normazione perché, com'è stato efficacemente rilevato, «il giudizio sull'idoneità delle misure adottate dallo Stato, […] anche nelle ipotesi in cui le riforme sono l'effetto di esercizio della funzione normativa (in particolare leggi di delega), sarà attratto entro il sistema dei raccordi fra Governo, Commissione e Consiglio previsti dal Regolamento *Recovery*» (così E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti. Continuo e discontinuo nelle dinamiche normative di risposta alla crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, parte II, § 3, in corso di pubblicazione).

amministrativa contenuti normativi che prima erano espressamente previsti dalla legge, ma ha anche creato sovrapposizioni di competenze normative tra il Dipartimento della funzione pubblica e l'A.n.a.c.

Una considerazione a parte sembra meritare l'effetto che è destinato a produrre sui processi di produzione normativa il ricorso agli strumenti di intelligenza artificiale e di *Information and Communications Technologies* (*ICT*). Come ho cercato di mettere in evidenza altrove[347], infatti, esistono per lo meno tre diversi livelli in cui il ricorso alle nuove tecnologie informatiche condiziona già oggi la produzione del diritto politico per eccellenza, ovvero quello che si compendia nella legge parlamentare: a) il procedimento legislativo; b) le strategie dei gruppi e dei partiti in Parlamento; c) la formazione dell'opinione pubblica e, soprattutto, il condizionamento stesso del momento elettorale, che della produzione del diritto politico rappresenta il primo presupposto in termini di legittimazione democratica. In particolare, quanto al primo di questi tre livelli, si può segnalare che – mentre il diritto comparato mostra diversi esempi sia di burocrazie parlamentari specificamente destinate a mettere a servizio dei lavori legislativi le risorse dell'intelligenza artificiale per la ricostruzione dei dati fattuali e dello stato dell'arte della materia da normare[348], sia esperienze stabili di *crowdsourcing legislation*, ovvero di consultazioni aperte, realizzate attraverso sistemi di *ICT*, attraverso cui i cittadini possono esprimere su piattaforme digitali la propria opinione su ipotesi di interventi legislativi[349] – nel nostro ordinamento le strutture parlamentari non hanno ancora sviluppato modelli simili e il ricorso alle *ICT* per la partecipazione popolare al procedimento legislativo versa in uno stato assai embrionale,

[347] Mi riferisco ad A. CARDONE, *"Decisione algoritmica"* vs. *decisione politica.* A.I.*, Legge, Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 25 ss.

[348] È il caso dell'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* francese, del *Büro für Technikfolgen-Abschätzung* tedesco, del *Parliamentary Office of Science and Technology* istituito presso il Parlamento inglese, così come dell'*Office of Technological Assessment* statunitense e del *Panel for the Future of Science and Technology* operante presso il Parlamento europeo. Sul punto, cfr. C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2014, 179 ss., cui si rinvia adesivamente circa gli effetti potenzialmente positivi che l'utilizzo parlamentare delle risorse dell'intelligenza artificiale potrebbe avere ai fini di riequilibrare il rapporto tra Parlamento e Governo nel procedimento legislativo, soprattutto nelle materie ad elevata complessità tecnica e scientifica.

[349] E ciò sia in fase di iniziativa – si pensi alla *Kansalàisaloite* finlandese, oppure al noto caso della revisione costituzionale islandese del 2009 – che di vera e propria istruttoria parlamentare, come nel caso del sistema *Wikilegis*, in uso dal 2016 presso la Câmara dos Deputados brasiliana, e del *Congreso Virtual* cileno, introdotto nella repubblica sudamericana nel 2018. Su questa tipologia di istituti, cfr., anche ai fini della ricostruzione di una prima bibliografia sul tema, T. AITAMURTO, *Crowdsourcing for Democracy: A New Era in Policy-Making*, Publications of the Committee for the Future, Parliament of Finland, Helsinki, 2012, 8 ss.; D.C. BRABHAM, *Crowdsourcing*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 2013, 7 ss; E. STRADELLA, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, in *DPCE on line*, 3/2020, 3353 ss.

anche rispetto al diritto dell'Unione europea[350]. Data la sempre maggiore difficoltà legata al reperimento e alla gestione aggregata dei dati che qualsivoglia iniziativa normativa presuppone nella complessità della realtà contemporanea, ne deriva che il fattore tecnologico, da un lato, finisce per aggravare la strutturale difficoltà parlamentare nella progettazione legislativa, dall'altro, rischia di consolidare la primazia del Governo, presso le cui burocrazie sono incardinate le prime strutture che nel nostro ordinamento dispongono delle risorse dell'intelligenza artificiale per la costruzione delle politiche pubbliche[351].

7. La lezione della "persistenza": la dislocazione del "baricentro normativo" della forma di governo. Un'indicazione di metodo e di merito, anche per le riforme

Le considerazioni fin qui svolte dovrebbero rendere giustizia di quanto opportuno sia, nell'indagare le trasformazioni subite dal sistema delle fonti nel corso della storia repubblicana, tenere distinti, come suggerisce di fare il titolo del nostro Convegno, i piani dell'"emergenza" e della "persistenza". In tutti e tre i contesti definiti dalle relazioni sovranazionali, dai rapporti tra Stato, Regioni ed autonomie territoriali e dalla diffusività della *soft law*, infatti, i tre "fattori esogeni" che, negli ultimi quindici anni, hanno condizionato i processi di produzione normativa nel nostro ordinamento manifestano effetti significativamente convergenti con alcune rilevanti linee di tendenza che erano già in atto prima ed indipendentemente dalle crisi economica e pandemica.

In particolare, l'aver provato a leggere le modifiche e le evoluzioni che hanno contraddistinto le fonti del diritto alla luce delle vicende della forma di governo parlamentare italiana ha consentito di mettere in luce che molti dei fenomeni che emergono dalla prassi trovano la propria principale dimensione eziologica nella difficoltà sempre crescente che ha caratterizzato non tanto (*rectius*, non soltanto) il funzionamento del paradigma della sovranità statale, quanto il complesso degli istituti che gravitano intorno al rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo. Nella prospettiva eletta, infatti, trova il proprio fattore di emersione e di intellegibilità unitaria una nutrita serie di vicende normative e di fenomeni che caratterizzano in maniera tipica la nostra esperienza costituzionale nel più generale quadro di recessività della legge che accomuna tutti gli ordinamenti pluralistici contemporanei per effetto della crisi della sovranità statale.

Si apprezza, così, che molte delle "torsioni" (se non tutte) che

[350] Per una ricostruzione della prassi parlamentare in materia, volendo, A. CARDONE, *ult. cit.*, 54 ss.

[351] Sul punto, anche per una rassegna comparata, B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2020, 9.

contraddistinguono la prassi normativa degli ultimi quindici anni – quelli, cioè, dominati dalle crisi economica e pandemica – affondano, in realtà, le proprie radici in vicende di lungo periodo che riflettono evoluzioni non meramente congiunturali del sistema delle fonti. Tali "torsioni", infatti, per quanto – come visto[352] – non estranee all'esperienza precedente, hanno iniziato a manifestarsi in maniera prorompente a partire dagli anni Ottanta, quando è iniziato quel processo di involuzione del sistema politico-partitico italiano che ha messo in crisi il funzionamento della forma di governo parlamentare e che si appalesa oggi, a trent'anni dall'avvento della c.d. "Seconda Repubblica", come un fenomeno, se non irreversibile, certamente non legato ai singoli passaggi della storia repubblicana e non contrastabile esclusivamente sul piano delle riforme istituzionali, costituzionali e/o elettorali che siano.

A questa conclusione conduce il rilievo – che si può sperare, adesso, sia emerso in maniera sufficientemente chiara – che sia sul piano delle fonti internazionali e sovranazionali, sia su quello delle fonti interne, tanto primarie che secondarie, che ancora su quello della *soft law*, già prima dell'erompere della crisi economica e di quella pandemica la prassi dei processi di produzione normativa, da un lato, manifestava ampi e frequenti fenomeni di marginalizzazione del Parlamento e di accentramento del potere normativo nelle mani del Governo, dall'altro, registrava le "spinte" dell'emergenza, dei vincoli finanziari eteronomi dell'Unione europea e della tecnica – ossia dei "fattori esogeni" che hanno condizionato la normazione italiana degli ultimi decenni – verso una costante e progressiva tendenza alla dislocazione del "baricentro normativo" della forma di governo parlamentare.

Dal punto di vista di queste considerazioni introduttive non importa tanto chiarire se e in quale misura l'involuzione della forma di governo parlamentare che ha innescato le ricostruite trasformazioni osservate nel panorama delle fonti sia una conseguenza diretta dei *deficit* della classe dirigente espressa dal sistema politico-partitico italiano dopo la "stagione d'oro" del parlamentarismo degli anni Settanta o, piuttosto, un effetto indiretto della crisi della sovranità statale imperniata sulla rappresentanza politica generale e questo essenzialmente perché siffatto percorso di ricerca, pur assai interessante, richiede uno sforzo che il costituzionalista non può affrontare da solo e che postula la dimestichezza con altre competenze disciplinari (storiche, politologiche e sociologiche). Ciò che, invece, si ritiene possa essere utile ad introdurre i nostri lavori è evidenziare che la chiave di lettura basata sulle relazioni tra forma di governo e sistema delle fonti permette di individuare proprio nella sottolineata rimodulazione dei rapporti normativi che si svolgono

[352] Vedi *supra*, §§ 4.1 e 4.2.

lungo l'asse Parlamento-Governo il *proprium* che caratterizza, secondo una dinamica di lungo periodo, la vicenda delle fonti del nostro ordinamento costituzionale.

Tale notazione, infatti, consente di procedere all'analisi dei vari livelli della normazione (di cui si occupa la prima sessione) e dei singoli "fattori esogeni" di condizionamento della produzione normativa (oggetto della seconda sessione) con la consapevolezza che i fenomeni osservati potranno essere ascritti alla sfera dell'"emergenza", nel senso di essere legati da un nesso di causalità che si esaurisce nella dimensione delle crisi economica e pandemica, solo ove non si pongano in sostanziale continuità con la "persistenza" rappresentata dal progressivo abbandono della centralità parlamentare che caratterizza la deriva dal modello costituzionale del sistema delle fonti, dovendo altrimenti ragionarsi, piuttosto, di una accelerazione e/o intensificazione di fenomeni già in atto per ragioni diverse e preesistenti o di una slatentizzazione di tendenze che la crisi economica e la pandemia hanno portato ad emersione o fatto riaffiorare carsicamente.

In proposito, alla luce delle relazioni, in particolare di quella di Sara Lieto, pare di poter dire in estrema sintesi che la principale novità che emerge come causalmente determinata dagli "anni delle crisi" è il silente riaccentramento della produzione normativa a livello statale[353], che si può oggi osservare, a distanza di vent'anni dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, aver controbilanciato e, per molti aspetti, "esaurito" la spinta autonomistica che il sistema delle fonti ha conosciuto per effetto della riforma del Titolo V, che pure era già stata in buona parte frustrata dalla scarsa innovatività delle scelte statutarie e legislative regionali[354] e dalla prassi degli istituti di raccordo[355], oltre che dalla giurisprudenza costituzionale[356]. Tutte le altre tendenze evidenziate, infatti, sembrano piuttosto doversi inquadrare come forme di stabilizzazione di

[353] Come già rilevato, tra gli altri, da R. BIFULCO, *Introduzione*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Jovene, Napoli, 2012, 1 ss., e F. BILANCIA, *Sistema delle fonti ed andamento del ciclo economico*, cit., 1432 ss., quest'ultimo in una prospettiva che abbraccia entrambe le crisi.

[354] Come detto *supra*, § 4.5.

[355] Come visto *supra*, § 5.

[356] Per tutti, G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2-3/2011, 241 ss.; U. DE SIERVO, *Realtà attuale delle funzioni e del finanziamento delle Regioni*, in N. ANTONETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Che fare delle Regioni?*, Istituto Luigi Sturzo, Roma, 2014, 198 ss., e, in chiave monografica, M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Aracne, Roma, 2012, 213 ss. Inoltre, nel prisma dell'autonomia finanziaria, cfr. F. GALLO, *Attualità e prospettive del coordinamento della finanza pubblica alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 3 ss., e G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 448 ss., spec. 489 ss.

prassi già note all'esperienza precedente, che trovano la loro prevalente dimensione eziologica in fenomeni di medio e lungo periodo collegati alla degenerazione della forma di governo parlamentare e che, conseguentemente, non appare corretto "appiattire" sugli effetti della pandemia e della crisi economica. Da questo punto di vista, dunque, si può adesso provare a recuperare la distinzione – citata in apertura e sui cui insistono molte delle relazioni – tra "crisi" ed "emergenza", legata al carattere conservativo della seconda[357], per raggiungere una prima conclusione, ovvero che la stragrande maggioranza delle prassi osservate nel contesto della recessione economica e della pandemia possono essere ascritte alla logica della "crisi" non perché in dette "crisi" sia da individuare il loro fattore causale, ma nel diverso senso di aver reso tendenzialmente stabili, ed apparentemente irreversibili, quelle dislocazioni del "baricentro normativo" della forma di governo parlamentare che si erano già innescate nei decenni precedenti.

[357] Si vedano le considerazioni svolte *supra*, § 1.

INTERAZIONI TRA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE E DIMENSIONE NAZIONALE NELLA PRODUZIONE NORMATIVA: TRA CRISI "ENDEMICHE" E NUOVE EMERGENZE*

ANTONELLO LO CALZO**

Sommario

1. Premesse metodologiche (con qualche avvertenza tematica…): ciclicità delle crisi e nuovi fenomeni emergenziali di portata globale. – 2. Crisi ed emergenze come fattori incisivi sul complesso sovranazionale-nazionale delle fonti: implicazioni delle differenze teoriche ed empiriche. – 3. A partire dalle crisi "endemiche". Le risposte europee alla crisi economica successiva al 2008. Il quadro delle fonti: tra la via eurounitaria e la via internazionale. – 4. L'impatto del diritto di matrice "esterna" su quello nazionale. Il livello costituzionale: tra riforme "positive" e mutamenti "materiali" indotti dalla crisi economica. – 4.1. Il livello sub-costituzionale: tra innovative leggi "rinforzate" e uso della decretazione d'urgenza nella risposta alla crisi economica. – 5. Da una crisi globale a un'emergenza globale. La pandemia come fenomeno complesso che condensa elementi critici ed emergenziali. – 6. La risposta europea all'emergenza sanitaria: un approccio in chiave competenziale. – 7. Limitazione dei diritti, misure di contenimento e primato degli Stati nazionali: le "alterazioni" nei sistemi delle fonti dettate da fenomeni sovranazionali. – 7.1. Cenni sull'uso della decretazione d'urgenza in risposta all'emergenza pandemica. – 7.2. Cenni sull'uso dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in risposta all'emergenza pandemica. – 8. La risposta europea alla crisi post-pandemica. Di nuovo sulla crisi economica, ma con un mutamento di paradigma. – 8.1. L'impatto dell'attuazione del PNRR sul sistema nazionale: tra riforme, condizionalità e fonti. – 9. Postilla: il ritorno della guerra in Europa come "nuovo" fattore emergenziale. Considerazioni minime sull'impatto sulle fonti, tra livello costituzionale e ordinario. – 9.1. Lo spettro di una nuova crisi economico-sociale all'orizzonte? – 10. Il tramonto dell'*età aurea* del XXI secolo: verso un nuovo diritto delle crisi globali "ricorrenti"? Riflessioni intorno a un concetto e alle sfide lanciate ai sistemi delle fonti. Tra tenuta delle Costituzioni ed esigenze di adeguamento della produzione normativa.

Abstract

The paper analyzes the impact of supranational law and factors on the system of sources of law of national legal system in the contexts of crisis and emergency. Starting from the ontological difference between the two phenomena of crisis and emergency, it observes what are the peculiar responses of legal systems with respect to phenomena that, nowadays, are characterized by a global and supranational essence. The analysis moves from the comparison of three phenomena that have characterized the worldwide history of the last twenty years: the economic crisis, the pandemic emergency and the recent war emergency. This made it possible to detect elements of similarity and aspects of difference among the cases considered, with respect to which a different response by supranational (in particular European) and national institutions was observed. The frequency of critical and emergency phenomena on a global level must lead us to reflect on the ability of States to respond to such events, or if we can consider them "equipped" with the most appropriate tools for this purpose and can, therefore, maintain a leading role - expression of their sovereignty - in a globalized and conflicting world.

Suggerimento di citazione

A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa: tra crisi "endemiche" e nuove emergenze,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi del Sannio.
Contatto: alocalzo@unisannio.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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. Premesse metodologiche (con qualche avvertenza tematica…): ciclicità delle crisi e nuovi fenomeni emergenziali di portata globale

Provare a tracciare un quadro, anche soltanto sommario, dell'impatto che i fenomeni critici ed emergenziali hanno sui sistemi delle fonti, avendo particolare riguardo alle interazioni tra l'ambito sovranazionale e quello nazionale, è opera complessa, per non dire impossibile. Alla base di questa difficoltà si collocano una pluralità di fattori: in primo luogo, come si avrà modo di specificare, una differenza ontologica di fondo tra i fenomeni emergenziali e critici, che si ripercuote sulla produzione giuridica destinata a fronteggiarli; in secondo luogo, la vastità degli interventi normativi che spesso si accompagna al polimorfismo dei fenomeni e alla molteplicità degli ambiti che essi toccano, ne risulta così un quadro delle fonti frastagliato, frammentato, dove la riconduzione ad unità non è sempre semplice, a maggior ragione quando a venire in rilievo sono "elementi esogeni" ai sistemi nazionali[1]; infine, ma aspetto assolutamente non secondario, l'ampiezza dell'attenzione riservata dalla dottrina all'indagine di tali fenomeni (ciò vale sia per la crisi economica che per la pandemia e, oggi, per la guerra), ragion per cui appare difficilmente dominabile la vasta mole delle tesi e delle osservazioni elaborate nel tempo, con l'impressione che, per quanto tempo si sia dedicato allo studio, ci si sia sempre limitati alla proverbiale punta dell'*iceberg*[2].

Occorre, quindi, cercare alcune linee di sviluppo, alcuni fili conduttori che consentano di ricondurre in un quadro coerente fenomeni e impatti normativi tanto diversi tra loro. Tenendo sempre ben presente una circostanza, che buona parte dei fenomeni collocati nelle categorie di crisi ed emergenza ha, da un punto di vista eziologico, radici che affondano nel contesto sovranazionale e che si propagano, come ramificazioni, in vari ambiti della vita economica e sociale degli Stati nazionali. Un approccio che vuole partire dal rapporto tra ambito sovranazionale e nazionale è pertanto notevolmente più complesso di altri che mirano ad un inquadramento sistematico secondo

[1] Se, ad esempio, si sofferma l'attenzione soltanto sulla vicenda della pandemia, più di un autore ha sottolineato che la produzione giuridica del periodo di riferimento sia risultata "alluvionale", 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*, 2020, 8; per non dire "caotica", E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 287; o, come significativamente affermato da E. CHELI, *Rischi da evitare nel governo dell'emergenza*, in *Rivista Il Mulino*, 28 ottobre 2020, tale da condurre al rischio di una "bulimia normativa" replicante «l'esperienza delle "grida" manzoniane che cercavano di fermare la peste con ordini che nessuno era poi in grado di rispettare».

[2] Osserva ironicamente R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 3, 2020, 513, che la quantità "quasi incredibile" di commenti dottrinali sembra essere stata favorita proprio dalle misure di confinamento che hanno indotto gli studiosi a dedicarsi attivamente alla scrittura.

diverse prospettive, quasi a dire che oggi non vi è crisi o emergenza reale se non è sovranazionale o se difetta di tale connotato non viene percepita – a torto o a ragione – come crisi.

I limiti della presente relazione, d'altra parte, non consentono di muoversi in una prospettiva realmente globale, guardando anche alle esperienze di altri Stati[3], ma soltanto di osservare l'impatto della produzione normativa sovranazionale (o di fattori non normativi sovranazionali) sul sistema delle fonti in Italia.

La complessità di uno studio che intenda analizzare l'impatto delle crisi sul sistema delle fonti secondo l'asse sovranazionale-nazionale emerge, inoltre, dall'intreccio tra aspetti "formali" ed aspetti "sostanziali", o addirittura "politici", che può generare fraintendimenti. Lo studio sulle fonti rischia, infatti, di divenire evanescente quando ad esso si sovrappone il quadro dell'incidenza politica, che determina il contenuto dell'atto piuttosto che il suo operare formale. Ma oggetto di questo convegno è l'incidenza delle crisi e delle emergenze sul sistema delle fonti[4] e non sulle politiche sostanziali che questo sottende. Un discorso di siffatta portata, quindi, rischierebbe di incrociare soltanto in alcuni punti quello sul sistema, collocandolo in stretta connessione con il piano dei contenuti e delle esigenze materiali, quasi che la "forma" venga piegata alla ragione pratica dell'emergenza anche da un punto di vista dell'indagine dogmatica.

La complessità del quadro d'insieme denota, poi, una ulteriore difficoltà di ordine metodologico, ove si volesse provare a tenere distinto il piano "puro" delle fonti del diritto (come si vorrebbe fare) dai suoi aspetti di contenuto, i quali possono far scivolare l'attenzione dell'analisi dal contenitore (la fonte) al contenuto (la disciplina), spostando l'oggetto della trattazione su aspetti "sostanziali", o – come detto – politici, che meglio ricadono nella trattazione

[3] Vari ed interessanti contributi adottano un approccio "comparatistico", soprattutto sul quadro della produzione normativa pandemica, per tutti, si vedano R. TARCHI (a cura di), *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Quaderno 1, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2020; P. CARETTI, M. MORISI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, in *Osservatorio sulle fonti*, *Speciale ricerca Tosi 2021*, 28 luglio 2021; e S. PACCHI, A. PISANESCHI (a cura di), *Provvedimenti al tempo del Covid-19 nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2022. Oltre al seminario di diritto comparato, organizzato dall'Associazione Gruppo di Pisa che, per l'anno 2022, è stato espressamente dedicato a "*Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato*", Università di Brescia, 25 marzo 2022.

[4] Inteso come insieme delle fonti determinato da un certo ordinamento in modo coerente (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, 1 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 71), ma anche estendendo la considerazione a ciò che si colloca "fuori dall'ordine", appunto, *extra ordinem*, per assimilarne l'operatività sul piano formale della produzione del diritto e non contenutistico. D'altra parte, non si può ignorare nemmeno che la nozione di sistema normativo, dato una volta per tutte, è messa in discussione dalla circostanza che esso finisce per essere il risultato in divenire dell'attività dell'interprete. Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 7.

delle relazioni previste nella seconda sessione di questo convegno. La pluralità dei fenomeni e la vastità degli impatti sulla vita dei Paesi non consentirebbe nemmeno di accennare ai profili di contenuto che hanno riguardato, ad esempio, gli atti normativi di gestione della crisi economica o dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19. Oltre al fatto che ciò, dal mio punto di vista, collocherebbe la relazione fuori dalla "traccia" dettata dal titolo del convegno e da quello di questa prima sessione.

L'intento è, quindi, quello di adottare un approccio, per quanto possibile, formale[5], che mira a ricostruire il fondamento della produzione normativa a partire dalla Costituzione o dal sistema dei Trattati in ambito europeo, osservando in che modo il livello sovranazionale interagisce con quello nazionale.

Una ulteriore precisazione che appare necessaria in premessa è quella che attiene alla scelta degli ambiti tematici trattati: crisi economica, emergenza-crisi pandemica, emergenza-crisi bellica. Inizialmente, stando al titolo del convegno, la scelta era caduta sulla dicotomia crisi economica-emergenza pandemica, lasciando, invece, fuori "altre" crisi, anch'esse connotate in termini sovranazionali, come quella terroristica vissuta a partire dalle vicende delle Torri Gemelle del 2001, o, ancora, crisi prossime a venire, come quella legata all'ambiente (con il cambiamento climatico che, proprio in questi giorni, fa avvertire i suoi più tangibili effetti anche in Italia). Tuttavia le più recenti vicende non consentono di tenere fuori il fenomeno bellico, non solo per la sua attualità, ma anche perché presenta una connessione molto stretta con le categorie teoriche cui si accennerà nel prossimo paragrafo. La guerra ha sicuro impatto sulla produzione normativa, sia in merito alle tradizionali categorie del diritto emergenziale, sia per le inevitabili conseguenze in termini di crisi economica che ad essa si accompagnano, oltre ad essere, senza dubbio alcuno, un fenomeno sovranazionale.

L'impatto economico delle crisi rappresenta, quindi, un elemento ricorrente in ognuno degli ambiti considerati, per tale ragione ho ritenuto opportuno definire "endemico" o "ciclico" questo fenomeno, perché si accompagna alle maggiori vicende critiche che, su scala globale, si sono verificate nel XXI secolo.

Sempre da un punto di vista metodologico, la relazione rimanda a vari aspetti che hanno accompagnato l'impatto del diritto e dei fatti sovranazionali sulla produzione normativa nei contesti critici o emergenziali. Ciascuno di essi potrebbe essere (e molto spesso già è stato) oggetto di specifico approfondimento, ma l'idea è quella di utilizzarli con valore esemplificativo, come tessere

[5] Si pensi, ad esempio, a quanto sostenuto da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, 110 ss., attraverso la ricostruzione della "catena normativa" quale strumento per la ricerca del fondamento della legittimità formale degli atti normativi, che offre una chiave di lettura particolarmente rigorosa.

di un mosaico, all'interno di un discorso più ampio e tendenzialmente coerente che si snoda secondo diverse chiavi di lettura.

L'analisi dei fenomeni che si stanno indagando può svolgersi anche secondo un diverso filo conduttore di tipo diacronico, ove, pur se nei tempi ristretti inferiori a un ventennio, abbiamo un passato – quello della crisi economica connotata da una risposta ad approccio restrittivo –, un presente – quello dell'emergenza pandemica, ove possono leggersi nuove aperture a livello sovranazionale e un rafforzamento del cammino verso una maggiore solidarietà e una più intensa coesione a livello europeo – e un futuro – quello della crisi bellica, che presenta nuove sfide alla coesione a livello europeo, espone a nuove fragilità che emergono anche dopo la pandemia, ma apre, sul medio-lungo periodo, a possibili nuove prospettive in chiave di integrazione e solidarietà o, al contrario, può portare al riemergere di "antiche" fratture tra gli Stati europei, ciascuno con i propri interessi nazionali (si pensi ai diversi approcci che di recente stanno emergendo nell'ambito della politica e delle esigenze energetiche), fratture che possono riflettersi anche sul piano delle fonti, sia sul versante eurounitario che su quello nazionale.

I tre contesti considerati, d'altra parte, consentono di riflettere sul ruolo delle crisi in Europa, un rapporto tanto stringente da poter indurre, talvolta, a dubitare che l'Europa, più che una via di soluzione alle crisi, ne sia essa stessa la concausa[6], rapporto che, nell'attualità, dirama i suoi effetti anche nella produzione del diritto.

Il XXI secolo, in effetti, è stato il secolo delle crisi, le quali hanno spesso lasciato visibili sedimenti nella produzione giuridica e nel modello costituzionale su cui questa si fonda. Un secolo in cui i momenti di "normalità costituzionale" sono stati pochi[7], per quanto sia possibile interrogarsi sullo stesso concetto di "normalità costituzionale"[8], o se, piuttosto, i fenomeni critici non siano connotati per una loro intrinseca "ciclicità", se cioè – con le dovute "mutazioni" – crisi ed emergenze non siano destinate a tornare nel tempo[9], ovvero a radicarsi in un contesto sociale e a riemergere periodicamente, come

[6] Come ha osservato L. TORCHIA, *In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 617 ss., in Europa si sovrapporrebbero più fenomeni di crisi i quali, combinandosi, darebbero vita ad «un'unica grande crisi che attenta direttamente al progetto di integrazione europea».

[7] F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 10, 2019, 801 s.

[8] Se esso possa essere riferito, in senso relativo, a quei contesti politici, economici e sociali in cui il processo costituente è giunto ad un certo, provvisorio, grado di maturazione. E sempre che non intervengano, nel frattempo, mutamenti che alterano la struttura del sistema, causando la crisi degli strumenti di reazione e regolazione, la cui estensione dipende sia dall'intensità e dalla novità dei fenomeni critici, sia dalla capacità adattativa del modello costituzionale di riferimento.

[9] In questo senso si veda P. CIOCCA, *Crisi economica e finanziaria*, in *Enc. Sc. soc.*, II, Treccani, Roma, 1992, 607 ss.

la crisi economica (appunto crisi "endemica") che attraversa tutte le "stagioni" oggetto di esame.

Su questo piano il fenomeno pandemico (e, per certi versi, anche quello bellico) ha maggiori tratti di "novità". Non che pandemie e guerre siano qualcosa di nuovo nella storia umana, ma sicuramente arrivano in un momento in cui – perlomeno nei Paesi occidentali – dal secondo dopoguerra in poi (e, forse, in modo più marcato dal crollo del muro di Berlino e dell'URSS all'inizio del anni '90) si è radicata l'idea di un sostanziale progresso, sia nel campo delle relazioni internazionali che della ricerca scientifica, tale da collocare nel passato (o in aree in via di sviluppo del globo) fenomeni di tale portata. E, invece, la pandemia è stata in grado di colpire ogni Paese, senza grosse distinzioni, mentre la guerra è tornata ad affacciarsi minacciosa in Europa, entrambe accompagnate da elementi "ciclici", collegati alle conseguenze sul piano economico che tali emergenze generano.

Sul piano delle reazioni giuridiche rispetto all'emergenza pandemica vanno poi fatte due precisazioni.

La prima è che il diritto sconta una inevitabile lentezza rispetto ai fenomeni naturali (lo stesso dicasi per quelli economici) – dato fin troppo ovvio per essere approfondito – eppure mi è parso di leggere nella mole di contributi giuridici che hanno affrontato il tema della pandemia l'incessante tentativo di tenere il passo con le contingenze della realtà; qualcosa di materialmente impossibile, destinato ad essere superato nel momento stesso in cui si scrive. È altrettanto vero che, se è indubitabile che un bilancio definitivo potrà essere affidato soltanto allo storico, quando la pandemia sarà terminata, il giurista ha, con tutti i suoi limiti, fornito interessanti elementi di riflessione utili non solo in chiave dogmatica, ma per orientare l'attività dei *lawmakers* apparsi spesso in difficoltà di fronte ai repentini mutamenti di un fenomeno imprevedibile.

La seconda è che pandemia (come fenomeno) ed emergenza (come sua conseguenza) terminologicamente vanno tenute distinte. Così come è opportuno intendersi sul significato dell'emergenza, soprattutto quando si parla – come negli ultimi mesi – di "uscita" dall'emergenza pandemica. Infatti, l'emergenza può essere intesa sia per indicare la situazione naturale che genera l'allerta sociale, sia una situazione più concretamente giuridica che attiene allo stato indotto nell'ordinamento (o nel contesto sociale) dal fenomeno naturale, ma quest'ultima nozione può avere anche un vincolo soltanto parziale con la prima fattuale[10]. In fin dei conti: quando si supera una pandemia? Raramente ciò avviene quando un patogeno "scompare" dalla faccia della Terra, molto più comunemente quando esso cessa di essere percepito come

[10] A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enc. Sc. soc.*, III, Treccani, Roma, 1993, 551.

una minaccia a livello sociale[11]. La pandemia è, quindi, alle origini un fenomeno biologico, naturale, ma nella "coda" è un fenomeno psicologico. Questo dato non può essere trascurato perché la semplice "percezione" del pericolo è altrettanto insidiosa che il pericolo stesso, perché in grado di incidere in modo analogo sull'economica, sulle relazioni sociali, sul lavoro, comportando un consequenziale impatto sui diritti che richiede l'uso di strumenti normativi peculiari da parte del legislatore. L'emergenza a cui si allude quando se ne auspica (o pianifica) la fine è, quindi, soltanto quella intesa come fenomeno giuridico, legata alle conseguenze che essa determina sui diritti e sulle fonti utilizzate per "regimentarne" il godimento.

Se, nell'analizzare le emergenze, ci collochiamo dal versante della produzione del diritto e delle fonti, questo concetto si presta ad un ulteriore distinguo. L'emergenza può, infatti, essere intesa sia come fonte in senso "supremo", comportando direttamente l'adozione dei provvedimenti occorrenti per fronteggiare la necessità, sia come circostanza che abilita all'esercizio di "poteri normativi d'emergenza", i quali rinvengono pur sempre nell'ordinamento (e non nella necessità) il loro fondamento. La prima tesi, di romaniana memoria[12], è stata sottoposta a decisa critica dalla dottrina post-costituzionale[13], la quale ha sottolineato che, pur non potendosi negare in radice che si abbiano forme di produzione giuridica *extra ordinem* basate sull'effettività[14], il fondamento di tali poteri direttamente nella necessità rischia di essere arbitrario e indeterminato nelle conseguenze. Pertanto, tra "emergenza-fonte" ed "emergenza-presupposto" appare oggi prevalente la seconda nozione, in quanto maggiormente in linea con il sistema delle fonti delineato dalla Costituzione.

Ai fenomeni emergenziali spesso si accompagnano quelli di crisi, ma i due – come si specificherà nel prossimo paragrafo – non vanno confusi. Anche con riferimento al concetto di "crisi", quando si parla di fonti del diritto, è necessaria una precisazione. Si tratta di un termine estremamente ricorrente

[11] Si vedano, in questo senso, G. KOLATA, *Quando e come finisce una pandemia*, in *Internazionale*, 21 maggio 2020; K. VACCARO, *Quando finisce una pandemia?*, in *www.sanità24.ilsole24ore.com*, 18 marzo 2022.

[12] In particolare, S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubb.*, 1900, ora in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1951, 287 ss.

[13] A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., 551 ss.; secondo G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, 9, si sarebbe assistito ad un fenomeno di costituzionalizzazione delle emergenze, ove la produzione normativa che le accompagna troverebbe oggi fondamento pur sempre nei principi costituzionali (legalità, temporaneità, giustificazione, proporzionalità), ai quali sarebbe assoggettata.

[14] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, 60 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 165 ss.

in tale ambito[15], ma che viene utilizzato perlopiù ad indicare un connotato del sistema delle fonti, si parla comunemente di "crisi del sistema delle fonti". Tuttavia, lo stesso può essere utilizzato anche per indicare una "causa" in grado di alterare il sistema. A questa accezione "causale" della crisi si intende far riferimento in questa sede, quando se ne valutano le implicazioni sul sistema delle fonti, in particolare a quelle crisi che hanno la loro origine nel contesto sovranazionale.

Si è consapevoli, però, che tale aspetto trovi connessione con altri profili estremamente complessi, ai quali si può solo accennare, e che riflettono il modo in cui i sistemi delle fonti reagiscono ai fenomeni critici ed emergenziali. Circostanza che dipende in buona sostanza dalle interazioni che il dato formale della produzione giuridica ha con la forma di governo[16] e con l'articolazione del sistema dei poteri[17]. Ma la "sofferta tenuta" dei sistemi delle fonti può essere il sintomo di ulteriori e più radicate crisi, che si collocano a monte nella loro ampiezza, e che investono da una parte lo Stato costituzionale nel suo complesso[18], dall'altra il suo predominio sulla giuridicità[19], con categorie

[15] Sostiene, ad esempio, 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, 211 s., che il sistema delle fonti sarebbe ormai affetto da una crisi "endemica", che viene ben prima dell'emergenza pandemica, e che imporrebbe la necessità di una rimeditazione costituzionale dello stesso. D'altra parte, in un suo recente lavoro a carattere critico-sistematico, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, 20 s., osserva che di crisi delle fonti si parla ormai da oltre secolo.

[16] A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 2, 1986, 217 ss.

[17] Secondo R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., 61, la crisi del sistema delle fonti sarebbe la conseguenza della crisi del sistema dei poteri, perché il primo implicherebbe la coerenza rispetto al modello democratico voluto in Costituzione, il quale a sua volta si basa su un potere legislativo legittimato dalla sovranità popolare per mezzo del circuito elettorale. Se quest'ultimo entra in crisi, le conseguenze si riflettono allora sul prodotto normativo che dagli organi rappresentativi proviene.

[18] Riferendosi alla crisi economica, A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, 92 ss., sostiene che essa è soltanto il sintomo della più ampia crisi dello Stato costituzionale, la quale si manifesta, in primo luogo, in una perdita di unità politica, determinata – secondo l'Autore – da due fattori essenziali: la globalizzazione dell'economia, i cui effetti non sono più dominabili dalle sole politiche pubbliche degli Stati; l'aumento dei flussi migratori, che aumentano il tasso multiculturale, con effetti inversamente proporzionali sulla coesione del tessuto sociale. In secondo luogo, ciò incide più strettamente sul piano delle fonti, ove la norma giuridica non è più determinata dallo Stato e dalla Costituzione (o, comunque, non solo da questi).

[19] Il contenuto della giuridicità finisce per essere sempre più sottratto, dal punto di vista materiale, allo Stato ed affidato a soggetti (o istituzioni) globali, che non hanno un radicamento diretto nell'ordinamento nazionale. Vi sarebbe così una sempre maggior cesura tra un potere formale e un potere materiale, ove, pur in presenza di strumenti tradizionali propri degli attori normativi statuali, i relativi contenuti sarebbero fortemente influenzati da soggetti extrastatuali. Il diritto diventa così espressione di una sovranità erosa. Non a caso, ha osservato I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2012, 2, che alla crisi dello Stato si affianca una più ampia crisi del diritto, «non è, infatti, soltanto l'istituzione statale a essere messa in discussione, ma l'intera esperienza giuridica».

consolidate ormai messe in dubbio proprio di fronte al diritto e alle situazioni di fatto che hanno le loro radici al di fuori dai confini nazionali.

2. Crisi ed emergenze come fattori incisivi sul complesso sovranazionale-nazionale delle fonti: implicazioni delle differenze teoriche ed empiriche

In questo paragrafo intendo soffermarmi rapidamente sulle differenze ontologiche che esistono tra i due fenomeni di "crisi" ed "emergenza", le quali si riverberano sul modo in cui i sistemi delle fonti reagiscono ad esse, vale a dire che gli strumenti adottati e l'impatto delle misure atteso sul sistema è nelle due situazioni diverso, a maggior ragione ciò vale quando queste si connotano in senso sovranazionale, perché implicano la ricerca di soluzioni a un livello superiore a quello statale, con strumenti non sempre coerenti agli schemi dei singoli ordinamenti nazionali.

Preliminarmente, da un punto di vista generale, mi pare di poter analizzare i rapporti tra questi fenomeni e le fonti secondo tre linee di lettura: 1. Il diverso significato che crisi ed emergenze assumono e, quindi, il distinto impatto che hanno sul sistema delle fonti[20]; 2. La diversa tendenza alla chiusura o all'apertura che ha connotato rispettivamente le risposte alla crisi economica e alla crisi post-pandemia e che si riflette su un diverso modo di incidere, dall'esterno, sul sistema delle fonti[21]; 3. Il diverso impatto sul sistema delle fonti dato dalla circostanza dell'esistenza o della inesistenza di fattori normativi esogeni o sovranazionali[22].

Partendo dal primo punto, che sarà qui illustrato, mentre gli altri, per

[20] Già A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., 559, osservava che alcune crisi, come quelle economiche, hanno natura complessa (dal punto di vista qui sostenuto si connotano per elementi critici in senso stretto e talvolta per elementi emergenziali), sicché la risposta potrebbe richiedere sia l'adozione di misure specifiche a impatto immediato, sia riforme sistemiche di lungo periodo. Anche C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, 30, rileva che quella che in un primo momento nasce come emergenza, da cui la necessità di interventi d'urgenza, può con il tempo assumere i tratti di una crisi strutturale che non consente più di ritenere quelle misure adeguate.

[21] Tale profilo emergerà più chiaramente nei paragrafi dedicati alla risposta economica alla crisi post-pandemia. D'altra parte, osserva G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 116, che in tale momento «si assiste a un'inversione a U della politica economica di Bruxelles, in origine rigorista, ripiegata su se stessa per la preoccupazione di contenere la spesa pubblica […]. Con la pandemia l'Unione rovescia tale impostazione per consentire alle economie nazionali di superare l'immobilismo sociale e l'asfissia economica provocate dalla crisi».

[22] Ad esempio, l'introduzione del vincolo di pareggio di bilancio ha origine "esterna" al sistema nazionale delle fonti, ma è stata determinata attraverso una riforma dell'art. 81 Cost. e la previsione di ulteriori peculiari tipologie di fonte, indotta da una fonte-atto sovranazionale; a livello pandemico, invece, si verifica la circostanza opposta, cioè, il fatto che manchi, o meglio, sia particolarmente "blanda", la disciplina sovranazionale o europea uniforme, consentendo (ovvero, imponendo) agli Stati di risolvere da sé, attraverso ciò che il proprio sistema delle fonti metteva a disposizione, i problemi inerenti all'adozione di misure efficaci per contenere l'emergenza.

quanto accennati, emergeranno nel corso del lavoro, si può constatare che già a livello etimologico "crisi" ed "emergenza" hanno un significato ben preciso e, soprattutto, non coincidente[23]. La parola "crisi" viene dal greco *κρίσις*, termine che sta ad indicare la "scelta", il "giudizio", ma – in modo forse più calzante al nostro caso – la "separazione". Essa implica la rottura dell'equilibrio all'interno di un sistema il quale deve evolvere verso l'individuazione di un nuovo punto di equilibrio[24]. La crisi può essere causata anche dallo stratificarsi di una serie di problemi che, ad un certo punto, non consentono più l'evoluzione di un sistema[25], il quale, per continuare ad esistere, non può fare altro che accettare la necessità del cambiamento. Quindi, la crisi non deve necessariamente trovare la propria causa in un evento repentino (anche se questo può portare ad una accelerazione del processo), ma attiene al modo in cui un certo sistema è in grado di reagire alle necessità del reale. Detto in altri termini, la crisi è sempre intera a un sistema, perché attiene al suo funzionamento il quale, per fattori endogeni o esogeni, ad un certo punto, si rivela non più adeguato a rispondere in maniera soddisfacente a precise istanze materiali, implicando, per sua natura, una transizione.

Pur non avendo un connotato propriamente giuridico[26], caratteristica che condivide con il concetto di emergenza, la crisi può implicare l'attivazione di una risposta giuridica, per il semplice fatto di toccare aspetti della società che sono giuridicamente rilevanti. Come è stato opportunamente affermato essa costituisce «uno spartiacque tra ciò che si vuole salvare della tradizione giuridica e ciò che si può e si deve cambiare perché non più idoneo a disciplinare i comportamenti di una società in continua evoluzione»[27].

Se il concetto di crisi ha diversi punti di contatto con quello di cambiamento esso finisce per essere consustanziale a quello di società, perdendo buona parte della sua valenza semantica. Non esiste, a ben vedere, epoca che non sia stata definita dai contemporanei "di crisi", allora servono elementi

[23] Anche se si tratta di una distinzione, invero, non sempre immediatamente percepibile, dato che non è inconsueto rilevare in dottrina un uso promiscuo dei due termini, ovvero assegnare alle crisi tratti distintivi che, dal punto di vista qui sostenuto, meglio varrebbero ad identificare le emergenze. Si veda, in particolare, G. PASQUINO, *Crisi*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 2016, 221 ss.

[24] G.E. RUSCONI, *Crisi sociopolitica*, in *Enc. Sc. soc.*, II, Treccani, Roma, 1992, 618 s., il quale riconduce i fenomeni di crisi a tre tipologie di eventi in gradi di innescarli: gli eventi internazionali di natura bellica; gli eventi di natura economica; gli eventi politico-istituzionali interni agli Stati (part. 626 s.).

[25] E. OBERTI, *Considerazioni intorno al concetto di crisi*, in *Rivista di filosofia Neo-Scolastica*, 2-3, 1946, 202.

[26] Ad esempio, G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953, 13, ritiene che quello di crisi sia un concetto "emozionale", precisando, però, che non ogni evento di transizione possa essere confuso con la crisi.

[27] I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, cit., 2.

ulteriori che consentano di distinguere la crisi in senso proprio dai cambiamenti fisiologici. Yves Meny ha tentato di identificare una serie di criteri utili a definire una crisi: la rottura dell'andamento previsto o prevedibile delle cose; la frequenza (rara) e la violenza (elevata) con cui si manifesta; il suo essere improvviso e imprevedibile; il fatto di essere percepita dai consociati come una minaccia e non nel senso di un cambiamento neutro; la necessità di interventi radicali e innovativi per la sua soluzione[28].

Ciononostante, le crisi sono state un fenomeno largamente diffuso lungo tutto l'arco del XX secolo, anche in quelle epoche che, secondo il metro dell'osservatore odierno, possono essere considerate di sostanziale stabilità e floridità. Ciò, secondo l'impressione personale, può essere addotto a tre fattori.

Un primo, al quale si è accennato al paragrafo precedente, è che le crisi sono tali non soltanto quando identificabili secondo parametri oggettivi, ma anche quando sono così percepite dalla società, secondo un metro puramente soggettivo, ma altrettanto impattante sulla produzione normativa di risposta. Come osserva ancora Yves Meny, la percezione della realtà conta in questo ambito quanto la realtà stessa e la situazione di incertezza in cui versano le società moderne trova riscontro nella circostanza che la velocità di conoscenza delle crisi e quella di risposta alle stesse non si sono sviluppate in modo omogeneo, rilevandosi un progresso ampiamente più brusco della prima rispetto alla seconda[29].

Il secondo fattore mi pare si possa riferire alla circostanza che le crisi, soprattutto quelle a carattere economico, sono acuite nelle società del consumo e del benessere. Un incremento del consumo e del benessere genera un aumento delle aspettative positive su beni via via più marginali, molto più volatili rispetto ai beni "essenziali" e, per tale ragione, maggiormente esposti a frustrazione nei contesti recessivi. Ciò acuisce la percezione della crisi "relativa", anche quando i moderni stati sociali tutto sommato riescono ancora a garantire soddisfazione ai bisogni di base. Tale limite può essere superato (in contesto di "crisi reale"), ma la percezione di crisi compare ben prima di tale momento.

Terzo aspetto da considerare è che per lungo tempo il concetto di crisi non ha avuto una connotazione negativa, prevalendo il suo significato originario di cambiamento, cesura. Nonostante poi, a partire dal periodo tra la fine del

[28] Y. MENY, *La crisi politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 621 s.

[29] Y. MENY, *La crisi politica*, cit., 622, ritiene che «le crisi non sono cresciute in quantità e qualità, ma si è fatta sempre più acuta la divergenza fra conoscenza e capacità di risolvere un problema che si pone e che per facilità chiamiamo "crisi"».

XIX secolo e la prima guerra mondiale[30], abbia assunto l'accezione negativa che noi oggi utilizziamo comunemente, non è mancato chi, ancora in tempi recenti, abbia attribuito alle crisi un significato positivo, soprattutto nel contesto della progressiva integrazione europea, in quanto questa avrebbe tratto, di volta in volta, nuova energia proprio dalle spinte che venivano dalla necessità di reagire ai momenti di crisi[31].

Il discorso appena affrontato regge abbastanza bene il confronto con il '900 (quantomeno con la seconda parte del secolo), ma potrebbe apparire contraddittorio se rapportato alle crisi che stanno accompagnando il XXI secolo[32].

Guardando al secondo concetto, quello di "emergenza", essa deriva dal latino *emergens*, indicando una circostanza o un'eventualità imprevista, la comparsa di un fattore nuovo rispetto all'esperienza consueta ovvero, in sintesi, una "sopravvenienza" repentina in grado di mettere sotto stress le leggi che normalmente reggono il funzionamento di un sistema complesso[33]. Si tratta, quindi, di fenomeni imprevisti in grado di alterare temporaneamente[34] e significativamente il normale funzionamento di un sistema[35].

[30] G.E. RUSCONI, *Crisi sociopolitica*, cit., 620 s., rileva che fino a tutto il '700 la crisi, associata alla rivoluzione, aveva un connotato positivo, come momento di rinnovamento morale e che assumeva carattere negativo solo quando implicava il dissolvimento di qualsiasi ordine. È a partire dalla crisi dello stato borghese e dei valori su cui si fondava che al concetto di crisi inizia a darsi un connotato prevalentemente negativo.

[31] Per S. CASSESE, *L'Europa vive di crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 799 ss., il processo di integrazione europea si è retto sulle crisi, visto che un sistema in formazione può aver bisogno delle crisi come stimolo a prendere decisioni in chiave evolutiva. La crisi gioca, così, come importate fattore di sviluppo, ci si chiede però se questo abbia risvolti soltanto sul piano istituzionale e politico o se debba anche analizzarsi la problematica da un mutato approccio, che concerne il "prezzo delle crisi".

[32] Perché è difficile rilevare una certa sovrastima dovuta alla percezione nelle più recenti crisi (anzi…), perché queste sono state di tale entità da intaccare non solo esigenze di prestazione, ma anche libertà fondamentali, perché, per quanto non siano mancati anche nell'attualità i momenti di stimolo all'integrazione, non sembra che questi siano tali da bilanciare, in positivo, il peso del prezzo sopportato.

[33] Come osservato da P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea*, in *L'Ircocervo*, 1, 2021, 136, al concetto di emergenza si associa il significato di "emersione".

[34] Quello della temporaneità è il tratto qualificante del fenomeno, come sottolineato ampiamente in dottrina. Così, ad esempio, A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., 551, afferma che «il termine emergenza è impiegato […] per indicare le situazioni improvvise di difficoltà o di pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio […], le quali comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale»; mentre G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit., 1, ritiene che «le situazioni di emergenza rappresentino dei fatti non rientranti in una fattispecie astratta, nei cui confronti si determina, comunque, una necessità giuridica a intervenire tempestivamente. Consistono in interventi parzialmente imprevisti dall'ordine costituzionale e dal legislatore ordinario, che richiedono una deroga provvisoria all'ordinamento in vigore. Il profilo qualificante di questa figura è, quindi, costituito dal carattere della temporaneità».

[35] Il concetto di emergenza non va confuso con quello di eccezione. Mentre nella prima il fatto appare ancora riconducibile ad uno schema normativo concepito nell'ordinamento, nella seconda il

Tra crisi ed emergenza, dal punto di vista fattuale, può esistere anche una stretta connessione, perché è frequente che le emergenze siano uno dei fattori eziologici delle crisi[36], tuttavia, su un piano concettuale, le due ipotesi sono distinte, giacché non sono una condizione necessaria dell'altra. Può aversi, infatti, una crisi non innescata da un fatto emergenziale, così come possono aversi emergenze di entità ridotta che non portano alla crisi di un sistema, vengono cioè risolte prima che questa si manifesti. Tale circostanza non resta su un piano astratto, ma ha ricadute concrete in quanto le risposte che i sistemi delle fonti danno, di fronte ai due fenomeni, si esprimono attraverso strumenti diversi per presupposti ed effetti. Le crisi, potendo essere legate alle capacità di reazione di un sistema e, quindi, a fattori che attengono alla tenuta strutturale "interna" agli stessi, potranno richiedere interventi normativi che implicano riforme su vasta scala. Le emergenze, dovute perlopiù a fatti "esogeni" al sistema e che hanno quale tratto qualificante quello della temporaneità e della imprevedibilità, richiederanno interventi rapidi, urgenti, adeguati. Questa distinzione, tra l'altro, non è priva di significato ove si ragioni intorno all'impatto di tali fenomeni nell'ambito sovranazionale, perché tra i vari livelli di produzione normativa, non sempre è possibile trovare strumenti adeguati allo scopo (si pensi, ad esempio, al decreto-legge, fonte prettamente nazionale, di cui ovviamente non si rinvengono omologhi in ambito eurounitario).

Quando si analizzano i rapporti tra i livelli di produzione normativa sovranazionale e nazionale di fronte alle emergenze, per quanto con le dovute cautele classificatorie, può essere utile tener presente l'elemento dimensionale. Si

fatto sfugge al dominio ordinamentale, richiedendo per la sua soluzione atti *extra ordinem* con il fine della salvezza dello Stato. Così R. RAVÌ PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, Special issue 1, 2020, 44, mutuando le categorie schmittiane (C. SCHMITT, *Teologia politica (1922)*, in ID., *Le categorie del "politico"*, a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, 39). V. anche G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Biolaw Journal*, Special issue 1, 2020, 35 ss. Ampiamente sul concetto di eccezione in rapporto ad altre categorie vedi recentemente M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, 49 ss.; nonché, E.A. IMPARATO, *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, part. 75 ss.

[36] Anche per le emergenze è difficile proporre modelli di classificazione completi, dato che per loro natura (imprevedibili) sfuggono per lo più al dominio dogmatico. Cfr. L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. GALIZIA e P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, 481 ss. Tentativi in tal senso, anche se con valore esemplificativo, sono stati fatti da A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., 551; e G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit., 2 s., (entrambi, tra l'altro, non collocano le emergenze pandemiche in una categoria *ad hoc*, ma, al più, tra le emergenze naturali, seppure le vicende contemporanee abbiano dimostrato che queste presentano peculiarità non fungibili rispetto alle altre catastrofi naturali, come terremoti o alluvioni).

può al riguardo osservare come le emergenze possano assumere una connotazione locale (o regionale), nazionale o globale. È evidente che tra le tre dimensioni appena richiamate quella a venire in rilievo in questa trattazione sia la terza, ed è altrettanto evidente come, tra le tre, sia anche quella che più delle altre mette in crisi i sistemi tradizionali di produzione normativa. Quelle del XXI secolo, si è detto, rilevano essenzialmente come crisi globali, in quanto dipendono da fenomeni che spesso trascendono l'ambito statale, sia nelle cause che nelle possibili soluzioni. Ciò mette in evidenza una prima contraddizione: mentre le crisi più significative sono legate a fattori non riconducibili alla realtà dei singoli Stati, a ciò non si è accompagnata un'analoga evoluzione del costituzionalismo, il quale è ancora molto legato al modello statale e non riesce ad incidere sugli scenari globali[37]. Allo stesso tempo, la connotazione intrinsecamente sovranazionale delle emergenze pone in discussione il concetto stesso di sovranità dello Stato e, in uno, la presunzione di completezza dell'ordinamento giuridico che ad esso si connette[38]. Accade quindi che, anche quando gli artefici della produzione giuridica sono gli Stati, le loro scelte finiscano per essere condizionate (se non vincolate) da comportamenti e decisioni adottate a livello sovranazionale[39].

La classificazione delle emergenze può essere operata anche secondo un diverso criterio, quello della intensità, altrettanto connesso al profilo sovranazionale che si intende analizzare. L'uso frequente dei concetti di crisi ed emergenza, come detto, perderebbe valore, anche descrittivo, ove non fosse possibile graduarne – secondo parametri comunque non certi – l'intensità, in maniera tale da distinguerle tra "ordinarie" e "straordinarie". Normalmente, quando si parla di crisi o emergenza ci si trova di fronte a casi "ordinari", probabilmente gli unici effettivamente riconducibili al modello costituzionale di necessità contenuto nell'art. 77 Cost.[40]. Tuttavia, senza voler accogliere la tesi che le emergenze del XXI secolo siano di fatto "straordinarie" (e quindi si collochino sempre fuori dal contesto costituzionale), non può non rilevarsi il discrimine tra i casi sicuramente ordinari (ad es. per anni in Campania si è parlato di "emergenza rifiuti") e quelli cui si accenna in questo lavoro, aspetto sul quale si tornerà in chiusura. Anche per questo il criterio dell'intensità si collega a quello dimensionale.

Una tale emergenza può avere ripercussioni gravi in un contesto limitato,

[37] F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 802.

[38] V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; nonché, più di recente su questo aspetto, T.G. TASSO, *L'(in)certezza del diritto nello stato di emergenza*, in *L'Ircocervo*, 1, 2021, 435 ss.

[39] G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit., 3.

[40] Secondo L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 240 s., le emergenze straordinarie non potrebbero essere contemplate da tale disposizione perché teoricamente idonee ad abilitare il Governo a derogare alle norme costituzionali.

me non porta a crisi di natura sistemica. Si possono avere esigenze di sostegno o di ristoro in certi settori, ma ciò non mette a rischio l'esistenza della sovrastruttura economica, politica e sociale che è alla base delle misure adottate. La differenza tra queste emergenze e quelle "straordinarie" può dunque leggersi in una capacità più o meno determinante di arrecare un elemento di rottura non solo all'interno del sistema, ma di inabilitare la stessa sovrastruttura di "recupero" del sistema. In altri termini, non solo un sistema è messo in crisi, ma non possono funzionare nemmeno i meccanismi necessari al ripristino dello stato ordinario, un cortocircuito a cui un ordinamento difficilmente sa trovare la soluzione guardando dentro se stesso. Si tratta della situazione-limite che richiama il modello della rete: se l'emergenza intacca un "nodo" della rete questa continua a funzionare, se li intacca tutti contemporaneamente la rete crolla e così il sistema.

Quando le emergenze hanno portata globale l'aspetto appena illustrato è particolarmente avvertito e la pandemia ne è stato un esempio emblematico. Tuttavia, cercheremo di vedere in che modo l'ordinamento ha cercato di tenere, di evitare in pratica che da uno stato di emergenza si passasse a uno stato di eccezione. Cosa che, ad opinione personale, non è avvenuta e le soluzioni adottate si sono sempre mosse – seppur forzatamente – lungo una direttrice costituzionale che tenesse anche presenti gli insopprimibili elementi provenienti da "fuori" i confini nazionali[41].

Passando velocemente alla seconda linea di lettura, sembra possibile rilevare una distinta tendenza tra il livello sovranazionale delle fonti e quello nazionale nella reazione ai fenomeni emergenziali. Mentre con riferimento al primo, sul piano formale, si può osservare una certa "stabilità" degli strumenti impiegati, che si accompagna alle novità contenutistiche, al livello statale si riscontra una forte reattività, innovatività anche sul piano formale degli strumenti, oltre che dei contenuti, con il legislatore chiamato a complesse opere di adattamento che gli schemi vigenti non sempre consentono. Ciò d'altra parte, potrebbe intrecciarsi con un'altra tendenza, non specifica dei periodi di crisi, ad un doppio movimento di segno contrario nei rapporti tra diritto

[41] Osserva P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea*, cit., 134 ss., che la decisione sull'emergenza, al giorno d'oggi, per quanto possa essere vista come decisione sovrana, non appartiene più al Sovrano. Ciò dipende dal fatto che la sovranità è distribuita, frazionata, posta al servizio dei diritti e delle libertà della persona, in quanto l'ordinamento «circonda con principi e connette a doveri di protezione dei diritti fondamentali anche gli irrinunciabili poteri d'emergenza, cui perciò fornisce un vero e proprio regime giuridico, anch'esso complesso, che suppone che l'ultima parola […] possa essere rimessa […] ad un insieme di apporti» riferibili ad un articolato complesso di soggetti e poteri.

sovranazionale e nazionale; una tendenza all'apertura del sistema[42], ma anche alla creazione di strumenti protettivi di chiusura. Che il sistema delle fonti sia aperto sul versante sovranazionale e dato acquisito[43], sia che ciò avvenga per espressa scelta costituzionale (come nel caso dell'art. 10 Cost.), sia che costituisca il faticoso approdo dell'evoluzione pretoria (come per l'adattamento al diritto UE dopo la sentenza *Granital* del 1984 o con il riconoscimento del ruolo della CEDU con le "sentenze gemelle" del 2007). Tuttavia, ogni movimento di apertura dettato da fattori "esogeni" comporta tentativi di risposta "protettiva" degli ordinamenti nazionali, al fine di definire nuovi equilibri tra i livelli: è avvenuto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984, ma, in tempi più recenti, anche con la sentenza n. 269 del 2017. È avvenuto anche rispetto alla CEDU, dopo le prime incertezze sulla sua efficacia, quando si giunti, dopo qualche anno, a definire un punto di equilibrio tendenzialmente stabile[44]. Ci si può interrogare, quindi, se tale tendenza possa venire in rilievo anche nei momenti di crisi, se cioè gli ordinamenti nazionali possano "forzare" i propri sistemi delle fonti per preservarli da una serie di fattori (non necessariamente normativi) di matrice sovranazionale e definire un punto di equilibrio accettabile tra forme (nazionali) e contenuti (sovranazionali), evitando che questi ultimi travolgano le prime.

Infine, la terza linea di lettura consente di osservare che l'interazione tra livello sovranazionale e nazionale rileva non soltanto per la presenza di un diritto positivamente determinato nel primo, in grado di vincolare in qualche modo il secondo, ma anche in ragione di elementi fattuali che, in virtù della propria diffusione globale, costituiscono fattori condizionanti la produzione del diritto statuale, inteso come congiunto italo-sovranazionale alla luce dei diversi meccanismi di integrazione conosciuti. Il caso della pandemia ne è un esempio abbastanza chiaro. Il diritto dello Stato entra in una fase di stress nonostante il vincolo non venga dal diritto "sovranazionale" ma da una fattualità sovranazionale.

[42] Sull'apertura "verso l'alto" delle Costituzioni post-belliche si veda recentemente A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità "intercostituzionale"*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2022, 1 ss.

[43] Cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, Il Mulino, Bologna, 2018, 107 ss.; F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti; spunti per un'analisi*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 2017, 196; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, 11.

[44] Per quanto non manchi, ancora oggi, qualche profilo di incertezza, cfr. A. CARDONE, *La diretta applicabilità della CEDU nella giurisprudenza comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove dimensioni problematiche*, in *Dir. um. dir. int.*, 1, 2022, 65 ss.; dopo i dubbi sorti a seguito della riforma dell'art. 6 TUE e dell'annunciata adesione alla CEDU da parte dell'UE. Cfr. U. VILLANI, *Sull'efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritti comparati*, 30 novembre 2012.

3. A partire dalle crisi "endemiche". Le risposte europee alla crisi economica successiva al 2008. Il quadro delle fonti: tra la via eurounitaria e la via internazionale

Date le direttive teoriche e gli schemi concettuali del lavoro, occorre analizzare il modo in cui in questi si siano collocate le crisi degli ultimi decenni e quale influenza abbia prodotto sul diritto statale la loro peculiare natura globale e sovranazionale.

Partendo dalla crisi economica questa sembra presentare due peculiarità. In primo luogo, pare connotarsi come crisi "senza" emergenza o, in ogni caso, con il profilo emergenziale che assume tratti più sfumati rispetto agli eventi successivi: ciò si traduce in una netta prevalenza di misure di carattere strutturale adottate per fronteggiarla, piuttosto che nella tempestività e temporaneità degli strumenti normativi di risposta. In altre parole, la crisi dei sistemi è legata più alle carenze che gli stessi hanno accumulato in un lungo arco di tempo che a un evento repentino che li pone sotto stress, quindi l'esigenza è quella di porre rimedio a dette carenze con interventi destinati a durare, piuttosto che con atti che – proprio in quanto connessi alle emergenza – mutuano il tratto della temporaneità che le accompagna.

D'altra parte, è stato osservato con riferimento alla crisi economica prodottasi a partire dal 2007-2008 a livello globale, ma più in particolare europeo, che i fattori di questa non vadano collocati necessariamente in fatti esogeni al sistema, ma spesso siano riconducibili ad elementi sistemici[45]: una particolare debolezza nella *governance* dell'Euro ove ancora esiste separazione tra governo della moneta e politica economica tra Stati e Unione, le forti asimmetrie economiche tra gli Stati europei che hanno causato difficoltà nell'individuare un approccio equilibrato e adeguato alle esigenze di tutti.

In secondo luogo, la crisi economica è peculiare perché assume i tratti della crisi endemica di carattere globale. Come si è già accennato nelle premesse, si intende con tale definizione far riferimento alla circostanza che quello economico è un tratto ricorrente delle crisi, anche quando esse si associano a fenomeni emergenziali di altra natura (come la pandemia e la guerra) e che hanno comportato risposte da parte dei soggetti sovranazionali ispirate ad approcci spesso opposti.

Il suo periodico "ritornare", quindi, sembra collegato anche ad altre più profonde cause, quale la progressiva crisi dello Stato e della politica rispetto al mercato. L'economia sembra dominare la politica, con la conseguenza che

[45] Si veda R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 669 ss., la quale osserva che la principale debolezza dell'eurozona (e quindi la sua minor capacità di resistere alla crisi) è data dal fatto che l'Euro è una moneta senza Stato, che non si appoggia a istituzioni in grado di assicurare la convergenza economica dei membri.

anche le scelte in ambito economico non si collocano più nei soggetti democratici. A ciò si associa il fatto che l'Europa nasce come soggetto essenzialmente economico, che non ha visto di pari passo svilupparsi una copertura politica, la quale è rimasta in capo agli Stati nazionali, ma questi, proprio in virtù della globalizzazione dei fenomeni, non hanno la possibilità di dispiegare le proprie risposte con la stessa efficacia del passato, così che oggi il carattere sovranazionale della crisi ha collocato al di fuori degli Stati le sedi decisionali privilegiate per l'adozione delle misure di contrasto alla crisi economica[46].

Se si considera a livello "casistico" la crisi economica innescatasi a partire dal 2007 si può rilevare che, a livello europeo, ne è derivato un quadro estremamente complesso di interventi normativi che è apparso sin dall'origine ispirato al massimo rigore e all'attenzione sul rispetto di determinati parametri finanziari da parte degli Stati. Quadro complesso perché affidato non soltanto a strumenti e procedure proprie del diritto dell'Unione, ma anche a trattati di diritto internazionale nel senso classico del termine[47].

Approssimativamente questo è composto dal *Patto Europlus* del 25 marzo 2011 con il quale gli Stati, da una parte erano vincolati a recepire le regole di bilancio dell'Unione fissate dal patto di stabilità e crescita, ma dall'altra erano liberi sulla scelta dello strumento normativo da adottare, purché si trattasse di fonti vincolanti. Successivamente si è avuta l'adozione di atti tipici del diritto UE con i c.d. *Six Pack* e *Two Pack* (il primo formato da una direttiva e cinque regolamenti, il secondo da due regolamenti), i quali rispettivamente hanno introdotto criteri interpretativi più rigidi delle regole del patto di stabilità e di quelle sul vincolo di pareggio di bilancio, nonché disposto un sistema di sanzioni per gli Stati che non avessero adottato misure efficaci per correggere un disavanzo eccessivo (sia attraverso misure preventive che correttive). Ma è soprattutto con il l'adozione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria sottoscritto il 2 marzo 2012 (noto come TSCG o, semplicemente, *Fiscal Compact*) che, tra le altre prescrizioni, viene sancito che gli Stati debbano recepire la regola del

[46] Y. MENY, *La crisi politica*, cit., 625 ss. Ciò, come ha osservato B. BRANCATI, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2018, 8, avrebbe provocato la crisi della "autorità del diritto" in Europa, essendo tutt'altro che chiara la linea di demarcazione tra diritto nazionale e diritto sovranazionale, la quale ha innescato una situazione di incertezza sulle attribuzioni di autorità decisionale.

[47] Sulla particolare complessità del quadro delle fonti, integrato in modo composito da strumenti del diritto dell'Unione e da trattati internazionali si vedano N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2011, 2012, 91; G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi. Una rassegna della letteratura*, in *Federalismi.it*, 26, 2016, 6 s.; F. NUGNES, *L'Unione europea di fonte alla crisi. L'impatto sulla disciplina fiscale e sull'assetto istituzionale*, in *Federalismi.it*, 26, 2016, 9.

pareggio di bilancio «al più tardi un anno dopo l'entrata in vigore del Trattato tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente mediante l'adozione del nuovo vincolo di bilancio negli ordinamenti mediante una fonte di natura costituzionale»[48]. Accanto a queste misure si colloca poi l'adozione del Meccanismo europeo di stabilità (MES), il quale opera come strumento di sostegno agli Stati in difficoltà, adottato anch'esso mediante un accordo internazionale (collocato al di fuori del diritto UE) che deve essere recepito dai singoli Stati aderenti secondo le regole interne di ciascuno. Tale opzione si era resa necessaria per superare le obiezioni di alcuni Stati all'approvazione del meccanismo che, riguardando l'intervento a sostegno del debito pubblico di uno Stato, aveva potuto trovare un riferimento nei Trattati attraverso la previa riforma dell'art. 136 TFUE[49].

Nella sostanza, quindi, il quadro degli atti di contrasto alla crisi economica fornisce una nuova prospettiva nell'approccio europeo. Come osservato da Rita Perez «la crisi non è più una causa esimente dal rispetto dei risultati di bilancio ma, al contrario, impone finanze sane e bilanci in pareggio». Ciò comporta il passaggio ad una politica "restrittiva" con regole più rigide e vincoli sempre più stringenti imposti agli Stati per il raggiungimento degli obiettivi di bilancio che, in un momento di bassa crescita, possono determinare a livello statale il sacrificio di diritti che sono spesso al centro delle Costituzioni nazionali approvate, in chiave sociale, nel secondo dopoguerra[50].

Le implicazioni sul piano delle politiche e dei contenuti, nei rapporti tra il livello sovranazionale e quello statale, sono notevoli, ma sfuggono all'oggetto e all'economia di questo lavoro, per cui ci si può soffermare soltanto su alcuni profili che riguardano, in senso stretto, l'impatto sul sistema delle fonti.

In questa sede è opportuno concentrarsi su due aspetti che ineriscono sempre al sistema delle fonti, il primo dalla prospettiva sovranazionale e il secondo da quella nazionale, diretto a verificare con quale grado il primo livello abbia condizionato la produzione nel secondo.

Quanto al livello sovranazionale, oltre all'accennato irrigidimento sul piano contenutistico, anche l'aspetto concernente la scelta degli strumenti normativi adottati a livello sovranazionale per veicolare determinati obblighi all'interno degli ordinamenti statali è peculiare. Si è osservata una certa

[48] Sull'evoluzione che ha avuto il "tasso" di vincolatività della regola del pareggio a livello europeo si veda N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 92 ss.

[49] La riforma dell'art. 136 TFUE si rendeva necessaria per consentire un intervento più agile sullo statuto del MES, in quanto la possibilità di utilizzare la procedura di revisione semplificata era impedita dalla circostanza che la decisione adottata attraverso di essa non può conferire nuove competenze all'Unione, modificando quelle esistenti. Lo statuto MES trova quindi fondamento nei Trattati attraverso la modifica dell'art. 136 TFUE che ora abilita gli Stati dell'Eurozona a stabilire un meccanismo di carattere assistenziale per salvaguardare la tenuta dell'area Euro.

[50] R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, cit., 675.

tendenza allo scostamento dalla via "comunitaria", prediligendo la via internazionale dell'accordo tra gli Stati, anche per superare alcuni vincoli procedurali imposti dal diritto UE[51]. Agli strumenti tipici del diritto dell'Unione, infatti, si affiancano strumenti di natura internazionalistica che, a ben vedere, sono il frutto dell'accordo tra Stati cui si perviene dalle relazioni tra i rispettivi Governi. Sono stati quindi sollevati dubbi sulla democraticità delle misure, con una riduzione del ruolo del Parlamento Ue nell'adozione delle stesse[52], ma analoga considerazione potrebbe farsi per i Parlamenti nazionali[53], seppur tale rischio sia stato minimizzato da altri commentatori[54].

I punti di contatto tra queste fonti, così diverse tra loro anche per impatto ordinamentale (basti pensare alla differenza esistente tra applicazione diretta del diritto europeo ed efficacia del diritto pattizio sottoposto a recepimento), sono significativi. Si pensi, ad esempio, a due circostanze: al fatto che il TSCG del 2012 riconosca espressamente la prevalenza del diritto UE sulle disposizioni del trattato in caso di conflitto[55] e alla previsione secondo cui le disposizioni del *Fiscal compact* sono destinate, al più tardi entro cinque anni dalla loro entrata in vigore, ad essere incorporate nel diritto dell'Unione[56].

[51] Tale scelta sarebbe dipesa dalla impossibilità di usare la procedura di revisione semplificata dei Trattati, in quanto avrebbe comportato una modifica delle competenze dell'Unione. Con la procedura ordinaria dell'art. 48 TUE difficilmente si sarebbe giunti, in tempi rapidi, all'adozione di regole così incisive per gli ordinamenti e le spese degli stati nazionali. Al riguardo v. G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi*, cit., 22.

[52] L'uso di strumenti intergovernativi sembra far registrare un passo indietro rispetto alle conquiste in termini di democraticità ottenute dopo il Trattato di Lisbona del 2009. Cfr. S. FABBRINI, *Le implicazioni costituzionali della crisi dell'Euro*, in *Il Mulino*, 1, 2012, 103.

[53] Osserva S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo stato sociale?*, in *KorEuropa*, 2015, 114, che la crisi della legge porta a svalutare il ruolo di garanzia dei Parlamenti, a favore di un possibile incremento del ruolo di tutela dei giudici.

[54] Si veda, in tal senso, C. FASONE, E. GRIGLIO, *Can Fiscal Councils Enhace the Role of Nationals Parliament in The European Union? A Comparative Analysis*, in B. DE WITTE, A. HERITIER, A. TRECHSEL (a cura di), *The Euro Crisis and the State of European democracy: contribution from the 2012 EUDO dissemination conference*, Cadmus, Firenze, 2013.

[55] Cfr. G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi*, cit., 23. Prevalenza che dipenderebbe, ad ogni modo, anche dai principi che reggono gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione. Se ciò vale senza dubbio per il caso di contrasto con il diritto nazionale, a maggior ragione può valere nell'ipotesi di conflitto con vincoli imposti (a livello nazionale) dal recepimento di disposizioni pattizie. Altri autori hanno invece sostenuto che il medesimo risultato sia raggiungibile alla luce del dovere di leale collaborazione degli Stati verso l'Unione. Così B. DE WITTE, *Using International Law in Euro Crisis Causes and Consequences*, in *ARENA Working Paper*, 4, 2013.

[56] A tal fine, il 6 dicembre 2017, la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva (COM(2017) 824 final) finalizzata ad incorporare le disposizioni del Fiscal Compact nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Nonostante l'invito a Parlamento europeo e Consiglio ad adottare la proposta di incorporazione del Fiscal Compact nell'ordinamento giuridico dell'UE entro il primo semestre del 2019 al momento tale processo non si è ancora concluso. Su tale aspetto, in particolare, A. MAGLIARI, *Le riforme della* governance *economica dell'Unione: la creazione di un Fondo monetario europeo e la "comunitarizzazione" del Fiscal Compact*, in *DPCE Online*, 2, 2019, 1299 ss. Per gli

Ciò che, però, interessa maggiormente il nostro discorso è verificare in quale misura una regola tanto incisiva come quella del pareggio di bilancio sia stata in grado di produrre un vincolo per la produzione normativa degli Stati, al punto da potersi osservare la costruzione di una sorta di micro-diritto dell'emergenza economica[57]. Una "regola" che, senza dubbio, condensa la promanazione sovranazionale con il connotato emergenziale, assurgendo a "caso di studio" esemplificativo in questa trattazione. Ma che allo stesso tempo, proprio per la forte incidenza sulle scelte di contenuto che sottendono alla forma della fonte, ha eroso la sovranità statale[58]. I vincoli imposti al legislatore alterano il senso tradizionale della legge, la quale vede scolorire la propria "libertà di fine" ove questo sia nella sostanza etero-determinato, attraverso strumenti posti a presidio dei preminenti interessi di bilancio. Il diritto nella crisi, dunque, vede attenuarsi il rigore della tradizionale affermazione che lo vorrebbe frutto della sovranità, in quanto il sovrano per eccellenza del costituzionalismo moderno – lo Stato – viene affiancato (o surrogato) da altri sovrani non statuali (i mercati, la finanza, i poteri tecnici), come aveva ben illustrato Massimo Luciani nella sua teoria dell'antisovrano[59].

E, proprio per la sua capacità erosiva della sovranità, la crisi è in grado di incidere su più livelli del sistema delle fonti degli Stati, non solo ai ranghi inferiori ma, addirittura al più alto gradino costituzionale[60], come l'esperienza

aspetti generali di tale processo, G. BONVICINI, F. BRUGNOLI (a cura di), *Il Fiscal Compact*, Nuova cultura, Roma, 2012. Per la stretta connessione con il TSCG anche il MES è destinato ad entrare a far parte del diritto UE in modo effettivo. Le affinità tra i due trattati sono significative: entrambi nascono come accordi di natura internazionale collocati fuori dal diritto UE; le loro disposizioni si applicano direttamente senza bisogno di interposizione degli Stati una volta ratificati; il controllo sugli Stati che hanno ottenuto il finanziamento sono esercitati da un organismo internazionale e, infine, costituiranno, non solo negli effetti, ma anche nella forma, diritto UE. Vedi R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, cit., 687.

[57] Ciò, ad opinione di I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, 6, dipenderebbe anche dalla debolezza dell'Unione in termini economici e della mancanza di una strategia comune. L'assenza di strumenti operativi viene colmata con proclami politici e regolamenti vincolanti che pongono esclusivamente l'onere in capo agli Stati.

[58] S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo*, cit., 116 s. Sui progressivi arretramenti della sovranità statale indotti dalla risposta alla crisi economica globale si rimanda a G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 25 ss., part. 89 ss.

[59] M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. Dir. cost.*, 1996, 124 ss. Ma anche, M. LUCIANI, *Sovranità*, in *Italiani Europei*, 7, 2011, 165, ove sottolinea proprio l'aspetto cui si accennava, ossia quello della perdita progressiva di discrezionalità del fine della legge, un sovrano, appunto, che «non dichiara la propria aspirazione alla discrezionalità dell'esercizio del proprio potere, ma – anzi – cerca di presentare le proprie decisioni come logiche deduzioni da leggi generali oggettive, quali pretendono d'essere quelle dell'economia e dello sviluppo».

[60] N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 126 s., osserva che è propria della legge contemporanea la soggezione ad una crescente serie di vincoli, di cui quelli finanziari sono soltanto quelli più forti. Si tratta di vincoli che operano su più piani, da quello tradizionale della Costituzione a quello prodotto dall'Unione europea o dai livelli sovranazionale e globale di produzione del diritti, che

italiana ha emblematicamente evidenziato. Il diritto della crisi può produrre, quindi, alterazioni profonde e di diversa natura, siano positive o materiali.

4. L'impatto del diritto di matrice "esterna" su quello nazionale. Il livello costituzionale: tra riforme "positive" e mutamenti "materiali" indotti dalla crisi economica

Come sopra accennato, va preliminarmente chiarito che l'impatto delle misure di contenimento della crisi economica sui sistemi costituzionali si è sviluppato seguendo due distinti percorsi: uno è quello della riforma in senso positivo della Costituzione, l'altro è quello implicante un mutamento in senso materiale di alcuni suoi precetti, i quali hanno assunto significato diverso alla luce delle nuove rigorose misure di bilancio.

Partendo dall'aspetto "formale", il profilo di maggior pregnanza dell'impatto della crisi economica sovranazionale sulle fonti nazionali è dato dal recepimento espresso del vincolo del pareggio di bilancio attraverso la riforma costituzionale[61]. Con la l. cost. n. 1 del 2012, infatti, sono state apportate significative modifiche al testo dell'art. 81 Cost. (nonché di altre disposizioni comunque legate alla gestione delle spese pubbliche, quali gli artt. 97, 117, 119 Cost.), al primo comma del quale, con formulazione innovativa rispetto alla precedente versione, oggi è affermato che «lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico».

Si è trattata di una riforma ritenuta, per certi versi, non evitabile, nemmeno attraverso una diversa e più restrittiva interpretazione dell'art. 81 Cost. a testo invariato. La ragione può essere colta nella funzione della Costituzione e nella necessità che essa, nel determinare i vincoli e i limiti all'azione politica, lo faccia nel modo più esplicito possibile[62]. Pertanto, se è vero che le riforme costituzionali possono essere mosse sia da elementi razionali che da elementi "irrazionali", nel caso di specie l'argomento razionale è stato individuato nella necessità di creare un vincolo al legislatore per porlo al riparo da possibili spinte di tipo populistico, le quali potrebbero compromettere sul lungo

contribuiscono ad accrescere il livello di complessità della legge che, al giorno d'oggi, non è più unilateralmente determinata. Su tale aspetto cfr. P. BONACCI, *National Parliaments Facing The Economic And Financial Crisis*, in *Amministrazione in cammino*, 3 maggio 2012.

[61] Sul quale, in maniera dettagliata, si rinvia a G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015.

[62] N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 99. Tale osservazione è però messa in dubbio da quella parte della dottrina che non rinviene nella normativa sovranazionale l'imposizione di un vincolo cogente in capo al legislatore nazionale, soprattutto ove si utilizza l'avverbio "preferibilmente" – nel testo del *Fiscal Compact* – per indicare le linee guida dell'adattamento al legislatore nazionale. Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 19 ottobre 2011, 62.

periodo l'esigenza posta alla base della riforma[63].

Ciononostante, si tratta pur sempre di un "frutto" della crisi, anzi, proprio la crisi come fattore esogeno sovranazionale avrebbe accelerato il processo costituente[64]. Rapportando questo aspetto alle considerazioni generali dei precedenti paragrafi, si può osservare che l'introduzione del principio del pareggio di bilancio ha i tratti di una riforma strutturale, destinata a durare del tempo, a differenza delle fonti dell'emergenza che, di solito, sono temporalmente limitate[65]. Il dubbio che potrebbe sorgere al riguardo concerne, quindi, il possibile impatto indiretto che una riforma strutturale potrebbe avere sui diritti, vale a dire che, se le misure emergenziali limitative dei diritti incontrano specifici vincoli di ordine temporale, ove vi sia transizione da emergenza a crisi[66], con l'adozione di misure stabili, sarebbe opportuno interrogarsi anche in ordine alla legittimità di queste, ove sprovviste di una adeguato contenimento sul piano della produzione degli effetti nel tempo[67]. Come dire, talvolta le crisi durano un certo lasso di tempo e con esso dovrebbero terminare gli effetti che le accompagnano.

Nella sua portata sostanziale, ossia come onere per gli Stati di adeguarsi alle regole di bilancio dell'UE con disposizioni durature di rango preferibilmente costituzionale, tali da assicurare l'equilibrio tra entrate e spese[68], il

[63] Un argomento "irrazionale" potrebbe essere quello che spingerebbe ad una riforma costituzionale soltanto per la paura che il sistema possa essere irrimediabilmente travolto dalla crisi economica, magari trascurando altre esigenze parimenti rilevanti, quali quelle della ripresa economica, del rilancio, ma anche della garanzia dei diritti (in primo luogo sociali). Al riguardo N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 101 s. Un significato sostanzialmente analogo a quello riportato nel testo sembra potersi ricavare dalla posizione di R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, secondo il quale «il limite all'indebitamento […] serve a tutelare anche le generazioni future da un onere che, in alcuni casi, può divenire gravosissimo».

[64] La particolare urgenza della revisione è segnalata da I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio*, cit., 17.

[65] A tale riguardo, ragionando sul progetto di revisione costituzionale all'epoca in atto, A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 2012, 108, distingueva l'adozione di due tipologie di regole. Un primo tipo di regole dotate di forza prescrittiva e necessarie a ridurre la "massa" complessiva del debito; un secondo tipo di misure, anch'esse dotate di forza prescrittiva, in grado di imporre vincoli al legislatore per evitare il ritorno alla situazione debitoria del passato. Ad opinione dell'Autore, solo le prime disposizioni avrebbero carattere "congiunturale" (o emergenziale) e sarebbero destinate ad avere una efficacia limitata nel tempo (anche se questo potrebbe essere più o meno lungo), mentre le seconde avrebbero carattere "strutturale", destinate a durare nel tempo, cioè, anche quando il risanamento finanziario fosse stato portato a termine.

[66] Fenomeni già descritti in passato come di "stabilizzazione dell'emergenza". Cfr. S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, 659 ss.

[67] C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 30.

[68] Come è stato sottolineato da N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 92, gli accordi internazionali che veicolano il principio usano impropriamente il verbo "recepire" come azione che

principio del pareggio di bilancio sarebbe in grado di "ingessare" le scelte del legislatore nazionale in materia di politica economica[69], ragion per cui da una disposizione specifica in materia economico-finanziaria possono derivare conseguenze interpretative per l'intero assetto dei diritti disegnato a livello costituzionale.

La crisi economica globale non ha prodotto soltanto un effetto immediatamente percepibile, testuale, nel tessuto costituzionale, imponendo l'adozione di misure rigide a garanzia degli equilibri di bilancio; misure che, come si è detto, sono il riflesso di scelte "politiche" maturate fuori dal contesto nazionale, ma – come è stato osservato attentamente in dottrina – essa ha dato luogo anche ad un processo più subdolo di "corrosione" in senso materiale del testo costituzionale, non tanto andando a toccare il significato di singole disposizioni, ma comportando la necessità di rileggere, con le lenti del rigore economico, interi apparati normativi posti a garanzia di diritti ritenuti qualificanti nella forma di stato disegnata nel 1948.

È stato, ad esempio, sostenuto che la costituzionalizzazione dei vincoli europei sul bilancio, più che aprire una nuova fase "costituente", avrebbero dato luogo ad una fase "decostituente" in quanto, sotto la spinta di un principio di necessità imposto dai mercati, sarebbero stati messi in dubbio i fondamenti del costituzionalismo sociale che connota la Carta[70]. Ad essere intaccate sono, quindi, categorie tradizionali della teoria costituzionale, in primo luogo quelle della tenuta della normatività e prescrittività della Carta[71]. Se, cioè, il modello sociale in essa definito non abbia subito una "retrocessione" al rango della mera enunciazione programmatica, diminuendo il grado di effettività di taluni diritti (sociali in particolare)[72].

Tale considerazione offre lo spunto per una riflessione sulla tenuta costituzionale di fronte alle crisi, nei due contesti economico e pandemico. A ben

spetterebbe agli Stati, tuttavia proprio la formulazione del *Patto Europlus* e del *Fiscal Compact* sembrano dimostrare l'insufficienza del diritto tradizionale dell'Unione, preferendo un impegno diretto degli Stati, assunto a livello intergovernativo, a modificare la propria Costituzione.

[69] Secondo I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio*, cit., 4, una modifica costituzionale lascia minor margine di apprezzamento in capo agli Stati, anche di fronte a situazioni economiche variabili che richiederebbero la massima flessibilità.

[70] S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 6; S. GAMBINO, D. PAPPANO, G.M. CARUSO, W. NOCITO, D. LOPRIENO, G. GERBASI, D. D'ALESSANDRO, *Diritti sociali e crisi economico-finanziario. Problemi e prospettive*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2016, 3.

[71] In questo senso, S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, cit., 4; A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta Online*, 2012, 14. Per una ricostruzione della dottrina maggioritaria a sostegno v. A. MORRONE, *Crisi economica e diritti*, cit., 81, nota 7.

[72] Pur di fronte alle difficoltà della crisi economica ritiene, però, A. MORRONE, *Crisi economica e diritti*, cit., 82, che essa non sia stata tale da intaccare la base costituzionale, non abbia determinato, in pratica, quelle rotture che sono tipiche degli stati eccezionali.

vedere, le due vicende non sono del tutto sovrapponibili, perché il discorso sull'impatto della crisi economica, nel primo caso, riguarda soprattutto diritti sociali, imponendo una riflessione che, al di là del testo costituzionale, coinvolge l'effettiva disponibilità delle risorse per una loro piena realizzazione. Nel caso pandemico, invece, la tenuta costituzionale rispetto all'impatto di fattori esterni coinvolge diritti non condizionati, ovvero, al fattore normativo non si affianca anche quello finanziario, ma la conservazione della precettività è posta in dubbio da altri fenomeni, di origine non necessariamente economica.

Ad ogni modo, il discorso sul carattere normativo della Costituzione sociale coinvolge quello della integrità della sua rigidità, la quale finirebbe per essere messa in dubbio da una eccessiva capacità adattativa che le facesse perdere il ruolo di "argine" ai precetti dell'economia come unico criterio di orientamento delle decisioni pubbliche sulle spese sociali[73]. Il dibattito sulle Costituzioni di fronte alla crisi economica ha portato, quindi, a riflettere sul significato stesso della sua "testualità"[74], ovvero all'elaborazione di una serie di teorie dei "mutamenti costituzionali", i quali interverrebbero anche a testo invariato sulla base di una semplice mutazione materiale dei contenuti[75].

Il recepimento del principio del pareggio di bilancio in Costituzione implica conseguenze non solo sul piano della tenuta del testo, ma anche delle tutele che ad esso si associano. La positivizzazione del vincolo in questione lo colloca tra i "parametri" spendibili nel controllo di legittimità costituzionale[76]. Le Corti pertanto si vedranno riconosciuta una competenza piena a verificare

[73] È interessante che, al riguardo, W. NOCITO, *Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 15, 2015, 32 ss., usi il concetto di "resilienza costituzionale" per indicare la sua capacità di resistere alle crisi, senza che ciò possa tradursi in una sua eccessiva duttilità che le farebbe nella sostanza perdere il suo essenziale carattere rigido. La nozione di "resilienza", invece, mi pare connotarsi per una maggiore carica "reattiva", come capacità del testo costituzionale di assorbire l'impatto dell'evento critico o emergenziale e reagire in senso positivo, quasi a sottolineare il suo carattere transitorio, cui si connette la transitorietà delle "torsioni" sulla fonte.

[74] L'impatto della crisi sulle Costituzioni ne ha depotenziato in un certo senso la "testualità", accentuando i fattori di materialità insiti nei mutamenti che ad essa si accompagnano. In questo senso le Costituzioni nazionali risentono della pressione di implicite limitazioni di sovranità che possono spingersi al punto di condizionare i contenuti delle riforme, ma anche il significato di intere parti del testo. La Costituzione, da questo punto di vista, perderebbe il suo significato di testo fondamentale, per assumere quello di "processo" imposto dagli attori costituenti dominanti in un certo momento storico. Cfr. K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

[75] Il rinvio è alle ricostruzioni di I. Pernice, B. De Witte, e W. Bökenförde, sulle quali si rinvia a G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi*, cit., 9 ss.

[76] In tal senso G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'integrazione fra i livelli europeo e interno*, in *Riv. dir. int.*, 1, 2014, 5 ss.; per un ulteriore approfondimento G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2011, 2012, 211 ss.

la legittimità delle leggi (in particolare di bilancio) in ordine alla conformità ai nuovi vincoli, potendo eventualmente rivolgersi alla Corte di giustizia attraverso rinvio pregiudiziale nel caso di disposizioni europee idonee ad incidere materialmente sulla portata del vincolo[77]. Tale rafforzamento del ruolo del Giudice costituzionale, però, deve tener presente l'ampiezza del suo sindacato, il quale, in un bilanciamento complessivo, potrebbe anche coinvolgere la compatibilità di tale regola con il rispetto delle identità costituzionali nazionali (di cui all'art. 4.2. TUE) e, ove le limitazioni sul piano del bilancio dovessero essere eccessive, tali da contrastare con i principi supremi, ricorrere all'attivazione dei controlimiti[78]. Per quanto ciò non possa escludersi in astratto, la Corte costituzionale non ha finora riservato particolare attenzione ai diritti economico-sociali in chiave di attivazione dei controlimiti. In questi casi, anche nelle occasioni in cui ha promosso rinvio pregiudiziale[79], si è concentrata maggiormente sui diritti di libertà.

4.1. Il livello sub-costituzionale: tra innovative leggi "rinforzate" e uso della decretazione d'urgenza nella risposta alla crisi economica

Anche guardando al livello sub-costituzionale delle fonti, la pressione della crisi economica sovranazionale ha determinato un impatto qualificabile sia in termini formali che materiali. Il primo nel senso di quegli interventi sul sistema delle fonti che, sulla scorta del recepimento del pareggio di bilancio, hanno portato all'introduzione di nuove, peculiari tipologie di legge; il secondo, invece, avendo riguardo a come strumenti normativi consolidati, quali i decreti-legge, siano stati utilizzati in riposta alla crisi.

Senza dubbio, l'aspetto di maggior rilievo che ha riguardato l'impatto sul sistema delle fonti è la previsione di una "nuova" tipologia di legge, approvata a maggioranza assoluta, per la determinazione del «contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni», secondo quanto sancito dall'attuale comma 6 dell'art. 81 Cost. I contenuti di tale atto sono specificati dall'art. 5 della l. cost.

[77] Osserva N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 97, che il parametro ha oggi natura composita, non potendosi prescindere dall'integrazione dei contenuti che fornisce il diritto di matrice europea.

[78] S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, cit., 7 ss.

[79] Il caso a cui, ovviamente, si rimanda è quello dell'ordinanza n. 24 del 2017, con cui la Corte, nella nota vicenda "Taricco", ha "minacciato" l'attivazione dei controlimiti, senza poi esercitarli in concreto. Qualche apertura in chiave "sociale" nell'uso dello strumento del rinvio pregiudiziale (ma senza minaccia del controlimite) si ha con l'ordinanza n. 182 del 2020, relativa alla legittimità della subordinazione dell'erogazione dell'assegno di natalità alla permanenza sul territorio nazionale per almeno cinque anni e al possesso di un reddito e un alloggio, come discriminatoria rispetto allo straniero regolarmente residente che vive in condizione di bisogno.

n. 1 del 2012 e alla sua approvazione il legislatore ha provveduto con la l. 243 del 2012[80], con la quale ha altresì definito la disciplina puntuale dei possibili scostamenti in caso di eventi eccezionali[81].

Prescindendo dal dibattito sulla sua esatta qualificazione, ossia se possa qualificarsi come legge organica nel senso proprio del termine[82] oppure debbano prevalere argomenti formali per cui, sul piano ordinamentale, essa resta sempre una legge ordinaria[83], ciò che interessa nel discorso che si sta portando avanti è la sua collocazione rispetto al fenomeno della crisi e il possibile significato da attribuire all'approvazione a maggioranza assoluta.

La sua introduzione costituisce una conseguenza non necessitata del recepimento della regola del pareggio di bilancio, perché ad una compiuta attuazione si sarebbe potuto dar luogo anche con la legge ordinaria approvata nelle forme che le sono proprie, tuttavia sembra emergere in modo significativo il profilo del "vincolo esterno" che da tale principio deriva, inteso come condensato dei precetti economici affermati in ambito sovranazionale nel contesto della crisi economica.

Di fronte a tale crisi, la necessità di risposta, che ha trovato la sua più compiuta formulazione nel diritto sovranazionale, sia dell'Unione che dei trattati *Europlus* e *Fiscal Compact*, ha agito come fattore "esogeno" di condizionamento della produzione normativa nazionale, una nuova possibile causa di

[80] R. DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici*, in *Federalismi.it*, 6, 2013; L. BARTOLUCCI, *La legge "rinforzata" n. 243 del 2012 (e le sue prime modifiche) nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016.

[81] In particolare l'art. 6 della legge in questione è significativo perché consente di raccordarsi alla più recente crisi pandemica, visto che, consentendo scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico esclusivamente in caso di eventi eccezionali, tra i quali appunto vanno collocati «eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, ivi incluse le gravi crisi finanziarie nonché le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese», ha fornito la base per una serie di scostamenti, approvati a maggioranza assoluta dalle Camere, nel periodo della pandemia. Cfr. G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020, 7 ss.

[82] Secondo N. LUPO, *La revisione costituzionale*, cit., 109, la natura di legge organica per la particolare fonte prevista dall'art. 81, comma 6, Cost., discenderebbe dall'accertamento della sussistenza di quattro elementi differenziali che connotano, in altri ordinamenti, tale fonte: la distinzione formale rispetto alle leggi ordinarie; l'esistenza di un procedimento aggravato; una espressa riserva di competenza su determinate materie; la subordinazione esclusiva alla Costituzione. Al riguardo, in particolare, rimanda a L. LUATTI, *Questioni generali in tema di leggi organiche in Spagna*, in G. ROLLA, E. CECCHERINI (a cura di), *Profili di diritto parlamentare in Italia e in Spagna*, Giappichelli, Torino, 1997, 250 s.

[83] R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione*, cit., 4, sottolinea come debba darsi preminenza agli aspetti formali per cui mancherebbe sia una auto-qualificazione dell'atto in tal senso, sia la mancanza di una chiara ripartizione della competenza sulle materie, ragion per cui non è da escludere che parte degli ambiti materiali dell'art. 5 della l. cost. n. 1 del 2012 possa essere disciplinata da leggi ordinarie in senso stretto, senza che ciò ne infici la legittimità.

"erosione" della sovranità nazionale rispetto a scelte essenziali quali quelle economiche e di bilancio. Allo scopo di bilanciare lo spostamento della decisione in una sede esterna allo Stato, la previsione dell'approvazione a maggioranza assoluta sembra orientata verso un tentativo di recupero di una maggior partecipazione e condivisione politica su determinati contenuti veicolati dalla crisi (partecipazione che, per il livello costituzionale, sarebbe già assicurata dalla particolare procedura dell'art. 138 Cost.)[84].

Quello della decretazione d'urgenza costituisce un po' un *leitmotiv* di tutte le vicende critiche ed emergenziali oggetto del presente lavoro; una fonte che, per la sua stretta attinenza alla necessità e all'urgenza, non poteva non essere ricorrente in queste fasi, ma che assume connotati di volta in volta diversi, talvolta evidenziando problematiche "antiche", altre volte offrendo l'occasione per riflettere su usi "nuovi". Il suo utilizzo è quindi indice di una tendenza alla gestione delle crisi attraverso strumenti più propriamente emergenziali, aspetto che riflette una certa "polisemia" del decreto-legge, a seconda dello specifico assetto funzionale cui esso si riferisce nella pratica.

Il decreto-legge è stato ampiamente usato come fonte per l'adozione di misure di contrasto alla crisi economica[85], ma, nonostante l'adeguatezza dello strumento all'esigenza di una reazione rapida, ha recato con sé alcuni profili problematici strettamente legati all'uso che di tale peculiare fonte è stato fatto negli anni; prassi non sempre in linea con la necessità di una risposta efficace alla crisi.

Tre vicende sono state, in particolare, segnalate[86]: una certa tendenza dei decreti-legge a rinviare a fonti di natura non regolamentare la disciplina di importanti profili del governo dell'economia, dando vita a forme di "delegificazione anomala", in violazione, tra l'altro, del principio di tipicità delle fonti secondarie; il costante ricorso alla tecnica del combinato tra maxiemendamento governativo in sede di conversione e proposizione della questione di fiducia, non dettato da esigenze di contenimento dei tempi ma, piuttosto, per consentire al Governo di incidere in maniera "preminente" sul procedimento legislativo; e, infine, una tendenza alla forte disomogeneità di contenuto dei decreti legge, la quale complica sicuramente la successiva risposta del

[84] Cfr. R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione*, cit., 5.

[85] Si pensi, ad esempio, al d.l. n. 112 del 2008 con cui il Governo Berlusconi adottò la manovra economica del mese di agosto, nonché al d.l. n. 95 del 2012 con cui il Governo Monti adottò le misure sulla *Spending review*. Vedi U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020, 20 s. A questi si aggiunga la lunga serie di decreti-legge adottati dai Governi Berlusconi e Monti per contrastare gli effetti della crisi, ad esempio: il d.l. n. 185 del 2008; il d.l. n. 78 del 2009; il d.l. n. 225 del 2010; il d.l. n. 201 del 2011; il d.l. 216 del 2011; il d.l. n. 1 del 2012; il d.l. n. 5 del 2012; il d.l. n. 16 del 2012.

[86] In tal senso G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, 13 ss.

Parlamento, chiamato a vagliare i contenuti delle misure anti-crisi in sede di conversione.

Si tratta, come è evidente, di tre aspetti "controversi" che non rinvengono nella crisi (e, quindi, nei fattori "esogeni") la loro causa, ma che possono in qualche modo incidere da una parte sull'efficacia delle misure di contrasto, dall'altra sulla necessità di preservare il ruolo del Parlamento come presidio contro un eccessivo declino della sovranità nazionale di fronte a scelte che vengono presentate come ineluttabile conseguenza delle leggi del mercato e dell'economia.

5. Da una crisi globale a un'emergenza globale. La pandemia come fenomeno complesso che condensa elementi critici ed emergenziali

Quando la fase peggiore della congiuntura economica, prodottasi a partire dalla crisi finanziaria del 2007-2008 e manifestatasi a fasi alterne fino a tutto il 2013, sembrava superata, con una sostanziale stabilizzazione della crescita, il mondo ha conosciuto un "nuovo" fenomeno, per certi versi inatteso o comunque collocato dal comune sentire sociale in epoche storiche del passato, non toccate dal progresso tecnologico, medico e scientifico che si è soliti attribuire al presente. La diffusione di un patogeno su scala globale, e con una rapidità mai sperimentata in epoca moderna, ha invece posto sia gli ordinamenti nazionali che le istituzioni sovranazionali di fronte alla necessità di trovare soluzioni a problematiche che, spesso, non si prestavano né agli strumenti normativi consueti né alla ripartizione di competenze normative tra i diversi livelli.

Non era mancato chi, nel periodo della crisi economica, non l'avesse paragonata alle grandi pandemie del passato[87], tuttavia, la pandemia da Covid-19 del presente presenta tratti del tutto peculiari rispetto alle vicende sinora esaminate e, quindi, anche risvolti del tutto nuovi sul piano dell'impatto del diritto sovranazionale su quello nazionale.

La prima e più immediata peculiarità che vale a differenziare l'esperienza pandemica da quella della crisi economica è che, nel caso più recente, ci si trova di fronte ad un fenomeno complesso, che presenta sia gli elementi dell'emergenza in senso stretto (in particolare sanitaria), sia quelli della crisi (economica, conseguente alle limitazioni imposte per contenere i contagi e

[87] Afferma C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 2, che la crisi economica è «sovente presentata nel dibattito mediatico come un epifenomeno particolarmente aggressivo della globalizzazione, manifestatosi in tutta la sua minacciosa capacità di contagio per il solo fatto di essersi affacciato Oltreoceano, similmente alle pandemie dalle quali un tempo venivano flagellati interi continenti». Tuttavia, il paragone rischia, ad opinione dell'Autrice, di collocare la crisi economica in un luogo naturale – il mercato – al quale non sarebbe possibile apporre vincoli di sorta, appunto come se si trattasse di fenomeni naturali non arginabili.

alle sue ricadute sulla produzione). Come è stato osservato, nella pandemia possono rilevarsi due crisi distinte – una strettamente socio-sanitaria e l'altra socio-economica[88]. Ciò porta ad un potenziale duplice impatto sul diritto costituzionale, un effetto che si dispiega sia sui diritti e le libertà "tradizionali", sia a cascata sui diritti sociali[89].

La seconda peculiarità della pandemia è che essa è stata un evento improvviso, le cui cause remote possono essere collocate in alcuni fattori relativi ad uno sviluppo scarsamente sostenibile su scala globale[90], ma di per sé assolutamente imprevedibile nel breve periodo. Questo aspetto apre a due considerazioni, una scientifica e una politico-giuridica.

Dal primo punto di vista, frequenti sono stati i moniti venuti dal mondo della scienza che ha, a più riprese, messo in guardia i Governi nazionali dai rischi dello scoppio di epidemie dalla possibile portata pandemica, in ragione della sempre più forte incidenza delle attività umane sull'ambiente e di nuove occasioni di interazione uomo-natura[91]. Ma è altrettanto vero che tali previsioni non sono state percepite a livello sociale e politico come minacce attuali e concrete. In questo senso la pandemia era inattesa.

Dal punto di vista politico e giuridico probabilmente si "paga" oggi il taglio ai diritti sociali, in *primis* alla tutela della salute, frutto di rigide scelte di bilancio, misure che hanno consegnato un sistema sanitario non del tutto preparato a reggere il primo impatto della nuova malattia. Ciò non significa che, al contrario, la pandemia sarebbe stata evitata, ma comunque la pressione sul sistema, e con essa la percezione dell'emergenza, sarebbero state probabilmente diverse.

C'è, però, un aspetto che accomuna le vicende della pandemia a quelle della crisi economica, e che viene in particolare rilievo in questa relazione, ed è quello della "globalità", ovvero di un fenomeno che ha colpito l'intero

[88] A. RIVIEZZO, *Fonti dell'emergenza e Costituzione economica*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, 131, ritiene, inoltre, che i due aspetti non siano riconducibili ad un unico dato materiale straordinario, ma le cause del secondo sarebbero da addebitare al primo, congiuntamente alla stretta interdipendenza economica tra i diversi sistemi nazionali in una economia globalizzata.

[89] Secondo F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 800 s., il duplice impatto riguarderebbe: in primo luogo, un possibile peggioramento della situazione economica dovuta al perdurare della pandemia che potrebbe indurre gli Stati all'adozione di politiche più rigide per la fruizione dei diritti sociali; in secondo luogo, l'adozione di misure emergenziali finalizzate al contenimento dei contagi in numerosi Stati che inciderebbero sul godimento di diritti e libertà fondamentali della popolazione, aspetto che richiede una adeguata ponderazione dei valori rispetto alla prevalente esigenza di salvaguardia della vita e della salute.

[90] Tra le cause F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 796, annovera la distruzione dell'ambiente, il cambiamento climatico e la progressiva riduzione della biodiversità.

[91] Affascinante per un profano della materia la lettura di D. QUAMMEN, *Spillover. L'evoluzione delle pandemie (2012)*, trad. it. di L. Civalleri, Adelphi, Milano, 2014.

pianeta, implicando una serie di considerazioni e fattori che si collocano fuori dai singoli Stati nazionali, anche per le misure che in concreto sarebbero state da adottare per contenere il contagio.

È abbastanza evidente come uno degli aspetti che ha reso particolarmente complesso il coordinamento delle azioni a livello globale nella risposta alla pandemia risiede nella mancanza di un diritto sovranazionale omogeneo e, soprattutto, effettivamente cogente per gli Stati.

Si potrebbe al riguardo fare riferimento al Regolamento sanitario internazionale, adottato il 23 maggio 2005 (ma in vigore dal 15 giugno 2007), come unico strumento giuridicamente vincolante in capo agli Stati per la prevenzione e il controllo della diffusione internazionale delle malattie[92], che attribuisce in primo luogo all'Organizzazione mondiale della Sanità il potere di dichiarare un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale e di emanare "raccomandazioni temporanee" per il contenimento dei contagi (che, per definizione, non sono vincolanti). Inoltre, tale atto dovrebbe fornire agli Stati dei criteri di massima per l'applicazione di misure limitative di libertà e diritti, quali: la previsione di una base legale; il perseguimento del fine della tutela della salute pubblica; proporzione e necessità rispetto all'obiettivo perseguito, tenendo conto dei diritti oggetto di limitazione. Tuttavia, l'elasticità dei criteri si è prestata ad un'applicazione fortemente differenziata da parte degli Stati, tanto da far dubitare della natura giuridicamente vincolante del Regolamento[93].

In dottrina è stato osservato come uno dei tratti maggiormente qualificanti la differenza tra la crisi economica e quella pandemica – e quindi le risposte che le istituzioni nazionali e sovranazionali possono adottare – stia nel carattere essenzialmente asimmetrico della prima e simmetrico della seconda[94]. A differenza della crisi economica, spesso incentrata su una bipartizione tra stati virtuosi e stati non virtuosi, la pandemia avrebbe toccato in maniera più o meno uniforme, anche se in momenti diversi nel tempo, un po' tutti gli Stati del globo, quantomeno quelli con sistemi sanitari avanzati, in grado di operare tracciamenti efficaci dei contagi. Ciò, come detto, è stato l'argomento di

[92] S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 35 ss.

[93] G. PERRONE, *Il Regolamento Sanitario Internazionale dell'OMS alla prova dell'emergenza CoViD-19*, in *Biolaw Journal*, Special issue 1, 2020, 515 ss. La carenza di efficacia vincolante del Regolamento sarebbe associata alla assenza di un vero potere sanzionatorio in capo all'OMS contro le violazioni poste in essere dagli Stati. Cfr. A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'OMS come conseguenza di violazioni dei Regolamenti sanitari internazionali*, in *SIDIBlog*, 5 maggio 2016.

[94] S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea. La risposta alla crisi sanitaria come via per riprendere il processo di integrazione europea*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2021, 556; L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid 19, 8 aprile 2020.

maggior rilievo alla base di un mutato approccio nella risposta che, a differenza del passato, non è stata improntata alla più rigida austerità, ma ha manifestato tratti di maggior solidarietà, nella percezione che non fossero identificabili profili di responsabilità in capo agli Stati ovvero il rischio di comportamenti economicamente opportunistici degli stessi[95].

È opportuno, tuttavia, intendersi sull'esatto significato di tale simmetricità. Infatti, essa ha senso soltanto se si guarda al dato "teorico", cioè alla circostanza che un virus colpisca indistintamente, senza far differenza tra ricchi e poveri. Tuttavia, se si guarda al dato "reale", il suo senso risente di molteplici variabili, per cui è facilmente intuibile che sistemi con una maggiore capacità economica o una migliore organizzazione sanitaria hanno la possibilità di assorbire meglio l'impatto di una pandemia (basti pensare, ad esempio, alla disponibilità di posti letto, al numero di strutture sanitarie per abitante, alla possibilità di approvvigionarsi tempestivamente di medicinali e vaccini)[96].

Un ulteriore elemento che accomuna crisi economica e pandemia – sul quale si avrà modo di tornare in maniera più approfondita al paragrafo 7 – risiede nella loro capacità erosiva della sovranità degli Stati nazionali e di condizionamento delle scelte normative che essi adottano, impattando quindi sul sistema delle fonti. La differenza è data dal fattore condizionante che, nel caso della crisi economica, assume i tratti dell'elemento normativo positivo di provenienza sovranazionale, mentre, nel caso della pandemia, di un elemento naturale a diffusione globale.

6. La risposta europea all'emergenza sanitaria: un approccio in chiave competenziale

L'influenza del diritto di matrice sovranazionale nel contesto pandemico, considerate le sostanziali carenze sul piano internazionale, è pervenuta soprattutto dall'ordinamento eurounitario. In questo ambito, anche in ragione delle peculiarità che lo caratterizzano, il sistema delle fonti sembra denotare una certa stabilità dei modelli, vale a dire che, in ambito europeo, non si sono

[95] M.R. MAURO, *L'Unione europea alla prova del Covid-19: il Recovery Fund e il rilancio del processo di integrazione*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 132.

[96] È significativo, come osserva E. BORIA, *La storia in carte*, in *Limes*, 1, 2022, 296, che «la geografia del virus non è una superficie piatta e banale perché lascia – e anzi accentua – il già alto grado di differenziazione del mondo. Diverse sono le condizioni di partenza in cui il virus ha attecchito, dovute ad esempio ai diversi livelli di efficienza delle strutture sanitarie. Diverse le capacità di studiare e conoscere le situazioni, evidenti nell'eterogenea affidabilità dei dati dei contagi. Diversi gli effetti oggettivi, a partire dal numero delle vittime. Diverse le percezioni del problema da parte dei cittadini. Diverse le capacità di reazione dei paesi. Tutte queste differenze rendono il virus teoricamente in grado di rimescolare i rapporti di forza internazionali, modificare la potenza relativa di un soggetto, accelerare processi in corso e forse persino sovvertirli».

riscontrati quei fenomeni di forte "innovazione" che, invece, è stato possibile osservare nei sistemi nazionali, ma, al più, interventi di interesse sul piano dei contenuti sostanziali, che hanno tentato di rimediare ad alcune lacune che il sistema pur presenta in tale ambito.

La diversa risposta europea alla pandemia rispetto alla precedente crisi economica si può spiegare essenzialmente secondo un approccio competenziale. Infatti, come meglio si vedrà, le istituzioni dell'Unione si sono mosse soprattutto seguendo le competenze normative loro assegnate dai Trattati, competenze che, in ragione delle materie toccate, sono in verità piuttosto contenute. Se guardiamo all'aspetto formale delle fonti, anche prescindendo dalla "globalità" del fatto naturale emergenziale, allora possiamo riscontrare competenze piuttosto "deboli" nella tutela della salute o in materia di limitazione dei diritti e delle libertà rispetto a quanto possono ancora fare i singoli Stati nazionali, aspetto che segna una certa differenza rispetto al quadro della crisi economica, ove le istituzioni europee hanno avuto sicuramente maggior margine di intervento attraverso atti giuridicamente vincolanti (aspetto che sembra confermato anche dagli interventi inerenti alla ripresa di fronte alla "seconda" crisi economica, quella conseguente alla pandemia).

La materia che emerge prevalente dalla gestione della pandemia è quella attinente alla tutela della salute, talvolta intrecciata ad altri profili materiali (ad esempio, quando essa si connette alla libertà di circolazione delle persone o delle merci nel mercato unico). Preliminarmente, si può osservare una certa tendenza da parte delle istituzioni europee a darvi un'applicazione il più possibile "orizzontale", in maniera tale che, nella definizione delle azioni e delle politiche dell'Unione che attengono ad altri ambiti sia comunque perseguita la scelta idonea a garantire un elevato livello di protezione della salute[97]. La sua importanza, inoltre, trova conferma nella particolare attenzione che ad essa dedica la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, la quale ha spesso bilanciato le esigenze dello sviluppo economico con il miglioramento della qualità di vita umana, evitando che il progresso economico e tecnico possa arrecare effetti dannosi alla salute[98].

[97] Ciò, con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma, soprattutto, con il riconoscimento ad essa della medesima efficacia vincolante dei Trattati, trova ulteriore supporto nell'art. 35 CDFUE, il quale stabilisce che ogni persona abbia il «diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche *alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali*». F. ROLANDO, *La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea e la risposta dell'UE all'emergenza Covid-19*, in *Eurojus.it*, Numero speciale, *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, 2020, 3.

[98] Corte giust., 19 aprile 2012, C-221/10, *Artegodan*. D'altra parte, la stretta interazione che poteva esistere tra i profili inerenti al mercato unico e la tutela della salute, anche per le inevitabili ripercussioni che la seconda poteva avere sui primi, si hanno a partire da una nota vicenda di qualche anno fa, notoriamente conosciuta come "morbo della mucca pazza". Su questa si veda Corte giust.,

Ciononostante, il quadro competenziale dell'Unione in materia di salute risulta al di sotto del livello di "attenzione" che tale materia sembra ottenere in ambito politico o giurisdizionale. Seguendo un approccio formale, l'azione delle istituzioni dell'Unione è retta sempre dal principio di legalità, anche quando queste siano chiamate ad adottare provvedimenti in fasi emergenziali[99]. La base legale dei diversi provvedimenti deve sempre risalire al quadro di competenze definito dai Trattati, tuttavia, come è noto, le istituzioni europee non hanno alcuna possibilità di ampliare, a seconda delle circostanze, il novero delle proprie competenze[100], queste «sono rimesse all'Unione solo in quanto e nella misura in cui i Trattati conferiscono poteri di intervento alle istituzioni», le competenze dell'Unione dipendono dalle scelte politiche e giuridiche adottate dagli Stati membri nel momento "costituente". Si tratta, in pratica, di competenze "derivate", dove, anche in ragione delle resistenze alla cessione di sovranità da parte degli Stati in tale settore, l'articolazione del riparto risulta poco chiaro[101].

Alla luce dei Trattati, quindi, le competenze dell'Unione in materia di salute troverebbero un primo appiglio negli artt. 4 e 6 TFUE. Secondo la prima disposizione l'Unione avrebbe una competenza concorrente in materia di «problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato», vale a dire che l'esercizio della stessa deve avvenire alla luce del principio di sussidiarietà, ossia è subordinato alla circostanza che l'Unione dia prova che la propria azione accentrata sia più efficace di quella portata avanti dai singoli Stati.

L'art. 6 TFUE, invece, prevede che l'Unione sia dotata di una semplice

17 settembre 1998, C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*. Per ulteriori indicazioni sulla giurisprudenza conferente v. P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 2297 s.

[99] Il principio di legalità, che copre l'azione amministrativa delle istituzioni europee, non consentirebbe, ad esempio, di adottare spontaneamente decisioni di emergenza sull'autorizzazione all'uso di un farmaco non autorizzato (ad esempio, un vaccino) senza una previa modifica normativa. È sempre necessario un ampliamento delle competenze che trovi la propria base in una modifica del Regolamento o nell'adozione di una normativa speciale. S. MARINO, *L'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini anti-Covid-19*, in *Eurojus.it*, Fascicolo speciale, *La strategia di vaccinazione anti COVID-19 nell'Unione europea. Profili istituzionali e riflessi sulla libertà di circolazione*, a cura di I. Anrò e G. Boggero, 2021, 9.

[100] Al fine di superare l'eccessiva rigidità del quadro competenziale dell'Unione, in modo da consentire ad essa di non limitarsi ad una mera azione di coordinamento degli interventi degli Stati, in dottrina è stato suggerito il ricorso ad alcuni meccanismi che i Trattati mettono a disposizione per "ammorbidire" il "vincolo" del principio di attribuzione delle competenze. Si è fatto riferimento alla teoria dei poteri impliciti e alla clausola di flessibilità prevista dall'art. 352 TFUE. Vedi F. MUNARI, L. CALZOLARI, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall'ennesimo travaglio di un'Unione incompiuta*, in *Eurojus.it*, 2020, cit., 37 s.

[101] P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica*, cit., 2296. Per ulteriori riferimenti cfr. F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2017, 317 ss.

competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, in particolare per quanto concerne «tutela e miglioramento della salute umana». In questo caso, la competenza esclusiva resta in capo agli Stati, per cui l'Unione non potrebbe intervenire nemmeno in via sussidiaria, riservandosi ad essa soltanto un'azione integrativa e di supporto agli Stati, ma senza alcun margine sostitutivo.

Per quanto non espressamente previsto dai Trattati, invece, la competenza resta esclusivamente in capo agli Stati, in particolare per quanto concerne la politica sanitaria e il settore della salute pubblica, dove la discrezionalità del loro intervento è piena (si pensi a quanto riguarda l'organizzazione del servizio sanitario pubblico e a quanto questa possa aver inciso sulla gestione della pandemia).

In sintesi, nell'ambito della tutela della salute, tenendo conto dei rapporti Unione-Stati, possono rilevarsi almeno tre distinti ambiti competenziali: uno concorrente dell'Unione rispetto agli Stati esercitabile nel rispetto della sussidiarietà, uno di mero coordinamento da parte dell'Unione e uno esclusivo in capo agli Stati a carattere residuale[102].

Oltre alla mancanza di un sistema di competenze accentrate in capo all'Unione, un ulteriore limite ad una effettiva interazione tra i due livelli delle fonti sovranazionali-nazionali può essere collocato nella scarna configurazione di strumenti propriamente emergenziali – sul piano delle fonti europee – analoghi a quelli di cui, in un modo o nell'altro, gli ordinamenti statali sono dotati. Ciò, si avrà modo di meglio specificare, ha fatto sì che, nonostante l'importanza di un adeguato bilanciamento delle libertà con le esigenze di salute e sicurezza, riconosciuto da diverse Carte sovranazionali, non vi sia stato un effettivo raccordo tra Stati e Unione, per cui si è registrato il "riemergere" del ruolo degli Stati negli ambiti del contrasto alla minaccia pandemica[103].

L'assetto dettagliato della competenza dell'Unione in materia di sanità pubblica è quello delineato dall'art. 168 TFUE[104], dal quale si ricava un'indicazione piuttosto chiara dei "limiti" posti all'accentramento rispetto al *favor*

[102] G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, 2, 2020, 81 s.

[103] Cfr. I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 107.

[104] L'art. 168 TFUE non è l'unica diposizione di rilievo ai fini della base normativa della risposta al Covid-19, si considerino anche gli articoli 196 TFUE, sul sistema di protezione civile dell'Unione, e l'art. 222 TFUE, sulla clausola di solidarietà. Vedi G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani*, cit., 82 ss. Per un inquadramento oltre la vicenda pandemica si vedano i contributi dello speciale *Salute e sanità nella prospettiva europea. Oltre l'art. 168 TFUE?*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022.

per il mantenimento di ampie competenze statali[105]. Se leggiamo il testo della disposizione vediamo che in più punti tale assetto viene ribadito, ad esempio, dove il Trattato specifica che l'azione dell'Unione ha solo lo scopo di "completare" l'azione degli Stati membri (per il miglioramento della sanità pubblica, la prevenzione di malattie o la lotta ai grandi flagelli; ovvero per ridurre gli effetti nocivi dell'uso di stupefacenti, par. 1). Altrettanto può dirsi per quelle indicazioni relative al mero "incoraggiamento" alla cooperazione tra Stati, alla "promozione" del coordinamento (par. 2) o alla possibilità di adottare mere «misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera» (par. 5), ovvero "raccomandazioni" per i fini previsti dall'articolo in questione (par. 6). Tutto ciò avendo sempre come chiaro riferimento il rispetto per «le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica» (par. 7).

La capacità di vincolo delle istituzioni dell'Unione in tale materia è pertanto abbastanza limitata, per cui alle stesse va riconosciuta la possibilità di un mero intervento di coordinamento, piuttosto che la possibilità di procedere ad una reale armonizzazione tra le discipline nazionali. Tale carenza è stata, d'altra parte, sottolineata anche dalle stesse istituzioni europee nell'emergenza Covid-19 se si pensa alla Risoluzione 2020/2616 del Parlamento europeo, la quale ha constatato che «la risposta dell'UE alla pandemia Covid-19 è stata caratterizzata da una mancanza di coordinamento tra gli Stati membri in termini di misure di sanità pubblica». Per rimediare alle conseguenze che una tale impostazione delle competenze può determinare sul piano della tutela della salute è stato anche suggerito, come possibile intervento *de iure condendo*, di trasferire l'intera materia della politica sanitaria tra quelle concorrenti, ove, nel rispetto del principio di sussidiarietà, le istituzioni dell'Unione avrebbero la possibilità di armonizzare gli interventi statali su profili di interesse comune[106].

Il carattere complementare e non esclusivo della competenza dell'Unione in materia di salute emerge, inoltre, dalla circostanza per cui l'esercizio concorrente della stessa è ammesso soltanto nel caso in cui si persegua una finalità europea, ad esempio, in merito «ai problemi comuni di sicurezza per la fissazione di parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi

[105] Per un'analisi dettagliata si rinvia a M. MARLETTA, *Commento all'art. 168 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, 1518 ss.; M. MIGLIAZZA, *Commento all'art. 168 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova 2014, 1039 ss.

[106] P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica*, cit., 2307.

medici, per la protezione della salute umana *nel mercato interno*»[107], ovvero nel caso in cui si intrecci con altre materie rilevanti per l'Unione[108]. Nel settore relativo alla determinazione dei livelli di tutela della sanità pubblica, invece, gli Stati conservano una discrezionalità ampia.

Pur a fronte di un quadro competenziale estremamente limitato, con una competenza preminente degli Stati anche in ordine alla regolamentazione della circolazione e della chiusura dei confini, non si è mancato di osservare un tentativo di pervenire – su determinati temi (si pensi alla disciplina sulla c.d. Certificazioni digitali Covid) – ad una maggiore uniformità normativa, anche se spesso attraverso atti di *soft law* dell'Unione[109].

Alla luce di questo quadro competenziale vanno considerati poi alcuni atti normativi dell'Unione che hanno dato espressa attuazione alle disposizioni dei Trattati e che hanno costituito la base giuridica per alcune delle misure adottate nel contrasto alla pandemia, proprio per la stretta attinenza alla "globalità" della diffusione del contagio. Su tutte, occorre ricordare la Decisione 1082/2013/UE, adottata ai sensi dell'art. 168, par. 5, TFUE, con la quale sono state disciplinate le forme di cooperazione tra Stati membri e istituzioni europee per pianificare la reazione di fronte alle minacce per la salute a carattere transfrontaliero[110]; sempre per la specifica incidenza transfrontaliera si consideri la Direttiva 2011/24/UE, che disciplina la possibilità per un cittadino dell'Unione di avvalersi dell'assistenza sanitaria in uno Stato membro diverso da quello di residenza (circostanza che, soprattutto nelle fasi più acute dell'emergenza, non è mancata di presentarsi, quando alcuni Paesi sono rimasti a corto di posti in terapia intensiva)[111]. Vanno, poi, prese in considerazione

[107] M. MIGLIAZZA, *Commento all'art. 168 TFUE*, cit. 1041.

[108] Come osservato da P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica*, cit., 2298, il fine dell'armonizzazione è stato talvolta realizzato per vie "indirette", grazie all'adozione di misure di riavvicinamento tra gli Stati riguardanti il funzionamento del mercato interno, che avessero *anche* il fine di tutela della salute. Il ricorso al combinato dei paragrafi 1 e 3 dell'art. 114 TFUE, infatti, oltre a stabilire il potere di adottare misure di riavvicinamento (armonizzazione) da parte delle istituzioni europee, riconosce anche una certa potenzialità espansiva dello stesso quando coinvolge le materie di «sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori», per le quali le misure devono basarsi su un «livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici».

[109] Si veda T. CERRUTI, *Il certificato digitale europeo tra luci e ombre*, in *Eurojus.it*, cit., 2021, 26; nonché ID., *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-COVID per attraversare i confini dell'Unione europea?*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 6 ss.

[110] Per più analitiche indicazioni sul quadro delle fonti UE alla base della risposta al Covid-19 si vedano E. CIRONE, *Le fonti del diritto dell'Unione in materia di salute pubblica alla prova dell'emergenza sanitaria: alcune riflessioni sulle misure di contrasto della pandemia e sul "certificato digitale COVID-19 UE"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 646 ss.; E. ARBIA, C. BIZ, *L'Unione europea contro la pandemia di COVID-19*, in *Giustizia insieme*, 17 aprile 2020; F. ROSSI, *Luci e ombre sull'intervento dell'Unione europea a fronte dell'emergenza del Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020.

[111] Sulla direttiva, recepita in Italia con d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38, vedi G. DI FEDERICO, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3,

quelle fonti che hanno costituito la base per l'importante processo che ha portato all'approvazione e all'immissione in commercio in tempi rapidissimi dei vaccini anti-covid, su tutti la Direttiva 2001/83/CE, recante protocolli comuni per i medicinali ad uso umano; il Regolamento 726/2004 che ha istituito l'Agenzia europea per i medicinali (EMA), attribuendole la competenza a decidere in maniera centralizzata sulle richieste di approvazione di nuovi farmaci; il Regolamento 507/2006, che prevede la possibilità di "autorizzazione condizionata all'immissione in commercio"[112].

Gli interventi concreti adottati in ambito europeo per fronteggiare la pandemia, anche se non sempre tempestivi o efficaci, sono stati numerosi, ma al riguardo occorre fare due precisazioni.

La prima è che gli attori internazionali e sovranazionali hanno dimostrato notevoli carenze nell'approccio iniziale alla vicenda pandemica, sia per ragioni strutturali, inerenti a poteri di cui disponevano, sia, forse, per non aver stimato adeguatamente la portata del fenomeno che si trovavano ad affrontare. Da una parte l'OMS non ha saputo svolgere con chiarezza né la funzione preventiva né quella di coordinamento tra gli Stati e questo, sia perché sprovvista di strumenti adeguati e vincolanti (al netto di quanto visto sul Regolamento sanitario internazionale), sia perché spesso ha rilasciato dichiarazioni apparentemente discordanti che non hanno contribuito ad un generale clima di chiarezza sulla situazione che si stava vivendo. Dall'altra, l'UE ha pagato alcune carenze sul piano della competenza in materia sanitaria, ma ha anche manifestato pericolose incertezze nell'approccio iniziale, fortemente improntate ancora ad una logica "individualistica" piuttosto che "solidaristica"[113].

2012, 683 ss.; L. UCCELLO BARRETTA, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in *Federalismi.it*, 19, 2014; G. BOGGERO, *Gli ostacoli alla mobilità sanitaria transfrontaliera in Italia*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 377 ss.

[112] Con specifico riferimento alla vicenda della vaccinazione anti-covid si vedano S. MARINO, *L'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini anti-Covid-19*, cit., 6 ss.; V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuslavoristici e regolatori*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 2311 ss.; A. CIONI, *La corsa al vaccino contro il Covid-19. Qualche considerazione fra requisiti per l'autorizzazione e regole di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2020, 2019 ss.; A. CAUDURO, *Autorizzazione all'immissione in commercio condizionata e vaccinazione Covid-19 (nota a Cons. St., sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2021.

[113] Così F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 807 s., richiamando anche le note dichiarazioni di Christine Lagarde di marzo 2020, quando, al rapido aggravarsi della situazione dei contagi in Italia che lasciavano presagire un impatto economico severo, ha dimostrato un certo disinteresse per il sostegno a quei Paesi che si trovavano per primi ad affrontare la pandemia. Posizione stigmatizzata in modo puntuale dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, il quale ha sottolineato che «l'Italia sta attraversando una condizione difficile e la sua esperienza di contrasto alla diffusione del coronavirus sarà probabilmente utile per tutti i Paesi dell'Unione Europea. Si attende quindi, a buon diritto, quanto meno nel comune interesse, iniziative di solidarietà e non mosse che possono ostacolarne l'azione».

L'inadeguatezza di una risposta affidata ai singoli Stati è stata resa manifesta dal carattere globale della pandemia, non contenibile entro i loro confini tradizionali, ma ha anche contribuito a far sorgere l'esigenza di un maggior coordinamento, il quale ha stimolato un particolare dinamismo delle istituzioni europee, scarsamente rilevato fino al recente passato[114]. Proprio questa nuova vitalità dell'azione europea ha permesso di dare nuovo corso al principio solidaristico, rimasto in ombra nelle fasi iniziali della risposta alla pandemia[115], ma che riveste un ruolo determinante in un ordinamento – come quello europeo – che deve raccordare in un patrimonio comune Paesi che vantano tradizioni ed esperienze socio-economiche tanto diverse[116].

La seconda precisazione, che occorre tener ben presente in uno studio che vorrebbe essere incentrato sul sistema delle fonti, è che quando si valuta l'azione dell'Unione nel contrasto alla pandemia questa può sì essere condotta attraverso atti normativi in senso stretto, ma per lo più ciò avviene tramite specifiche politiche. Come è stato osservato, la pandemia «è il classico caso la cui regolamentazione rientra nell'approccio "per politiche" invece che in quello "per atti normativi"; ma, in un caso come nell'altro, l'azione regolatrice dell'UE è comunque sostenuta dall'allegazione, almeno implicita, di un interesse pubblico comune»[117]. Quindi, molte azioni, ma poche novità sul piano delle fonti, a conferma di un quadro che – a livello sovranazionale – si conferma tendenzialmente stabile di fronte al Covid-19.

Pur all'interno di un quadro di competenze molto limitato, e con la precisazione di cui sopra, gli interventi a livello dell'Unione sono stati molteplici e hanno toccato diversi ambiti, sia in relazione al contenimento dei contagi in senso stretto, sia di sostegno economico in conseguenza della crisi generata dalla pandemia (sui quali ci si soffermerà rapidamente più avanti).

[114] E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2020, 176 s.

[115] Si pensi a quei provvedimenti adottati unilateralmente da alcuni Stati nella fase iniziale della pandemia, diretti, ad esempio, a limitare le esportazioni di DPI o a chiudere le frontiere infra-comunitarie, con grave impatto sull'immagine della coesione e della condivisione della risposta a un problema comune, tanto da far dubitare circa "l'effettiva esistenza di una solidarietà europea". M.R. MAURO, *L'Unione europea alla prova del Covid-19*, cit., 101 s.

[116] Solidarietà che, in ambito europeo, può assumere diverse sfumature, come solidarietà intergenerazionale, solidarietà tra Stati membri e cittadini dell'Unione, solidarietà orizzontale tra individui nell'Unione, solidarietà tra Unione e Stati membri nei loro rapporti. Per quanto possa assumere diversi significati la sua importanza nel sistema normativo europeo è ampiamente riconosciuta, anche in chiave di una maggiore concretizzazione della condivisione degli oneri tra Stati. Cfr. G. MORGESE, *Solidarietà di fatto… e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *Eurojus.it*, cit., 2020, 81 ss.

[117] A. RIVIEZZO, *Fonti dell'emergenza e Costituzione economica*, cit., 140, il quale precisa che «l'azione regolatrice dell'Unione europea si sviluppa indifferentemente tanto attraverso *regolamenti* e *direttive* […], quanto attraverso *azioni* e *programmi*, frutto di strategie concordate a livello governativo tra gli stati membri».

In primo luogo, vanno considerate quelle azioni di coordinamento poste in essere per garantire lo scambio di informazioni e dati, la gestione di una scorta strategica di attrezzature mediche e le operazioni di assistenza e rimpatrio per i cittadini UE[118].

Il problema più sensibile che nelle prime fasi della pandemia le istituzioni europee hanno dovuto affrontare ha riguardato la possibile chiusura delle frontiere tra Stati, sia quelle esterne che quelle interne all'area Schengen[119]. In particolare, si è notato al riguardo un forte attivismo degli Stati, con l'Unione che ha cercato di pervenire ad una gestione omogenea attraverso l'utilizzo di atti propriamente di *soft law*[120]. Si pensi alla Comunicazione 115/2020 del 16 marzo con cui si chiedeva ai Paesi membri di procedere alla chiusura delle frontiere esterne, ovvero alla Raccomandazione 2020/1475 del 13 ottobre, per un approccio più coordinato alla limitazione della libertà di circolazione all'interno dell'Unione[121].

Sempre nella prospettiva di un adeguato bilanciamento tra esigenze di gestione del rischio sanitario e circolazione delle merci si considerino quelle misure restrittive all'esportazione di dispositivi o medicinali, rispetto alle quali è stato adottato un articolato sistema normativo. Si tratta di atti che trovano la propria base giuridica nel Regolamento 2015/479, il quale consente l'adozione «da parte degli Stati membri, di restrizioni quantitative all'esportazione giustificate da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale». Questi hanno dapprima limitato l'esportazione di DPI e, successivamente, di vaccini, sempre con provvedimenti a carattere temporaneo e con un regime di "autorizzazione alle esportazioni"[122].

[118] Si veda, ad esempio, il meccanismo di coordinamento delle crisi (ARGUS). P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica*, cit., 2303.

[119] Al riguardo C. SAGONE, *Le limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno nella pandemia da Covid-19 tra ordinamento italiano e Unione Europea*, Intervento al Seminario di diritto comparato «Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato», 25 marzo 2022.

[120] Si vedano D.E. TOSI, *Emergenza Covid e processo di integrazione europea: alcune riflessioni in ordine alla "questione" del territorio dell'Unione*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1364 ss.; G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: sospensione dell'accordo di Schengen*, in *Osservatorio Covid-19, DPCE Online*, 29 marzo 2020.

[121] L'atto del 16 marzo 2020 definisce una serie di linee guida per le limitazioni alla libertà di circolazione, avendo ben presente l'esigenza che le ragioni di contenimento dei contagi non pregiudichino od ostacolino lo svolgimento continuo delle attività economiche e il funzionamento delle catene di approvvigionamento.

[122] Si vedano, in particolare, il Regolamento di esecuzione n. 2020/402 e il Regolamento di esecuzione n. 2020/568 per le limitazioni all'esportazione di DPI, il Regolamento di esecuzione n. 2021/111, il Regolamento di esecuzione n. 442/2021 e il Regolamento di esecuzione n. 2021/521 per i vaccini. Per un quadro dettagliato, F. SPITALERI, *Le restrizioni all'esportazione adottate dall'Unione*

Alla luce sempre dell'esigenza di coordinamento può considerarsi anche il ruolo svolto dall'EMA nell'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini anti-covid, il quale, come si è detto in precedenza, trova la propria base legale in diversi atti vincolanti del diritto dell'Unione[123].

Infine, particolarmente significativo è stato il tentativo di definire un quadro uniforme e giuridicamente vincolante sul rilascio e l'utilizzo del c.d. Certificato COVID digitale (comunemente *Green pass*) in Europa. A ciò si è provveduto con l'adozione del Regolamento 2021/953 il quale, in quanto dotato di effetti diretti, dovrebbe fissare un sistema omogeneo circa il rilascio e il reciproco riconoscimento di tale documento tra gli Stati dell'Unione, al fine di consentire al titolare un più agevole esercizio della libertà di circolazione, anche in vista di un progressivo allentamento delle restrizioni legate al quadro pandemico[124]. Nonostante l'intento bisogna chiedersi se l'atto abbia raggiunto il fine, ovvero se, anche alla luce di ampi margini di flessibilità della normativa, non si sia comunque registrata una certa "frammentazione" nell'uso dei certificati, affidata sempre a scelte più o meno rigide dei singoli Stati[125].

Di fronte all'adozione da parte di ciascuno Stato di misure restrittive imposte dalla pandemia il diritto dell'Unione (o sovranazionale) funge anche da parametro di legittimità delle limitazioni, le quali devono essere coerenti con i principi di necessità e proporzionalità propri del diritto europeo[126]. Ciò, d'altra parte, non riguarda soltanto il profilo della compatibilità delle misure nazionali rispetto ai principi del diritto UE, ma anche la possibile incidenza delle stesse su diritti e libertà garantiti dalle Carte sovranazionali, su tutte CDFUE e CEDU. Infatti, sono le stesse Carte dei diritti a sancire che le misure tengano

nel corso della Pandemia, in *Eurojus.it*, 2021, cit., 44 ss.; nonché A. ARENA, *Emergenza e libertà fondamentali nel mercato unico*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 351 ss.

[123] S. MARINO, *L'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini anti-Covid-19*, cit., 6 ss.

[124] T. CERRUTI, *Il certificato digitale europeo tra luci e ombre*, cit., 21 ss.; M. LOTTINI, *Green pass europeo: cooperazione e nuove tecnologie nel mercato unico*, in *ceridap.eu*, 19 gennaio 2022.

[125] Si pensi a quanto previsto dal par. 11 dell'art. 1 del Regolamento 2021/953, secondo il quale «fatta salva la competenza degli Stati membri di imporre restrizioni per motivi di salute pubblica, qualora accettino certificati di vaccinazione, certificati di test che attestano un risultato negativo o certificati di guarigione, gli Stati membri si astengono dall'imporre ulteriori restrizioni alla libera circolazione, quali ulteriori test in relazione ai viaggi per l'infezione da SARS-CoV-2 o la quarantena o l'autoisolamento in relazione ai viaggi, *a meno che non siano necessarie e proporzionate allo scopo di tutelare la salute pubblica in risposta alla pandemia di COVID-19*». Sul punto cfr. I. SPADARO, Green pass *in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *Federalismi.it*, 29, 2021, part. 69 ss.

[126] G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani*, cit., 75 ss. Anche se la questione potrebbe essere problematica per quelle limitazioni statali che esauriscono i propri effetti sul versante puramente interno, ove non trovano applicazione le libertà del mercato unico. Cfr. A. ARENA, *Le restrizioni per affrontare l'emergenza COVID-19 e le libertà fondamentali del mercato unico: uno sguardo alle situazioni puramente interne*, in *Eurojus.it*, 2020, cit., 38 ss.

conto di un adeguato bilanciamento tra esigenze della libertà ed esigenze di sicurezza[127]. Per tale ragione l'eventualità di un accesso alle Corti europee nel caso in cui le misure nazionali contrastino con le Carte sovranazionali non è parsa, sin dall'inizio, tanto remota e, di fatti, si sono registrati casi di censure rispetto a misure ritenute non proporzionate rispetto allo scopo[128]. Sempre tenendo presente che l'aspetto emergenziale non è ignorato dalle stesse Carte dei diritti, le quali prevedono adeguati meccanismi derogatori (come l'art. 15 CEDU o l'art. 52 CDFUE) che mirano a contemperare la criticità transitoria con la preservazione di un minimo inderogabile di garanzia dei diritti, sia da un punto di vista sostanziale (fissando i diritti che in nessun caso possono subire limitazioni), sia da un punto di vista procedimentale (con trasparenti oneri di comunicazione in capo agli Stati)[129].

I vari passaggi di questo quadro complesso denotano un deciso cambio di rotta rispetto al passato nella risposta dell'Unione, sia nella gestione della pandemia che – come vedremo – della crisi post-pandemica. Questa non appare improntata più ad una apparente logica divisiva tra Stati virtuosi e Stati debitori (come avvenuto in passato per la crisi economica), ma ad una maggiore condivisione degli sforzi tra Stati e alla realizzazione di maggiori forme di

[127] I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 106.

[128] Emblematico il caso della sentenza Corte EDU, 15 marzo 2022, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Svizzera*, 21881/20, che ha ritenuto non proporzionate rispetto al fine quelle misure che vietavano in maniera eccessivamente severa la libertà di riunione. Si veda F. GIANONI, G. GRASSO, *Divieto della libertà di riunione e tutela giurisdizionale al tempo della pandemia. Note critiche sulla decisione della Corte EDU nella causa Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse del 15 marzo 2022*, in *Diritti comparati*, 21 aprile 2022.

[129] Secondo l'art. 15 CEDU «In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale». In generale su tale disposizione si veda G. CATALDI, *Commento all'art. 15 CEDU*, in S. BARTOLE, A. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, 555 ss. Circa l'uso fatto da tale disposizione durante la pandemia, che ha visto diversi Stati presentare comunicazioni di deroga al Segretario generale del Consiglio d'Europa, si vedano M. DI BARI, *L'emergenza Covid-19 "vista dall'altro". CEDU e Patto sui Diritti Civili e Politici: un prisma per orientarsi in una riflessione sull'emergenza Coronavirus nel contesto italiano*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 2551 ss.; R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 341 ss. Effetti derogatori nell'ambito della CDFUE possono essere attribuiti all'art. 52, il quale, al par. 1, stabilisce che «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Sul punto, R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali …con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2021, 20 ss.

coesione su base solidaristica[130]. Resta, comunque, difficile capire a quale "consapevolezza" addebitare il cambio di rotta: se a quella della preferibilità della via solidaristica e coesiva o quella della inarrestabilità della minaccia epidemiologica, destinata a colpire – prima o poi – ogni Paese[131].

7. Limitazione dei diritti, misure di contenimento e primato degli Stati nazionali: le "alterazioni" nei sistemi delle fonti dettate da fenomeni sovranazionali

Malgrado il tentativo compiuto a livello europeo di garantire un certo coordinamento delle risposte e, quindi, una sostanziale omogeneità della gestione della pandemia, da quanto abbiamo sopra osservato si ricava l'impressione che i limiti competenziali in capo all'Unione in materia di salute[132] abbiano consentito agli Stati di ritagliarsi un ampio margine di manovra nell'adozione delle misure emergenziali. Sulle autorità nazionali, infatti, è ricaduto il peso delle decisioni più controverse[133] – perché incidenti su diritti e libertà fondamentali – spesso prive di solide coordinate sia sul piano scientifico che sul piano giuridico, le quali hanno evidenziato la "solitudine" dello Stato di fronte alla pandemia, segnando un evidente "cortocircuito" tra realtà ed esigenze: da una parte, la mancanza di strumenti di coordinamento sovranazionale in una materia, quale quella delle libertà costituzionali, ancora gelosamente racchiusa negli ordinamenti nazionali; dall'altra, la consapevolezza che tali vicende, per la loro natura globale, sfuggono al pieno dominio degli Stati. In sintesi, lo Stato è il *dominus* dell'emergenza ma l'emergenza pandemica sfugge al dominio dello Stato[134].

[130] Nonostante le incertezze iniziali sulla effettiva comprensione del fatto che tale fenomeno non potesse essere trattato alla stregua di una semplice questione "nazionale", ma presentava peculiarità che ne facevano risaltare la dimensione "globale", con conseguente insufficienza di ogni approccio di risposta affidato ai singoli ordinamenti. Cfr. A. RIVIEZZO, *Fonti dell'emergenza e Costituzione economica*, cit., 139; C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad. cost.*, 4, 2020, 765 ss.

[131] Un'indicazione potrebbe venire dalla Risoluzione del Parlamento europeo su "*Impatto delle misure connesse alla Covid-19 sulla democrazia, sui diritti fondamentali e sullo stato di diritto*", 13 novembre 2020, secondo la quale la pandemia «non ha precedenti e in futuro dovremo ripensare i nostri modi di gestione delle crisi sia a livello di Stati membri che di Unione europea».

[132] S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 588. Cfr. I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 106.

[133] Sul punto si veda, in particolare, R. CABAZZI, E. COSTANZO, *La pandemia e i suoi lasciti. Tensioni e sfide del costituzionalismo democratico sociale nell'ordinamento europeo*, in *Federalismi.it*, 14, 2021, 2, nota 2, i quali sottolineano una certa capacità di adattamento dello Stato di fronte al mutare delle situazioni e la sua messa alla prova durante il periodo della pandemia, circostanza per certi versi eccezionale.

[134] Osserva F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 811, che «lo Stato sarà sempre l'attore di ultima istanza, perché è l'unica istituzione capace di esercitare direttamente potere nei confronti della popolazione, ma non sarebbe stato necessario fare

Per quanto si sia osservato che la pandemia ha, in un certo senso, eroso la sovranità degli Stati[135], intesa come libertà e discrezionalità dei fini politici che si concretizzano nella produzione giuridica e, quindi nelle fonti, il ruolo che gli Stati nazionali hanno avuto nella gestione dell'emergenza sembra deporre, al contrario, nel senso di una piena vitalità del concetto di Stato sovrano. Quindi, probabilmente, la pandemia non ha determinato alcun tramonto della sovranità in senso "soggettivo", al più una sua erosione sul piano dell'azione[136]. Una sovranità che, però, ritorna – suo malgrado – più per una lacuna che per una consapevole opzione. Occorre chiedersi, quindi, se una sovranità su base nazionale sia ancora adeguata ad un contesto globale e al carattere sovranazionale che connota le crisi dell'ultimo secolo.

La domanda "con la pandemia si è avuto un ritorno dello stato sovrano?", potrebbe avere, allo stesso tempo, risposta affermativa e negativa. Affermativa, perché gli Stati si sono posti come attori principali dell'emergenza; negativa, perché le misure non paiono tanto il frutto di una volontà libera nel fine, ma sono determinate dall'emergenza[137].

Nel loro agire contro la pandemia gli Stati spesso hanno dovuto affrontare problemi comuni, anche se talvolta in momenti diversi, per cui non sono mancati casi di "influenza" reciproca sulle misure e sugli strumenti normativi da adottare per contrastare la pandemia[138]. Non è stato raro, cioè, che le scelte adottate da un certo Stato fossero assunte poi a modello da altri. Ciononostante, la mancanza di un coordinamento effettivo su ogni aspetto delle limitazioni e le esigenze peculiari di ciascuno Stato hanno portato ad un'ampia diversificazione delle misure o ad utilizzare i medesimi strumenti, ma in modo

ricorso a tale potere in modo così intenso se fossero esistiti efficaci strumenti di concertazione internazionale che avrebbero potuto prevenire una catastrofe umanitaria di dimensioni sconvolgenti».

[135] Il principio di sovranità dello Stato sarebbe da tempo posto in discussione proprio dal moltiplicarsi delle fonti di provenienza "esterna" che ne intaccano l'esclusiva capacità produttiva del diritto. Secondo la sua accezione tradizionale «lo Stato pretende di essere l'unico a comandare e nega che vi sia un'autorità che gli si possa contrapporre all'interno o all'esterno», così R. BIN, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. PUGIOTTO, (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Jovene, Napoli, 2013, 369 ss.

[136] La natura della pandemia si intreccia in modo problematico con la differenza tra implicazioni istituzionali e implicazioni assiologiche determinate dall'erosione della sovranità, proposta da G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi*, cit., 4, perché il punto – nel caso odierno – non è tanto quello del vincolo imposto dai controlli esterni allo Stato, quanto piuttosto il fatto di non poter decidere altrimenti (a causa dell'emergenza), ma di essere sempre e comunque i decisori (per la carenza di una competenza "forte" a livello sovranazionale).

[137] Non è mancato chi, provocatoriamente, abbia assegnato la sovranità proprio al virus. Cfr. I. DOMINIJANNI, *Il Virus sovrano*, in *www.centroriformastato.it*, 14 marzo 2020.

[138] Guardare alle misure adottate da altri Stati significa, però, fare attenzione alla rispettiva forma di Stato, perché non è dato rinvenire una fungibilità dei rapporti tra autorità e diritti tale da rendere invariabile il peso e i confini delle limitazioni. Cfr. T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta Online*, 1, 2020, 192 s.

diverso (il caso dei *Green pass* è emblematico). Per tale motivo non è mancato chi ha sottolineato il rischio di una possibile "concorrenza" tra ordinamenti a causa delle differenze nella scelta delle misure limitative e della conformazione di regimi più o meno rigidi[139].

Se si passa dal livello esterno a quello interno agli Stati le dinamiche della sovranità presentano ulteriori aspetti problematici, i quali si riflettono sulle modalità di produzione del diritto, come l'esperienza Italiana degli ultimi due anni ha insegnato. È vero, quindi, che gli Stati hanno dovuto farsi carico delle maggiori responsabilità decisionali in termini di limitazione dei diritti e delle libertà, ma è altrettanto vero che negli Stati gli organi che sono stati in "prima linea" nell'adozione delle suddette misure sono stati quelli dell'Esecutivo.

Su un piano generale, le fonti dell'emergenza hanno sempre una stretta connessione con l'azione degli Esecutivi. Come il Parlamento lascia più ampi margini di azione al Governo, così le fonti tipiche di quest'ultimo (siano esse primarie che secondarie) "erodono" temporaneamente gli spazi che sono normalmente riservati alla legge[140]. E, come ogni emergenza meritevole di tale nome, anche quella determinata dalla pandemia ha visto un Esecutivo particolarmente attivo sul versante della produzione normativa[141]. Anzi, sembra quasi potersi affermare che l'intensità dell'azione normativa degli Esecutivi (anche sul piano della "originalità" delle soluzioni) è direttamente proporzionale alla vastità dell'emergenza.

L'impatto della pandemia sul sistema delle fonti, in quanto emergenza nel senso puro del termine, ha portato al proliferare di misure provvisorie, di immediata applicazione e destinate a rimanere in vigore per il tempo di

[139] F. MUNARI, L. CALZOLARI, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19*, cit., 23 ss., il quale sottolinea (part. 26), che l'efficacia delle misure potrebbe essere frustrata «da una sorta di dilemma del prigioniero, poiché gli Stati membri che sarebbero altrimenti più prudenti, magari perché toccati in modo più intenso dalla pandemia, potrebbero essere costretti ad accelerare la ripresa delle attività economiche rispetto ai propri desiderata per uniformarsi alle scelte di altri Stati membri».

[140] G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit., 22. Tale circostanza era, tra l'altro, già ampiamente evidenziata da G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, UTET, Torino, 1993, 174 ss., il quale osservava come fosse consueto, nelle Costituzioni che si reggono sull'attribuzione del potere legislativo al Parlamento, l'accentramento della produzione normativa nelle mani dell'Esecutivo in contesti emergenziali, visto che i tempi del procedimento legislativo mal si adatterebbero alla richiesta tempestività degli interventi.

[141] Va segnalato che una tendenza alla progressiva "traslazione" in capo agli Esecutivi dell'azione normativa è stata osservata anche nel contesto non pandemico, così A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *Crisi della legislazione: riorganizzazione parziale del procedimento legislativo o codificazione ordinaria ex post?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 169, tuttavia, è solo a partire dallo scoppio della pandemia che il Governo si è posto come vero e proprio *dominus* della gestione dell'emergenza sul piano normativo. Cfr. A. LO CALZO, *Le prassi parlamentari sul sindacato ispettivo nel contesto dell'emergenza sanitaria*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 148 ss.

permanenza delle circostanze che le hanno determinate[142]. La necessità di adeguare le risposte normative alle concrete esigenze dell'emergenza ha talvolta fatto dubitare della loro conformità al modello costituzionale di produzione normativa. Una domanda ricorrente in dottrina, infatti, ha riguardato proprio la circostanza che il diritto "pandemico" avesse dato luogo ad un modello innovativo e atipico nella produzione giuridica, anche se le posizioni, seppure con non trascurabili voci critiche, si sono prevalentemente assestate in senso contrario[143].

Sorgono a questo punto numerosi dubbi. Se davvero possa considerarsi esistente un sistema normativo dell'emergenza predeterminato a livello ordinamentale e in quale misura esso sia stato derogato. O se piuttosto la vicenda debba inserirsi all'interno di quella più vasta problematica che attiene alla progressiva "destrutturazione" del sistema delle fonti[144], per cui il diritto della pandemia non sarebbe altro che uno degli esiti (nuovi) della flessibilità, dell'apertura che ormai lo caratterizza e che consentirebbe un più malleabile adattamento a emergenti circostanze materiali.

Un modello per la verità esiste, ed è quello che fa capo al d.lgs. n. 1 del

[142] Secondo F. BALAGUER CALLEJON, *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit., 802, quelle dell'emergenza sarebbero «misure incomplete dal punto di vista normativo», perché non in grado di rimanere autonomamente in vigore una volta venuta meno la situazione che le giustifica.

[143] Ad esempio, S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 546 ss., non sembra ricondurre la produzione giuridica della pandemia ad un modello o sistema alternativo a quello costituzionale, per cui, pur non accettando una chiara scissione della verifica tra legittimità formale e sostanziale dei provvedimenti, ritiene che l'unica vera rottura (temporanea e non assimilabile ad uno stato di eccezione) sia quella della pari dignità sociale. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 139, invece, supera il dubbio sullo stato di eccezione attraverso la ricostruzione della catena delle fonti, ove nessun anello sfugge al sindacato giurisdizionale. Infine, M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti*, cit., 15, il quale sottolinea l'importanza della forma, non solo in quanto fine a se stessa, ma perché funzionale alla garanzia della sostanza dei diritti.

[144] La progressiva perdita di ordine all'interno del sistema delle fonti è da tempo studiata in dottrina, si vedano, ad esempio, F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 3 ss.; nonché, già in precedenza, ID., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 561 ss.; A. RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in ID., *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2009, 433 ss.; R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare, I (Le fonti del diritto)*, Jovene, Napoli, 2009, 35 ss. Sulla "destrutturazione" del sistema delle fonti già G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2017, 2 ss. Più di recente, A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta Online*, 3, 2020, 684 ss., ha definito il sistema delle fonti ormai "asistematico", ove l'emergenza pandemica avrebbe soltanto evidenziato i segni di una crisi visibili da tempo. Per ulteriori riferimenti sul tema C. INGENITO, *Moltiplicazione, frammentazione, destrutturazione e delocalizzazione delle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2019, 2 ss.

2018, c.d. Codice della Protezione Civile, che, oltre ad altre disposizioni conferenti, agli artt. 24 e 25 prevede che al Consiglio dei ministri spetti la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale. Una volta dichiarata l'emergenza, per una durata massima di dodici mesi, prorogabili al massimo per altri dodici mesi (termine, tra l'altro derogabile, come dimostrato dalla prassi applicativa)[145], il Capo del Dipartimento di Protezione Civile è abilitato all'emanazione di ordinanze di protezione civile «da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea»[146].

Tuttavia, considerato il rilievo che determinate evenienze concrete possono avere nella conformazione di un impianto normativo, è stato giustamente rilevato[147] che il sistema elaborato dal Codice della Protezione Civile fosse "ritagliato" su diverse e peculiari tipologie emergenziali, a carattere propriamente calamitoso (come terremoti, alluvioni, etc.). Per tale ragione è apparso, sin dall'inizio, del tutto inadeguato a far fronte a un fenomeno, quello pandemico, per sua natura mutevole e imprevedibile, ma anche dai contorni temporali tutt'altro che definiti.

Si è assistito, quindi, ad un rapido passaggio ad un diverso sistema di produzione del diritto emergenziale, non direttamente riconducibile al modello di Protezione civile, ma articolato sul binomio decreto-legge/decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Ciò avrebbe dato vita ad un vero e proprio "doppio binario" del regime normativo emergenziale[148], con un progressivo

[145] Già la vicenda dell'emergenza sanitaria di per sé è emblematica in quanto lo stato di emergenza nazionale è stato dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 e si è protratto, attraverso una serie di proroghe (l'ultima disposta all'art. 16 del d.l. n. 221 del 2021), fino al 31 marzo 2022, ben oltre il limite dei due anni. Ma anche nella gestione di emergenze "non straordinarie" – ad esempio, quella dichiarata in occasione del crollo del ponte "Morandi" di Genova – con d.l. n. 162 del 2019 veniva disposto che lo stato di emergenza, «dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 15 agosto 2018 e prorogato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 luglio 2019, può essere prorogato fino ad una durata complessiva di tre anni secondo le modalità previste dal medesimo articolo 24». Su tali aspetti già D. TRABUCCO, C. DELLA GIUSTINA, *Sulla possibile proroga dello stato di emergenza*, in *Diritti fondamentali*, 14 luglio 2019.

[146] Per un'illustrazione più dettagliata, anche in relazione alla vicenda pandemica, si veda G. LAURI, *Governo e Parlamento di fronte all'emergenza*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, Pisa University Press, Pisa, 2020, 75 ss.

[147] I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 133 ss.; E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, cit., 290; 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*, Fasciolo speciale, 2020, 327; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Diritti comparati*, 2, 2020, 49.

[148] A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 318; I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 135; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 519, al riguardo osserva che la produzione normativa dell'emergenza si è sviluppata

abbandono di quello ordinariamente strutturato dal d.lgs. n. 1 del 2018, a vantaggio (sia per numeri, ma soprattutto per "peso" delle misure) del secondo, all'apparenza completamente innovativo, che prende avvio con l'adozione del primo d.l. n. 6 del 2020.

Per quanto il sistema del d.lgs n. 1 del 2018 dimostri che, non solo a livello costituzionale, ma anche ordinario, l'ordinamento prenda in considerazione il fenomeno emergenziale come aspetto della realtà che richiede la definizione di un regime giuridico sufficientemente elastico[149], altre ragioni hanno probabilmente indotto a scegliere un distinto modello che non fosse ancorato a quello della Protezione civile. Da una parte, probabilmente, la circostanza che un'eccessiva ampiezza della "base legislativa" offerta dal d.lgs. n. 1 del 2018 avrebbe finito per rimettere buona parte delle limitazioni alle sole ordinanze di protezione civile[150], per cui il decreto-legge offriva maggiore copertura e adeguamento primario in tal senso; dall'altra, si vedrà meglio a breve, il solo decreto-legge non è stato ritenuto adeguato a sopperire a quella esigenza di provvedimentalità propria delle ordinanze, per cui si è fatto ricorso alla sua integrazione mediante i d.P.C.M., rispetto ai quali, comunque, residuano incertezze in ordine ai profili limitativi[151].

lungo due distinte "catene" o "filiere", collegate sì, ma pur sempre separate, in quanto i d.P.C.M. sono ricondotti espressamente ai vari decreti-legge adottati, piuttosto che al conferimento del potere di ordinanza connesso alla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020. Cfr. S. ZEULI, *Il contrasto del Governo al Covid-19 fra responsabilità politica e sistema delle fonti*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., 923; A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i d.P.C.M. e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustizia insieme*, 19 gennaio 2022; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020.

[149] Per una più ampia ricostruzione cfr. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 6 ss.

[150] Atti di cui sarebbe controversa la natura giuridica e che, sicuramente, non possono collocarsi al livello primario delle fonti, con conseguente loro carenza sotto il piano del rispetto della riserva di legge, costituzionalmente imposta per la maggior parte degli ambiti materiali in cui sono intervenute le limitazioni. Si veda, A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 327, il quale, per ulteriori approfondimenti, rinvia a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna University Press, Bologna, 2019.

[151] Una dettagliata riconduzione di un fenomeno naturale, come la pandemia, agli schemi rigidi del precetto giuridico è opera complessa. Il "legislatore" si è per lo più attenuto al principio di precauzione nell'adozione delle misure limitative, criterio più che condivisibile quando ci si trova dinanzi a fenomeni nuovi. Resta da capire quale sia il "limite" oltre il quale le limitazioni non potrebbero spingersi. Chi in dottrina ha proposto la normazione degli stati emergenziali ha anche individuato come possibile limite al legislatore quello del "nucleo duro" dei diritti, come contenuto minimo indefettibile di ciascuna libertà fondamentale (cfr. G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018, 17), ma in realtà, cosa sia in concreto questo "nucleo duro" è difficile da stabilire, soprattutto di fronte a un'emergenza mutevole come quella pandemica. Le scelte legislative restano legate alle interpretazioni che i giudici, di volta in volta, vorranno dare (e non sono mancate quelle opinabili, giunte persino alle soglie del giudizio di costituzionalità, come nel recente

Il timore percepito è stato, quindi, quello di un possibile progressivo scivolamento verso la "normalizzazione" della gestione emergenziale della pandemia anche per le fasi successive al suo superamento[152]. Normalizzazione che può essere intesa sia in senso "formale" che "sostanziale". Quanto al primo, che interessa maggiormente questo lavoro, essa implicherebbe la transizione verso sempre nuove forme di produzione del diritto dettate dall'emergenza, anche a causa di un uso distorto degli strumenti propriamente emergenziali nei tempi "ordinari"[153]. Ma questa può essere intesa, nel secondo senso, anche come sopravvivenza dell'approccio emergenziale all'emergenza reale, il quale lascia come residuo un possibile saldo negativo in termini di libertà, spesso frutto di un malinteso diritto alla sicurezza[154].

Il quadro dell'intervento normativo statale si presenta, quindi, come la tessera di un mosaico nella gestione dell'emergenza a livello sovranazionale. Denotando, allo stesso tempo, la "solitudine" dello Stato verso i fenomeni emergenziali che trascendono le competenze delle istituzioni sovranazionali e un'ampia "discrezionalità" conformativa dei modelli che, al di fuori dei confini dell'ordinamento nazionale, non ha ragione di profilarsi. I due paragrafi

caso della sentenza n. 127 del 2022), con la creazione di un vero e proprio diritto giurisprudenziale frammentato sulla definizione della limitazione operata. L'unico strumento di orientamento adeguato resta quello della valutazione secondo proporzionalità e precauzione della misura limitativa, adeguata alle concrete peculiarità del momento. Ad esempio, pur considerando una medesima libertà – quella di circolazione – è ovvio che le limitazioni assumono un significato diverso se consideriamo la c.d. *Fase 1* della pandemia con quella successiva all'introduzione dei c.d. *Green pass*, quindi, il "nucleo duro" acquista in valore relativo, determinato dalle circostanze materiali, dove molto dipende dai criteri interpretativi delle limitazioni seguiti a livello giurisprudenziale.

[152] Per G. BUCCI, M. DELLA MORTE, *Dopo la Pandemia: il futuro e la memoria costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2022, 74 s., la normalizzazione dell'emergenza, come riduzione della socialità, segnerebbe il ritorno ad una nuova barbarie. Riprendendo il volume di G. AZZARITI, *Diritto e barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

[153] Secondo I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 163, «le situazioni straordinarie acutizzano la propensione a ricollocare la funzione rappresentativa in capo ad un organo monocratico», che, calato nella situazione contingente, ha comportato uno spostamento progressivo della gestione emergenziale per "progressive insufficienze": dalla legge al decreto-legge, dal decreto-legge al d.P.C.M..

[154] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 141, sembra mettere in guardia dal cedere alle lusinghe di un supposto "diritto alla sicurezza", in quanto esso maschera sempre una rinuncia ad una quota delle proprie libertà. Il discorso sarebbe diverso nel caso di situazioni coperte da uno stato di emergenza temporaneamente circoscritto, dichiarato il quale rappresenterebbe l'unica circostanza in cui il "diritto alla sicurezza" ha margini di implementazione. Per tale ragione credo si possano stigmatizzare molte delle riforme che negli anni sono state enfaticamente definite "Pacchetti sicurezza", in quanto si collocano ben al di fuori di contesti emergenziali giuridicamente definiti e circostanziati e sviliscono il senso stesso della sicurezza. Un difficile tentativo di colmare la distanza tra libertà e sicurezza è compiuto da C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà*, Cedam, Padova, 2012, secondo il quale il diritto alla sicurezza deve essere inteso, al giorno d'oggi, come portatore di valori e limiti propri di ciascun diritto costituzionale, da vivere in una dimensione essenzialmente collettiva, e non confuso con la sicurezza che ha deviato dalla propria essenza e che prelude alle imposizioni di un regime autoritario.

che seguono vogliono fornire un'illustrazione essenziale di come il modello nazionale di produzione del diritto abbia seguito percorsi "inconsueti", che ne segnano la distanza rispetto a quelli europei.

7.1. Cenni sull'uso della decretazione d'urgenza in risposta all'emergenza pandemica

La tematica relativa all'uso del decreto-legge durante l'emergenza pandemica è stata oggetto di notevole attenzione in dottrina, sia per gli aspetti di novità che essa ha offerto sia per la densità delle implicazioni. È possibile qui dedicare ad essa soltanto qualche cenno che permetta di collocarla all'interno del discorso più ampio che si sta portando avanti. Inoltre, come si è anticipato, quale fonte tipica della necessità e dell'urgenza, esso ha attraversato tutte le epoche critiche toccate da questo lavoro, presentando in ciascuna di esse peculiare (e non sempre coincidente) conformazione. Anche il solo quadro dei decreti-legge pandemici adottati richiederebbe l'apertura di un'ampia parentesi, ma qui ci si limiterà a richiamarne soltanto alcuni, rinviando ad altre sedi l'illustrazione complessiva[155].

Si è accennato in precedenza alla circostanza che la Costituzione non ignora il fenomeno emergenziale[156], ciononostante essa non prevede – fatta salva la circoscritta ipotesi dell'art. 78 sullo stato di guerra – una disciplina dello stato di emergenza. Se consideriamo anche le varie disposizioni specifiche che riconoscono la limitabilità sostanziale di taluni diritti in casi eccezionali, queste contribuiscono a costituire una sorta di microsistema costituzionale "ordinario" dell'emergenza, il cui fulcro è da individuare sicuramente nell'istituto del decreto-legge.

Secondo un insegnamento piuttosto consolidato il decreto-legge nasce come atto con forza di legge da adottarsi da parte del Governo in ipotesi "limitatissime", tali dovevano essere intesi i «casi straordinari di necessità e di urgenza» cui fa riferimento l'art. 77 Cost. Nonostante ciò, è a partire soprattutto dagli anni '70 che l'uso del decreto-legge va incontro ad una graduale trasformazione che ne muta la natura originaria, con una progressiva dilatazione dei presupposti e una immediata ricaduta sul dato quantitativo. In sostanza, il decreto-legge progressivamente perde quei tratti di "eccezionalità"

[155] Per l'illustrazione dei decreti-legge adottati nella fase iniziale, i quali hanno definito i tratti del "secondo binario" normativo prescelto per il contenimento dell'emergenza si rinvia a R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 521, il quale li definisce appunto "originari"; nonché a A. CELOTTO, Necessitas non habet legem?, Mucchi, Modena, 2020.

[156] Per cui, come recentemente precisato dal compianto V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Piemme, Milano, 2020, essa fornirebbe tutti gli strumenti per un'adeguata risposta giuridica alla pandemia.

che gli si volevano attribuiti in origine[157].

È stato, quindi, osservato come la *ratio* originaria del decreto-legge fosse quella di assicurare la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento di fronte a situazioni imprevedibili di pericolo[158]. Tuttavia, questa tesi è stata posta in discussione proprio dall'evoluzione dell'uso del decreto-legge, che si è allontanato da quel rigoroso modello emergenziale, per adattarsi a situazioni sì urgenti, ma sicuramente molto meno "impegnative". D'altra parte, a seguire puntualmente il dettato costituzionale, il decreto-legge non è una fonte dell'emergenza, ma dell'urgenza, e i due concetti non sempre sono sovrapponibili[159].

Sarebbe possibile dunque riscontrare diverse graduazioni dell'emergenza, una che rientra nel perimetro dell'art. 77 Cost., che può essere gestita attraverso l'adozione di decreti-legge, e l'altra che lo travalica, determinando situazioni per le quali in dottrina è stata suggerita l'introduzione di un'apposita disciplina costituzionale degli stati d'emergenza[160]. Tale distinzione, però, acquista significati diversi a seconda del contesto, in particolare, a seconda dello stato di evoluzione di una determinata prassi sull'uso del decreto-legge che finisce per assoggettarvi o meno determinati fatti emergenziali.

Si è detto delle "torsioni" che l'uso del decreto-legge avrebbe subito nella prassi, tutte in qualche misura incidenti sulla portata dei presupposti giustificativi, spesso "stirati" beneficiando di una certa elasticità semantica, al punto da farvi rientrare anche qualcosa che "straordinario" non è, o comunque non lo è nel senso inteso originariamente in Costituzione: sono ben note, ad esempio, le prassi abusive dalla reiterazione o della adozione in carenza dei

[157] Per una approfondita trattazione delle progressive trasformazioni nell'uso del decreto-legge si vedano A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto legge fra Governo e Parlamento,* Giuffrè, Milano, 1975, IX ss.; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge. I profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997, 190 ss.; A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in ID. (a cura di), *L'emergenza infinita La decretazione d'urgenza in Italia*, EUM, Macerata, 2006, 19 ss.; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 151 ss.

[158] A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Nomos*, 1, 2020, 7, rimandando al pensiero di Vezio Crisafulli. Tuttavia, già lo stesso V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 104, non sembrava essere così perentorio, in quanto riconosceva che gli argomenti letterali non possedevano particolare forza persuasiva. Inoltre, tale tesi andrebbe rapportata a quella di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 834 s., ora in ID., *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. Nocilla, Milano, 1992, 193 ss., secondo il quale andrebbero distinte una necessità assoluta da una relativa, ove va rilevato che nella prassi il decreto-legge è usato più per la seconda e che per la prima.

[159] U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza*, cit., 5. Riguardo alla nozione di urgenza già L. GIANNITI, P. STELLA RICHTER, *Urgenza (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, 901 ss. Ora, esaustivamente, G. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, part. 441 ss.

[160] G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, cit., 5. Ulteriori indicazioni, *infra*, par. 10.

presupposti[161]. Ma, anche a prescindere dai vizi del decreto-legge, ciò che occorre segnalare è la trasformazione del modo di intendere l'uso dell'atto nella prassi degli organi politici. Non solo il decreto-legge è stato sempre più inteso come uno strumento normativo dell'urgenza "ordinaria", ma questa è stata sempre più sganciata dalla materialità del fatto per essere avvicinata alle esigenze relative di normazione dell'Esecutivo[162]. In sostanza il decreto-legge ha mutato nel tempo la propria essenza.

A poco sono valsi i tentativi compiuti dalla Corte costituzionale per riportare il decreto-legge sui binari di una maggiore correttezza costituzionale, sia perché la giurisprudenza sul punto si è caratterizzata per alcune problematiche oscillazioni – che hanno visto segnare "punti" importanti sulla tenuta del decreto-legge, ma anche perdere importati occasioni per un controllo più incisivo[163] –, sia perché il Giudice delle leggi ha sempre manifestato una certa "deferenza" rispetto alla valutazione dei presupposti rimessa al binomio Governo-Parlamento, attraverso il criterio della "evidente mancanza" elaborato a partire dalla nota sentenza n. 29 del 1995[164].

Nell'emergenza pandemica si sono, quindi, riproposte ancora questioni "antiche" sulla sussistenza dei presupposti alle quali se ne sono affiancate di "nuove", legate essenzialmente all'inedito collegamento di tali fonti con i d.P.C.M..

Quanto alla sussistenza dei presupposti è stato sostenuto che i decreti-legge adottati come "base" dei d.P.C.M., secondo lo schema emergenziale "alternativo" a quello di Protezione civile, presentino i requisiti di necessità e urgenza che la Costituzione prescrive, essendo la radicalità della situazione

[161] R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 520.

[162] U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza*, cit., 19. Come già insegnava A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 507, l'uso del decreto-legge potrebbe rappresentare il risvolto di una tacita modifica della forma di governo in Italia che riconosce «all'esecutivo un potere di disporre senza condizionamenti di sorta dell'attività legislativa».

[163] Nel primo senso si può ricordare la decisione che ha posto fine alla prassi della reiterazione (n. 360 del 1996), nonché la prima importante pronuncia di incostituzionalità di un decreto-legge per carenza dei presupposti, la n. 171 del 2007, seguita a breve distanza dalla sentenza n. 128 del 2008; ovvero la sentenza n. 22 del 2012, con cui la Corte ha censurato l'inserimento di disposizioni estranee in sede di conversione, così come avvenuto anche con la successiva sentenza n. 32 del 2014. Nel secondo senso, invece, le sentenze n. 355 del 2010 o n. 237 del 2013.

[164] Si vedano, tra i molti, P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. it.*, 2007, 2675 ss.; R. ROMBOLI, *Una sentenza «storica»: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro it.*, 2007, 1986 ss. Di recente, su tale criterio, cfr. le sentenze Corte cost. n. 99 del 2018 e n. 97 del 2019.

emergenziale da sola sufficiente a giustificarne l'adozione[165], a maggior ragione giustificati per dare una ulteriore copertura a livello primario ad interventi in materie coperte da riserva di legge[166]. Tuttavia, anche a tale riguardo il dubbio potrebbe porsi nel rapporto peculiare con la fonte ad esso connessa nella gestione dell'emergenza – il d.P.C.M. – in quanto i contenuti del decreto-legge rischiano di trasformarsi in una sorta di "delega" ad altra fonte, avente una funzione eminentemente esecutiva. Il decreto-legge vedrebbe così degradato il proprio carattere di fonte ad applicazione immediata[167], nonché la natura provvedimentale che tradizionalmente gli si vorrebbe attribuita[168].

Il decreto-legge finisce, così, per assumere le inedite vesti di una "fonte sulla produzione", che mai si era pensato potesse assumere in virtù della sua specifica natura di fonte dell'urgenza (utilizzabile, quindi, nelle emergenze)[169].

Estrapolato dal tessuto costituzionale del 1948, secondo una prospettiva che rievoca i tratti di un originalismo traslato dai diritti alle fonti, il decreto-legge è stato considerato da numerosi commentatori lo strumento più adeguato alle emergenze, per cui sarebbe stato opportuno affidare la gestione della pandemia proprio a tale fonte[170], magari recuperandone i tratti di provvedimentalità ormai perduti[171]. Una tesi di questo tipo, perfettamente aderente al dato costituzionale, può essere difficilmente praticabile se ci si colloca dal versante della prassi. Ci si trova in un ambito in cui, verosimilmente, diritto positivo e sua concreta attuazione da parte degli organi politici hanno lo

[165] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 119, secondo il quale la verifica reggerebbe anche a volersi discostare dal consolidato criterio della "evidente mancanza".

[166] S. ZEULI, *Il contrasto del Governo al Covid-19*, cit., 924, ritiene che si sia trattato comunque di una scelta apprezzabile che denota la particolare attenzione con cui il Governo ha affrontato la tematica emergenziale.

[167] R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 522; nonché, più specificamente, L. 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, 13 s.

[168] A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 337.

[169] Secondo P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, 47, il trasferimento di una parte del bilanciamento in capo a una fonte delegata sarebbe in contrasto con la natura auto-applicativa del decreto-legge. 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*, Fascicolo speciale 2020, 369 s., ha paragonato il decreto-legge pandemico a una "norma di riconoscimento" nel senso hartiano della definizione.

[170] In questo senso, ad esempio, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 9, la quale ritiene che un livello maggiore di garanzia sarebbe stato offerto da un intervento mediante legge. Cfr. A. CELOTTO, Necessitas non habet legem?, cit., 60 ss.; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 558 ss.

[171] P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale*, cit., 47.

stesso peso argomentativo. Non è solo importate capire come la Costituzione delinea l'uso di una certa fonte, ma anche come questo sia correntemente percepito da parte degli organi legislativi (entro i margini che la Corte costituzionale ha comunque lasciato aperti). In parole povere, se il Governo ricorre normalmente al decreto-legge per una proroga di termini in scadenza (i famosi "milleproroghe"), potrà adottare lo stesso strumento per un'emergenza come quella pandemica? O, per fare un parallelo con il fenomeno della crisi economica visto in precedenza, possono porsi sullo stesso piano le misure adottate per contenere i contagi con le manovre economiche (di carattere sistemico) cui il Governo ha dato corso con decreti-legge?

Diversi fattori potevano, quindi, far ipotizzare che il decreto-legge non fosse da solo sufficiente per disciplinare il regime emergenziale della pandemia. E questo sia muovendo da una prospettiva "patologica", che vede nel mutamento che l'uso dell'atto ha subito nella prassi degli organi la ragione ultima della sua "insufficienza"[172], sia "fisiologica", legata alternativamente alla natura cangiante e mutevole, in rapido divenire, della pandemia[173], ma anche al fatto che il decreto-legge, da un punto di vista procedimentale, si è scoperto troppo lento per un fenomeno di questo genere[174].

7.2. Cenni sull'uso dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in risposta all'emergenza pandemica

Il profilo di maggiore innovazione sul versante della produzione normativa nazionale è sicuramente quello concernente l'uso del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri come fonte "preminente" della pandemia. La peculiarità della scelta di affidare a un atto, la cui natura normativa è tutt'altro

[172] Emblematiche le parole di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 16 giugno 2020, «era logico aspettarsi che, diventato il decreto legge una forma anomala, ma invalsa nella prassi, di legislazione corrente, quando si fosse presentata una vera situazione di necessità e urgenza, il procedimento ideato dai Costituenti per fronteggiare velocemente l'emergenza sia apparso "lento", come "lento" era apparso il procedimento ordinario di formazione della legge di fronte all'abuso della parola "emergenza" per qualunque problematica economica o sociale si presentasse al vaglio della politica».

[173] Ha osservato U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza*, cit., 21, che il decreto-legge è stato pensato per far fronte ad eventi che, pur potendo avere una durata più o meno lunga, si presentano come sostanzialmente statici, mentre la pandemia è in continua ed imprevedibile evoluzione.

[174] Collegandosi all'aspetto sopra accennato della mutevolezza della pandemia, P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale*, cit., 50, ha rilevato che il livello di "provvisorietà" delle misure è apparso eccessivo anche per una misura come il decreto-legge, in quanto le esigenze di adattabilità risultano ben più serrate del pur breve termine di sessanta giorni di autonoma vigenza, i quali, a ben vedere, parrebbero un'eternità se rapportati agli sviluppi di un'epidemia. Così i d.P.C.M. avrebbero tentato di assecondare tale esigenza di rapido adeguamento normativo. Anche per A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., 694, sarebbe proprio la natura del decreto-legge a renderlo inutilizzabile in casi come quello pandemico, con efficace metafora «il Parlamento-tartaruga non riuscirebbe mai a raggiungere ed a superare il Governo-Achille».

che pacifica[175], il compito di adottare le concrete misure limitative dei diritti e delle libertà costituzionali emerge già se si pone attenzione all'uso che ne era stato fatto in epoche precedenti la pandemia, un uso sicuramente molto diverso rispetto a quello del tempo presente[176].

La principale critica generale mossa all'uso di tale fonte nella gestione della pandemia risiede nella considerazione che, derogando al sistema previsto dal Codice di Protezione civile, essa avrebbe contribuito alla costruzione di un vero e proprio sistema delle fonti *extra ordinem*,[177] mentre una migliore garanzia dei diritti poteva essere assicurata attraverso il ricorso a strumenti normativi che la Costituzione già mette a disposizione a tal fine. Ad ogni modo, anche a voler rinvenire un fondamento dei d.P.C.M. nei decreti-legge, essi recherebbero pur sempre profili di dubbia legittimità, vista l'ampiezza della "delega" conferita dalla fonte primaria[178].

Come accennato, l'esatta ricostruzione della natura di tali atti è tutt'altro che semplice. Tendenzialmente in dottrina, per l'uso fattone nel caso recente, essi sono stati assimilati alle ordinanze *extra ordinem*[179], atti amministrativi che la Corte costituzionale ha in passato ritenuto conformi ai principi costituzionali purché rispettosi di rigide condizioni che attengono alla loro efficacia temporalmente limitata, all'adeguatezza della motivazione, alla specificità della situazione regolata, alla conformità ai limiti dettati dalla necessaria copertura legislativa che ne abilita l'adozione[180].

Dato che, però, il sistema di Protezione civile, cui si è accennato sopra, già prevedeva l'adozione di atti dotati di natura affine alle suddette ordinanze, si è posto il problema (di rilievo non soltanto teorico) di definire i rapporti tra le ordinanze di Protezione civile[181] previste in quella sede e i d.P.C.M. adottati

[175] Si tratterebbe di atti che non presentano caratteristiche formali stabili e dove gli stessi contenuti difficilmente sarebbero configurabili in senso stretto come "normativi". Cfr. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., 89 ss. Ovviamente ciò fino alla gestione dell'emergenza, dove i d.P.C.M. "mutano" la propria consueta natura, a favore di una vocazione sostanzialmente normativa.

[176] Si veda L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.

[177] Rileva una certa "discontinuità costituzionale" della produzione normativa pandemica V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2020, 893 ss.

[178] Osserva A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 23, che «quando uno stesso decreto legge fonda provvedimenti, incidenti sui diritti, molto differenti fra loro, risulta manifesto come l'atto che *effettivamente* restringe i diritti sia il d.P.C.M. e non il decreto legge».

[179] Diffusamente sul punto, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 19 s.; I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 139 ss.; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza*, cit., 23 ss.

[180] Si vedano, in particolare, Corte cost., n. 26 del 1961; Corte cost. n. 4 del 1977, Corte cost., 115 del 2011.

[181] Sulle quali si veda S. PALUMBO, *Le ordinanze in materia di protezione civile, tra potere di urgenza e urgenza di potere*, in *Persona e amministrazione*, 2, 2020, 375 ss.

secondo il più innovativo "modello". Per alcuni autori i due sistemi sarebbero riconducibili ad unità proprio attraverso l'assimilazione dei d.P.C.M. alle ordinanze di cui, nella sostanza, condividerebbero la natura. Il fondamento di legittimità di tali atti andrebbe, quindi, individuato nel combinato delle disposizioni sancite, in generale, dal Codice di Protezione civile del 2018 e, in specie, da quelle rese necessarie dagli adattamenti concreti con la serie dei decreti-legge pandemici[182]. Altri Autori, invece, hanno, sin dall'inizio, rilevato che le ordinanze di Protezione civile e i d.P.C.M. non sarebbero identificabili su un piano formale, in quanto i secondi normalmente non contengono alcun riferimento al fondamento nel sistema di Protezione civile, ma, al più, alla dichiarazione dell'emergenza del 30 gennaio 2020 ad opera dell'OMS, inoltre, non vi sarebbe nemmeno una coincidenza sul piano soggettivo dell'esercizio del relativo potere, per cui il relativo fondamento andrebbe individuato nei decreti-legge "originari"[183].

Il dubbio parrebbe risolto nel secondo senso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 198 del 2021[184], la quale ha affrontato lo specifico profilo della legittimità costituzionale del sistema di produzione del diritto nell'emergenza. Il fulcro della motivazione sul punto ruota attorno alla differenza concettuale tra "atti necessitati" e "ordinanze necessitate" già fatta propria dalla Corte nella sentenza n. 4 del 1977[185]. Mentre i d.P.C.M., in quanto atti a contenuto tipizzato, sarebbero assimilabili ai primi, le ordinanze di Protezione civile, a contenuto libero, sarebbero affini alle seconde. I d.P.C.M. attuativi dei vari decreti-legge "pandemici" non corrispondono, quindi, alle ordinanze di cui al Codice di Protezione civile, dato che, secondo la Corte, sarebbe

[182] Per tale tesi, in primo luogo, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 1, 2020, 97; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020. Nonché M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 123; A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti*, cit., 13.

[183] R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 524; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 568.

[184] Da qui la posizione chiara di A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i d.P.C.M. e la gestione della pandemia*, cit., che, sulla scorta della lettura della decisione, sostiene che «i d.P.C.M. del "covid-19", infatti, sono atti che non hanno né l'aspetto esteriore del sotto-tipo particolare e positivo (le ordinanze disciplinate dal Codice di Protezione), mancandone tutti gli elementi essenziali: il *nomen*, l'indicazione delle norme a cui si intende derogare e la motivazione (che a rigor di codice dovrebbe pure essere esaustiva), né tanto meno hanno – ed è questo il punto davvero importante – la natura e la sostanza del tipo generale (ordinanze contingibili e urgenti), essendo atti (normativi o meno) che attuano fonti primarie senza derogare ad alcuna norma di legge». Cfr. altresì O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 11, 2022, 180.

[185] Secondo la Corte entrambi avrebbero come «come presupposto l'urgente necessità del provvedere, "ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni"».

confermato dalla circostanza che nelle premesse dell'atto è al più richiamata la dichiarazione dello stato di emergenza, ma poi è immediatamente specificato che lo scopo dell'atto è quello di dare attuazione alle disposizioni dei decreti-legge e non del d.lgs. n. 1 del 2018.

Residua all'esito della decisione appena richiamata un dubbio che concerne la possibilità di configurare il sistema delle fonti usate durante l'emergenza come "tipico" ovvero "atipico". In dottrina erano state segnalate le aporie di un sistema che non sembrava avere precedenti nell'esperienza dell'ordinamento italiano[186]. La Corte, infatti, non usa mai tale aggettivo per connotare la produzione giuridica pandemica, ma si limita a ricondurla ad un modello "alternativo", comunque conforme al dettato costituzionale.

Anche se non sono mancate voci critiche[187], il dibattito intorno alla tipicità della produzione del diritto secondo il binomio decreto-legge/d.P.C.M. è stato chiuso dalla Corte secondo un approccio piuttosto pragmatico, le cui conclusioni apparivano, invero, prevedibili, perché già formulate tra le righe della precedente sentenza n. 37 del 2021, con cui era stata risolta a favore dello Stato la controversia sulla competenza legislativa nella "materia pandemica".

Secondo i Giudici della Consulta, il modello della Protezione civile, pur positivamente determinato, non sarebbe l'unico conforme a Costituzione e, per di più, non godrebbe del fondamento in una fonte rinforzata. Ciò non precluderebbe al legislatore di ricorrere ad una diversa modalità di risposta normativa in situazioni di emergenza, qualora dovesse apparire più adeguata alle esigenze del caso, come ha fatto ricorrendo ad un sistema che si basa su una limitazione generale disposta con fonte primaria (il decreto-legge) e una specifica esecuzione delle sue disposizioni rimessa alla fonte amministrativa (il d.P.C.M.).

Tale modello è, infine, ritenuto aderente al quadro costituzionale[188] perché non vi sarebbe stata alcune surrettizia delega del potere legislativo in capo al Presidente del Consiglio, in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né quest'ultimo avrebbe illegittimamente esercitato poteri straordinari in contrasto con le garanzie dell'art. 78 Cost. La legittimità dell'uso del d.P.C.M. viene, quindi,

[186] Ad esempio, A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 337, ha osservato che il ricorso ad un sistema così innovativo «abbia prodotto una "mela avvelenata", che è consistita, da un lato, nel porre sotto un'insostenibile tensione il principio di legalità in senso formale e sostanziale, dall'altro, nell'infilarsi nel vicolo cieco cui conduce il sottostimare le caratteristiche strutturali della contingibilità e dell'urgenza». I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 139, ha invece rilevato come quella seguita ai tempi del Covid sia stata una "inusuale" tecnica di produzione del diritto.

[187] A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei D.P.C.M.: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, 9 ss.

[188] In questo senso già U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale, 2020, 310 ss.

ricondotta alla sua natura meramente esecutiva, la quale gli impedirebbe di ampliare il quadro delle limitazioni oltre ciò che è disposto con decreto-legge[189].

Il problematico utilizzo del d.P.C.M. è emerso con tutta evidenza sin dal momento in cui tale fonte ha fatto la sua comparsa sulla "scena" ordinamentale a partire dal d.l. n. 6 del 2020[190]. In questo atto, che per la prima volta accenna all'eventualità che il Presidente del Consiglio possa adottare «ulteriori misure di contenimento dell'emergenza», difettano tutti quegli elementi che sono tipici di una fonte principale nel suo rapporto con una esecutiva. Non definisce i principi a cui l'atto esecutivo deve attenersi, non specifica le modalità procedimentali della sua adozione, dispone limitazioni dai contorni piuttosto indefiniti, rimettendone la concreta determinazione solo all'atto esecutivo e preclude ogni forma di intervento parlamentare sulle misure concretamente adottate.

Un tentativo di rimediare a tali palesi lacune nella disciplina di un modello tanto innovativo si è reso necessario già con il decreto-legge immediatamente successivo, frutto di una meditazione sicuramente più accorta del primo. Con d.l. n. 19 del 2020, infatti, è sancito che le misure emergenziali debbano attenersi ai principi di proporzionalità e adeguatezza al rischio. Inoltre, proprio in ragione della particolare connessione all'evoluzione dello stato di fatto, le misure sono adottate per un periodo non superiore a trenta giorni. Il Governo definisce, poi, la procedura da seguire per l'adozione dei d.P.C.M.: su proposta del Ministro della Salute, sentiti i Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze, nonché altri ministri competenti per materia e i Presidenti delle Regioni interessate.

Infine, prevede un doppio sistema di "parlamentarizzazione" dei d.P.C.M., sia attraverso una forma di interlocuzione successiva – con obbligo di trasmissione del d.P.C.M. alle Camere e di riferire alle stesse ogni quindici giorni sulle misure adottate – sia preventiva – con illustrazione dei provvedimenti da adottarsi da parte del Presidente del Consiglio, al fine di tener conto degli indirizzi formulati. Meccanismo che però non sarebbe sufficiente a recuperare il primato parlamentare sul piano della produzione del diritto[191].

[189] Dubbi su tale profilo in E. FURNO, *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, cit., 306.

[190] I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

[191] 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, 126, ha sottolineato che il Parlamento non ha la possibilità di apportare emendamenti o di incidere sulla conversione di tali atti, ma soltanto di fornire "indirizzi" non si sa fino a che punto in grado di influenzare le scelte dell'esecutivo. Dubbi sulla effettiva vincolatività degli indirizzi anche in R. MAZZA, *La "parlamentarizzazione" dell'emergenza Covid-19 tra norme e prassi*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 160 s. Anche N. LUPO, *Il Parlamento*

Nella prassi, quindi, il d.P.C.M. finisce per atteggiarsi come fonte "co-primaria" in quanto, formalmente mantiene natura amministrativa, ma materialmente tocca diritti la cui limitazione è normalmente coperta da riserva di legge. La connotazione "co-primaria" deriverebbe dalla previsione di un controllo parlamentare estremamente blando, legato esclusivamente alla conversione dei decreti-legge e alla prassi della comunicazione, che consentirebbero al d.P.C.M. di entrare in vigore ben prima della conversione, spesso sulla base di indicazioni estremamente vaghe contenute nei decreti-legge abilitanti, al limite della "delega in bianco". Non si tratta atti amministrativi nel senso materiale del termine, perché la loro natura normativa è innegabile, analogamente ai regolamenti, rispetto ai quali però scontano un grado ancora minore di incidenza parlamentare. I d.P.C.M. finiscono, quindi, per integrare i contenuti dei decreti-legge su un piano "quasi paritario", assumendo una natura ibrida che, da una parte li vede incidere su diritti coperti spesso da una riserva di legge rinforzata, dall'altra li assoggetta solo al sindacato del giudice comune, ma non della Corte costituzionale[192].

Resta, infine, un ultimo profilo critico, che trascende il piano delle fonti, collocandosi piuttosto su quello dell'equilibrio tra i poteri. L'adozione di atti "monocratici", come i d.P.C.M., determinerebbe un più forte accentramento della gestione della pandemia non solo nell'esecutivo, ma nel Presidente del consiglio, con una evidente "verticizzazione" del potere, che normalmente si accompagna ai fenomeni emergenziali[193]. L'uso di tale fonte potrebbe anche porsi come sintomo di debolezza dell'Esecutivo rispetto alla maggioranza parlamentare e, a sua volta, del Presidente del Consiglio nella compagine governativa[194], aspetto che porterebbe a preferire nella gestione della pandemia il ricorso a un atto che non deve passare dal vaglio della conversione o dalla collegialità del Consiglio dei Ministri. Tuttavia, questa scelta potrebbe

nell'emergenza pandemica, tra rischio di autoemarginazione e "finestra di opportunità", in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Filangieri, Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, Quaderno 2020, 156, ha rilevato che tale meccanismo si è rivelato troppo "pesante" e, quindi, inefficace. Di soluzione "penalizzante" per le Camere parla P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 297.

[192] Inoltre, non si è mancato di evidenziare che, talvolta, i d.P.C.M. assumano a loro volta la natura di "fonti sulla produzione" ove rinviano a ordinanze ministeriali per la concreta specificazione delle limitazioni previste (ad esempio, nel caso della determinazione delle c.d. Zone rosse). La conformità al principio di legalità di tale soluzione sarebbe estremamente dubbia, in quando la fonte abilitate l'adozione di un atto amministrativo (l'ordinanza) sarebbe collocata in un atto non assimilabile alla legge (il d.P.C.M.). I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 142.

[193] M.A. GLIATTA, *Brevi considerazioni sull'uso dei D.P.C.M. nella gestione dell'emergenza sanitaria*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 961; C.A. CIARALLI, *Protagonismo governativo ed alterazione del sistema delle fonti del diritto: nuovi equilibri in tempo d'emergenza?*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 77 ss.

[194] M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti*, cit., 21.

rinvenire la propria giustificazione anche in una eccezionale esigenza di celerità nell'adattamento delle misure, difficile da conseguire attraverso atti di natura collegiale, e strettamente connessa alle peculiarità di dimensione globale e mutevolezza che caratterizzano la pandemia.

Tale ultimo aspetto consente di chiudere questa lunga parentesi sulle vicende dell'ordinamento nazionale che, per il peso avuto nel dibattito dottrinale recente, non potevano essere ignorate. Tuttavia, consente anche di tracciare una linea tra le vicende del sistema nazionale delle fonti e quelle relative alla dimensione globale e sovranazionale della pandemia. Per rientrare nel filo del discorso, dopo quest'ampia digressione, si può porre un interrogativo, se sia stata l'esistenza di fattori "esogeni" (o sovranazionali) a indurre la scelta di utilizzare un modello normativo del tipo descritto, vale a dire, se l'eccezionale straordinarietà del caso dipende anche dalla sua connotazione globale e dall'impreparazione dell'ordinamento nazionale a dare risposte adeguatamente pronte secondo i consueti schemi.

Non sembra possibile ricavare dai dati empirici a disposizione elementi che permettano di stabilire con certezza una diretta connessione tra questi profili, ovvero se la scelta di un modello innovativo di produzione giuridica sia stata indotta dalle caratteristiche globali dell'emergenza piuttosto che da carenze strutturali del sistema delle fonti. Tuttavia, l'articolazione del piano delle competenze a livello sovranazionale (in particolare europeo) sembra aver rimesso al centro della produzione giuridica lo Stato; quest'ultimo, che negli anni ha visto progressivamente ridursi la propria attività normativa a favore di istituzioni sovranazionali e che nel campo dei diritti di rilievo puramente interno ha dimostrato una estrema lentezza (sono emblematiche le vicende che hanno accompagnato il noto "caso Cappato", con la mancata "risposta" del legislatore al monito della Corte costituzionale nel termine che questa aveva fissato), è stato recentemente "costretto" a fare tutto e subito, denotando – allo stesso tempo – grande capacità e volontà di reazione (si direbbe oggi, resilienza), ma anche notevoli carenze strutturali sul piano dell'adeguatezza del sistema delle fonti vigente (inteso in senso materiale) a rispondere ai contesti emergenziali senza ricorrere agli artifici della "atipicità" (o, come la chiama la Corte, della "alternatività").

8. La risposta europea alla crisi post-pandemica. Di nuovo sulla crisi economica, ma con un mutamento di paradigma

Come si è avuto modo di scrivere in precedenza (v. *retro*, par. 5), uno degli aspetti peculiari della pandemia è quello di condensare in un unico evento sia elementi puramente emergenziali, sia elementi tipici della crisi, soprattutto sul

versante delle conseguenze economiche post-pandemiche[195]. Sulla base delle precisazioni fatte in apertura, queste possono richiedere interventi ben diversi da quelli emergenziali in senso stretto, con riforme di sistema, nelle quali gioca un ruolo di primo piano il diritto sovranazionale per la dimensione globale della crisi[196]. Per tale ragione è interessante porre a raffronto l'esperienza più recente della crisi post-pandemica con quella della crisi economica, per verificare se ci sono elementi di affinità (legati, ad esempio, ai "vincoli" e alle "condizioni" alla produzione normativa nazionale) o elementi di differenza (per lo più legati all'approccio, ai tempi o al tipo di condizioni imposte)[197].

La precedente esperienza della risposta alla crisi economica si era caratterizzata per un approccio di estremo rigore nei confronti di alcuni Stati, basti pensare al sistema di regole comuni che questi erano tenuti ad osservare per raggiungere determinati fini di bilancio e al "severo" regime di condizioni e sanzioni che i vari atti adottati (ad esempio i due *Packs*) prevedevano, è stato però osservato come il rigore non abbia sul medio-lungo periodo favorito la crescita, con effetti contrari a quelli che si volevano realizzare e, per di più, con una contrazione delle garanzie sul piano dei diritti sociali cui non si è associata una apprezzabile integrazione finanziaria e un rilancio delle crescita adeguato[198].

Una maggiore consapevolezza dei possibili effetti negativi legati a un approccio rigido nelle misure ha portato, nella gestione delle conseguenze economiche della pandemia a livello europeo, ad una svolta rispetto al passato, con misure che focalizzano l'attenzione più sul rilancio che sui bilanci ed un quadro maggiormente permeato dal principio di solidarietà[199]. Ciò ha

[195] L'aspetto concernente le risposte economiche e il suo impatto sulla tenuta delle istituzioni democratiche è analizzato in chiave critica da E. BRANCACCIO, *Democrazia sotto assedio*, Piemme, Milano, 2022.

[196] Come, infatti, ha osservato A. RIVIEZZO, *Fonti dell'emergenza e Costituzione economica*, cit., 130 s., le crisi economiche, anche se hanno un impatto sociale significativo non ne intaccano i fondamenti da un punto di vista istituzionale o giuridico, al più favoriscono la maturazione di una maggiore consapevolezza circa la necessità di dar vita a nuovi e diversi progetti sociali, obiettivo perseguibile soltanto attraverso riforme di carattere strutturale.

[197] Nel porre a raffronto le due crisi A. PISANESCHI, *Dalla crisi Lehmann Brother alla crisi Covid. Istituzioni europee e regolazione bancaria alla prova dello stress test*, in *Federalismi.it*, 7, 2022, 247, ha rilevato una notevole differenza di risposta delle istituzioni europee di fronte a questi eventi, con una tempestività e una efficacia sensibilmente maggiore nella più recente, avendo probabilmente fatto tesoro degli errori del passato.

[198] R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, cit., 691.

[199] Numerose iniziative adottate in reazione alla pandemia (ad esempio, le due iniziative di investimento CRII e CRII+ con somme da destinare ai servizi sanitari nazionali; il PEPP per l'acquisto, tramite banche centrali, di titoli pubblici e privati fino a 750 miliardi di Euro; il sostegno SURE per mitigare il rischio del calo di occupazione e, soprattutto, il programma *Next Generation EU*), segnano un deciso cambio di rotta rispetto alla crisi economica (cui si è accompagnata la successiva crisi dei debiti sovrani). La direzione è sempre più quella del passaggio dai prestiti condizionati a forme combinate di sussidi più prestiti del *Next Generation EU*, strumento realmente innovativo e

condotto all'adozione di misure inedite[200]. Pertanto si può osservare che – sul piano delle fonti – mentre la precedente esperienza della crisi si è tradotta in un considerevole numero di vincoli, che hanno inciso anche sul testo costituzionale, questi hanno prodotto benefici concreti forse inferiori a quelli attesi.

Alla radice di un approccio poco solidaristico nella gestione della crisi economica c'è stata una scarsa valorizzazione dell'impatto asimmetrico del fenomeno. Ciò ha portato ad improntare i rapporti tra Unione e Stati secondo criteri "antagonisti", identificando, a seconda del caso, Stati "virtuosi" e Stati "debitori". Tra l'altro, la frammentazione è stata acuita dalle differenze di regime che hanno riguardato, ad esempio sul Patto di stabilità, i Paesi dell'Eurozona rispetto agli altri[201]. Anche nel caso delle misure adottate per fronteggiare la crisi post-pandemica, come ad esempio per l'approvazione del programma *Next Generation EU*, si è registrato un iniziale approccio divisivo, che ha reso particolarmente complessi i negoziati, con varie forme di differenziazione, oltre a quelle tradizionali tra Stati frugali e non, sono emerse quelle tra Stati osservanti dei principi dello "stato di diritto" e Stati che denotavano qualche lacuna su questo versante[202]. A fronte di ciò, però, si è registrata una risposta europea innovativa. Senza l'intervento attivo dell'Unione, che si è mossa nella direzione di «un vero bilancio pluriennale europeo, con il riconoscimento dell'importanza di obiettivi strategici comuni concernenti i beni pubblici europei, con risorse proprie per conseguirli, con la capacità di emettere titoli della UE, di fare una politica economica europea per contrastare la recessione e preparare un futuro migliore per le nuove generazioni», probabilmente non ci sarebbe stata una ripresa in termini piuttosto rapidi (quantomeno dalla pandemia)[203], con una tendenziale maggiore omogeneità della crescita a livello degli Stati membri e una maggiore integrazione dopo la crisi[204].

Il quadro degli interventi europei in reazione alla crisi pandemica è davvero imponente, sia per entità economica che per complessità dei progetti, per cui è opportuno darne conto in maniera molto sommaria, senza indugiare eccessivamente sugli aspetti di contenuto che porterebbero fuori dal tema che

«conforme al paradigma della solidarietà sia emergenziale sia riequilibratoria nella distribuzione, nell'utilizzo e nella restituzione dei fondi, rispetto a strumenti […] basati sulla logica dei prestiti variamente condizionati da restituire in tempi abbastanza brevi». Così G. MORGESE, *Solidarietà di fatto… e di diritto*, cit., 111 s. Cfr. G. PITRUZZELLA, *Next Generation Eu, the Principle of Solidarity and the Responsibility of the Member States*, in *Passaggi costituzionali*, 2, 2021, 11 ss.

[200] E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea*, cit., 178.

[201] I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio*, cit., 4.

[202] A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, 239; A. MARTINELLI, *L'Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, 547.

[203] A. MARTINELLI, *L'Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 544.

[204] A. PISANESCHI, *Dalla crisi Lehmann Brother alla crisi Covid*, cit., 258.

si vuole svolgere.

Si devono segnalare al riguardo il programma di acquisto di titoli di debito per l'emergenza pandemica (PEPP), attraverso il quale la BCE finanzia gli scostamenti di bilancio necessari per le misure di controllo della pandemia. Congiuntamente a questo, l'attivazione della "clausola di salvaguardia" del Patto di stabilità e crescita, per consentire agli Stati di incrementare la spesa pubblica senza rischiare una procedura per deficit eccessivo, a fronte di eventi non controllabili che richiedono maggiore flessibilità economica. Al fine di favorire la ripresa economica degli Stati europei è stato predisposto un apposto *Pandemic Crisis Support* (nell'ambito del programma MES), che mette a disposizione degli Stati fondi a credito soggetti all'unica condizione del loro investimento in spese sanitarie o per il contrasto della diffusione del Covid-19. Inoltre, per contenere l'impatto della crisi pandemica nel mondo del lavoro è predisposto il meccanismo SURE, che consiste in forme di finanziamento per la riduzione dell'orario di lavoro o altre misure di protezione dell'occupazione e della potenziale perdita di reddito[205].

Ma il programma certamente più significativo, sia per dimensioni che per innovatività, è quello relativo al *Next Generation EU*, un piano economico per la promozione degli investimenti in settori strategici. Si tratta di un accordo, raggiunto nell'ambito del Consiglio dei capi di stato e di governo UE il 21 luglio 2020, che prevede una dotazione di 750 miliardi di Euro, reperiti attraverso la contrazione di prestiti sui mercati, che si inserisce nell'ambito dell'integrazione del Quadro finanziario pluriennale 2021-2027.

L'importo così stanziato è diretto a finanziare, in netta prevalenza, il c.d. *Recovery Fund*, per una somma complessiva di 672,5 miliardi di Euro di cui 312,5 erogati sotto forma di sussidi agli Stati e 360 sotto forma di prestiti. Si tratta del principale, ma non unico[206], strumento finanziario per l'attuazione degli obiettivi del *Next Generation EU* ed è quello che maggiormente interessa questo lavoro, perché in grado di incidere maggiormente sul profilo della produzione normativa degli ordinamenti nazionali. Come è stato opportunamente osservato, questo piano non ha un significato puramente economico, ma corrisponde ad un preciso progetto politico ove alla ripresa viene associata l'implementazione dei valori europei e dei diritti fondamentali negli

[205] Per indicazioni più dettagliate si rinvia a R. CABAZZI, E. COSTANZO, *La pandemia e i suoi lasciti*, cit., 17 ss.; S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 570 ss.; G. MORGESE, *Solidarietà di fatto… e di diritto*, cit., 100 ss.

[206] In totale i programmi sono 7. Oltre al già citato *Recovery Fund* (RRF da *Recovery and Resilience Facility*), gli altri programmi sono: il *ReactUE* per il rafforzamento della politica di coesione; il *RescEU* per i programmi di protezione civile; il programma *Horizon EU* per la ricerca e l'innovazione; il *Just Transition Fund* per il sostegno al passaggio a un'economica sostenibile; il *Rural Development* per lo sviluppo delle zone rurali, e l'*InvestEU* per il sostegno agli investimenti in Europa.

Stati membri che accedono al Fondo[207].

Per quanto concerne il quadro delle fonti di livello europeo che ha accompagnato l'approvazione del *Next Generation EU* esso si presenta particolarmente articolato. Alla proposta della Commissione del 27 maggio 2020, cui è seguita la decisione del Consiglio dei capi di Stato e di Governo del 21 luglio 2020, hanno dato attuazione una pluralità di atti, tutti essenzialmente riconducibili al diritto dell'Unione. Il percorso ha, infatti, visto una prima approvazione, il 17 settembre 2020, delle linee guida per l'attuazione del *Recovery Fund* da parte della Commissione. A queste hanno fatto seguito atti di diritto primario, in particolare i tre Regolamenti del dicembre 2020, rispettivamente nn. 2092, 2093 e 2094, i quali hanno definito il regime delle condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, stabilito il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2017, istituito uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 (in sostanza, l'articolazione del quadro di finanziamenti e prestiti legato al *Next Generation EU*). Infine, con il Regolamento 2021/241, approvato da Parlamento e Consiglio, è stato determinato il dispositivo per la ripresa e la resilienza (il *Recovery Fund*), sulla cui base dovranno essere presentati i PNRR degli Stati membri.

Tale quadro consente di fare due rapide riflessioni in tema di fonti del diritto, una dal versante propriamente europeo, in rapporto alla precedente esperienza, l'altro sull'impatto che questo produce nel diritto nazionale.

Quanto al primo aspetto, occorre segnalare che, malgrado le notevoli difficoltà iniziali[208] – comprensibili, in un certo senso, in ragione del momento "epocale" di svolta economica che si è presentato all'indomani della pandemia e delle differenze di fondo tra Stati, mai superate realmente – si è avuto un recupero deciso del metodo "comunitario" rispetto alla precedente esperienza, in cui la risposta era stata prevalentemente affidata a trattati

[207] S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 579. Indicativo di tale apporto alla crescita "trasversale" è l'individuazione delle aree di intervento e priorità del *Recovery Fund*, i sei pilastri indicati dal considerando 10 del Regolamento 2021/241: « 1) transizione verde, compresa la biodiversità; 2) trasformazione digitale; 3) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (occupazione, ricerca, sviluppo e innovazione); 4) coesione sociale e territoriale; 5) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale; 6) politiche per la prossima generazione, infanzia e gioventù, incluse l'istruzione e le competenze». Vedi A. MARTINELLI, *L'Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 553.

[208] Cfr. E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea*, cit., 178. Si consideri che, però, tale contributo usciva in pubblicazione poco prima che si giungesse all'approvazione dei Regolamenti istituitivi del *Next Generation EU*, quindi teneva presenti gli esiti positivi, ma articolati, dei negoziati ultimati a luglio 2020.

internazionali e al metodo "intergovernativo"[209].

Anche a fronte di alcune "carenze istituzionali", rilevate con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la risposta europea alla crisi economica aveva registrato una sorta di "fuga dai Trattati" e, quindi, dal metodo "comunitario"[210]. Di fronte alla crisi pandemica, invece, al metodo intergovernativo che ha caratterizzato la prima fase dei negoziati sull'elaborazione del *Recovery Fund* e, soprattutto, nella definizione delle "condizionalità", si è affiancato in maniera decisa il metodo comunitario che ha trovato riscontro nell'adozione degli atti regolamentari sopra citati. Nonostante la complessità dei raccordi tra istituzioni, in ragione della procedura di codecisione utilizzata, si è registrato il pieno coinvolgimento di Commissione, Parlamento e Consiglio, con la Commissione chiamata a svolgere un importate ruolo propulsivo e il Parlamento e il Consiglio impegnati nel legiferare. Ma non solo, Commissione, Parlamento e Consiglio sono chiamati ad intervenire attivamente anche nella fase esecutiva del piano (si pensi che la Commissione è chiamata a svolgere la valutazione dei Piani nazionali, la cui approvazione spetta al Consiglio; ovvero, alla circostanza che sia la Commissione a presentare al Consiglio le proposte di sospensione per violazione delle condizionalità e quest'ultimo le delibera; inoltre, il Parlamento conserva un ruolo di supervisione sull'attuazione del Piano per l'intera durata, beneficando dell'invio di relazioni e documentazione sui piani).

Come già detto nelle premesse, al livello sovranazionale ed europeo le novità maggiori si collocano sul piano dell'azione, piuttosto che su quello delle fonti in senso stretto, proprio a tale riguardo è possibile rilevare profili che si intrecciano con quanto più approfonditamente trattato in altre relazioni di questo convegno, su tutte quella di Anna Alberti sui vincoli finanziari e quella di Fabio Pacini sul *soft law*.

Accanto agli atti di *soft law* e alle varie "linee guida", "raccomandazioni" e "atti di indirizzo", però, l'impianto del *Next Generation EU* è affidato ad atti tipici del diritto dell'Unione, dotati di effetti pienamente vincolanti, che conformano i margini di manovra degli Stati e condizionano la produzione giuridica nazionale.

8.1. L'impatto dell'attuazione del PNRR sul sistema nazionale: tra riforme, condizionalità e fonti

La procedura per la presentazione dei Piani nazionali è definita dagli artt. 17

[209] Sull'utilizzo della procedura di codecisione e sul ruolo che assolvono Commissione, Consiglio e Parlamento nell'attuazione del *Recovery Fund* cfr. A. MARTINELLI, *L'Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 551 e 563.

[210] S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 562.

ss. del Regolamento 2021/241. Gli Stati membri che desiderano accedere ai finanziamenti presentano la propria domanda alla Commissione (entro il 30 aprile 2021), tenendo presenti le *Raccomandazioni specifiche per Paese* elaborate nell'ambito del Semestre europeo. La Commissione è chiamata a valutare il Piano (nonché il suo aggiornamento), indicando anche l'importo del finanziamento da assegnare alla Stato, e a formulare al Consiglio una proposta di decisione di esecuzione entro due mesi dalla presentazione del Piano. L'approvazione del Piano è rimessa al Consiglio, il quale tiene conto dei criteri definiti dall'art. 19, par. 3, del Regolamento (in particolare, pertinenza, efficacia, efficienza e coerenza). La possibilità di fruire dei finanziamenti di cui al *Recovery Fund* è subordinata all'adozione di una serie di misure di sana *governance* economica (secondo l'art. 10 del Regolamento) [211], tuttavia, l'aspetto di maggior rilievo, sul quale si vuole soffermare l'attenzione, riguarda le nuove "condizionalità", quelle introdotte dal Regolamento 2020/2092 sul rispetto dello stato di diritto, al quale l'art. 8 del Regolamento 2021/241 fa espresso rinvio.

Questo sembra essere l'aspetto di maggiore evidenza circa l'influenza del diritto sovranazionale su quello nazionale nell'ambito che si sta trattando, in quanto è in grado di orientare in maniera significativa la produzione giuridica nazionale, ma attraverso una serie di vincoli che acquistano un significato diverso da quello, solitamente negativo, che si voleva loro attribuito in passato.

L'inserimento delle condizionalità sullo stato di diritto segna una evidente inversione di tendenza nel processo di integrazione e maggiore coesione europea, perché coglie l'occasione della congiuntura, e della conseguente risposta per la ripresa, per operare un riavvicinamento tra gli ordinamenti nazionali a valori particolarmente sensibili nel contesto europeo, cercando così di ridurre le differenze assiologiche che ancora sussistono tra i vari Stati. Si può dire, quindi che, oltre alle condizioni di carattere più strettamente economico, rilevano per le fonti del diritto quelle condizionalità "positive" che mirano a sfruttare l'occasione del rilancio economico per riforme nel senso di una piena realizzazione dei principi dello Stato di diritto[212].

[211] Sulle condizionalità economiche all'accesso al Recovery Fund si veda A. CONZUTTI, «In conditionality we trust». *Riflessioni sulle condizionalità macroeconomiche introdotte dal recovery and resilience facility*, in *Ambiente diritto*, 3, 2022, 1 ss.

[212] S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea post Covid-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2021, 84, non ha mancato di sottolineare che il carattere fortemente innovativo della condizionalità sullo stato di diritto si associa ad alcuni profili limitativi che, in teoria, avrebbero potuto favorirne un uso strumentale. In particolare, per superare l'opposizione di alcuni Stati (su tutti Polonia e Ungheria) il Consiglio ha concesso una dilazione temporale per l'operatività dei principi e, inoltre, gli stessi sono stati collegati alle esigenze di protezione del bilancio e degli interessi finanziari dell'Unione, per cui potevano prestarsi ad interpretazioni restrittive che ne avrebbero confinato l'applicabilità ai soli casi in cui dalla violazione di un principio fosse derivato l'effetto

Il Regolamento 2020/2092, all'art. 3, definisce i casi che integrano una violazione ai principi dello stato di diritto. Queste si riscontrano in tre ipotesi: «a) le minacce all'indipendenza della magistratura; b) l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità di contrasto, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro corretto funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; c) la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto»[213].

Ma l'aspetto più significativo risiede nella cogenza che si è voluta assegnare a tali principi, i quali non sono rimessi ad una mera accettazione volontaristica degli Stati, ma trovano proprio nell'accesso al Programma di finanziamenti un adeguato meccanismo sanzionatorio che è in grado di condizionare le scelte normativa degli Stati, anche a un livello puramente interno.

Sempre secondo il Regolamento, infatti, a norma dell'art. 5, la Commissione può "condannare" lo Stato alla sospensione totale o parziale dell'erogazione dei versamenti o al rimborso anticipato dei prestiti garantiti dal bilancio dell'Unione, nonché imporre il divieto di concludere nuovi accordi su prestiti garantiti ovvero la sospensione dell'approvazione dei Programmi. La procedura di irrogazione delle sanzioni è particolarmente analitica. Si apre con la notifica allo Stato membro degli elementi su cui si fonda la conclusione, con la concessione di un termine compreso tra uno e tre mesi per la presentazione delle proprie osservazioni e delle informazioni ulteriori richieste dalla Commissione. Entro un mese dal ricevimento delle osservazioni la Commissione può adottare una proposta di decisione di esecuzione e, ad ogni modo, nel caso in cui risolva in tal senso, deve dare allo Stato la possibilità di fornire osservazioni sulla proporzionalità della misura. L'adozione della decisione spetta al Consiglio, il quale, a maggioranza qualificata, può anche modificare la proposta della Commissione.

diretto di una lesione agli interessi finanziari e di bilancio europei. Sulle specifiche vicende di alcuni Stati si veda J. SAWICKI, *Il rispetto dello Stato di diritto come condizione generale per l'accesso al* Recovery Fund*. Il regolamento 2092/2020, «relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione», e l'arretramento democratico di Ungheria e Polonia*, in *Passaggi costituzionali*, 2/2021, 237 ss.

[213] È emblematico che uno degli ambiti più delicati ove di recente si sono confrontati le istituzioni europee con alcuni Stati nazionali sia proprio quello attinente la giustizia. Su tutte, la vicenda che ha portato la Corte costituzionale polacca all'attivazione dei "controlimiti" con la sentenza 7 ottobre 2021. Al riguardo si vedano C. SANNA, *Dalla violazione dello Stato di diritto alla negazione del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno: le derive della "questione polacca"*, in *Eurojus.it*, 31 dicembre 2021; S. TROILO, *Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura*, in *Consulta Online*, 1, 2022, 115 ss.

Le decisioni sulle misure sono temperate dalla possibilità di sottoporre a revisione le stesse o su richiesta dello Stato od officiosamente, al più tardi, entro un anno dalla loro adozione. Lo Stato, infatti, può sempre adottare misure correttive, dandone comunicazione alla Commissione, alla quale spetta valutare le misure adottate e, nel caso, formulare una proposta al Consiglio per la revoca delle sanzioni.

Le "nuove" condizionalità introdotte dal Regolamento 2020/2092 segnano una cesura rispetto al passato. Esse sono in grado di creare, analogamente alle condizionalità di natura economico-finanziaria, vincoli alla produzione giuridica degli Stati, tuttavia, il vincolo assume un ruolo diverso. Non è diretto a conseguire determinati interessi di tenuta dei bilanci nell'ambito dell'Unione, ma acquista un peso assiologico[214], in quanto i fini si connotano in termini di "valore". In questo modo cambia anche il modo in cui le condizionalità vincolano le politiche e le fonti del diritto degli Stati. Pur essendo assistite da un regime sanzionatorio, le condizionalità sullo stato di diritto instaurano un rapporto diretto tra valore e fonte piuttosto che tra sanzione e fonte.

Nonostante le difficoltà che hanno interessato la transizione dal Governo Conte II al Governo Draghi, sotto il profilo dell'impostazione da dare al PNRR italiano, questo è stato presentato in data 30 aprile 2021, ottenendo l'approvazione il 13 luglio 2021. Prescindendo dalla complessa articolazione del Piano – basata su sei missioni, a loro volta articolate in diverse linee di intervento, e tre priorità trasversali[215]– che trascende in parte il tema affrontato, ciò che interessa maggiormente è il profilo del rapporto esistente tra obiettivi da raggiungere, tempi degli interventi e fonti del diritto da utilizzare. In base al cronoprogramma del 15 aprile 2022 sono indicate le misure legislative previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza italiano come risultante dalla decisione adottata dal Consiglio il 13 luglio 2021. Per ogni misura, infatti, sono indicati sia i tempi dell'attuazione sia gli strumenti normativi da utilizzare. Ne emerge in tal modo un'agenda estremamente fitta cha va dal 2021 al 2026, con una mole significativa di misure normative della più disparata

[214] Significativa in questi termini è anche la definizione di "stato di diritto" cui allude il Regolamento 2020/2092, riportata al Considerando 3: «Lo Stato di diritto impone che tutti i pubblici poteri agiscano entro i limiti fissati dalla legge, in linea con i valori della democrazia e nel rispetto dei diritti fondamentali quali stabiliti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e negli altri strumenti applicabili, sotto il controllo di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali. Esso esige, in particolare, che i principi di legalità che sottendono un processo legislativo trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali; e separazione dei poteri debbano essere rispettati».

[215] Si rinvia per una trattazione più dettagliata ad A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., 247 ss.

natura da adottare (dalle leggi alle leggi di delega, dai decreti-legge ai decreti legislativi).

In sintesi, ciò che maggiormente rileva in questa sede è verificare in quale misura fattori "esogeni" all'ordinamento nazionale (in tal caso il complesso quadro sui *Recovery Fund* e i PNRR) possano condizionare la modalità di produzione del diritto nazionale e, quindi, il sistema delle fonti nel suo complesso nei contesti di crisi.

La prima impressione che si può avere è che la condizioni legate ai PNRR abbiano avuto più un impatto sull'indirizzo politico che sulle fonti in senso stretto[216], andando a sostituire all'indirizzo politico nel senso tradizionale del termine un "indirizzo tecnico". Tale osservazione parrebbe trovare un argomento a sostegno nell'ampiezza degli interventi di riforma prospettati che[217], toccando vari aspetti della vita economica e sociale del Paese, vedono una decisa integrazione del ruolo di propulsione dell'indirizzo politico del Governo ad opera di principi e vincoli determinati a livello europeo[218]. Tuttavia, a ben vedere, non si tratta di un vincolo meramente politico, perché esiste una stretta interrelazione tra attuazione o modifiche del PNRR e approvazione da parte di Commissione e Consiglio, alla quale è subordinata l'erogazione delle sovvenzioni e dei prestiti, assoggettata inoltre a meccanismi sanzionatori che, per gli Stati, assumono il rango del vincolo giuridico[219].

Quale impatto quindi sul sistema delle fonti e sulla produzione del diritto a livello nazionale?

Il profilo delle fonti si intreccia con quello dell'indirizzo politico, nella misura in cui sono predeterminati sia gli obiettivi da raggiungere, sia i tempi per conseguirli. In questi termini il Governo si vedrebbe condizionato sui contenuti della propria azione, ma anche dalla necessità di rispettare scadenze imposte da circostanze esterne alla propria agenda. Inoltre, la mole di riforme

[216] M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid rassegna*, 12, 2021, 11 s.

[217] Osserva, ad esempio, N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 1, 2022, V, che «lo spettro delle materie coperte dalle linee di intervento, in termini di riforme e investimenti, necessarie a conseguire questi traguardi e obiettivi non esaurisce ovviamente tutta l'attività normativa e amministrativa che i pubblici poteri possono porre in essere da qui al 2026, ma certo appare assai ampio e sfidante per qualsivoglia sistema politico e istituzionale». L'ampiezza dell'intervento ha indotto anche a richiamare una sorta di precedente a "modello", individuato nelle c.d. "deleghe Amato" di cui alla l. n. 421 del 1992, cfr. N. LUPO, *La delega legislativa come strumento di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento: le lezioni che si possono trarre dalla legge n. 421 del 1992 (anche ai fini dell'attuazione del PNRR)*, in *Amministrazione in cammino*, 5 gennaio 2022, 1 ss.

[218] Sull'incidenza che il livello sovranazionale produce su quello nazionale nella determinazione dell'indirizzo politico, proprio per il tramite dell'approvazione del PNRR si veda A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., part. 260 s.

[219] N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., VI s.

programmata nel quinquennio 2021-2026 appare tale da incidere, anche su un piano puramente quantitativo, sulla consistenza e la complessità della produzione normativa[220].

La combinazione di necessità e urgenza dell'azione riformatrice, unitamente alla vastità degli interventi, spinge ad attribuire un ruolo di primo piano, tra le fonti utilizzate, al decreto-legge[221]. Aspetto che consente di formulare qualche osservazione di carattere sistematico.

Si è detto, in precedenza, come proprio l'uso del decreto-legge costituisca una sorta di *test* della produzione normativa dei periodi di crisi ed emergenza, potendo assolvere a funzioni completamente diverse a seconda della circostanza. Il decreto-legge della ripresa post-pandemia assolve, quindi, ad una funzione che è molto diversa da quella che gli si è attribuita durante la fase acuta della pandemia. Sembra, in un certo senso, recuperare la propria precedente dimensione – da fonte dell'emergenza a fonte dell'urgenza governativa – avente il fine di garantire una rapida attuazione dell'indirizzo politico-normativo, a maggior ragione quando questo è predeterminato nei contenuti e nei tempi dalle indicazioni provenienti dall'Europa mediante l'accesso al *Recovery*.

La scelta di ricorrere prevalentemente al decreto-legge come strumento di attuazione tempestiva delle riforme programmate, da una parte trova una giustificazione di carattere eminentemente pratico, ma dall'altra appare poco in linea con la tipologia di interventi posti in essere[222]. Come si è più volte detto, gli interventi normativi delle crisi si distinguono da quelli emergenziali perché sono pensati per "durare" nel tempo; il loro fine non è quello di rimediare a transitorie alterazioni dei sistemi, ma di riformarli alla radice, per adeguarli a mutati contesti e perseguire scopi concreti, tendenzialmente – come nel caso in esame – di maggior efficienza, crescita economica e garanzia dei diritti. La crisi, in sostanza, non costituisce la causa degli interventi normativi, ma l'occasione.

Ciò metterebbe in evidenza ulteriori limiti del nostro sistema delle fonti, il

[220] Proprio per una più efficiente gestione dell'intero impianto normativo da porre in essere, con d.l. n. 77 del 2021, il Governo si è dotato di alcune strutture di supporto, in particolare di una Unità di razionalizzazione e miglioramento della regolazione, presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, con la funzione di individuare possibili ostacoli normativi all'attuazione del PNRR ed elaborare un programma per la razionalizzazione della produzione normativa.

[221] A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., 251.

[222] Un esempio estremamente significativo è quello relativo alla recentissima riforma del reclutamento universitario, che si innesta proprio su una disposizione inserita in un decreto-legge di attuazione del PNRR – per l'esattezza, l'art. 14 del d.l. n. 36 del 2022 – e che ha visto la produzione di un'ampia mole di emendamenti aggiuntivi proposti in sede di conversione, diretti nella sostanza a riconfigurare in maniera significativa l'intero sistema del passaggio dalla posizione di ricercatore ai ruoli di professore (recentemente entrata in vigore con l. 29 giugno 2022, n. 79).

quale denoterebbe ancora una volta l'incapacità di far fronte a riforme strutturali in tempi adeguati[223]. Questione di estrema attualità, se si riflette sulle vicende che stanno accompagnando la conversione del c.d. "Decreto PNRR 2" (d.l. 30 aprile 2022, n. 36), le quali hanno indotto i Capigruppo di maggioranza a indirizzare una lettera alla Presidente del Senato per manifestare la situazione di "disagio" in cui si svolgerebbero i lavori parlamentari, pressati dalle rigide procedure e dalle tassative scadenze del PNRR[224].

I tempi serrati dell'azione normativa, poco consueti per i nostri organi legislativi, pongono poi una serie ulteriore di interrogativi. In primo luogo, la necessità di trovare un adeguato equilibrio tra le esigenze del confronto politico, che non possono mancare nemmeno all'interno di una maggioranza coesa di governo, con l'attuazione delle riforme nei tempi programmati. È verosimile, infatti, che una "eccessiva" conflittualità politica rischia di portare a conseguenze particolarmente gravi per la tenuta dell'intero sistema ove si dovessero tradurre in attività ostruzionistiche sulle riforme in grado di pregiudicare l'erogazione dei finanziamenti[225]. Potrebbe anche accadere il contrario, che il rispetto dei vincoli temporali assunti con il PNRR possa fungere da stimolo ad una più ampia coesione e ad una più rapida produzione normativa, anche se le vicende più recenti sembrano lasciare spiragli pessimistici al riguardo[226].

Come conseguenza di ciò potrebbe aversi sia una produzione normativa "affrettata", che incide sulla qualità degli atti adottati[227], sia un più frequente ricorso a prassi "distorte" nell'uso del decreto-legge, già note in passato, ma rivitalizzate dalla necessità di assolvere agli oneri assunti per percepire le rate

[223] Per N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., VIII, lo stesso PNRR sembrerebbe preferire fonti diverse dal decreto-legge, più idonee a perseguire obiettivi generali.

[224] Nella lettera, datata 23 giugno 2022, si sottolinea che la pressione temporale e procedimentale determinata dal PNRR avrebbe «creato una situazione d'eccezione caratterizzata da un sempre più massiccio ricorso ai decreti legge e alla questione di fiducia sullo sfondo di uno scivolamento di fatto del nostro bicameralismo paritario verso una anomala condizione di monocameralismo alternato». Alla luce di ciò il Parlamento avrebbe margini sempre più ristretti per esercitare la propria funzione costituzionale, a tutto vantaggio dei pareri di soggetti "tecnici" come la Ragioneria di Stato. Punto ripreso, tra l'altro, dalla successiva lettera della Presidente del Senato del 24 giugno 2022 indirizzata al Presidente del Consiglio.

[225] G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 138.

[226] Si vedano, ad esempio, le "*Raccomandazioni del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2022 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2022 dell'Italia*" del 23 maggio 2022, dove è sollecitato il progresso nell'attuazione del PNRR, in modo da rispettare tempi e obiettivi definiti dalla decisione di esecuzione del Consiglio del 13 luglio 2021. Raccomandazioni della Commissione che hanno sollevato reazioni non del tutto positive da parte di alcune forze politiche, le quali hanno – forse pretestuosamente – letto in esse una forma di predeterminazione dell'azione di matrice europea, sovrapposta all'autonomia dei parlamenti nazionali.

[227] A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana*, cit., 237.

dei finanziamenti europei[228].

9. Postilla: il ritorno della guerra in Europa come "nuovo" fattore emergenziale. Considerazioni minime sull'impatto sulle fonti, tra livello costituzionale e ordinario

L'imponente campagna vaccinale posta in essere in larga parte dei Paesi europei e le misure senza precedenti adottate per la ripresa economica avevano portato una ventata di ottimismo che aveva avuto i suoi riflessi, in primo luogo, sui mercati e la produzione, ma anche nelle analisi dottrinali[229]. Poi, attesa o meno che fosse (non è questa la sede per le analisi geopolitiche…), è tornata la guerra in Europa, con l'avvio della "operazione militare speciale" da parte dell'esercito russo in Ucraina, una "nuova" emergenza che si salda a quella in via di superamento.

Le vicende della guerra Ucraina devono indurre a riflettere su come è cambiato il mondo e sul ruolo che in esso può giocare l'Europa. Ancora una volta è stato palesato il superamento di un modello "duale" nei rapporti di forza a livello globale, un Mondo nuovo dove gli attori principali sono più di due, non solo dal punto di vista della forza militare, ma anche economica e tecnico-scientifica. Sulla scena hanno fatto la comparsa nuovi protagonisti globali, colossi dalle enormi potenzialità di sviluppo, per stare al passo dei quali l'Europa deve ripensare e rafforzare diversi profili della sua integrazione. Oltre alle politiche economico-fiscali, attenzione particolare dovrebbe essere riservata agli investimenti nello sviluppo, alle politiche energetiche e alla sicurezza, per non trovarsi in posizione subalterna rispetto ai competitori. Allo stesso tempo, però, deve affrontare una complessa sfida, che ha un rilievo propriamente giuridico-costituzionale, dimostrare la piena compatibilità di una maggiore integrazione con i capisaldi dello stato di diritto. È un aspetto che attiene anche al ruolo che, nel contesto europeo, va riconosciuto alle Costituzioni nazionali, nella prospettiva di uno sviluppo che, pur dovendo tenere il passo con altre "potenze", deve sintetizzare coesione e investimenti con solidarietà e livello acquisito nella garanzia dei diritti[230].

[228] Si tratta, ad esempio, della sempre maggiore eterogeneità dei decreti-legge, del ricorso al maxiemendamento e alla questione di fiducia, dell'inserimento di emendamenti eterogenei in corso di conversione. Cfr. L. BARTOLUCCI, *Sull'opportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna OnLine*, 2, 2021.

[229] Ampiamente ottimistiche le considerazioni di A. MARTINELLI, *L'Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 544 s., nel suo scritto pubblicato soltanto ventidue giorni prima dello scoppio delle ostilità.

[230] Di estrema attualità e interesse sul punto i contributi raccolti nel recente G. AZZARITI (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Quaderni di Costituzionalismo.it Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

Le recenti vicende belliche si configurano come eventi emergenziali per eccellenza[231], anche se il concetto di guerra, al giorno d'oggi, assume tratti più articolati e meno facilmente identificabili rispetto al passato, frutto dell'evolversi dei rapporti tra Stati a livello internazionale e dello svilupparsi di nuove tecniche di conflitto[232]. E, per tale ragione, fenomeno che nella sua portata è in grado di connotarsi, con sempre maggiore evidenza, per le implicazioni sovranazionali.

Essa è, in un certo senso, anche fenomeno "nuovo", condividendo tale carattere con la pandemia. Ciò però necessita di un chiarimento: guerre ed epidemie sono antiche quanto la storia umana, quindi definirle come fenomeni "nuovi" potrebbe apparire inappropriato; tuttavia "guerra" e "pandemia", così come si sono affacciate negli ultimi anni in Europa, si sono riproposte come epifanie di un passato che sembrava ormai chiuso e destinato a non tornare, sia per il progresso della scienza e della medicina che faceva ritenere improbabile il ritorno di un'epidemia su larga scala, paragonabile a quella di "influenza spagnola" del 1918-1920, sia per il "calo" della tensione internazionale conseguente alla fine della "guerra fredda" e l'accesso a strumenti di risoluzione delle controversie tra Stati più efficaci e maggiormente condivisi rispetto al passato. A ben vedere ciò non è bastato e si è chiusa una stagione di relativa tranquillità globale.

Di fronte a un fenomeno di natura emergenziale la prima e consueta risposta dell'ordinamento è stata quella della dichiarazione dello stato di emergenza ad opera del Governo. Ad essere precisi, due diverse dichiarazioni, del 25 febbraio 2022 e del 28 febbraio 2022[233]. Ciò segna una sorta di "continuità emergenziale", ove diversi contesti finiscono per sovrapporsi e saldarsi – se si pensa che il termine dell'altro precedente stato di emergenza pandemico è spirato soltanto il 31 marzo 2022 –, una continuità che, come si vedrà a breve,

[231] All'emergenza riconduce le crisi internazionali e i conflitti armati G.E. RUSCONI, *Crisi sociopolitica*, cit., 634, sulla base di tre elementi: 1. La minaccia alla integrità dei valori; 2. L'inesistenza di margini diplomatici di risoluzione; 3. Il tempo ristretto di decisione.

[232] Come afferma G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022, 8, la Costituzione non fornisce una definizione di guerra internazionale, ma, attraverso una "clausola in bianco", preferisce rinviare alla nozione di guerra consolidata a livello internazionale in un dato momento storico. In sostanza «il concetto costituzionale di guerra non si cristallizza quindi necessariamente al momento iniziale delle determinazioni dei costituenti ma subisce adeguamenti seguendo l'evolversi dei rapporti politici e giuridici dei soggetti operanti nella comunità internazionale».

[233] Il primo per "intervento all'estero in conseguenza del grave contesto emergenziale in atto nel territorio dell'Ucraina", inizialmente dichiarato per la durata di tre mesi a decorrere dal 25 febbraio (quindi fino al 25 maggio) e successivamente prorogato, con delibera del 12 maggio 2022, fino al 31 dicembre 2022. Il secondo "in relazione all'esigenza di assicurare soccorso ed assistenza alla popolazione ucraina sul territorio nazionale in conseguenza della grave crisi internazionale in atto", la cui scadenza è stata subito fissata al 31 dicembre 2022.

impatta anche sulla produzione giuridica nazionale, influenzata, ancora una volta, da fattori che trovano nel livello sovranazionale la loro origine.

Gli Stati hanno tradizionalmente manifestato una certa ritrosia alla dichiarazione degli stati di emergenza, tuttavia questa sembra ormai superata in Italia dall'accesso sempre più frequente allo strumento messo a disposizione del d.lgs. n. 1 del 2018, non solo nel contesto pandemico. Ciò, però, non è avvenuto per la dichiarazione dello stato di guerra ai sensi dell'art. 78 Cost., il quale è rimasto uno strumento a cui ricorrere soltanto in determinati casi "estremi" e, nella pratica, mai attivato[234]. A ben vedere, stato di emergenza e stato di guerra sono molto diversi per le conseguenze e per l'impatto che hanno sull'intero sistema delle fonti, tant'è vero che oggi – come si specificherà innanzi – con un nuovo stato di emergenza dichiarato per ragioni belliche, il modello seguito sembra essere, ancora una volta, quello che affida un ruolo di primo piano all'uso del decreto-legge, in parallelo all'adozione di ordinanze del Capo del Dipartimento di protezione civile ex d.lgs. n. 1 del 2018.

Va evidenziato come, durante la pandemia, non erano mancate proposte di estendere la disciplina dell'art. 78 Cost. anche al diverso contesto delle emergenze sanitarie[235]. Tuttavia, le posizioni manifestate dalla dottrina prevalente sono state di segno contrario[236], così come sono state prevalenti le voci contro una riforma di tale disposizione che puntasse ad ampliarne la sfera di

[234] P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali*, in P. CARNEVALE, E. GREPPI, K. ROUDIER, *Il diritto della Guerra e della Pace*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 38 ss., ritiene che sarebbero almeno tre le ragioni per cui il meccanismo dell'art. 78 Cost. non sia mai stato attivato: 1. Non ci sarebbe mai stata una guerra nel senso tradizionale del termine; 2. La legittimità dei conflitti, secondo l'interpretazione data all'art. 11 Cost., escluderebbe il ricorso alla dichiarazione dello stato di guerra; 3. L'art. 78 Cost. implicherebbe la scelta sullo stato di guerra come regime giuridico emergenziale, non la valutazione dell'*an* della guerra, come evento-fatto, la quale, secondo l'art. 11 Cost., può essere solo difensiva. A questi tre mi pare se ne possa aggiungere un quarto, ossia che la guerra a cui si riferisce l'art. 78 Cost. è un fenomeno diverso dalla semplice partecipazione di contingenti italiano in operazioni militari, cosa che richiede un impegno tutto sommato "contenuto" rispetto al modello più immediato nel 1948, quello della seconda guerra mondiale, come conflitto in grado di assorbire ogni risorsa dello Stato proteso nella sua autodifesa. Sostiene una nozione ampia di stato di guerra L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 225, secondo il quale esso può coprire le situazioni più disparate «dall'invasione del territorio d'uno Stato al bombardamento dello spazio medesimo, dal blocco dei porti o delle coste agli attacchi comunque compiuti in danno di forze armate altrui, fino all'invio di bande o di altre forze irregolari che a loro volta effettuino attacchi del genere.»

[235] In questo senso, A. CELOTTO, Necessitas non habet legem?, cit., 53 ss.; F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, Special issue 1, 2020, 61 ss. Ritiene che debba essere usato il modello dell'art. 78 Cost. anche A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, Special issue 1, 2020, 10.

[236] I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 116; A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., 215; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 514 s.

applicazione[237]. Andrebbe poi chiarito un altro profilo sull'art. 78 Cost., reso controverso dal suo mancato utilizzo, vale a dire la possibilità di configurare tale disposizione – alla luce del conferimento dei "poteri necessari" (che comprenderebbero ovviamente l'adozione di atti di natura normativa) – come esclusiva norma sulle fonti o come preminente norma sui poteri. In realtà, nonostante a favore della prima soluzione possano essere addotte ragioni di ordine sistematico (l'art. 78 Cost. è collocato nella Sezione II del Titolo I della Parte seconda della Costituzione relativa, appunto, alla "Formazione delle leggi"), la tesi prevalente è stata quella di assegnare ad essa una funzione di garanzia nella partecipazione parlamentare alle decisioni che ineriscono alla guerra[238], evitando che fosse lo stesso Governo *de facto* ad assumere poteri non "confinati" in tali situazioni, quandanche si trattasse di poteri prevalentemente normativi. Per tale ragione, solo una "trasformazione" dell'art. 78 Cost. in una chiara e generale norma sulle fonti emergenziali avrebbe potuto costituire la base costituzionale per la produzione normativa pandemica, lettura che i vincoli della sua attuale formulazione non consentono di seguire.

Un secondo interrogativo riguarda l'effettiva tenuta dell'assetto dell'art. 78 Cost. alla prova della realtà. È stato, infatti, sostenuto che la formulazione della disciplina sullo stato di guerra sia nata obsoleta, aderente a modelli difficilmente replicabili e, per tale ragione, inadeguata ad un utilizzo effettivo[239].

Tale disposizione, infine, non può essere letta isolatamente, ma deve essere collocata all'interno di un più ampio quadro costituzionale avente ad oggetto i fenomeni bellici. Non solo le disposizioni degli artt. 60, 87 e 103 Cost.[240], i quali disciplinano la proroga con legge delle Camere in caso di guerra, la dichiarazione di guerra da parte del Presidente della Repubblica e le funzioni della giurisdizione militare (omettendo il richiamo alla vecchia formulazione dell'art. 27, comma 4, Cost. che, prima della l. cost. n. 1 del 2007, fissava, quali eccezioni al divieto della pena di morte, proprio i casi previsti dalle leggi militari di guerra), ma soprattutto l'art. 11 Cost. che, alla luce del principio pacifista e dell'esclusiva deroga all'uso della forza in chiave difensiva, delinea il quadro "sostanziale" legittimante il ricorso al combinato degli artt. 78 e 87 Cost.[241].

Oltre al livello costituzionale occorre considerare che il quadro delle fonti "belliche" è integrato, al livello legislativo generale, dalla "legge-quadro" sulla

[237] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 137 ss.

[238] D. GIROTTO, *Commento all'art. 78 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 716.

[239] A. VEDASCHI, *Commento all'art. 78 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, II, Il Mulino, Bologna, 2021, 148; G. DE VERGOTTINI, *Profili costituzionali della gestione delle emergenze*, in *Rass. parl.*, 2001, 275 ss.

[240] A. VEDASCHI, *Commento all'art. 78 Cost.*, cit., 147.

[241] G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004.

partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali – l. n. 145 del 2016 –, che ha natura complementare rispetto alla disciplina sullo "stato di guerra" cui all'art. 78 Cost.[242] e che, per la materia toccata, assume i tratti di una fonte materialmente costituzionale[243]. Questa legge fornisce la base normativa per la partecipazione alle missioni militari internazionali e si riferisce sia alle missioni organizzate nell'ambito delle Nazioni Unite o di altre organizzazioni internazionali (tra le quali potrebbe rientrare la NATO), sia all'invio di personale per interventi umanitari. Essa disciplina le procedure inerenti l'autorizzazione o la proroga alla partecipazione alle missioni internazionali. Mentre nel primo caso è necessaria una delibera del Governo, da adottarsi previa comunicazione al Presidente della Repubblica con l'eventuale convocazione del Consiglio supremo di difesa, la quale è sottoposta alla discussione delle Camere che, con appositi atti di indirizzo, concedono o negano l'autorizzazione; nel secondo, sono le Camere a provvedere con cadenza annuale in una apposita sessione parlamentare. A ben vedere, quindi, la complementarietà non dipende da ragioni di carattere "oggettivo", legate al "tipo" di fenomeno bellico considerato, ma dalla tipologia di "effetti" a cui si ritiene di dar corso nella specifica circostanza, considerato che alcuni eventi possono richiedere adeguate garanzie partecipative, ma non esigono una temporanea alterazione costituzionale[244].

Se questo è il composito quadro delle fonti sul diritto bellico in Italia, occorre a questo punto interrogarsi se l'emergenza ucraina abbia, analogamente a quanto avvenuto nell'emergenza pandemica, assunto profili derogatori, attraverso un impianto di fonti non perfettamente in linea con quel modello.

La gestione normativa del conflitto ucraino, quantomeno sotto l'aspetto militare, è affidata essenzialmente a due atti. Il d.l. n. 14 del 25 febbraio 2022 e il d.l. n. 16 del 28 febbraio del 2022 (il primo convertito, con l. n. 28 del 5 aprile 2022, la quale ha abrogato il secondo, con una inedita sanatoria degli effetti). Entrambi i decreti-legge adottano disposizioni urgenti per la crisi ucraina, tuttavia, sotto il profilo militare, è stata segnalata una notevole

[242] La complementarità rispetto alla disciplina dello stato di guerra parrebbe, inoltre, confermata anche da una ulteriore disposizione della legge in commento. L'art. 19, al comma 1, prevede che, di regola, «al personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché al personale inviato in supporto alle medesime missioni si applica il codice penale militare di pace», mentre, solo in via eccezionale «è fatta salva la facoltà del Governo di deliberare l'applicazione delle norme del codice penale militare di guerra».

[243] P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 53, secondo il quale tale legge avrebbe dato vita anche ad una sorta di microsistema composito di atti normativi e amministrativi. Il carattere complementare deriverebbe dall'ambito di applicazione della legge, la quale attiene alle missioni internazionali, anche di natura militare, con esclusione di quelle che rientrano nelle ipotesi degli artt. 78 e 87 Cost.

[244] In tal senso, sempre, P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 56.

differenza di impatto tra il primo e il secondo[245]. Mentre, infatti, il primo, all'art. 2, accenna alla "Cessione di mezzi ed equipaggiamenti militari non letali di protezione", il secondo, all'art. 1, parla genericamente di "Cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari", lasciando intendere una diversa intensità nella partecipazione all'evento che pone una serie di dubbi sull'effettiva copertura costituzionale ai sensi dell'art. 11 Cost.[246].

C'è un aspetto, ad ogni modo, che deriva dall'interazione tra diritto internazionale e fonti nazionali che attraversa tutto questo lavoro, il quale acquista un determinante rilievo sul piano della legittimità sostanziale delle misure adottate[247]. Nonostante i due decreti-legge non vi facciano riferimento alcuno, il supporto all'Ucraina parrebbe trovare conforto nella capacità integrativa che il diritto internazionale possiede rispetto ai contenuti dell'art. 11 Cost., e in particolare la disposizione a venire in rilievo sarebbe l'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, nella parte in cui riconosce il «il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite». Il concetto di "guerra difensiva" acquista così un diverso più ampio significato che consentirebbe di dare copertura anche a quelle situazioni in cui il soggetto aggredito sia un Paese terzo, purché vi sia il consenso del Paese aggredito a ricevere aiuto esterno[248].

I due decreti hanno, sul piano strettamente formale, un elemento comune, ossia, entrambi si qualificano come atti "derogatori" rispetto al regime generale dettato dalla legge, per la partecipazione alle missioni internazionali dalla l. n. 145 del 2016 e per l'invio di materiali militari dalla l. n. 185 del 1990. In dottrina è stato prospettato il dubbio circa una effettiva capacità derogatoria dei due decreti, i quali non farebbero altro che autorizzare operazioni che avrebbero potuto tranquillamente trovare il proprio fondamento negli atti

[245] M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, XII, definisce i rapporti tra le due fonti nei termini di una vera e propria *escalation*.

[246] Criticamente sul profilo del rispetto dell'art. 11 Cost., giacché l'Italia, per mezzo dei provvedimenti adottati, si sarebbe trasformata in Paese belligerante anche in mancanza di uno stato di guerra dichiarato M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, cit., XIII; anche A. ALGOSTINO, *Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra sulla democrazia*, in *La Lettera AIC: Costituzione e guerra russo-ucraina*, 4, 2022, equipara l'invio di armi alla partecipazione diretta al conflitto, in quanto tale vietata dal principio pacifista.

[247] In questo senso M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022, 14; nonché G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, cit., 19, secondo il quale la legittima difesa collettiva andrebbe agganciata al divieto dell'uso della forza consacrato nella Carta delle Nazioni Unite, contribuendo a creare una norma consuetudinaria vincolante per l'Italia anche sul piano dell'art. 10 Cost. In senso contrario A. ALGOSTINO, *Il senso forte della pace e gli effetti collaterali della guerra*, cit.

[248] Secondo la ricostruzione fornita dalla Corte internazionale di giustizia nel noto caso *Stati uniti d'America c. Nicaragua* del 27 giugno 1986.

derogati[249]. Allo stesso tempo non sono mancate critiche particolarmente severe sul coinvolgimento troppo limitato del Parlamento nelle decisioni sulla partecipazione al supporto militare, contravvenendo a quanto previsto dalla legge quadro[250].

Tra i due estremi, ragionando sulle fonti, potrebbe prospettarsi una "terza via", quella di una deroga parziale al sistema normativo generale. Infatti, come emerge dal preambolo al d.l. n. 14 del 2022, il fondamento del supporto italiano alle operazioni ucraine sarebbe sempre da far risalire a missioni già autorizzate per l'anno 2021, il ricorso al decreto-legge si rende necessario, nella situazione di emergenza, per «assicurare la prosecuzione, per l'anno 2022, della partecipazione di personale militare al potenziamento dei citati dispositivi della NATO». In ciò consiste la deroga al regime generale, vale a dire nell'utilizzo dello strumento del decreto-legge per procedere alla proroga in luogo della procedura normalmente prevista dalla l. n. 145 del 2016.

L'uso del decreto-legge, come detto nel corso del lavoro, costituisce spesso un campo di prova per verificare la tenuta del sistema delle fonti allo stress emergenziale, pertanto, anche il caso in esame si presta a tale indagine. Ed è proprio sotto il profilo della tecnica normativa che i due decreti-legge "bellici" si segnalano per alcune riflessioni.

Non vi sono dubbi che l'uso di tale fonte sia pienamente giustificato nel contesto attuale, vista la chiara sussistenza dei casi straordinari di necessità e urgenza. Piuttosto a destare dubbi è il ricorso a tecniche di conversione non perfettamente in linea con quel «nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge […] e legge di conversione, caratterizzato da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario» come inteso dalla Corte costituzionale[251], se si riflette sull'emendamento inserito nella legge di conversione del d.l. n. 14 del 2022 con cui si dispone l'abrogazione di altro decreto, il d.l. n. 16 del 2022, e la sanatoria dei suoi effetti[252].

[249] In questi termini anche M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, 3/2022, 16 ss., secondo il quale lo scopo del ricorso ai decreti-legge sarebbe piuttosto quello di anticipare una situazione di allarme ai consociati.

[250] Particolarmente critica sulla marginalizzazione del Parlamento nell'autorizzazione alla partecipazione al supporto militare G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine, tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali*, in *La Lettera AIC: Costituzione e guerra russo-ucraina*, 4/2022, la quale sostiene che proprio l'uso del decreto-legge conferisce al Governo un ruolo di protagonista assoluto.

[251] Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22. In tal senso già in dottrina A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1993, 354 s.

[252] G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine*, cit., sottolinea la lesione del principio della certezza del diritto determinata da tali tecniche normative, le quali non consentono di discernere se si tratti abrogazione, mancata conversione o conversione "mascherata". M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina*, cit., 20, riferisce tali decreti alla categoria dei c.d. "decreti Minotauro". Si tratta di una prassi che si aggiunge a quelle osservate in altre

Problematica, anche se in misura forse minore, mi sembra un'ulteriore questione, che vedrebbe nel rinvio fatto dall'art. 2 del d.l. n. 16 del 2022 a uno o più decreti del Ministro della difesa per la definizione dell'elenco dei mezzi da inviare, una norma estremamente ampia, i cui contenuti sono in sostanza delegati ad organi amministrativi i quali adottano atti coperti da segretezza (decreto del Ministro della difesa, di concerto con il Ministro degli affari esteri e il Ministro dell'economia e delle finanze, del 2 marzo 2022, il cui allegato è considerato "documento classificato")[253]. Anche per l'autorizzazione delle missioni militari ai sensi della l. n. 145 del 2016 si porrebbero analoghe carenze di pubblicità per le c.d. regole d'ingaggio, le quali non sarebbero comprese nella delibera governativa sottoposta all'approvazione parlamentare[254]. Tuttavia, in entrambi i casi mi pare che le ragioni della segretezza possano essere pienamente giustificate dalle esigenze di sicurezza, giacché il rischio sarebbe di esporre, in un caso, i materiali inviati e, nell'altro, il personale impiegato a pericolo di distruzione o attacco. Piuttosto, in tal caso, il punto problematico sarebbe quello di trovare un adeguato equilibrio tra le ragioni di sicurezza appena richiamate e le garanzie di partecipazione, implicanti un maggior coinvolgimento degli organi di parlamentari, pur a fronte della natura tecnica delle decisioni sugli armamenti (rimessa, nei fatti, allo Stato maggiore della difesa)[255].

Resta, infine, una considerazione di ordine sistematico sulla tenuta del sistema previsto dalla legge sulle missioni all'estero conseguente al particolare regime derogatorio apportato dai recenti decreti-legge. Il meccanismo disciplinato dalla l. n. 145 del 2016 non sembra riconducibile al diritto propriamente "emergenziale" di cui ci siamo occupati in questo lavoro. A supporto di ciò vi sarebbero almeno tre ragioni: I. La circostanza di non disciplinare alcuno stato emergenziale, a differenza di quanto previsto dall'art. 78 Cost.; II. Il non prevedere il conferimento di "poteri necessari" al Governo, per cui non porrebbe in essere alcun regime derogatorio dell'ordine costituzionale vigente; III. L'inidoneità a dispiegare effetti sul sistema delle fonti, a differenza dell'art. 78 Cost., che, anche per la sua collocazione, pare

fasi emergenziali, su tutte quella della gestione pandemica. 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*, Fascicolo speciale, 2020, 642 ss.

[253] M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, cit., XIV; M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina*, cit., 26, invece, ritiene che le esigenze di segretezza non siano incompatibili con la funzione parlamentare di controllo, la quale dispone di adeguati regimi di secretazione.

[254] P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 64.

[255] E non quello di assicurare una qualche forma di pubblicità degli armamenti forniti, come avvenuto in altri Paesi che hanno divulgato analoghi elenchi. Cfr. M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, cit., XIV.

ricomprendere tra i "poteri necessari" anche poteri di natura normativa[256].

Esso, quindi, non va a definire alcun micro-sistema di fonti emergenziali, ma disciplina lo svolgimento di attività "a regime" ordinario.

Tuttavia, se la deroga è disposta con decreto-legge sorge il dubbio di una "contaminazione" del meccanismo previsto dalla legge che, da strumento di garanzia e controllo, va a intersecare il regime della produzione normativa, vale a dire che esso stesso entra a far parte di un micro-sistema delle fonti belliche emergenziali che trova la sua origine nella dichiarazione dello stato di emergenza e svolgimento nella decretazione d'urgenza, mettendo in dubbio l'invalsa prassi di ricorrere ad atti parlamentari di natura non normativa come strumenti di autorizzazione[257].

9.1. Lo spettro di una nuova crisi economico-sociale all'orizzonte?

Le recenti vicende belliche aggiungono un ulteriore tassello alla linea che si vuole sostenere in questa relazione, che allo stesso fenomeno si connettano sia aspetti emergenziali in senso stretto, sia aspetti critici, in quanto, oltre all'emergenza dettata dal conflitto armato, dai rifugiati e dal rischio di ulteriori *escalation* a livello internazionale, iniziano a manifestarsi i segni di una nuova crisi economica su scala non solo europea, accompagnata da una significativa e, per certi versi, nuova crisi energetica.

Il mutato quadro che, nel superamento della pandemia, ha visto il ripresentarsi di una situazione emergenziale, come quella bellica, cui si connette la prospettiva della crisi economica è ben evidenziato nelle recenti *Raccomandazioni del Consiglio all'Italia* dello scorso 23 maggio 2022, ove si sottolinea l'impatto delle vicende belliche sull'economia, con conseguente aumento dei costi di energia e generi alimentari, in grado di ripercuotersi maggiormente sui soggetti più vulnerabili; nonché, la crisi umanitaria senza precedenti in Europa dopo la seconda guerra mondiale[258], che ha portato per la prima volta ad

[256] In tal senso P. PINNA, *Guerra (stato di)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VIII, UTET, Torino, 1993, 58, secondo il quale il nucleo dei poteri necessari conferiti in caso di guerra starebbe nella definizione dei limiti alla potestà legislativa del Governo; si veda, altresì, G. FERRARI, *Guerra (stato di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 845 ss. Riconduce i poteri necessari conferiti al Governo alla categoria delle "delegazioni anomale" L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 224; anche A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 503 s., ritiene che questi possano essere considerati alla stregua di una "delega speciale"; in senso analogo vedi anche P. FEMIA, P. PERLINGIERI, *Commento all'art. 78 Cost.*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, ESI, Napoli, 2000, 577.

[257] È prevalente in dottrina la tesi che alle autorizzazioni delle missioni le Camere debbano procedere con delibere di natura non normativa, piuttosto che con delibere di natura legislativa. Cfr. P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge*, cit., 85 ss.

[258] *Profughi ucraini, i confini della solidarietà*, in *www.ispionline.it*, 11 marzo 2022, segnala che, nei soli primi 15 giorni del conflitto, si sono registrati 2,5 milioni di rifugiati, mentre, ad esempio, il precedente conflitto dei Balcani del 1991-1995 ne aveva fatti registrare 1 milione circa e il conflitto

attivare la direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea.

È significativo inoltre che, nelle stesse *Raccomandazioni*, si accenni alla forte dipendenza dell'Italia dal gas e dal petrolio russo che, nel medio-lungo termine, potrebbe costituire un problema sul piano della disponibilità energetica. Per tale ragione l'Italia è invitata a dare attuazione alla transizione verde e digitale, anche avvalendosi del piano *RePower*, il quale punta ad azzerare la dipendenza europea dai combustibili fossili russi[259]. La concomitante presenza di aspetti emergenziali e critici comporta molteplici effetti non solo sul piano delle fonti, ma anche delle scelte politiche europee che su queste si riflettono. La crisi, al momento ancora in vista[260], fa emergere tutte le difficoltà di una questione aperta, che, in prospettiva sovranazionale, richiede un ripensamento delle politiche europee in materia di energia e che, al livello nazionale, potrebbe addirittura spingersi a riconsiderare alcune scelte energetiche che, nel passato, hanno avuto un preciso avallo popolare in sede referendaria[261].

Con il progressivo allentamento delle misure di contenimento legate alla pandemia e la ripresa dei consumi si era diffuso un certo ottimismo sul rilancio. Tali aperture sono state in un certo senso frustrate dall'imminente riapparire di una nuova crisi economica (che, appunto, si è definita "ciclica" o "endemica") dalla portata anch'essa globale (quasi che al giorno d'oggi – come si è detto in apertura – non v'è crisi che non sia tale: o è globale o non è percepita come crisi), la quale, come spesso accade, trova la propria causa non solo in un evento "emergenziale" in senso stretto (nel caso recente la guerra ucraina), ma in scelte strategiche del passato che condizionano il funzionamento di sistemi sempre più complessi perché connessi globalmente.

kosovaro del 1999 "solo" 0,7 milioni. A 100 giorni dall'inizio del conflitto, secondo le stime UNHCR il numero dei rifugiati sarebbe salito a oltre 6,9 milioni!

[259] Inoltre, sempre secondo le citate *Raccomandazioni*, l'Italia dovrebbe «ridurre la dipendenza dai combustibili fossili e diversificare le importazioni di energia; superare le strozzature per accrescere la capacità di trasporto interno del gas, sviluppare interconnessioni delle reti di energia elettrica, accelerare il dispiegamento di capacità supplementari in materia di energie rinnovabili e adottare misure per aumentare l'efficienza energetica e promuovere la mobilità sostenibile»

[260] In relazione all'esperienza della pandemia e della prevedibile crisi economica che l'avrebbe accompagnata E. MOSTACCI, *La terza onda. L'Unione europea di fronte alle conseguenze economiche della pandemia*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 2370, aveva osservato che «così, alla prima onda – vale a dire la crisi economica del 2008 – almeno nell'area europea è seguita la seconda, nota con il nome in buona misura fuorviante di "crisi del debito" – mentre la pandemia da Covid-19 è in procinto di crearne una nuova. Come spesso capita sull'oceano, la terza onda promette di essere la più intensa e forte: le previsioni di tutte le Istituzioni prevedono recessioni ben più intense rispetto alla crisi del 2008, mentre i primi dati macroeconomici sembrano confermare le previsioni più caliginose». Forse per la crisi post-pandemia tale "profezia" è stata smentita da un intervento per la ripresa senza precedenti in Europa (v. retro, parr. 8 e 8.1), tuttavia, non si può ad oggi escludere che la "quarta" onda sarà la più intensa e duratura, in un quadro che, al momento, appare ancora in mutevole progressione.

[261] Si pensi alle prese di posizione piuttosto nette nelle due tornate referendarie del 1987 e del 2011 sui quesiti relativi al nucleare.

Tale ultima crisi, d'altra parte, sembra destinata in un prossimo futuro a produrre effetti anche sul piano delle fonti del diritto dell'Unione, se è vero che in seno alle istituzioni europee sta maturando la volontà di una riforma dei Trattati per superare la regola dell'unanimità delle deliberazioni del Consiglio su alcune decisioni "chiave", regola che nelle ultime vicende non ha talvolta consentito di giungere a decisioni rapide su un'azione comune da intraprendere[262]. Ciò, ovviamente, implica il consolidamento di un certo consenso in quanto la modifica dei Trattati a sua volta richiede l'approvazione all'unanimità degli Stati membri.

Il riproporsi di una crisi economica globale come conseguenza degli eventi bellici si presenta, quindi, come nuovo fattore "sovranazionale" in grado di incidere sul sistema delle fonti nazionali, con un rilievo sicuramente maggiore da un punto di vista contenutistico-sostanziale, ma non senza toccare anche alcuni aspetti che attengono alla "produzione normativa" in senso stretto. Basti pensare, ancora una volta, all'uso del decreto-legge o di altri atti "sub-primari" in connessione con il diritto di produzione europea.

In questo ambito, il d.l. n. 21 del 21 marzo 2022 (convertito in l. 20 maggio 2022, n. 51) costituisce il "terzo" decreto specificamente adottato per far fronte alla crisi ucraina che, a differenza dei due menzionati al paragrafo precedente, non affronta tanto il profilo del supporto militare e delle forniture contro l'aggressione. Anche esso si segnala, però, per alcuni aspetti di tecnica normativa.

Non vi sono dubbi sulla sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza, il decreto-legge è utilizzato infatti nella maniera più conforme possibile al dettato dell'art. 77 Cost. da questo punto di vista. Non recepisce una mera urgenza dell'azione governativa, perché materialmente connesso ad una situazione reale di emergenza.

Si tratta, inoltre, di un decreto complesso (piuttosto che eterogeneo), che tocca più ambiti materiali, dal contenimento dei prezzi del carburante alle misure sui prezzi di gas ed energia, dalle misure di sostegno a determinate imprese (a causa dell'aumento dei costi energetici) alle misure per la sicurezza delle reti nazionali di comunicazione e, infine, misure per il potenziamento

[262] Si pensi, ad esempio, alle recenti dichiarazioni rese il 9 maggio 2022 da Ursula Von Der Leyen nell'ambito della cerimonia di chiusura della Conferenza sul futuro dell'Europa, la quale ha sottolineato la necessità di superare la regola del voto all'unanimità nell'adozione da parte del Consiglio di decisioni fondamentali in alcuni settori strategici. Tra i settori per cui è necessario un voto all'unanimità del Consiglio rientrano, ad esempio, l'adesione di nuovi Paesi all'Unione o questioni riguardanti la politica estera, la difesa e la sicurezza, compresa l'applicazione di sanzioni di carattere economico a governi terzi. La regola dell'unanimità comporta verosimilmente un rallentamento dell'azione, come dimostrato dalle "fratture" recentemente emerse nell'ambito del Consiglio per l'opposizione di alcuni Stati all'adozione di determinate sanzioni alla Russia (su tutte, l'embargo del petrolio).

dell'accoglienza dei rifugiati. Ciascuno degli ambiti di intervento trova, però, specifica copertura in diversi profili della necessità e dell'urgenza, come chiaramente riportato nel preambolo dal decreto[263].

Ciò che, invece, impone un approfondimento di riflessione sul piano delle fonti riguarda l'articolazione temporale degli interventi e, ancora una volta, il rapporto tra decreto-legge e legge di conversione.

Tra le misure più significative adottate si segnalano sicuramente quelle con le quali, al comma 1 dell'art. 1 del d.l. n. 21 del 2022, il Governo ha disposto il "taglio" delle accise sul carburante. Misura peculiare in quanto, normalmente, l'incremento dell'accisa è legata alla necessità di "finanziare" la risposta e eventi emergenziali o catastrofici. Qui, al contrario, le peculiarità dei riflessi della crisi hanno indotto l'Esecutivo ad un abbassamento temporaneo dell'accisa applicata. Proprio la temporaneità del caso va riconsiderata alla luce della disciplina in tema di decretazione d'urgenza.

È noto, infatti, che, per dettato costituzionale, il decreto-legge sia atto provvisorio, che perde efficacia sin dall'inizio se non è convertito in legge entro sessanta giorni dalla pubblicazione. È quindi un atto pensato per far fronte a situazioni transitorie, i cui effetti sono in qualche modo collegati agli eventi che vanno a disciplinare, ragion per cui, allo spirare del termine potrebbe accadere che venuta meno la situazione di necessità le misure transitorie non vengano confermate per il futuro. Già il termine di sessanta giorni è considerato un adeguato compromesso sulla "provvisorietà". Nel caso in commento, invece, è sancito all'art. 1, comma 2, che il "taglio" si applica dal giorno di entrata in vigore del decreto, fino al trentesimo giorno successivo.

Tale provvisorietà "abbreviata" ha comportato che, permanendo le medesime ragioni di necessità, il Governo sia intervenuto con un nuovo decreto-legge (2 maggio 2022, n. 38) per prorogare il "taglio" fino all'8 luglio 2022. Al momento di procedere alla conversione del primo decreto-legge n. 21 del 2022 (con legge n. 51 del 2022) è tornato ad utilizzare la tecnica del "decreto Minotauro" vista al paragrafo precedente. La legge di conversione, all'art. 1, comma 2, abroga l'intero decreto-legge n. 38 del 2022, facendone salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla sua base e inserendo un nuovo art. 1 *bis*, nel quale recepisce la nuova scadenza fissata all'8 luglio

[263] Nello specifico, la necessità e l'urgenza di adottare misure per contrastare gli effetti economici e umanitari della grave crisi internazionale in atto in Ucraina anche sullo svolgimento delle attività produttive; la necessità e l'urgenza di fronteggiare la situazione di eccezionale instabilità del funzionamento del sistema nazionale di gas naturale, anche al fine di garantire la soddisfazione delle richieste per l'uso di gas nel futuro; la necessità e l'urgenza di emanare disposizioni in materia di contenimento dei prezzi dell'energia; la necessità e l'urgenza di introdurre specifiche disposizioni per fare fronte all'impatto della crisi internazionale in atto sul piano interno con misure in tema di accoglienza; la necessità e l'urgenza di assicurare il rafforzamento dei presidi per la sicurezza, la difesa nazionale, le reti di comunicazione elettronica e degli approvvigionamenti di materie prime critiche.

dall'abrogato decreto n. 38.

La fine dell'emergenza pandemica aveva lasciato il dubbio che l'uso fatto di certi strumenti normativi, su tutti il d.P.C.M., potesse proseguire anche in altri contesti emergenziali, impattando stabilmente sul sistema nazionale delle fonti[264].

Nel decreto-legge n. 21 del 2022 il Governo fa espresso rinvio ai d.P.C.M., ma questi sono ricondotti tendenzialmente alla loro natura "originaria" che, nel caso specifico, li vede impiegati soprattutto in funzione di atti non normativi (ad esempio, per individuare "imprese che gestiscono stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale" beneficiarie di garanzie per finanziamenti; per individuare "misure di semplificazione delle modalità di notifica"; per l'individuazione di "materie prime critiche, per le quali le operazioni di esportazione al di fuori dell'Unione europea sono soggette alla procedura di notifica"). Tutto ciò vale in linea generale, ma con una significativa eccezione, quella del d.P.C.M. 28 marzo 2022, con cui è stato disciplinato il conferimento della protezione temporanea per i rifugiati ucraini.

Tale atto si segnala per due aspetti. In primo luogo, per la sua stretta connessione con il diritto sovranazionale in quanto adottato proprio per dare attuazione alla decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio del 4 marzo 2022, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina e consente l'attivazione dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE per la concessione della protezione temporanea[265]; infatti tra gli atti richiamati nel preambolo figurano la decisione di esecuzione citata e la direttiva, ma anche il d.lgs. 7 aprile 2003, n. 85 che ad essa ha dato attuazione.

In secondo luogo, per la sua peculiare connessione con i vari decreti-legge adottati a seguito dello scoppio dell'emergenza bellica, in particolare con il d.l. n. 21 del 2022. Quest'ultimo decreto non fa alcun rinvio all'adozione di un d.P.C.M. sullo specifico aspetto della protezione temporanea, ma, di converso, figura tra gli atti richiamati dal d.P.C.M. nel preambolo, assieme alla dichiarazione di emergenza del Consiglio dei ministri del 28 febbraio 2022. A

[264] Tale eventualità non era esclusa da E. AURELI, *Il ruolo dell'emergenza nell'evoluzione di prassi, convenzioni e consuetudini costituzionali che incidono sulla forma di governo*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2022, 18, anche in virtù della capacità delle emergenze di favorire il ricambio delle regole non scritte e delle prassi, anche nell'ambito della produzione normativa.

[265] L'azione dell'Unione è stata particolarmente significativa al riguardo in quanto, già con risoluzione del 1 marzo 2022, il Parlamento europeo ha per la prima volta disposto a favore dell'attivazione della particolare forma di protezione prevista dalla direttiva 2001/55/CE. Questa prevede che i beneficiari possano godere di diritti armonizzati in tutta l'Unione, come un permesso di soggiorno, la possibilità di lavorare, un alloggio e l'accesso all'assistenza sociale e all'assistenza medica. La protezione temporanea non impedisce agli interessati di presentare domanda di protezione internazionale, come stabilito anche dall'art. 3 del d.P.C.M. 4 marzo 2022. Su tale aspetto vedi S. CASU, *Crisi ucraina: l'accoglienza dei profughi tra obblighi di fonte UE e discrezionalità statale*, in *Iusinitinere*, 30 maggio 2022.

ciò va aggiunto che, a differenza delle altre ipotesi sopra richiamate, questo d.P.C.M. è formulato in chiave sostanzialmente normativa, condividendo tale caratteristica con i d.P.C.M. adottato durante il periodo della pandemia, ma esso rinviene il suo fondamento diretto nella legge e non nel pur richiamato decreto-legge (o, ad essere precisi, nell'art. 3 del d.lgs. n. 85 del 2003, che a sua volta rimanda all'art. 20 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Sembra possibile ipotizzare, dunque, che il d.P.C.M. non si sia trasformato in atto normativo monocratico di rapido utilizzo nelle emergenze "straordinarie", ma che il suo uso peculiare sia destinato a rimanere circoscritto (per ora) alla vicenda pandemica.

10. Il tramonto dell'*età aurea* del XXI secolo: verso un nuovo diritto delle crisi globali "ricorrenti"? Riflessioni intorno a un concetto e alle sfide lanciate ai sistemi delle fonti. Tra tenuta delle Costituzioni ed esigenze di adeguamento della produzione normativa

Gli ultimi venti anni di storia hanno visto il succedersi di crisi ed emergenze di ampia portata, aventi in comune la capacità di impattare, a livello globale, sulla vita degli Stati e dei rispettivi cittadini. Ciò ha suscitato l'impressione che le società contemporanee siano ormai destinate a confrontarsi con sempre maggiore frequenza con fenomeni di tale portata, al punto che, recentemente, si è registrato addirittura il caso di una sovrapposizione temporale tra emergenze (e connesse crisi) globali, il cui termine non è al momento prevedibile (ossia, tra pandemia e guerra). Gli effetti della globalizzazione si riflettono nelle crisi[266] e, di conseguenza, anche le risposte del diritto non possono concludersi univocamente nei confini dei singoli ordinamenti nazionali, come poteva avvenire in un passato più o meno remoto[267]. Le scelte prese nelle sedi nazionali risentono delle aperture verso l'esterno che[268], attraverso vari strumenti di integrazione, gli ordinamenti manifestano, con condizionamenti sempre più forti, accentuati nei contesti "critici".

La difficoltà delle sfide e l'impossibilità per gli Stati di farvi fronte in modo

[266] Al contrario, proprio le ultime crisi, in particolare quella economica e quella pandemica, avrebbero avviato un percorso inverso di "sglobalizzazione", con un calo della fiducia nella stabilità come conseguenza della interconnessione globale. Cfr. A. COLIBASANU, *Il virus avvita la globalizzazione*, in *Limes*, 1, 2022, 77 ss.

[267] L'impatto della globalizzazione sulla produzione del diritto nelle ultime decadi è stato ben sottolineato da A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 32 ss. Nonché, più approfonditamente, in ID., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

[268] Principio di apertura che, secondo A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti*, cit., 3, è «l'autentica chiave interpretativa della Costituzione, di ciò che essa in sé racchiude ed offre al servizio dei diritti fondamentali della persona, a partire da quello alla salvaguardia della dignità […]. Un *principio-fine* e, a un tempo, un *principio-mezzo*, al servizio dei principi fondamentali restanti, dunque».

isolato, inducono a riflettere sulla necessità di un progressivo rafforzamento della coesione a livello europeo[269], la quale non potrebbe essere basata esclusivamente sul perseguimento della democraticità – interesse preminente fino al recente passato e che si è tradotto in nuove regole decisionali e legislative dopo il Trattato di Lisbona –, ma implicherebbe una maggiore valorizzazione della solidarietà nei rapporti tra Stati a livello europeo[270], come unica possibile risposta efficace e sostenibile sul lungo periodo contro gli effetti delle crisi globali[271]. Dovrebbe essere superato definitivamente l'approccio basato sulla distinzione tra Stati "virtuosi" e Stati "prodighi"[272] per scegliere formule di sviluppo più sostenibile nella prospettiva di un interesse comune. Alcuni passi in avanti nel senso di una maggiore coesione e solidarietà sono stati fatti nella gestione della pandemia[273], anche se si tratta di un percorso che, soprattutto quanto alle risposte economiche, deve ancora giungere ad effettiva maturazione[274] e che ha visto emergere nuove, complesse criticità nella successiva fase bellica.

In che modo questi aspetti, che si collocano evidentemente a un livello sovranazionale, hanno toccato i sistemi delle fonti e, quindi, le Costituzioni che stanno alle loro spalle? Innanzitutto, occorre osservare che all'aumento di complessità delle società si è accompagnato un incremento di complessità

[269] L'impossibilità di scindere la democraticità dalla solidarietà emerge dall'analisi storica ove gli Stati democratici della prima parte del '900 non sono stati in grado di reggere l'urto delle crisi politiche perché non avevano alla base dei loro ordinamenti il valore della solidarietà. L'assenza di solidarietà, pur in presenza di democraticità, può sempre comportare il rischio di tendenze egemoniche da parte di uno Stato sugli altri. Cfr. G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. dir.*, 1, 2000, 89.

[270] Le crisi possono quindi fornire un'occasione per riflettere sul destino dell'Europa, per capire verso che tipo di Europa si vuole andare. L'unica soluzione che le più recenti vicende della pandemia e della guerra sembrano lasciare è quella che intende seguire un percorso inverso rispetto a quello successivo alla crisi economica post 2008. Una via di coesione e non di autarchia, da rafforzare anche in altri settori strategici delle politiche comuni e non più soltanto sotto un profilo economico-finanziario. Cfr. M.R. MAURO, *L'Unione europea alla prova del Covid-19*, cit., 134.

[271] Sulla connessione tra crisi e globalizzazione già G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, cit., 106. Lo scritto, del 2000, è, per certi versi, visionario e sembra anticipare quanto visto nel ventennio successivo. All'epoca la globalizzazione era agli albori, ancora non si erano verificati gli eventi delle "Torri gemelle", la guerra in Afghanistan, la guerra in Iraq, la crisi economica dei "*subprime*", la crisi dei debiti sovrani, la pandemia da Covid-19, ma il concetto di crisi e la sua connessione al tema della globalizzazione emergono nel loro significato più chiaro.

[272] In questo senso, R. CABAZZI, E. COSTANZO, *La pandemia e i suoi lasciti*, cit., 16.

[273] Secondo A. MARTINELLI, *L'Unione Europea di fronte alla pandemia Covid-19*, cit., 545, la pandemia avrebbe rafforzato il processo di integrazione europea, anzi, senza Unione non sarebbe stato possibile affrontare crisi economica e pandemia in un ristretto lasso di tempo. Al contrario, S. MANGIAMELI, *Covid-19 e Unione europea*, cit., 587, ritiene che, nonostante la spinta impressa dalla pandemia all'azione dell'Unione, il futuro dell'integrazione europea resti incerto, in bilico tra l'organizzazione intergovernativa di libero scambio e l'associazione di Stati con una forte sovranità condivisa.

[274] Sulla necessità di una ulteriore maturazione della solidarietà a livello europeo che possa consentirle di svolgere un ruolo generale v. G. MORGESE, *Solidarietà di fatto… e di diritto*, cit., 91.

dei sistemi delle fonti[275] e, verosimilmente, più un sistema è complesso, maggiore è la sensibilità con cui può reagire alle crisi e alle emergenze.

Uno degli aspetti più consistenti evidenziato dalla pandemia ha riguardato la sua capacità di "paralizzare" interi sistemi giuridici, messi in dubbio nel loro impianto "ordinario". E questo, sia per ragioni "patologiche" – visto che è da anni che ormai si discute di crisi dei sistemi delle fonti, di abuso della decretazione d'urgenza, di costituzionalizzazione delle clausole emergenziali – ma anche per ragioni, per così dire, "fisiologiche", che nulla avevano a che vedere con la coerenza e il corretto funzionamento dei sistemi delle fonti. Esse piuttosto sembrano investire le fondamenta del diritto come scienza sociale, nata per far fronte a vicende essenzialmente umane, ma in posizione di "disagio" rispetto a determinate "fattualità biologiche". Questa non vuole essere una dichiarazione della superiorità della natura sul diritto (aspetto di per sé scontato)[276], tuttavia non si può far a meno di constatare come possano bastare piccoli eventi, ma estesi a livello globale, per mettere in crisi sistemi molto complessi, i quali, proprio perché tali, dimostrano tutta la loro fragilità. Come dire che, più è articolato un castello di carta, più è facile che un leggero soffio di vento lo faccia crollare. Ma la complessità dei sistemi delle fonti, che si sviluppa di pari passo con l'incremento di complessità sociale, economica e politica non può per questo regredire (perché al regresso si accompagnerebbero limitazioni dei diritti).

Paradossalmente un sistema delle fonti "rudimentale", basato su alcune "linee" semplici ed essenziali, trova più facilmente "vie d'uscita" *extra ordinem* per reagire alle crisi, senza che ciò intacchi i fondamenti della sua legittimazione. Per tale ragione, sul piano sovranazionale, non bisogna cedere all'apparenza di efficienza dei sistemi autoritari[277].

La capacità di reazione a crisi ed emergenze nei sistemi complessi potrà essere potenziata attraverso un più corretto uso degli strumenti normativi a disposizione, in grado di preparare i sistemi delle fonti a far fronte al maggior numero di evenienze, ma soprattutto – come meglio illustra Cecilia Siccardi nella sua relazione – avvalendosi di una più proficua collaborazione della scienza e della tecnica, che, se non può appiattirsi sul mero recepimento

[275] Cfr. M.R. FERRARESE, *Nomofilachia ed evoluzione giuridica. Corti supreme, legalità e riassestamenti post-globalizzazione*, in *Quest. giust.*, 1, 2021, 115; R. NOCERINO, *Complessità e diritto: brevi riflessioni su Niklas Luhmann e Bruno Romano*, in *I-lex*, 11, 2010, part. 527 s.; Per la nozione sociologica di complessità si rimanda a N. LUHMANN, *Complessità sociale*, in *Enc. sc. soc.*, II, Treccani, Roma, 1992.

[276] Né con ciò si vuole accedere a possibili posizioni nichilistiche. Per tutti, N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Bari-Roma, 2004.

[277] Si veda V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus*, cit.; nonché, con riferimento allo specifico caso della gestione della pandemia, T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, cit., 192.

acritico dei dati (chi compie il bilanciamento è sempre l'organo politico-giuridico, non quello tecnico), deve comunque dimostrare condivisione di linguaggio e di metodo. La produzione del diritto che non parte dalla condivisione di metodo scientifico può condurre a soluzioni distorte, ove il dato di per sé non è sufficiente ad assurgere a "scelta giuridica". Ne consegue una produzione delle fonti caotica e ascientifica, non adeguatamente preparata ad affrontare emergenze future e imprevedibili crisi.

In un sistema complesso, quindi, può accadere con maggiore frequenza che le Costituzioni vedano diminuire progressivamente le loro capacità di limitazione dei poteri e delle leggi "non giuridiche" di fronte alle nuove sfide[278], subendo un'incidenza che non attiene solo all'ambito positivo, ma soprattutto materiale. Le Costituzioni nascono come limite al potere[279], ma tale capacità di limitazione appare oggi in crisi, dapprima al cospetto delle leggi dell'economica e del mercato, oggi al cospetto di quelle della scienza e della tecnica. A chi spetta, dunque, il primato? Non si possono non osservare con preoccupazione le sfide sempre più difficili che le Carte costituzionali e il diritto devono affrontare per conservare la loro funzione ordinante della realtà. In ciò, buona parte della loro normatività ed effettività dipende dal modo in cui i giudici nazionali e le Corti sovranazionali sapranno dare concretezza a quei valori di cui esse sono portatrici, sapendo bilanciare adeguatamente i principi su cui il nostro sistema si regge con le "leggi della crisi" che trovano nei campi dell'economia e della scienza la loro fonte[280].

Se torniamo sull'esperienza degli ultimi anni, a partire dalla crisi economica fino alle più recenti emergenze, possiamo osservare come probabilmente non vi sia stata parte del testo costituzionale che non abbia subito l'impatto degli eventi. Soprattutto se consideriamo la Prima Parte della Costituzione sembra non esserci libertà, diritto o dovere che non abbia subito una riperimetrazione – seppur temporanea – alla luce di fattori essenzialmente extragiuridici. Il loro effetto, ad ogni modo, è giuridico e rappresenta una delle risposte che il diritto tenta di dare alla complessità del reale.

Nonostante ciò, è opportuno ribadire che, ad opinione personale, non si siano realizzati i timori di chi, in corso di pandemia, aveva prospettato il rischio di uno scivolamento verso uno stato di eccezione e il mantenimento di

[278] A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, cit., 15, si chiede se una Costituzione indebolita dalla crisi sia in grado di porre un argine all'economia.

[279] Come ha sostenuto E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961, 108, «la Costituzione non si presenta come il fine primario da realizzare, ma come il limite, cioè come lo schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti».

[280] W. NOCITO, *Diritti costituzionali e crisi finanziaria*, cit., 39, secondo il quale la Costituzione deve sempre restare punto di riferimento delle decisioni pubbliche sui diritti.

forme di restrizione anche dopo la sua fine[281], piuttosto sembra che i sistemi costituzionali abbiano in buona sostanza retto[282] e che, per quanto la fase sia ancora di transizione, il lascito pandemico sia destinato ad essere superato nel futuro prossimo. Ciò, d'altra parte, pare trovare conferma sia nel regime di progressive riaperture registrato a livello europeo[283], sia nel processo di riassestamento delle prassi in materia di produzione del diritto. Il problema piuttosto sarebbe un altro e andrebbe individuato nella circostanza che alla fine di un'emergenza si sia saldato l'inizio di una nuova, portando ad una sorta di *continuum* nello stato di "fibrillazione" del sistema normativo emergenziale.

Se il rischio è quello che le Costituzioni, poste di fronte a eventi globali (o a fatti e fonti, comunque, sovranazionali) possano entrare in crisi, cedendo il passo alla produzione di un diritto *extra ordinem*, si è a lungo discusso (e tuttora si discute) sulla opportunità di inserire espresse clausole emergenziali in Costituzione, sulla falsariga di quanto previsto in altri sistemi[284]. Diversi autori ne hanno sostenuto l'opportunità tentando di tracciare il quadro dogmatico della clausola[285]. A partire dalla necessità di distinguere le emergenze per "grado", per cui ad una emergenza del "tempo ordinario" gestibile attraverso strumenti consueti come il decreto-legge, si affiancherebbe un'emergenza del "tempo straordinario", che sfugge al suo dominio e per la quale sola si porrebbe l'esigenza della clausola[286]. Non essendo verosimile ricondurre tutti i fenomeni emergenziali all'astratto precetto giuridico la soluzione per lo più

[281] A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia*, cit., 16, ribadisce che, per tale ragione, la risposta all'emergenza debba sempre essere mantenuta all'interno dell'ordinamento. Cercando, così, di contestualizzare le controverse posizioni di G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, in *Quodlibet.it*, 26 febbraio 2020. Per una critica alle posizioni di quest'ultimo v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 119.

[282] M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Quest. giust.*, 2, 2020, 11 ss.

[283] Si pensi, ad esempio, al d.l. 24 marzo 2022, n. 24, con cui è stata dichiarata la cessazione dello stato di emergenza a partire dal 31 marzo 2022 ed è stato fissato un "cronoprogramma" di progressive riaperture che, al momento presente, sono state quasi tutte poste in essere (dall'uso del *Green pass* agli obblighi vaccinali per determinate categorie di lavoratori o per determinate fasce di età). Un programma di riaperture che non pare tanto calcolato sulla base dei puri dati del contagio (come avveniva fino al recente passato), ma sul grado di avanzamento di particolari scelte politiche, su tutte il risultato della campagna vaccinale.

[284] Per un quadro di sintesi inerente ad alcuni ordinamenti di tradizione democratica si rinvia ad A. LO CALZO, *I fondamenti teorico-costituzionali del diritto dell'emergenza, con particolare riferimento alla pandemia*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, cit., 42 ss.

[285] Oltre a quelli citati alle note successive, sempre in periodo pandemico, si vedano F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 33 ss.; S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Biolaw Journal*, Special issue 1, 2020, 79 ss.

[286] A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., 695.

proposta vorrebbe una clausola sufficientemente elastica, strutturata secondo la definizione di un "fascio di poteri" piuttosto che attraverso una analitica descrizione dei contenuti[287], magari rimettendo ad una fonte subordinata, ma rinforzata, la disciplina delle concrete dinamiche[288]. Il punto sul quale sembra esserci maggior consenso attiene al "rango" della clausola, da collocare in disposizioni di livello costituzionale[289].

La dottrina prevalente, tuttavia, esprime perplessità circa una regolamentazione costituzionale dello stato di emergenza sia perché, anche negli ordinamenti che lo prevedono, denota spesso la sua insufficienza a far fronte a tutte le circostanze dell'emergenza[290], sia perché la mancanza di una clausola non implica indifferenza costituzionale[291].

Anche alla luce della pressione "emotiva" determinata dall'emergenza pandemica (con tutte le conseguenze del caso sul piano della ponderazione delle soluzioni)[292], sono state avanzate alcune proposte dirette a regolare lo stato di emergenza in Costituzione. I progetti presentati nella prima fase (A.C. 2438 e A.C. 2452)[293] erano incentrati sulla deliberazione dello stato di emergenza affidato al Parlamento con una maggioranza di due terzi (a seconda del progetto, dei presenti o dei componenti) e l'istituzione di un'apposita Commissione incaricata ad assumere le funzioni parlamentari per la durata dell'emergenza. Sul piano delle fonti i due progetti si differenziano in ordine

[287] G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, cit., 8.

[288] A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti*, cit., 695.

[289] G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, cit., 15.

[290] Così, ad esempio, B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo (2004)*, trad. it. di A. Ferrara, Maltemi editore, Roma, 2005, 26 ss. Tesi già ampiamente radicata nel diritto pubblico italiano cfr. L. ROSSI, *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1936, 262.

[291] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 140. Anzi, la richiesta di una clausola espressa sull'emergenza parrebbe il frutto di un fraintendimento tra la legittimazione del potere emergenziale (sicuramente rinvenibile nella Costituzione vigente) e astratta, espressa previsione. Cfr. A. CARDONE, *Il baratro della necessità*, cit., 350; M.C. GRISOLIA, *Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale, 2020, 602 s.

[292] Anche per questo oggetto di critiche da parte della dottrina prevalente, la quale con diverse sfumature, ha sottolineato l'inopportunità di un percorso costituente di tale portata a pandemia in atto, potendo risentire di una scarsa ponderazione dettata da vicende contingenti. Così R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 518; I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, cit., 152. Un peculiare riferimento potrebbe essere fatto, nel caso in questione, all'esperienza costituzionale di altri Paesi. In particolare, visto che la clausola emergenziale dovrebbe essere inserita nel testo costituzionale, potrebbe venire in rilievo quanto appositamente previsto dall'art. 169 della Costituzione spagnola, il quale vieta la possibilità di procedere a revisioni costituzionali durante lo stato di guerra o quando sia stato dichiarato lo stato di emergenza.

[293] Presentati rispettivamente il 17 marzo 2020, d'iniziativa dell'On. Rosato e altri, e il 30 marzo 2020, d'iniziativa dell'On. Ceccanti e altri.

alla vigenza delle leggi adottate nel regime emergenziale dalla Commissione le quali, in un caso perdono efficacia entro sei mesi dalla dichiarazione dello stato di emergenza, salva possibilità per le Camere di sanare i rapporti sorti sulla base delle suddette leggi, mentre, nel secondo, sono le Camere a determinare, entro un anno dalla cessazione dello stato di emergenza, quali disposizioni adottate in tale fase debbano decadere, disciplinando eventualmente i relativi rapporti. Un successivo disegno (A.C. 3444)[294], invece, mantiene in capo al Governo la dichiarazione dello stato di emergenza con decreto-legge, ma attribuisce al Parlamento il potere di convalidarlo entro cinque giorni con il voto della maggioranza dei due terzi dei presenti. Tale progetto, che punta a modificare l'art. 78 Cost., prevede poi che la disciplina dello stato di emergenza (circa i presupposti, la conferma, la durata e la contestazione) sia affidata ad una legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera.

Se è difficile ipotizzare una compiuta disciplina costituzionale degli stati di emergenza, proprio perché fenomeni imprevedibili che poco si prestano alla predeterminazione generale e astratta delle disposizioni, ancora più complesso sarebbe ipotizzare una disciplina degli stati di crisi, secondo la classificazione concettuale che si è proposta in questo lavoro. Le crisi, infatti, nella maggior parte dei casi richiedono riforme strutturali, non discipline *ad hoc* per casi imprevedibili di durata transitoria più o meno lunga. La disciplina di uno stato di crisi finisce quindi per coincidere con la disciplina strutturale adottata a superamento della situazione critica e, quindi, non è tipizzabile. Al più potrebbe usufruire di procedure legislative più rapide, attraverso accorgimenti da apportare tramite riforma dei Regolamenti parlamentari[295].

Guardando al versante sovranazionale, però, ci si accorge che, più che riforme costituzionali espresse dell'emergenza, è necessario un mutato approccio alle crisi e alle emergenze, che può avvenire solo alla luce di un diverso modo di intendere i rapporti tra Stati e sovranità. Attraverso quello che, nelle parole di Mario Draghi, è il passaggio da una sovranità statale ad una "sovranità condivisa" [296] e il potenziamento della produzione normativa

[294] Presentato il 13 gennaio 2022, d'iniziativa della On. Tomasi e altri.

[295] Si vedano, ad esempio, proprio in relazione alla attuazione del PNRR come strumento di risposta alla crisi, le osservazioni di L. BARTOLUCCI, *Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Consulta Online*, 2, 2022, 521 ss.

[296] Si fa riferimento alle parole pronunciate da Mario Draghi nel suo discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio dei Ministri il 17 febbraio 2021, reperibile al sito *www.governo.it*. La cessione di sovranità acquista una connotazione positiva quando riguarda le aree di debolezza degli Stati nazionali, nelle quali ritorna potenziata sotto forma di sovranità condivisa quando rimessa all'azione dell'Unione. Ciò consentirebbe agli Stati di restare il punto di riferimento dei cittadini ma, allo stesso tempo, è l'integrazione dei settori chiave a fungere da fattore di crescita condivisa. Queste affermazioni, pensate nel pieno della pandemia, assumono nuovo particolare significato se

sovranazionale, sempre però nel rispetto dei principi fondamentali e di un patrimonio costituzionale comune a livello europeo, che costituisce la base minima non negoziabile di un processo di rafforzamento della coesione europea e di ampliamento dell'azione dell'Unione. Tale passaggio trova il proprio presupposto giustificativo nel principio di apertura dell'ordinamento, così come si ricava dal significato attribuito all'art. 11 Cost. e alle "limitazioni" di sovranità[297], da intendere in senso funzionale rispetto al generale principio di titolarità di cui all'art. 1 Cost. Solo quelle limitazioni funzionali alla partecipazione a un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni consente che, da una cessione di sovranità nazionale in determinati settori, i cittadini ricevano in cambio un *surplus* di sovranità comune. Come a dire che quella proclamata dall'art. 11 Cost. non è una limitazione "a perdere", ma "a guadagnare".

Nel percorso che porta verso una sempre maggiore coesione e integrazione europea le Costituzioni nazionali non potranno essere degradate a mere Carte "locali", ma saranno elementi imprescindibili da considerare nel processo di implementazione delle tradizioni costituzionali comuni, alle quali non deve attribuirsi un valore avversativo rispetto alle identità costituzionali nazionali, con le prime aggregative e le seconde divisive. Solo in questo modo è possibile tenere insieme un'Europa del futuro più forte con la perdurante sovranità degli Stati nazionali. Questa è la vera sfida a cui l'Europa è chiamata, dimostrare che un percorso di "rafforzamento" non deve necessariamente svolgersi a detrimento delle conquiste ottenute nei decenni sul piano dei diritti, ovvero che può esistere "forza" anche ove vi è lo stato di diritto.

rapportate alla successiva fase bellica, dove con maggiore evidenza si sono palesate quelle aree di debolezza a cui accennava Draghi e che, in prospettiva futura, andranno affrontate all'insegna di una maggiore integrazione.

[297] A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti*, cit., 9.

L'IMPATTO DELL'EMERGENZA SANITARIA ED ECONOMICA DA COVID-19 SUL SISTEMA DELLE FONTI TRA LIVELLO STATALE, REGIONALE E LOCALE*

SARA LIETO **

Sommario

1. Emergenza e crisi: due concetti non assimilabili. – 1.1. Emergenza e crisi nel sistema delle fonti tra «ripristino» degli assetti ordinari e «stabilizzazione» di nuovi equilibri. – 1.2. Matrice economica e/o matrice sanitaria dell'emergenza: modello semplice e modello complesso. – 1.3. Ambito di indagine: il sistema di produzione normativa sull'emergenza sanitaria da Covid-19 nel rapporto tra Stato, Regioni ed Enti locali. – 1.3.1. Dal modello accentrato di produzione normativa, che si è configurato con l'emergenza da Covid-19, derivano i seguenti interrogativi. – 2. La disciplina costituzionale dell'emergenza: stato di guerra, decretazione d'urgenza, potere sostitutivo. – 3. La disciplina dell'emergenza nel diritto positivo: il Codice di protezione civile. – 4. La pandemia in Italia e i modelli normativi «possibili» dell'emergenza. – 5. La diade decreto legge – dPCM e la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021. – 5.1. La pandemia come ulteriore fattore di marginalizzazione della «legge» nel sistema delle fonti. – 5.2 I "Decreti Ucraina". – 6. Le Regioni nella produzione normativa emergenziale: «nelle more» come nuovo dispositivo di espansione temporanea dell'autonomia territoriale. – 6.1. Gli esecutivi regionali e il potere di ordinanza. – 6.2. Le leggi regionali come categoria residuale: il caso della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11. – 7. Infrastrutture di dialogo tra Stato e regioni: potenzialità e limiti. – 7.1. I principi di autonomia, leale collaborazione e sussidiarietà alla prova dell'emergenza. – 7.2. Il principio di leale collaborazione e il contributo della giurisprudenza costituzionale. – 7.2.1. Il meccanismo della «chiamata in sussidiarietà» e il canone della «trasversalità» nell'ordine delle competenze. – 7.2.2. Il sistema delle Conferenze: cenni. – 8. L'emergenza come fattore di conflittualità «amplificata» tra Stato e regioni: il contenzioso amministrativo. – 8.1. Lo «scarto temporale» di intervento tra fonti sovraordinate e provvedimenti locali: il problema della sincronicità e l'elevata possibilità di contrasto tra le stesse. – 9. La giurisprudenza costituzionale sui conflitti di competenza tra Stato e Regioni: la sentenza n. 37 del 2021. – 10. Bilanci e questioni aperte: accentramento statale e depotenziamento degli strumenti di dialogo con le Regioni nella produzione normativa dell'emergenza. – 11. Definizione di uno statuto costituzionale dell'emergenza: necessità di riattivazione di un dibattito e di uno studio anche in chiave comparativa. – 12. Differenziazione del bicameralismo: per una valorizzazione dell'autonomia regionale nella produzione normativa ordinaria e in quella emergenziale. – 12.1 La Commissione bicamerale per le questioni regionali: una possibile alternativa?. – 13. L'impatto dell'emergenza sanitaria sulla crisi della forma di governo parlamentare.

Abstract

The theme addressed in the article consists of the way in which the system of sources, at state, regional and local level, in the Italian legal system has reacted to the Covid-19 health and economic emergency. The in-depth study of the production of emergency regulations is carried out starting from a broader reflection on two very evocative concepts, emergency and crisis, often used as synonyms to define, in general, exceptional events that impose modalities 'in derogation' of the ordinary instruments of intervention, re-proposing the fundamental theme of the constitutional law of powers and their limits.

Suggerimento di citazione

S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022.

** Ricercatrice a tempo determinato di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II.
Contatto: sara.lieto@unina.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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. Emergenza e crisi: due concetti non assimilabili

Quando il contenimento della pandemia e il calo dei contagi sembravano finalmente far sperare in un ritorno alla normalità, la realtà ci pone dinanzi ad una nuova emergenza. L'aggressione armata subita dall'Ucraina da parte della Russia scuote il mondo e destabilizza le fondamenta della convivenza civile che, dalla fine della Seconda guerra mondiale, aveva caratterizzato le relazioni tra Stati in Occidente. Mentre ci si appresta a definire i contenuti di questa relazione, non si può che constatare quanto il diritto costituzionale, senza soluzione di continuità, sia di nuovo in prima linea sul fronte della guerra, che sottopone i sistemi costituzionali democratici ad una prova di "tenuta" rispetto ad un tipo di risoluzione dei conflitti sostanzialmente ripudiato dalle Costituzioni del secondo dopoguerra. Anche in questo caso, naturalmente, le misure che si rendono necessarie a livello statale, sia per supportare il paese aggredito, sia per fronteggiare le ripercussioni economiche, sono rimesse alla decretazione d'urgenza, confermando, in tal modo, la centralità ormai acquisita dal potere esecutivo nella produzione normativa.

Si tratta di una tendenza piuttosto connaturata agli stati di emergenza che, come è evidente, richiedono una tempestività di intervento che poco si concilia con i tempi fisiologici del procedimento legislativo e che, pertanto, vengono affrontati, in genere, con strumenti alternativi, sia pur nell'alveo delle garanzie costituzionali, della riserva di legge e del principio di legalità. Tuttavia, prima di entrare nel merito di come il sistema delle fonti nel nostro ordinamento abbia reagito all'emergenza sanitaria da Covid-19, si ritiene opportuno elaborare qualche riflessione più ampia, partendo innanzitutto dal titolo del Convegno (*Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*) che richiama due termini molto evocativi, emergenza e crisi, che spesso vengono usati come sinonimi per definire, in generale, accadimenti eccezionali che impongono modalità "in deroga" agli ordinari strumenti di intervento, riproponendo il tema fondamentale del diritto costituzionale dei poteri e dei loro limiti[1].

In via preliminare si precisa che emergenza e crisi possono essere intesi sia come concetti che come fenomeni: nel primo caso, in quanto esistenti in sé stessi, al di là del dato sensibile, nel secondo, in quanto fatti o eventi peculiari suscettibili di osservazione.

Questo primo tentativo di definizione attiene al significato che i due concetti possono assumere sul piano dell'esperienza in genere. Per quel che è di

[1] Sul tema dei poteri necessitati che giustificano una deroga temporanea all'ordinamento, si v. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in IDEM, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, 53 ss.; IDEM, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia, 1909, 220.

maggiore interesse in questa sede è tuttavia opportuno riflettere sul significato che essi assumono nella sfera giuridica e sulla ricaduta che essi possono avere sul sistema delle fonti.

Da questo punto di vista siamo di fronte a fenomeni che, pur necessitando di un intervento normativo, non sono facilmente riconducibili a fattispecie astratte. Non ricadremmo altrimenti in ipotesi eccezionali se queste fossero a priori tipizzabili e se ne potessero prevedere gli sviluppi e gli esiti. È questa in sostanza la ragione alla base delle discipline emergenziali che sono per loro natura caratterizzate da strumenti di intervento dotati di una certa flessibilità tale da consentirne l'adattamento a circostanze diversificate e azionabili in deroga alle disposizioni vigenti, sia pur con le opportune garanzie e per un tempo circoscritto.

Dal punto di vista giuridico, inoltre, l'emergenza rileva non solo come fenomeno ma anche come concetto, mentre la crisi rileva solo come fenomeno. Infatti, dei due termini ad essere espressamente richiamato dal diritto positivo è quello di emergenza, non quello di crisi, anche se quest'ultimo può avere, a sua volta, rilevanti ripercussioni sulla produzione normativa, determinando in essa una discontinuità. Procedendo in modo più sistematico, direi che una prima distinzione possa essere rinvenuta nella circostanza che, mentre l'emergenza rappresenta un accadimento al di fuori dell'ordinario il quale, una volta esauritosi, consente che si riconfiguri lo *status quo ante*, e dunque può essere intesa come un fatto transitorio, cioè una parentesi che una volta chiusa ripropone l'assetto antecedente[2], nel caso invece della crisi i fattori che la determinano sono tali da non consentire il rispristino delle condizioni originarie, ma, al contrario, il passaggio ad un nuovo status, dunque una frattura.

La crisi è un fenomeno di transizione, è cioè qualcosa che determina un cambiamento radicale. A tale soluzione interpretativa sembrerebbe, d'altronde, venire in sostegno la stessa etimologia della parola (dal greco antico κρίσις, "discernimento, separazione, giudizio" ma anche "punto di svolta", a sua volta dal verbo κρίνω, "separare, scegliere, ...") che rimanda ad un processo di separazione, di svolta, ovvero di rifondazione[3]. In questo senso, dunque, se ne coglie il potenziale trasformativo nel determinare il passaggio da uno status ad un altro. Inoltre, anche se il termine ha con il tempo acquisito

[2] Per un inquadramento della nozione, si v., in particolare, A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in Enc. Scienze sociali, Treccani, 1993; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova 1986; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, II, 515 ss.; inoltre, sul concetto di emergenza nel diritto romano si v. la ricostruzione di I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in Rivista AIC, 1, 2021, 109 ss.

[3] Sul concetto di crisi si v. almeno M. CACCIARI, *Krisis. Saggio sulla crisi del pensiero negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Feltrinelli, 1976; E. SEVERINO, *Crisi della tradizione occidentale*, Marinotti, 1999.

soprattutto una connotazione negativa, va sottolineato che la crisi può costituire un fattore che, determinando una scelta, si rivela comunque risolutivo e dunque, in tal senso, assumere un significato positivo.

Va poi rilevato che un'emergenza può trasformarsi in crisi, nel senso che un accadimento emergenziale che, solitamente, al suo termine non impedisce che si riconfiguri lo stato precedente, può, esso stesso, presentare caratteristiche tali da produrre una vera e propria transizione verso un assetto nuovo. Tali rilievi aiutano, dunque, a comprendere quanto sia importante definire i caratteri essenziali del fenomeno emergenziale per sviluppare una riflessione più realistica circa il suo impatto sul sistema delle fonti[4]. Nel caso, infatti, di una emergenza "che si apre e che si chiude", la sua ripercussione sul sistema, che solitamente dispone già di dispositivi per gestirla, è minima; nel caso, invece, di crisi che non si risolve in un ripristino delle condizioni originarie, la ripercussione sul sistema è massima. In altri termini, l'emergenza è contenuta in un contesto normativo che la governa e che resta un fattore di riferimento costante, la crisi invece si pone al di fuori e produce effetti sullo stesso sistema, mettendone in discussione istituti e categorie.

Naturalmente, rispetto all'emergenza sanitaria, che perdura sia pure con un grado di intensità minore rispetto ai due anni appena trascorsi, non credo che ci si possa ancora esprimere sulla sua riconducibilità alla categoria dell'emergenza o a quella della crisi; non credo cioè che ci siano ancora elementi sufficienti per definire la pandemia come un accadimento destinato a "chiudersi" e a garantire il ritorno all'assetto ordinario, o viceversa si sia trattato di qualcosa di talmente radicale da determinare una trasformazione del sistema delle fonti.

Non avendo, dunque, ancora elementi attendibili per definire la natura di detto fenomeno che, come si diceva all'inizio, senza soluzione di continuità, da sanitario ed economico si ripropone sotto la rinnovata veste del conflitto bellico, rendendo sempre più precarie ed incerte le condizioni minime di convivenza ed esponendo il nucleo essenziale dei diritti fondamentali a intense forme di limitazione, credo che si debbano, almeno in questa fase, prospettare entrambe le ipotesi, cercando di mettere a fuoco per ciascuna di esse le relative conseguenze. Anche se non si può non riconoscere fin da ora che la dimensione globale dell'emergenza sanitaria è già un carattere tale da far tendenzialmente protendere per un fenomeno destinato a incidere sugli equilibri di produzione normativa, o comunque da rendere piuttosto difficile la

[4] In altri termini, se la disciplina dell'emergenza, così come sperimentata nella fase pandemica, sia una disciplina eccezionale o sia destinata a stabilizzarsi in un diritto speciale dell'emergenza, con differenti conseguenze sul futuro assetto costituzionale, è l'interrogativo che pone A. MANGIA, *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, in Le Regioni, 3, 2021, 521 ss.

chiusura dello stato di emergenza e il ripristino dell'assetto ordinario[5]. Anche perché c'è da mettere in conto, oggi, che ciò che fino all'inizio del 2020 non ci si aspettava che accadesse possa, in futuro, riproporsi e che, pertanto, le deroghe al sistema di produzione normativa sperimentate in questa fase possano essere nuovamente messe in azione. E in ogni caso, al di là della riattivazione di forme di intervento "atipiche" realizzate in questa fase, va tenuto conto che proprio l'entità del fenomeno, già all'indomani della dichiarazione di emergenza, ha fatto emergere con chiarezza la necessità di definire nuovi statuti dell'emergenza da affiancare e/o sostituire a quelli preesistenti, che – come avremo modo di approfondire – per ragioni molteplici si sono rivelati non del tutto idonei. In particolare, la dimensione del fenomeno ha sollevato questioni di coordinamento tra i diversi livelli locali, nazionali e sovranazionali, ponendo l'esigenza di definire un modello "integrato" di gestione dell'emergenza che possa garantire maggiore efficienza attraverso moduli di intervento che coniughino il coordinamento accentrato, imprescindibile nei contesti emergenziali, e le istanze di differenziazione di livello locale.

1.1. Emergenza e crisi nel sistema delle fonti tra «ripristino» degli assetti ordinari e «stabilizzazione» di nuovi equilibri

Allo stato e con la dovuta cautela, l'impressione è che il fenomeno emergenziale sia stato tale da determinare, anche in prospettiva, la configurazione di nuovi assetti normativi, sia nel senso di una stabilizzazione dei modelli alternativi sperimentati in via di prassi, sia di nuovi dispositivi *ad hoc* in vista di eventi analoghi in futuro.

L'esperienza, tuttavia, insegna che a voler definire quanto certi accadimenti siano destinati o meno a produrre conseguenze momentanee o durature è sempre impresa ardua. E probabilmente, in una vicenda come quella che abbiamo vissuto, è piuttosto irrealistico immaginare che gli effetti causati sul sistema delle fonti dall'emergenza possano scomparire del tutto. C'è sempre, infatti, un "precedente", positivo o negativo che sia, che attenta alla conservazione dello *status quo* ed ovviamente ciò che poi risulta dirimente è quanto esso si sia definito nell'ambito delle garanzie costituite[6], e quanto invece siano stati l'eccezionalità dei fatti e la necessità a costituirne la fonte di origine[7].

[5] In questa ottica, si v. 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, 207; ed inoltre C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in Astrid Rassegna, 5, 2020, 3.

[6] A riguardo, sul fondamento della disciplina emergenziale, si v. R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in Consulta Online, 3, 2020, in particolare 517 ss.

[7] Sull'esigenza che sia la Costituzione e non la necessità a costituire il presupposto dei provvedimenti emergenziali, si v. A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio*

Sempre in via preliminare, al fine di chiarire gli equivoci e le ambiguità nel fare uso di concetti non sempre del tutto assimilabili, oltre alle precisazioni fin qui proposte di crisi ed emergenza, è forse utile richiamare la scelta fatta in Costituzione dei termini e delle espressioni per indicare accadimenti e fenomeni che determinano modalità di intervento particolari o comunque in deroga alla disciplina ordinaria. In seguito, naturalmente, ci si soffermerà in maniera più analitica sui diversi statuti costituzionali volti a governare gli "stati di eccezione"[8], valga, tuttavia, in questa fase di riflessione ricordare, innanzitutto, l'art. 77, «casi straordinari di necessità e di urgenza», l'art. 78, «lo stato di guerra», l'art. 81, «eventi eccezionali», l'art. 119, «interventi speciali», l'art. 120, «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica». Il tema della necessità di rendere più veloce l'iter decisionale si riscontra, inoltre, nell'art. 72, comma 2, Cost., con riferimento al procedimento per commissione deliberante, salvo naturalmente i casi di riserva d'aula, e nelle ipotesi richiamate nei regolamenti parlamentari di procedimento per commissione redigente. Il tema dell'urgenza rileva, poi, nell'art. 73 Cost., che contempla la possibilità per le Camere di deliberare a maggioranza assoluta un termine inferiore ai trenta giorni per la promulgazione della legge sulla base di una dichiarazione di urgenza.

Pur trattandosi di disposizioni poste in contesti molto diversi della Costituzione, esse possono essere ricondotte ad un comune denominatore che è rappresentato dalla necessità di intervenire rapidamente a garanzia dei diritti fondamentali che eventi al di fuori dell'ordinario possono, in varia misura, minacciare o compromettere. In altre parole, la Costituzione contiene non pochi dispositivi idonei ad affrontare casi piuttosto vari, fornendo ai "fatti eccezionali", attraverso la loro espressa previsione, quella necessaria copertura in modo da impedire che gli stessi possano essere concepiti *extra ordinem*. Come si può constatare da questa breve rassegna, i termini impiegati dai Costituenti sono molteplici: straordinarietà, eccezionalità, urgenza, specialità, pericolo, guerra. La ricchezza semantica della lingua italiana indurrebbe ad approfondire il significato di ognuno di essi, ma non è questa la sede. Esigenze di spazio e di tempo ci limitano, pertanto, alle considerazioni proposte in partenza e a rilevare, ad esempio, che tra i tanti termini impiegati in Costituzione né quello di crisi né quello di emergenza compaiono. In particolare, non è

del potere extra ordinem del Governo, Torino, 2011, 49 ss.; IDEM, *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, num. spec., 2020.

[8] Su un tema di tale complessità teorica la letteratura è davvero molto estesa; si v. almeno C. SCHMITT, *Teologia politica*, in C. SCHMITT (a cura di G. Miglio e P. Schiera), *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, 33 ss.; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003; L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano,1990, 481 ss.

contemplato uno statuto costituzionale dell'emergenza; l'emergenza, dunque, resta nella dimensione fattuale[9], mentre rileva sul piano costituzionale lo statuto giuridico dell'urgenza[10], con il quale si interviene sull'emergenza.

Se il termine emergenza, pur non comparendo, presenta maggiore assonanza di significato con quelli richiamati in Costituzione, tanto da potersi avanzare l'ipotesi che, ad esempio, emergenza, urgenza e pericolo siano in qualche modo assimilabili, discorso diverso va fatto per la crisi. Tale concetto, infatti, si colloca in evidente contrapposizione proprio con quello di Costituzione. Mentre quest'ultimo rimanda all'idea della stabilità dell'ordine costituito, quello di crisi esprime, invece, un moto dinamico di cambiamento. Si dirà, tuttavia, che anche le Costituzioni garantiscono il cambiamento, potendo, attraverso le loro revisioni e l'azione degli interpreti, andare incontro alle trasformazioni e alle nuove istanze della società. Tali esigenze di "adattamento", tuttavia, sono riconducibili a processi fisiologici e non traumatici che, in ogni caso, non sovvertono le fondamenta dell'impianto costituzionale; in altre parole, c'è nella Costituzione una istanza conservativa intangibile che è rappresentata dall'ossatura del sistema costituzionale, con particolare riguardo ai meccanismi di garanzia che corredano il nucleo fondamentale dei diritti e dell'organizzazione dei poteri.

Da questa prospettiva, pertanto, quanto più certi eventi sono ascrivibili al concetto di crisi tanto più essi rappresentano un problema, in quanto la loro portata, per il profondo cambiamento che producono, è destinata ad avere un impatto rilevante sull'assetto costituzionale e sull'ordinamento giuridico in generale[11]. A riguardo, tuttavia, va rammentato che, seppur non presente espressamente in Costituzione, il concetto di crisi rileva per quanto riguarda il governo. La "crisi" di governo[12] – come è noto – ha una sua disciplina in Costituzione che contempla non solo le condizioni che la determinano (mancata formazione di una maggioranza all'inizio di una legislatura; rottura del rapporto di fiducia con il Parlamento, nella duplice ipotesi di crisi parlamentare e di crisi extraparlamentare o politica) ma anche i relativi strumenti di

[9] Dal punto di vista costituzionale. Mentre la legislazione ordinaria di protezione civile naturalmente la contempla.

[10] Per un ulteriore approfondimento del tema si rinvia al lavoro monografico di G. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020.

[11] La letteratura sul tema è molto estesa; si v. a riguardo almeno P. PINNA, *Crisi costituzionali (voci)*, in Dig. disc. pubbl., IV, Torino, 1989; A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in Quad. cost., 1997, 7 ss.; P. BARILE, *La revisione della Costituzione*, in P. CALAMANDREI e A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950; P. BARILE, U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione*, in Nov. Dig, 1968; M.S. CICCONETTI, *La revisione della Costituzione*, Milano, 1965.

[12] Sull'argomento si v. V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1889, 188; M. GALIZIA, *Crisi di gabinetto*, in Enc. del diritto, XI, Milano, 1962; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra governo e parlamento*, Milano, 1973.

soluzione riconducibili al Presidente della Repubblica, ovvero il potere di nomina del Presidente del Consiglio (art. 92 Cost.) e quello di scioglimento anticipato delle Camere (art. 88 Cost.). In questa specifica ipotesi, dunque, l'Assemblea costituente si preoccupò di "normare" il passaggio a un diverso assetto di governo basato su nuovi equilibri tra le forze politiche. Non rileva, invece, la "crisi" del Parlamento, anche se essa potrebbe essere intesa come la versione speculare di quella di governo. Un Parlamento che revoca la fiducia è un organo nel quale non vi è più una maggioranza coesa; questa si potrebbe eventualmente riconfigurare, ma è probabile che ciò non avvenga, segnando definitivamente il suo scioglimento.

Nel caso dell'emergenza, trattandosi di un fenomeno destinato (almeno tendenzialmente) a rientrare, la Costituzione dispone già di uno strumentario adeguato a fronteggiarla[13]. Certo, si può discutere – come già anticipato – sulla opportunità, nel prossimo futuro, di aprire una riflessione su se ampliare o rafforzare i dispositivi già previsti, ma quel che si può senz'altro constatare è che, nonostante le problematiche che ci accingiamo in questa sede ad affrontare sulla tenuta del sistema delle fonti nella gestione della pandemia, quelli utilizzati hanno retto, superando anche lo scrutinio di costituzionalità, e questo è un dato con il quale ci si deve necessariamente misurare[14].

Sopravvive, tuttavia, la preoccupazione di chi, nonostante le recenti decisioni della Corte costituzionale, ha intercettato nella modalità complessiva di produzione normativa non pochi elementi di incostituzionalità, e teme che tale modello di intervento possa, in qualche modo, stabilizzarsi in via informale. In altri termini, c'è chi intravede nell'evento globale che ci ha coinvolto qualcosa che va oltre i connotati dell'emergenza (almeno per come eravamo abituati ad intenderla fino a poco tempo fa) interpretandolo come un vero e proprio fattore di crisi del sistema costituzionale (in quella accezione, che si è tentato di chiarire, di fenomeno che sostanzialmente introduce un nuovo assetto, investendo gli equilibri pregressi e definendone altri) e teme, pertanto, che quanto sperimentato a livello normativo in questa circostanza possa consolidarsi e riproporsi in futuro nonostante sia maturato (almeno questa è la convinzione) al di fuori del solco delle garanzie costituzionali.

Queste, dunque, le suggestioni, a partire dal titolo del Convegno, che mi hanno, in un certo senso, suggerito questa riflessione di contesto, da mettere

[13] Si v. diffusamente P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; ed inoltre G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in Rivista AIC, 2, 2015; sul lemma "emergenza" si v. I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in Rivista AIC, 1, 2021, 113.

[14] In tal senso, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Rivista AIC, 2, 2020.

sullo sfondo al tema che ci occupa, ossia l'equilibrio nel complesso sistema delle fonti in occasione dell'emergenza sanitaria, a partire dalle disfunzioni nel rapporto tra esecutivo e legislativo, per finire all'articolato e spesso incoerente sistema delle competenze tra centro e periferia e alle conflittualità che ne sono derivate.

Nonostante la prudenza espressa in premessa sulla riconducibilità del fenomeno all'una o all'altra categoria concettuale (emergenza o crisi), si ritiene di poter realisticamente protendere verso una posizione intermedia, nel senso che quanto accaduto e la modalità di intervento sperimentata sono probabilmente di entità tale da non poter non avere conseguenze anche per il futuro, anche se il sistema normativo ha manifestato una certa autosufficienza, nonostante in Costituzione non ci sia un modello di gestione dell'emergenza pensato per casi di questo genere. Detto in altre parole, si prevede che una certa stabilizzazione della modalità di adozione delle misure emergenziali sarà forse inevitabile. Ed è proprio in vista di ciò che si ritiene che tutte le criticità che si sono registrate in questo periodo vengano rimeditate e rimediate, anticipando quanto prima la messa a punto di un sistema di intervento adeguato ai nuovi standard emergenziali, che – come si è detto – travalicano i confini locali e richiedono, per la loro gravità ed estensione, un approccio che tenga conto delle differenziazioni ma al contempo sia in grado di garantire adeguati livelli di coordinamento centralizzato.

In conclusione, ciò che si è verificato nella stagione pandemica deve rappresentare un monito e deve fornire nuovi parametri per mettere a punto e, più in generale, riflettere sui modelli di gestione dell'emergenza per adeguarli alle nuove e più complesse caratteristiche dei fenomeni emergenziali ed evitare che quanto si è definito in via di prassi, probabilmente anche per sopperire alle carenze dei modelli positivizzati, non alligni nelle pieghe dell'ordinamento e si riproponga all'occorrenza, producendo nuovamente dubbi e incertezze, confermando una sua sostanziale stabilizzazione ai limiti, se non addirittura al di là, delle coordinate costituzionali. Del resto, sono proprio eventi così straordinari (anche se in astratto non imprevedibili) a costituire un banco di prova dei sistemi di intervento in deroga previsti dagli ordinamenti giuridici per fronteggiare gli stati di emergenza. E dall'esperienza appena vissuta si può forse ritenere che il modello emergenziale sperimentato nel nostro ordinamento sia stato in parte espressione di quanto già previsto dal diritto positivo, e in parte una modalità inedita di intervento, che va in qualche modo ripensato o comunque meglio calibrato nel rispetto dei canoni fondamentali del principio di legalità, della riserva di legge, della forma di governo parlamentare e del principio di leale collaborazione. Mi riferisco cioè ad alcuni tra i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale che più sono stati posti sotto tensione dal tipo di intervento normativo messo in atto in questa

occasione. Rassicurazioni circa la loro tenuta – come si diceva all'inizio – sono state fornite dalla Corte costituzionale, ma non sempre gli argomenti dalla stessa proposti sono stati ritenuti del tutto soddisfacenti a fugare dubbi e incertezze su un effettivo rispetto della legalità costituzionale[15].

1.2. Matrice economica e/o matrice sanitaria dell'emergenza: modello semplice e modello complesso

I fenomeni emergenziali che abbiamo vissuto negli ultimi anni si sono rivelati sempre piuttosto complessi. La pandemia, in particolare, ha rappresentato una tipologia emergenziale inedita sotto diversi aspetti, soprattutto per le dimensioni che essa ha assunto, e, da un punto di vista della produzione normativa finalizzata all'adozione di misure *ad hoc*, per le esigenze di coerenza del sistema delle fonti tra i diversi livelli di governo investiti del compito di fronteggiarla[16].

Le emergenze che la società sta sperimentando negli ultimi anni sono, tuttavia, molteplici e di diversa natura. Prima ancora della pandemia, essa, a livello globale, e con ripercussioni di diversa entità a seconda dei contesti statali e le specifiche condizioni socio-economiche, ha dovuto fronteggiare la grande recessione, ovvero la crisi finanziaria ed economica che ha avuto avvio a partire dal biennio 2007-2008 negli Stati Uniti nell'ambito del mercato immobiliare e che ha contagiato (anche qui torna metaforicamente il concetto di epidemia) la maggior parte dei paesi avanzati provocando la crisi del debito degli Stati sovrani europei[17]. Molto note le difficoltà della ripresa in Europa, soprattutto in alcuni paesi come la Grecia, che ha dovuto affrontare un lungo periodo di *austerity* sulla base di un prestito di salvataggio disposto dai paesi dell'Eurozona e dal Fondo monetario internazionale. Non è questa la sede naturalmente per approfondire quanto accaduto, il richiamo però rileva ai fini del nostro discorso, in quanto anche in questo caso sono stati necessari interventi per disporre le misure necessarie ad affrontare lo stato emergenziale economico[18]. Inoltre, richiamare questa tipologia di emergenza è funzionale anche al fine di definire – con un evidente grado di approssimazione che è insito in fenomeni così complessi caratterizzati sempre, in base al contesto, da diverse variabili – due modelli, a seconda dell'ambito in cui l'emergenza si

[15] In generale, sulla modalità di intervento normativo nella gestione della pandemia, dubbi sono espressi da G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in Costituzionalismo.it, 1, 2020, IV ss.

[16] Sugli eccessi monocratici e la irrazionalità del quadro delle competenze nello specifico assetto del tipo di Stato regionale, si v. diffusamente S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in Rivista AIC, 2, 2020.

[17] G. MARAZZITA, *Emergenza costituzionale e crisi economica*, in Ragion pratica, 48, 2017, 77 ss.

[18] Per un inquadramento generale del tema si v. I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in Rivista del Gruppo di Pisa, 3, 2012.

manifesta. Anche in questo caso è il titolo del Convegno a sollecitare tale riflessione; tenuto conto che in esso il riferimento è non solo alla salute ma anche all'economia, ciò fa presumere che, quanto meno in linea teorica, i due fenomeni vadano distinti in quanto idonei a provocare reazioni diverse sul piano della produzione normativa. Al netto, dunque, di un inevitabile grado di semplificazione che la definizione di modelli astratti comporta, un primo rilievo che si può fare è che mentre l'emergenza economica, in linea di massima, ha una connotazione più definita, riguardando i settori economico e finanziario e dunque un ventaglio di competenze che sono quasi sempre appannaggio dello Stato, il discorso è diverso per l'emergenza sanitaria. In questo caso va innanzitutto rilevato che il fenomeno, pur investendo *in primis* quello della salute pubblica, ha poi delle inevitabili ripercussioni a catena in altri ambiti, da quello economico a quello sociale[19]. In tal senso, pertanto, il modello normativo emergenziale assume caratteri di maggiore complessità di gestione se solo si tiene conto, dal punto di vista del sistema di produzione normativa, che la diversificazione dei settori su cui l'emergenza sanitaria va ad impattare coinvolge una pluralità di materie che, negli Stati compositi, sono distribuite tra i diversi livelli di governo, implicando, pertanto, quanto meno una esigenza di coordinamento efficiente. Tale modello, inoltre, è reso complesso non solo perché interessato a livello di fonti primarie dalla concorrenza tra Stato e Regioni, ma anche perché coinvolge anche fonti di rango subordinato, comprese quelle di attuazione.

Per entrambe le tipologie emergenziali, stando almeno a quella che è stata la tendenza nel nostro ordinamento, possiamo osservare che, nel caso dell'emergenza economica, è soprattutto il livello statale con la decretazione d'urgenza ad aver avuto un ruolo centrale nell'adozione delle misure necessarie che – come è noto – sono state soprattutto restrittive e hanno imposto non pochi sacrifici alla collettività. Non si registrano, pertanto, in quella fase specifiche conflittualità con gli altri livelli di governo, soprattutto regionale, nonostante nell'ambito delle materie di potestà legislativa concorrente ci siano diversi ambiti con una spiccata connotazione economica. Ma è evidente che le esigenze di intervento, tenuto conto dell'entità dell'emergenza, erano quasi tutte attratte nell'ambito competenziale di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) («moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza, sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziari»). A rendere, in ogni caso, difficile tracciare due idealtipi di emergenza va aggiunto che proprio

[19] Sugli effetti a cascata dell'emergenza sanitaria in particolare in ambito economico, si v. G. RIVOSECCHI, *Divisione dei poteri, relazioni tra Stato e regioni e ruolo del Parlamento ai tempi del Coronavirus*, in Diritti regionali, 3, 2020, 710 ss.

quella pandemica nel nostro ordinamento ha visto il bisogno di uniformità di tutela sull'intero territorio nazionale scontrarsi con l'attribuzione alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni di materie "chiave" come la «tutela della salute» e la «protezione civile». Se, in ogni caso, la tendenza in casi emergenziali su vasta scala è quella all'accentramento, ovvero all'assunzione a livello statale del potere decisionale di intervento, al fine di garantire un adeguato livello di uniformità, anche sulla base di un espresso riconoscimento di potestà esclusive, l'esperienza pandemica ha prodotto risultati molto più diversificati con un protagonismo anche dei livelli di governo regionali e locali e un maggiore tasso di conflittualità[20].

Il dibattito costituzionalistico, del resto, ha messo in evidenza, passo per passo, le dinamiche del contenzioso che si è sviluppato nel corso dell'emergenza, soprattutto nella sua fase iniziale, caratterizzata da una grande incertezza circa gli effetti e la gravità della pandemia. Al di là delle considerazioni che verranno sviluppate in seguito sulle misure emergenziali adottate e sulla loro coerenza con il sistema delle fonti costituzionalmente compatibile, va in questa sede evidenziato un dato e cioè che, per ragioni diverse - molte delle quali espressamente giustificate da riconoscimenti competenziali di materie - le istanze locali, al di là dei protagonismi, hanno in realtà rispecchiato con la loro azione (anche se non sempre del tutto coerente con le fonti sovraordinate) una esigenza, probabilmente avvertita innanzitutto sul piano empirico, che la gestione di questo tipo di emergenza non potesse essere appannaggio solo ed esclusivamente dello Stato. La complessità del fenomeno ha, in altri termini, sollecitato un "senso di responsabilità" anche nei governi locali che non si sono potuti esimere dall'intervenire, anche correndo il rischio (come accaduto) di entrare in conflitto con interventi normativi sovraordinati. Al di là delle specifiche considerazioni che possono essere fatte (e che verranno in seguito sviluppate) sull'esigenza di armonizzazione tra le diverse fonti, ritengo che, con tutte le sue disfunzioni e i risultati caotici e contraddittori che questa esperienza ci ha consegnato, essa ha costituito una prova generale rispetto a eventi, che da questo momento non potremo escludere in futuro, e che ci pone di fronte a due evidenze: la prima – come già anticipato – è che tali fenomeni vanno affrontati sulla base di un modello "integrato" che non può riservare solo allo Stato la produzione normativa emergenziale, ma deve

[20] Sulle conseguenze della pandemia nel rapporto tra Stato e Regioni per quanto riguarda la dimensione economica, si v. F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto tra Stato/Regioni*, in Diritto pubblico, 2, 2020, che sottolinea: «L'emergente sfida per la gestione dei difficili tempi a venire sposterà, di certo, l'asse del regionalismo dalle istanze del pluralismo giuridico, del decentramento istituzionale e della flessibilità sempre più verso l'arroccamento identitario localistico cui si contrapporrà una più forte direzione centralistica delle politiche pubbliche, soprattutto in ambito economico-sociale», 350.

adeguatamente coinvolgere gli altri livelli di governo[21]; la seconda è che il nostro ordinamento giuridico è stato, comunque, in grado di fronteggiare con gli strumenti disponibili l'emergenza ma che, al contempo, questi probabilmente necessitano di una revisione per poter con più coerenza essere utilizzati in futuro. In altre parole, il nostro sistema di produzione normativa in questa specifica circostanza ha "retto", salvo la necessità di riflettere su alcuni aspetti che hanno comunque contraddistinto il complesso di misure che ci accingiamo ad analizzare e che vanno, a freddo, rimeditati[22].

1.3. Ambito di indagine: il sistema di produzione normativa sull'emergenza sanitaria da Covid-19 nel rapporto tra Stato, Regioni ed Enti locali

Il sistema di produzione normativa, che si è attivato in occasione dell'emergenza sanitaria da Covid-19, ha visto in azione diversi livelli di governo che, in mancanza, di una specifica disciplina *ad hoc* su questa precipua ed inedita emergenza sanitaria, ha comportato, almeno in una fase iniziale, un elevato grado di confusione e conseguente conflittualità. Gli esiti del caos normativo[23] si sono riverberati immediatamente sul versante dell'esercizio dei diritti e sull'esatta percezione da parte dei cittadini circa il grado di limitazione degli stessi. Si è assistito, in particolare, ad una operazione di bilanciamento che ha visto il diritto alla salute ricevere garanzie particolarmente rafforzate a detrimento di altri diritti e libertà fondamentali che, per evidenti ragioni, hanno subito una decisa contrazione. Ed è proprio quest'ultima che ha suscitato non pochi interrogativi e indotto gli studiosi a sollevare dubbi circa la coerenza complessiva del sistema delle fonti in ordine ai principi che la regolano. Le problematiche emerse durante la fase iniziale dell'emergenza pandemica hanno riguardato non solo la dimensione nazionale ma anche quella sovranazionale. Nei limiti del tema che mi è stato assegnato, si proverà a tracciare la parabola che ha caratterizzato la produzione normativa interna, dalla dichiarazione dello stato di emergenza ai provvedimenti che gradualmente hanno allentato le limitazioni all'esercizio dei diritti, rivolgendo in particolare l'attenzione a due questioni di fondo: la prima attiene al ricorso ad una modalità alternativa (sia pur non inedita) di affrontare l'emergenza sanitaria attraverso l'uso del decreto legge e dei decreti del Presidente del Consiglio; la seconda

[21] In tal senso, A. MORELLI, A. POGGI, *Le regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo (Editoriale)*, in Diritti regionali, 2, 2020.

[22] Tra le prime riflessioni a riguardo si v. A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in Riv. AIC,2, 2020; F. BILANCIA, *Ragionando "a freddo": gli effetti della crisi emergenziale sui rapporti istituzionali Stato-Regioni,* in Ist. federalismo, n. speciale, 2020, 31.

[23] Per un primo bilancio di come è stata gestita dal punto di vista costituzionale l'emergenza sanitaria e sul caos normativo, si v. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020.

investe invece il complesso rapporto tra i diversi livelli di governo che in uno Stato composito come il nostro non può essere eluso semplicemente adducendo che, in generale, le emergenze producono fenomeni di fisiologico accentramento dell'iter decisionale[24]. Tale soluzione, infatti, non terrebbe conto a sufficienza della complessità dei fenomeni, come quello che abbiamo appena vissuto, che richiedono non solo un efficiente grado di coordinamento, ma anche una adeguata differenziazione nella predisposizione delle misure emergenziali. Del resto, ciò trova riscontro anche nel riconoscimento di un principio fondante del nostro impianto costituzionale ovvero il pluralismo. Esso, come è noto, si declina su diversi piani, *in primis* quello istituzionale. La struttura composita del nostro Stato, con la previsione di una molteplicità di istituzioni, alcune delle quali di natura territoriale, induce a mettere in conto il dato della differenziazione e della diversità dei contesti che non può eclissarsi del tutto in frangenti emergenziali, che richiedono certamente una uniformità sul piano delle garanzie, ma anche una distinzione sul versante delle misure concretamente adottate. Sulla base di queste premesse, l'ambito di indagine sarà soprattutto focalizzato sull'esigenza di garantire la leale collaborazione che coniughi le istanze unitarie con quelle di differenziazione[25], al fine di impedire che in circostanze emergenziali si disconosca del tutto l'autonomia come elemento caratterizzante della nostra organizzazione costituzionale. E sempre in quest'ottica, ovvero di valorizzazione della collaborazione come modulo operativo imprescindibile in uno Stato composito e come proiezione sul piano organizzativo del principio pluralista, che si proporrà qualche riflessione anche in merito all'ipotesi e all'opportunità o meno di una riforma costituzionale che disponga uno statuto dell'emergenza dedicato a questi nuovi fenomeni emergenziali, adeguando in tal senso il nostro ordinamento ad alcuni modelli stranieri di stampo più cooperativo. Ciò naturalmente costituisce solo una delle possibili opzioni, potendo viceversa l'infrastruttura di collaborazione finora esistente essere ritenuta tutto sommato adeguata, o al più bisognosa di qualche "aggiustamento" per garantire un'implementazione del dialogo e del confronto.

Una breve riflessione, infine, va fatta in merito ad una circostanza evidente ma che non va data per scontata in questa sede, ovvero che tutti i problemi di coordinamento e di coerenza, che sono stati rilevati nel corso della pandemia e che hanno dato adito ad un intenso confronto dottrinale, in particolare sulla relazione tra Stato e Regioni, non sono altro in realtà che l'amplificazione nell'emergenza di questioni da tempo connaturate alla nostra organizzazione

[24] Sul tema si v. recentemente S. PARISI, *Cinquant'anni di Regioni: censure apparenti, ricorsività dei luoghi comuni*, in Le Regioni, 1-2, 2021, 185 ss.

[25] Per un inquadramento del tema si v. C. BUZZACCHI, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie*, Milano, 2003.

territoriale e alle inefficienze relative alle infrastrutture di dialogo tra centro e periferia. Inoltre, un discorso che miri ad essere non solo teorico, non può non tenere conto delle prove concrete di attivismo virtuoso che sono state messe in campo dalle autonomie a fronte, viceversa, di tendenze all'appiattimento (soprattutto sul versante della legislazione) di alcune regioni sui modelli normativi predisposti a livello statale. In un'ottica plurale, in altri termini, non si può fare a meno di osservare una realtà varia, in cui le "velocità" regionali sono assolutamente diversificate, se solo si voglia tenere conto dell'endemico divario tra nord e sud che da epoca pre-costituzionale perdura rendendo difficili gli obiettivi della coesione. Il discorso naturalmente ci porterebbe un po' troppo lontano dall'analisi che ci occupa in questa sede, valga però ricordare che il regionalismo italiano, a differenza di altri contesti ordinamentali compositi, non ha un retroterra storico e culturale particolarmente consolidato, circostanza questa che incide ancora oggi sul suo rendimento e che non sempre rende agevole conciliare le specificità locali con le esigenze di unità. In altre parole, la pandemia ha costituito una cassa di risonanza che ha fatto emergere in maniera tridimensionale disfunzioni preesistenti e che ha avuto anche come effetto il ridimensionamento di tante istanze espansionistiche regionali che, fino a poco prima dello scoppio del contagio, avevano caratterizzato il dibattito politico e quello scientifico. Mi riferisco, in particolare, all'attivazione del regionalismo differenziato[26] ex art. 116 Cost. da parte di alcune regioni a statuto ordinario per ampliare il proprio ambito di autonomia in molte materie[27]. In questo senso, dunque, la pandemia ha rappresentato un fattore che potrebbe segnare una battuta d'arresto per quei procedimenti regionali di incremento competenziale[28] alla luce delle difficoltà che soprattutto il settore sanitario ha incontrato proprio in quelle regioni che miravano all'ampliamento della propria potestà legislativa. È il caso, dunque, di constatare quanto probabilmente tali istanze si fondassero su presupposti non del tutto solidi che l'emergenza sanitaria ha disvelato, rendendo necessaria per il futuro maggiore prudenza nell'attivare procedure di incremento dell'autonomia da valutarsi preventivamente sulla base di indicatori affidabili della realistica capacità di tenuta economica e organizzativa dell'ente[29]. Ed è singolare

[26] Tra i numerosi contributi sull'argomento si v. almeno L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000; A. MORELLI, *Art. 116*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2018, 328 ss.

[27] In senso critico si v. I.A. NICOTRA, *Le regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi territoriali?*, in Diritti regionali, 1, 2019.

[28] «Il cammino interrotto della differenziazione», così M. COSULICH, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da Covid-19*, in Le Regioni, 3, 2021, 567 ss.

[29] In tal senso, si v. S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato dalla terra al mito e ritorno*, in Corti supreme e salute, 2, 2020, 485 ss.

che proprio alcune di queste realtà regionali, come ad esempio la Lombardia, abbiano subito dall'emergenza il maggior *vulnus* e che proprio il loro sistema sanitario, che si distingueva per efficienza organizzativa e per la qualità del servizio, sia stato tra quelli messi maggiormente a dura prova[30]. Naturalmente non si intende così sommariamente riversare le responsabilità per intero sulle Regioni, avendo lo Stato concorso, con le sue mancanze, al rischio di collasso del sistema sanitario regionale[31]. Quel che però si vuole in via preliminare evidenziare è che, proprio nell'ottica della leale collaborazione e in vista comunque di un fine unitario sul piano della garanzia dei diritti, come le inerzie a livello locale vanno decisamente contrastate, altrettanto va fatto verso quelle visioni distorte dell'autonomia, interpretata in un'ottica di separazionismo e indipendenza che rinnegano totalmente i caratteri basilari della Repubblica una e indivisibile[32]. Si tratta, in altre parole, di tendenze escludenti che mirano alla sola protezione della collettività locale e non riconoscono alla solidarietà universale valore fondante per una pacifica convivenza umana, salvo naturalmente doversi ricredere proprio in occasione di eventi drammatici che fanno riscoprire il senso più profondo dell'unità, della coesione e del reciproco aiuto. Un cambio di passo lo abbiamo osservato anche a livello europeo; a differenza di quanto accaduto in occasione dell'emergenza economica[33] prodotta dalla bolla immobiliare nel 2008 con l'adozione di misure di *austerity* che tanto hanno gravato su alcuni Stati europei e sui loro cittadini, la reazione che si è avuta in questa circostanza è stata di segno completamente opposto. Il Pnrr, come è noto, ha rappresentato tra i principali strumenti messi in campo dagli Stati in difficoltà per poter accedere all'ingente numero di risorse date in prestito dall'Unione europea per fronteggiare i danni provocati dalla pandemia in ambito economico, sanitario e sociale[34]. Certo, gli Stati dovranno fare la loro parte, dimostrandosi all'altezza di questa straordinaria occasione di rilancio delle economie attraverso la realizzazione di riforme strutturali in ambiti strategici dell'ordinamento, soprattutto in una prospettiva di cancellazione o quanto meno di attenuazione dei divari territoriali. E anche su questo

[30] Sull'impatto della pandemia sul sistema sanitario nazionale si v. M. P. IADICICCO, *Pandemia e rapporti tra Stato e Regioni in sanità. Riflessioni su di un antico travaglio, limiti e criticità di alcune proposte di riforma. "Tutto cambi affinché tutto rimanga com'è"?*, in Diritti regionali, 3, 2021.

[31] Sulle responsabilità anche statali, si v. i rilievi sviluppati diffusamente da P. MASALA, *I diritti fra Stato e Regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale "ribilanciamento" occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?*, in Costituzionalismo.it, 1, 2021.

[32] A riguardo, in un'ottica solidaristica, si v. I. A. NICOTRA, *Le regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?*, cit.

[33] G. MARAZZITA, *Emergenza costituzionale e crisi economica*, cit., 77 ss.

[34] Su questo specifico intervento di risanamento, si v., almeno, S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in Federalismi.it, 14, 2021; ed inoltre L. BIANCHI, B. CARAVITA (a cura di), *Il PNRR alla prova del Sud*, Napoli, 2021.

fronte torna protagonista il tema della leale collaborazione, non essendo pensabile che gli esiti di questa poderosa iniezione di risorse possa andare a buon fine se gli Stati agiscono al di fuori di moduli operativi di partenariato, improntati cioè al confronto e all'interazione tra i diversi livelli di governo[35]. Pensare, infatti, che si possa procedere assecondando tendenze centripete, attribuendo al livello statale un ruolo esclusivo di gestione, vorrebbe infatti decretare fin da ora il fallimento dei piani di risanamento[36].

1.3.1. Dal modello accentrato di produzione normativa, che si è configurato con l'emergenza da Covid-19, derivano i seguenti interrogativi:
a) In un modello di Stato composito quali sono gli strumenti per realizzare un sistema di produzione normativa dell'emergenza che non penalizzi del tutto le autonomie?

Questo primo interrogativo sulle soluzioni che più efficacemente possano valorizzare il ruolo delle autonomie in uno Stato composito si basa naturalmente sul presupposto che l'opzione di gestione di una emergenza sanitaria su vasta scala che incontra maggiore favore è quella che affianca a imprescindibili esigenze di coordinamento statale un giusto rilievo nell'iter decisionale alle autonomie territoriali. In astratto, naturalmente, molteplici sono i modelli configurabili, ma, come il metodo giuridico comparativo ci insegna, sono talmente tante le variabili che l'attuazione in concreto dei modelli teorici comporta, che le valutazioni sulla resa effettiva degli idealtipi va sempre poi sperimentata sul campo. Ciò naturalmente non impedisce di avanzare delle ipotesi, che possono oscillare dall'opzione zero (nel senso che l'ordinamento ha già in sé gli strumenti necessari e sufficienti per fronteggiare alcuni tipi di emergenze), all'opzione di un mero *restyling* di quanto già predisposto dall'ordinamento, fino all'opzione di introduzione di nuovi modelli, anche tenendo conto di altre esperienze ordinamentali. Tuttavia, nel caso italiano, prima ancora di affrontare la questione dell'autonomia territoriale nella dimensione emergenziale e avanzare qualche spunto di riflessione su eventuali interventi da compiere, è forse opportuno spendere qualche parola sulla resa delle strutture vigenti nelle ordinarie dinamiche di confronto e interazione tra i diversi livelli di governo. Come si è infatti sottolineato, la pandemia non ha fatto altro che rendere più evidenti problematiche preesistenti che hanno da sempre accompagnato il difficile percorso del regionalismo italiano. Gli enti regionali rappresentano una novità relativamente recente che prende piede a

[35] In tal senso, C. MAINARDIS, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in Le Regioni, 1-2, 2021, 139 ss.

[36] Sul tema si v. M. TRAPANI, *Il sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in Rivista AIC, 4, 2021.

partire dall'inizio dell'esperienza repubblicana, per poi ricevere graduale attuazione diversi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Un processo, dunque, di definizione piuttosto lungo, che conosce varie fasi, una iniziale, che inquadra le regioni in una prospettiva di natura eminentemente amministrativa, per poi passare a più incisivi piani di riconoscimento dell'autonomia, soprattutto sul versante legislativo. Non è ovviamente questa la sede per ripercorrere questa complessa vicenda, che da tempo vede i maggiori esperti di diritto regionale coinvolti in un intenso confronto[37], quel che però va evidenziato, ai fini della presente riflessione, è la circostanza che l'origine delle regioni italiane ha una specifica connotazione in quanto il processo di creazione dell'ente parte da una esperienza di Stato unitario. In altri termini, a differenza degli Stati federali, in cui assistiamo ad una decisione di diversi Stati sovrani di cedere (o condividere) porzioni di sovranità a favore dello stato federale su ambiti di comune interesse, il processo di formazione delle Regioni in Italia avviene sulla base di un percorso esattamente inverso: qui siamo di fronte ad uno Stato accentrato che riconosce le autonomie e che gradualmente conferisce compiti a funzioni ad esse. Da questo *imprinting* iniziale, credo, non si possa prescindere tutt'oggi, nonostante l'incremento di autonomia sancito anche a livello costituzionale in occasione della riforma del titolo V della parte II della Costituzione nel 2001. Detto in altri termini, è come se l'impianto originario delle Regioni, basato sostanzialmente sul riconoscimento delle stesse da parte dell'entità statale, abbia segnato profondamente la loro evoluzione e, dunque, pur essendo stata la stessa incrementale sul piano dell'autonomia, sia residuata in ogni caso l'idea che prima dello Stato la loro identità aveva natura tutt'al più geografica ma non politica. Credo che questo sia un dato importante da tener presente, soprattutto in un'ottica comparatistica con altri ordinamenti e sulla resa che nella fase della pandemia è stata dimostrata dalle organizzazioni statali composite, come ad esempio quella tedesca o quella spagnola. In altre realtà, infatti, – e mi riferisco in particolare alla Germania – la cooperazione tra i diversi livelli di governo funziona anche perché, al di là degli specifici strumenti di raccordo previsti dall'ordinamento giuridico, quel che rileva è il substrato politico di questi enti territoriali che si confrontano costantemente con lo Stato centrale, non in un'ottica di subordinazione, ma al contrario con uno spirito identitario molto forte che li pone, naturalmente, su di un piano di parità. Il discorso è complesso, ma questa simmetria non sembra riscontrabile nella realtà italiana, ove invece si assiste a fenomeni di eccesso, o in termini di tendenziale passività, o viceversa con pretese di maggiore autonomia, ma in un'ottica escludente e

[37] La letteratura di riferimento è vastissima; tra le principali e più recenti riflessioni sul tema v. diffusamente S. STAIANO, *Costituzione italiana: articolo 5*, Roma, 2017.

separatista. Insomma, si tratta di un tipo di organizzazione territoriale dello Stato che non rispecchia un naturale coordinamento tra i diversi livelli di governo, dimostrando in qualche misura che tutte le strutture che si definiscono artificialmente scontano sempre un ritardo nel loro processo evolutivo. Questa premessa, dunque, per sottolineare che le problematiche che ci coinvolgono oggi sul versante dell'impatto della pandemia nel rapporto tra Stato e Regioni nella produzione normativa emergenziale vanno ricondotte, in realtà, alle origini della definizione della struttura territoriale statale, avendo l'emergenza sanitaria reso semplicemente più evidenti criticità preesistenti nel funzionamento della collaborazione e, probabilmente, reso più urgente un intervento a riguardo.

E allora, ritornando alla domanda iniziale, la risposta più ovvia è che certamente si possono contemplare interventi in termini di miglioramento delle infrastrutture di dialogo, soprattutto in vista di emergenze future di queste dimensioni, fermo restando però che ancora a lungo le specifiche origini degli stati compositi continueranno ad agire sul rendimento effettivo della collaborazione[38].

b) Quale è stata la tenuta del sistema italiano delle fonti nel mantenimento di un equilibrio tra livello statale e livello regionale di produzione normativa in occasione dell'emergenza sanitaria?

Si tratta in realtà della questione centrale della presente riflessione. Alcuni rilievi sono stati già anticipati nei paragrafi precedenti, altri ne verranno sviluppati nelle pagine a seguire. In questa sede si può già evidenziare che, tenuto conto dell'elevato grado di conflittualità, soprattutto all'inizio dell'emergenza sanitaria, la resa del sistema nel suo complesso – nel senso di mantenimento di un equilibrio - non è stata in assoluto positiva. La conflittualità, infatti, è l'indicatore principale del funzionamento dei sistemi compositi per quanto riguarda in particolare la distribuzione delle competenze. Quel che però va sottolineato è che in questa circostanza l'attribuzione della «tutela della salute» alla potestà legislativa concorrente ha di fondo attivato una frizione inevitabile tra Stato e Regioni rispetto all'esigenza di un coordinamento centralizzato. Lo stesso discorso va fatto per la «protezione civile». Detto in altri termini, mai come in questo frangente le materie "decisive" chiamate in causa dalla pandemia si pongono al bivio tra Stato e Regioni rendendo necessaria una scelta: e cioè optare per dei dispositivi di coordinamento che facciano salva la concorrenza, oppure fare una scelta più radicale di accentramento. In questo senso, la dottrina più avveduta non ha potuto fare a meno di

[38] In tal senso si v. E. CHELI, *Poteri, diritti, competenze. I problemi costituzionali sorti dal Covid*, in Lincei.it, 22 giugno 2020.

evidenziare che tra le possibilità in campo si sia preferita la soluzione dell'accentramento, derogando sostanzialmente a tutti quei moduli di intervento che avrebbero valorizzato di più le autonomie nell'iter decisionale di assunzione delle misure[39]. Ciò, tuttavia, non ha impedito, soprattutto ad alcune regioni, di esporsi comunque, con atti normativi in controtendenza attraverso cui "rivendicare" specifiche esigenze locali di gestione dell'emergenza. A fronte della conflittualità riscontrata, un altro importante protagonista è stata la magistratura che inevitabilmente, e a vari livelli, ha dovuto svolgere un ruolo a valle di ricomposizione degli equilibri.

c) A fronte di una emergenza sanitaria e/o economica il sistema delle fonti, nel rapporto tra Stato e Regioni, si dispone sempre allo stesso modo o è possibile osservare tendenze non omogenee?

Anche a questo quesito sono state già anticipate delle risposte, ma è necessario cercare di andare più a fondo nella questione. Come si è detto all'inizio, l'impianto di queste giornate di studio è incentrato sulla natura economica e sanitaria delle emergenze, e tale scelta di campo naturalmente ci induce a distinguere tra le due tipologie, fermo restando – come già sottolineato– che si possano realizzare fenomeni complessi, quale quello della pandemia, che nasce come un evento innanzitutto sanitario ma che, a cascata, ha prodotto gravissime ripercussioni sul versante sociale ed economico[40]. Di qui, dunque, la necessità di precisare le differenti matrici, economica e sanitaria, per cercare di fare chiarezza, ai nostri fini, su quale possa essere rispetto ad ognuna di esse la reazione del sistema delle fonti, in particolare per quanto attiene alla distribuzione della potestà legislativa tra Stato e Regioni. Un elemento che, tuttavia, accomuna queste due tipologie di evento e che incide fortemente nella produzione normativa è l'elevato tasso di tecnicità. Sia il settore economico che quello sanitario necessitano, infatti, di competenze tecniche e scientifiche indispensabili per poter adottare misure adeguate. Tale esigenza giustifica, in genere, che sia l'Esecutivo ad avere un ruolo preponderante di intervento anche avvalendosi di esperti individuati *ad hoc*. In occasione dello scoppio della pandemia – formalizzata il 31 gennaio 2020 con la dichiarazione dello stato di emergenza – è stato istituito, con decreto del Capo Dipartimento

[39] Si v. diffusamente, 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, Sistema delle fonti ed emergenza sanitaria, 18 maggio 2020, 7; 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,* cit.; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19,* in Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale, 2020.

[40] Sul tema si v. M. BELLETTI, *Il "governo" dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla Costituzione economica e sul processo "federativo" europeo*, in Diritto pubblico europeo - Rassegna online, 1, 2021.

di Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020, il Comitato Tecnico Scientifico (CTS), con funzioni di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica, composto da esperti e qualificati rappresentanti degli enti e delle amministrazioni dello Stato. Ed è altrettanto noto quanto le valutazioni degli esperti abbiano guidato la definizione dei contenuti delle misure adottate. Sul ruolo della scienza e della tecnica nella produzione normativa rinvio alle riflessioni che saranno sviluppate in questa sede da altri[41]. Resta, in ogni caso, tale elemento fortemente incidente sull'iter normativo, in cui devono necessariamente coniugarsi valutazioni di natura politica e risultanze scientifiche che non sono – come è ovvio – facilmente confutabili. In particolare, nel recente frangente emergenziale, le incertezze iniziali sull'epidemia hanno fatto sì che agli esperti venisse riconosciuto un ruolo assolutamente centrale nella definizione delle misure.

Rilievi analoghi potrebbero essere fatti a proposito delle emergenze economiche, nelle quali pure l'elemento tecnico – ma non solo – finisce con l'assumere un ruolo preponderante.

Alla domanda posta si può forse, allora, rispondere che la reazione del sistema delle fonti nella gestione dei fenomeni emergenziali, di qualunque natura essi siano, si dispone in un tendenziale affidamento verso il sapere tecnico e scientifico, che rimanda al rapporto tra politica e tecnica e agli strumenti elaborati per conciliare queste due prospettive. Dunque, non nel senso di un pedissequo appiattimento rispetto a quelle che sono le evidenze scientifiche, ma certamente a partire dalle stesse, la decisione politica si dispone, in un'ottica di bilanciamento tra esigenze in conflitto e di garanzia di livelli sufficienti di tutela dei diritti, in una prospettiva prevalentemente precauzionale. Un altro elemento comune ai due fenomeni è la tendenza a che sia l'Esecutivo ad intervenire, vuoi per esigenze di celerità che le emergenze comportano, vuoi per il maggiore grado di specializzazione.

Il sistema delle fonti sembra invece reagire diversamente rispetto ai due fenomeni emergenziali nel rapporto tra Stato e Regioni. Da questo punto di vista, infatti, si osserva nelle emergenze economiche un'attitudine all'accentramento[42], che è più sfumata in quelle sanitarie o, comunque, non del tutto scontata, tenuto conto soprattutto del riparto competenziale.

2. La disciplina costituzionale dell'emergenza: stato di guerra, decretazione d'urgenza, potere sostitutivo

Che la Costituzione repubblicana non abbia predisposto per ragioni di ordine storico, connaturate al particolare contesto di gestazione del testo

[41] C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, in Questo numero della Rivista.
[42] Cfr. G. FALCON, *La crisi e l'ordinamento costituzionale*, in Le Regioni, 2012, 9 ss.

costituzionale, uno specifico statuto emergenziale è noto. Il dibattito sul tema in Assemblea costituente – che è stato recentemente ripercorso in dottrina[43] – ci offre molti spunti di riflessione sulla complessiva resistenza nel definire a livello costituzionale un dispositivo che potesse veicolare – attraverso lo stato di eccezione – all'interno del sistema costituito istanze di rottura dello stesso. Che ci siano a distanza di tanto tempo ancora le condizioni per diffidare di un sistema emergenziale di rango costituzionale è argomento di riflessione in quello che attualmente sembra essersi riconfigurato come un dibattito di grande attualità. È noto, infatti, che i più accurati studi condotti recentemente sullo stato del sistema delle fonti emergenziali si sono naturalmente posti questo interrogativo, riportando alla ribalta la questione della necessità di uno statuto costituzionale *ad hoc*. La questione dell'emergenza in Costituzione aveva in realtà da tempo ripreso quota a livello teorico e ciò non tanto in relazione alle emergenze di natura economica, che hanno caratterizzato questi ultimi anni, quanto piuttosto a quelle di matrice terroristica, a partire dall'attentato a New York dell'11 settembre 2001. Si tratta di un altro tipo ancora di emergenza con la quale l'Occidente si è dovuto confrontare, che ha prodotto in diverse realtà ordinamentali l'adozione di misure di sicurezza molto stringenti che, naturalmente, hanno avuto un forte impatto sull'esercizio dei diritti fondamentali. Molte di queste restrizioni sono state adottate per via legislativa ordinaria; il riferimento è soprattutto alle leggi antiterrorismo negli Stati Uniti che hanno in un certo senso prodotto delle vere e proprie revisioni tacite della Costituzione tale è stato il livello di restrizione di una serie di diritti. Senza inoltrarci oltre in questo discorso, che pure meriterebbe di essere sviluppato, trattandosi nel caso di specie di una ulteriore tipologia emergenziale[44], conta in questa sede rilevare l'attualità in generale della questione dell'emergenza in Costituzione. Nella nostra Carta fondamentale, pur non essendo previsto uno statuto *ad hoc* – come è invece contemplato in altre Costituzioni democratiche più o meno coeve – esistono diversi dispositivi che, nel solco delle garanzie e delle procedure stabilite, consentono di fronteggiare

[43] Si rinvia in particolare ai passaggi fondamentali che ricostruiscono il dibattito ripresi da I. A. NICOTRA*, Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo,* cit.; si v. inoltre, diffusamente, M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in Riv. AIC, 1, 2021; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in Federalismi.it, 6, 2020; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in Nomos, 1, 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in Diritti Regionali*,* 1, 2020.

[44] Tra i principali e più recenti contributi monografici a riguardo, si v. G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016.

eventi eccezionali. Alcuni di essi hanno una caratterizzazione specifica che li rende meno inclini ad essere adattati ad ipotesi diverse da quelle per le quali sono stati previsti. Mi riferisco naturalmente all'art. 78 Cost. sulla deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere e del conferimento da parte delle stesse al Governo dei poteri necessari[45]. Non sono mancate, tuttavia, nel dibattito che si è recentemente riavviato, posizioni inclini a ritenere tale ipotesi "estendibile" anche ad altri casi emergenziali[46], ma in linea prevalente lo stato di guerra sembra per le precipue caratteristiche dell'evento costituire un caso a sé.

Diverso il discorso per gli altri due strumenti previsti in Costituzione, ovvero la decretazione d'urgenza e il potere sostitutivo del Governo. Entrambi soccorrono, infatti, ad ipotesi più ampie di natura emergenziale; nel caso del decreto legge il riferimento è ad una generalità indifferenziata di casi purché siano sorretti dai caratteri della straordinarietà e dell'urgenza; nel caso, invece, del potere sostitutivo, l'art. 120, comma 2, Cost. richiama un ventaglio più specifico e dettagliato di ipotesi che, in ogni caso, vanno a coprire ambiti piuttosto vari tanto da poter essere considerato un dispositivo in grado di essere adattato anche ad altre circostanze[47].

Come avremo modo di approfondire, è lo strumento del decreto legge e dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ad essere stato utilizzato nella gestione della pandemia, mentre invece il potere sostitutivo, che pure avrebbe consentito di coprire diversi ambiti di intervento non è stato utilizzato[48]. A riguardo si può, innanzitutto, rilevare che evidentemente le particolari esigenze di tempo nella predisposizione di misure adeguate non risultassero del tutto compatibili con i tempi della procedura di sostituzione che, come è noto, è disciplinata dall'articolo 8, comma 1, della legge 5 giugno 2003, n. 131 e dall'art. 41 della legge 24 dicembre 2012 n. 234. In particolare, l'art. 8, comma 1, dispone: «Nei casi e per le finalità previsti dall'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro

[45] Per un inquadramento generale dell'argomento, si v. almeno G. F. FERRARI, *Guerra (stato di)*, in Enc. Dir., vol. XIX, Milano, 1970, 822; A. PATRONI GRIFFI, *Commento art. 78*, in Commentario Utet, 2006, 1534.

[46] Cfr. A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in Forum di Biolaw Journal, 14 marzo 2020, 5.

[47] Tra i numerosi contributi monografici, si v. V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali: tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Milano, 2012.

[48] Circa una sua riconsiderazione, si v. A. MORELLI, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in Quaderni costituzionali, 4, 2020, 758.

competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento». Tale procedura, per quanto prevista per fronteggiare circostanze di «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica», dunque ipotesi caratterizzate da una elevata esigenza di rapidità d'intervento, non trascura in ogni caso quelli che sono i principi alla base dell'azionamento del potere sostitutivo, ovvero sussidiarietà e leale collaborazione. La gravità delle circostanze emergenziali sanitarie evidentemente è stata tale da far ritenere "sacrificabili" tali principi e il loro dispositivo di attuazione e cioè la "messa in mora" degli enti territoriali coinvolti.

La strada del decreto legge e dei decreti di attuazione ha costituto la modalità principale di intervento, sollevando tuttavia non poche questioni rispetto ad un'altra disciplina dell'emergenza, di rango primario, rappresentata dal Codice di protezione civile, su cui di seguito si avrà modo di tornare. Basti tuttavia anticipare che, anche in quel caso, la gestione dell'emergenza sarebbe avvenuta con un più elevato grado di valorizzazione delle autonomie territoriali, anche se ciò avrebbe probabilmente rallentato la tempistica degli interventi. Insomma, è piuttosto evidente che il bilanciamento abbia riguardato celerità e collaborazione che, in astratto, sono due concetti non molto compatibili tra loro. La collaborazione, infatti, è un canone operativo di decisione che richiede un tempo congruo dal momento che coinvolge più soggetti e che può anche ritenersi compatibile con le procedure emergenziali, purché essa operi adeguatamente innanzitutto in condizioni di normalità. Non si può, infatti, pensare che sistemi di coordinamento che nell'ordinario fanno fatica a funzionare, possano, in circostanze eccezionali, dare buona prova di sé. Ed è questa la ragione per cui osservare l'impatto dell'emergenza sanitaria sulle fonti nel rapporto tra Stato e regioni è soprattutto un'operazione funzionale a ripensare ai circuiti di dialogo tra i diversi livelli di governo a partire innanzitutto dalle condizioni di ordinaria amministrazione. In altri termini, per valorizzare l'autonomia nell'emergenza bisogna *in primis* valorizzarla e ripensarla nelle fasi normali e, dunque, qualsiasi ipotesi di intervento volta a rimodulare modelli emergenziali preesistenti o a definirne di nuovi non può prescindere da una riconfigurazione dei sistemi di raccordo ordinari.

Resta ancora una considerazione da fare a proposito della scelta operata, in questa specifica contingenza, del decreto legge[49]. Che in generale tale strumento normativo sia stato utilizzato in maniera assolutamente incongrua

[49] Di interesse, per una riflessione generale su decreti legge e ordinanze, le riflessioni di C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in Diritto pubblico, 2009, 3334 ss.

rispetto alla sua configurazione costituzionale e alle condizioni richieste per la sua attivazione è ormai un dato acquisito, nonostante i moniti della Corte costituzionale a ricondurlo nel solco della legalità costituzionale. Nel caso di specie, tuttavia, il ricorso ad esso appare del tutto coerente con i presupposti contemplati dall'art. 77 Cost., pur essendosi molto discusso – e se ne darà conto in seguito – della sua momentanea sovrapposizione rispetto alle ordinanze di protezione civile.

3. La disciplina dell'emergenza nel diritto positivo: il Codice di protezione civile

Se a livello costituzionale non è stato previsto un modello emergenziale *ad hoc*, che potesse essere attivato per gestire l'emergenza pandemica, sul versante della normazione primaria il Codice di protezione civile[50] ha offerto, almeno in una fase iniziale, importanti strumenti di intervento, a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza avvenuta con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020[51]. Come è stato già anticipato – e messo in rilievo dalla maggior parte degli studiosi che si sono occupati del tema – a questa scelta iniziale, di fare innanzitutto riferimento alla disciplina di protezione civile, ha fatto poi seguito un diverso approccio di intervento mediante il binomio decreto legge/dPCM. Indispensabile, dunque, interrogarsi sulle ragioni di questo cambiamento di rotta, con tutte le ripercussioni che ciò ha prodotto anche sul versante delle autonomie, che avrebbero avuto un ruolo di maggiore protagonismo se si fosse proseguito nella gestione dell'emergenza con la disciplina del Codice. Probabilmente la soluzione di intervento prescelta – dopo una iniziale esitazione – ha delle ragioni fondate sull'inadeguatezza della disciplina di protezione civile a fronteggiare l'emergenza pandemica[52]. Preliminarmente, dunque, è necessario mettere a fuoco – sia pur sinteticamente – le caratteristiche di tale disciplina per cercare di comprendere quali possano essere state le ragioni di deroga della stessa da parte del Governo.

Innanzitutto, va precisato che con l'espressione «protezione civile» si intende l'insieme degli interventi predisposti preventivamente per affrontare varie ipotesi di rischio grave per la popolazione. Si tratta, nello specifico, di un rischio causato da fenomeni calamitosi di particolare intensità, quali terremoti, eruzioni vulcaniche, alluvioni, etc. La materia ha avuto la sua prima organica regolamentazione con la legge 24 febbraio 1992 n. 222, che ha istituito

[50] D. lgs. n. 1 del 2018; ed inoltre legge 24 febbraio 1992 n. 225 (Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile) come modificata dal D.L. n. 59/2012 (Disposizioni urgenti per il riordino della protezione civile).

[51] Ex art. 24 del D. lgs. n. 1 del 2018.

[52] Cfr. I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, 59 ss.

un servizio nazionale col compito di tutelare l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti umani e l'ambiente nel complesso dai danni, o dal pericolo di danni, derivanti da calamità naturali, catastrofi, o eventi calamitosi in genere. Vi è stato, poi, un intervento di riordino nel 2012 (d.l. n. 59/2012) ed uno successivo con cui la materia, sulla base della legge di delega 16 marzo 2017, n. 30, è stata oggetto di ricognizione, integrazione e coordinamento ed è confluita nel Codice di protezione civile (d.lgs. n. 1 del 2018)

Ai fini della nostra riflessione, una prima questione da affrontare è quella relativa alle tipologie di emergenze contemplate dal Codice. Ai sensi dell'art. 7, gli eventi emergenziali di protezione civile si distinguono in: a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili, dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa; c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24. Da un punto di vista delle tipologie previste, non sembra possano esserci dubbi circa la riconducibilità della pandemia all'ipotesi di cui alla lett. c). Come risulta evidente, la classificazione si basa sulle dimensioni dell'evento; nel caso di specie è altrettanto evidente però che siamo ben al di là dei confini nazionali e questa dimensione globale dell'evento potrebbe costituire una delle possibili ragioni che abbia indotto a valutare anche altre modalità di intervento, essendo la disciplina di protezione civile stata predisposta per la gestione anche di eventi ad ampia diffusione ma comunque circoscritti. Per quanto riguarda, invece, la formula «eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo», credo che risulti abbastanza ampia da poter contemplare anche questa specifica tipologia di emergenza. La questione casomai – come si diceva – riguarda le dimensioni dell'evento.

Più complesso è, invece, il discorso sulle tipologie di misure da adottare. Qui entrano in gioco due disposizioni del Codice, l'art. 24 e l'art. 25. Il primo riguarda la deliberazione dello stato di emergenza, il secondo le ordinanze di protezione civile, cioè i provvedimenti con cui si interviene durante lo stato

di emergenza di rilievo nazionale[53]. Nella fase iniziale della pandemia la dichiarazione dello stato di emergenza è avvenuta in conformità a quanto previsto dal Codice di protezione civile. Tale disciplina non è stata, tuttavia, la sola a ricevere attuazione, essendosi fatto ricorso anche ad alcune ordinanze del Ministro della salute, ex art. 32 della legge n. 833 del 1978. Ma su questo aspetto si dirà meglio nel paragrafo successivo. Valga sviluppare, invece, qualche riflessione sulle ordinanze di protezione civile, ovvero sulla loro natura, la loro struttura e il sistema di garanzie messo a punto anche dalla giurisprudenza nel corso degli anni per renderle compatibili con i principi che sorreggono il sistema delle fonti e "neutralizzare" i rischi legati al loro essere adottate in deroga. Innanzitutto, è importante evidenziare che è già la disciplina di protezione civile a segnare i limiti di tali ordinanze, stabilendo appunto che possano adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Inoltre, tali ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate.

Di particolare interesse risultano poi gli ambiti di intervento di queste ordinanze. Sempre l'art. 25, infatti, precisa in ordine a quali aspetti dell'evento emergenziale le ordinanze possono intervenire[54]. L'elencazione potrebbe

[53] Per un approfondimento, si v. diffusamente F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di Protezione Civile*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 183 ss.

[54] «Con le ordinanze di protezione civile si dispone, nel limite delle risorse disponibili, in ordine:

a) all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento;

b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea;

c) all'attivazione di prime misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale nei confronti della popolazione e delle attività economiche e produttive direttamente interessate dall'evento, per fronteggiare le più urgenti necessità;

d) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, strettamente connesso all'evento e finalizzati prioritariamente alla tutela della pubblica e privata incolumità, in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti;

e) alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e paesaggistici e dal patrimonio edilizio, da porre in essere sulla base di procedure definite con la medesima o altra ordinanza;

f) all'avvio dell'attuazione delle prime misure per far fronte alle esigenze urgenti di cui alla lettera e), anche attraverso misure di delocalizzazione temporanea in un'

essere interpretata come non tassativa, ma sta di fatto che c'è ed è anche piuttosto dettagliata e soprattutto calibrata rispetto ad eventi che, al di là della loro origine naturale o scaturenti dall'attività umana, sono intesi come compiuti o comunque in fase di risoluzione. E' chiaro che, anche nel caso di eventi naturali, ci si può trovare di fronte ad una *escalation* e a nuovi episodi del fenomeno, ma in linea di massima, e sulla base dell'esperienza, dopo un evento alluvionale, ad esempio, è realistico immaginare un graduale ritorno alla normalità. In altre parole, dal tenore dei contenuti delle ordinanze, così come specificati nell'art. 25, sembra che l'esigenza primaria che si sia intesa soddisfare sia quella di intervenire rapidamente rispetto all'emergenza prodotta da un evento compiuto anche se potenzialmente produttivo di altre manifestazioni di intensità variabile. Ciò che invece ha caratterizzato la pandemia è la sua continuità e persistenza[55]. Ad oggi, del resto, anche se ci si appresta alla formale chiusura dello stato di emergenza, il fenomeno pandemico è ancora presente. I sistemi di rilevamento degli indici di contagio sono tuttora in azione; l'allentamento delle misure di prevenzione e, più in generale, l'abbassamento di guardia da parte della collettività nelle ormai acquisite condotte minime di protezione (si pensi all'uso delle mascherine) quasi immediatamente provoca un rialzo di tali indici, a dimostrazione che il fenomeno non è affatto rientrato. Certo, abbiamo adesso molti più strumenti di difesa, a partire dai vaccini, ma ciò non esclude che una recrudescenza possa innescare nuovamente interventi restrittivi, attraverso i modelli di normazione sperimentati finora. Non credo, infatti, che si possano immaginare significativi cambiamenti in tal senso, ad esempio una riconsiderazione della disciplina di protezione civile, a meno che, nel mentre, non si ponga mano ad una sua rivisitazione, che tenga conto di ipotesi emergenziali fino ad ora dalla stessa non considerate.

Tornando al tema delle ordinanze di protezione civile, esse vanno ricondotte alla categoria delle ordinanze contingibili e urgenti (o di necessità e di urgenza)[56]. Si tratta di una tipologia normativa molto discussa, sia sul versante dottrinario che giurisprudenziale, in quanto difficilmente compatibile con la Costituzione. Sono atti la cui giustificazione si fonda su due circostanze, l'urgenza, ovvero la necessità di intervenire rapidamente, e la contingibilità, ossia

altra località del territorio nazionale, entro i limiti delle risorse finanziarie e secondo le direttive dettate con apposita, ulteriore delibera del Consiglio dei ministri, sentita la Regione interessata».

[55] Sul concetto di emergenza permanente e di normalizzazione del decreto legge, si v. U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, cit.

[56] Per un inquadramento della tipologia di atto, si v. almeno G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in Nuov. Dig., XII, Torino, 1965, 90 ss.; ed inoltre lo studio monografico di E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019.

l'impossibilità di fronteggiare l'emergenza con gli ordinari strumenti normativi. A tal fine, esse possono derogare alle leggi vigenti, ma entro certi limiti e con le opportune garanzie. E' questa, dunque, la ragione che ha impegnato soprattutto la giurisprudenza costituzionale, a partire dalle sentenze n. 8 del 1956 e la n. 26 del 1961, nel tracciare i confini entro i quali tali atti possano estendere il loro raggio d'azione. Innanzitutto, il potere di emanarli deve essere conferito dalla legge; essi, inoltre, non possono derogare le norme di rango costituzionale e i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, non possono riguardare materie coperte da riserva assoluta di legge e, infine, devono essere sorretti da una adeguata motivazione, improntati alla proporzionalità e sottoposti ad adeguate forme di pubblicità, soprattutto quando hanno il carattere della generalità.

Se questo è il perimetro entro il quale tali atti possono essere adottati, risulta, di converso, alquanto ristretto il loro ambito di intervento che, sostanzialmente, si riduce a quelle materie coperte da riserva di legge relativa, con tutte le difficoltà nel caso di specie di definire ciò che di quella materia è dettaglio e ciò che invece è principio, che resta naturalmente appannaggio della fonte legislativa[57]. Considerate, pertanto, le difficoltà nel contenere tale tipologia di atto all'interno della griglia di compatibilità costituzionale ed ordinamentale, non sorprende che rispetto all'emergenza pandemica esso sia stato accantonato e si sia preferito ricorrere direttamente ad una fonte di rango primario come il decreto legge. Troppe incognite avrebbe infatti perpetrato l'uso di uno strumento di intervento del tutto inidoneo a disporre limitazioni di diritti fondamentali strettamente inerenti alla dimensione fisica dell'individuo. Tale scelta, tuttavia, non ha impedito che alle ordinanze contingibili e urgenti si sia fatto ricorso ad altri livelli di governo. Ciò dimostra che in realtà la disciplina di protezione civile non è stata del tutto estromessa dalla produzione normativa pandemica; quel che si è voluto evitare è il rischio di non garantire adeguata copertura normativa di rango primario a tutte le misure che si sono rese necessarie. Né è opponibile a riguardo l'argomento secondo cui anche tali ordinanze avrebbero operato in un ambito di copertura

[57] A riguardo, si v. R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, in Le Regioni, 1-2, 2021, il quale, a proposito della perdita di centralità della legge nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni, osserva più in generale: «È il processo di trasformazione della funzione legislativa che ha allontanato di molto l'immagine della «legge», che era impressa nella mente dei nostri costituenti, dall'uso attuale dello strumento: una legge sempre meno ordinamentale e «di sistema», da cui sia possibile evincere «principi» e norme generali facendone perciò il perno attorno a cui costruire l'unità dell'ordinamento giuridico, si è trasformata in strumento di intervento puntuale ad alto contenuto «tecnico»; una legge, quindi, che non ha lo scopo di concorrere a costruire una disciplina omogenea e sistematica, ma che è volta a perseguire obiettivi circoscritti comprensibili solo nell'ambito di strategie politiche, amministrative, finanziarie, di innovazione tecnologica, ecc.», 48.

legislativa, in quanto previste dalla legge e limitate ulteriormente dai confini tracciati nella dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, perché – come si è in precedenza tentato di evidenziare – la disciplina di protezione civile non si estende ad ipotesi emergenziali del tipo di quella pandemica. In altre parole, il Codice, rispetto alle ordinanze dallo stesso previste, non sarebbe stato del tutto idoneo a fornire adeguata copertura legislativa, tenuto conto che la maggior parte degli ambiti materiali di intervento sono ricoperti da riserva assoluta di legge. Discorso diverso per le ordinanze contingibili e urgenti di livello regionale e locale; queste infatti - almeno in linea teorica – presentavano meno rischi di incompatibilità, muovendosi nel solco delle direttive fissate a livello statale dal decreto legge. E, comunque, come l'esperienza ci ha dimostrato, anche le ordinanze degli enti territoriali, considerate le grandi incertezze iniziali in merito al fenomeno emergenziale, non sono state immuni da contestazioni per aver talvolta sconfinato andando oltre le delimitazioni statali.

4. La pandemia in Italia e i modelli normativi «possibili» dell'emergenza

Sulla base dei rilievi effettuati a proposito della disciplina di protezione civile e dell'assenza di uno specifico statuto costituzionale dell'emergenza, è forse possibile addivenire alla conclusione che la soluzione intrapresa sul piano della produzione normativa di misure emergenziali fosse in realtà l'unica concretamente praticabile. Ciò, tuttavia, non esime dall'andare a fondo di quella che è stata la resa di tale modello e delle tensioni che esso ha comunque prodotto nel sistema delle fonti[58].

Una prima tensione, come già sottolineato, la si è avuta rispetto alla disciplina di protezione civile, il cui accantonamento però risulta comprensibile in quanto la stessa non è sembrata sufficientemente adeguata a gestire anche la tipologia di emergenza pandemica. La centralità del decreto legge si giustifica, dunque, per questa ragione ed anche per la sua intrinseca flessibilità che lo rende attivabile in un numero illimitato di casi necessitando soltanto, come suoi presupposti, dei requisiti della straordinarietà, della necessità e dell'urgenza che consentono di ricondurre nel suo alveo le ipotesi più varie[59]. Il decreto legge però – come è altrettanto noto – ha avuto bisogno di essere supportato da ulteriori atti di natura attuativa, i c.d. decreti del Presidente del

[58] Tra i primi commenti a riguardo, si v. U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. spec., 2020, 299 ss.; P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in Corti supreme e salute, 1, 2021.

[59] R. MANFRELLOTTI, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in Riv. AIC, 2, 2021.

Consiglio dei Ministri, di cui molto si è discusso in questi ultimi tempi e della cui legittimità si è altrettanto dubitato, soprattutto nella fase iniziale[60].

Anche in questo caso – come per le ordinanze contingibili e urgenti – si rende opportuno un sia pur sintetico inquadramento. I decreti del PCM sono innanzitutto riconducibili alla categoria dei decreti ministeriali, ovvero a quegli atti amministrativi che vengono adottati dai ministri nell'esercizio delle loro funzioni nell'ambito delle materie di competenza del proprio dicastero o da più ministri per esigenze comuni a più dicasteri. Nel caso del Presidente del Consiglio dei Ministri egli può adottarli nell'esercizio delle sue funzioni di indirizzo e coordinamento. Tanto premesso, è opportuno però evidenziare che tali decreti possono contenere disposizioni generali o particolari. Nel primo caso essi assumono natura regolamentare e, dunque, vanno inquadrati tra le fonti di rango secondario. Nel secondo, invece, essi hanno natura di atto amministrativo. L'art. 17 della legge n. 400 del 1988, al comma 3, stabilisce, infatti, che «con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più ministri, possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge. I regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo. Essi debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione». Dunque, quando assume natura regolamentare, il dPCM è fonte di rango secondario e deve essere necessariamente autorizzato da fonte sovraordinata e non può ad essa derogare, né può ovviamente derogare alla Costituzione. Va, in ogni caso, evidenziato che anche gli atti amministrativi possono contenere disposizioni di carattere generale, ma non per questo possono essere assimilati agli atti normativi, in quanto carenti dei caratteri dell'astrattezza e della innovatività.

Molto si è discusso circa la natura giuridica dei dPCM adottati durante l'emergenza pandemica. Ad un primo esame essi sono sembrati riconducibili al *genus* dei regolamenti, avendo contenuti destinati alla generalità dei consociati e i caratteri dell'astrattezza. Soprattutto a valle del decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.), essi sono stati però ritenuti non di mera attuazione del decreto legge, ma al contrario innovativi rispetto a quanto stabilito dalla fonte superiore. In particolare, tali dPCM avrebbero disposto

[60] Sul tema si 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. spec., 2020, 351 ss.

ulteriori misure incidenti sui diritti fondamentali, al di là di quanto stabilito dal decreto legge. Su tale aspetto è intervenuta la Corte costituzionale, con una decisione molto discussa[61], la n. 198 del 2021 – sulla quale ci si soffermerà in seguito – che ha però sostanzialmente confermato la legittimità costituzionale del modello di intervento prescelto, pur non tacendo, sia pure implicitamente, qualche dubbio sul d.l. n. 6[62].

Dati quindi i caratteri della generalità e dell'astrattezza che possono riguardare sia gli atti normativi che gli atti amministrativi, è l'innovatività a costituire il discrimine tra le due tipologie di atti. La *vexata quaestio* dei primi dPCM rispetto ai decreti legge ha innanzitutto riguardato la loro difficoltà di inquadramento, se cioè gli stessi fossero da ricondurre alla categoria dei regolamenti o a quella degli atti amministrativi. Nel primo caso, infatti essi avrebbero potuto avere portata innovativa, nei limiti consentiti dalla riserva di legge relativa; nel secondo caso, essi non avrebbero potuto innovare, ma soltanto avere funzione attuativa di quanto disposto nel decreto legge. Dato il contesto appena descritto, è agevole comprendere il potenziale impatto sul sistema delle fonti di un atto la cui natura risulti per molti versi sfuggente. E' chiaro che soltanto una valutazione concreta, caso per caso, può fugare i dubbi a riguardo. Ed è quello che ci si sarebbe aspettato dalla Corte costituzionale che, però, come vedremo analizzando la sentenza n. 198, più che andare a fondo dei contenuti dei dPCM chiamati in causa, ha preferito inquadrarli astrattamente come atti amministrativi necessitati. Probabilmente, invece, se si fosse entrati nel merito dei contenuti sarebbe stata rilevata la portata innovativa di alcune misure con la conseguenza di dover ricondurre i dPCM alla tipologia di atto normativo, sia pur di rango secondario, legittimato nei limiti della riserva di legge relativa. E si tenga conto, a riguardo, che anche in tal caso, i margini di una loro sopravvivenza sarebbero stati minimi, considerato che la stragrande maggioranza delle misure restrittive ha riguardato materie coperte da riserva assoluta di legge.

[61] Molti i commenti a riguardo, che verranno ripresi nelle pagine successive; si anticipano in particolare quelli di A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati,* in Giur. cost., 4, 2020, 2063 ss.; 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; M. RUBECHI, *I d.P.C.M. nella pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in Federalismi.it, 27, 2021; A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in Consulta Online, 3, 2021.

[62] Sulle criticità del primo decreto legge si v., tra gli altri, V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritt*o, in Diritti fondamentali, 1, 2020, 885 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 Diritto pubblico, 2, 2020, 361 ss.

5. La diade decreto legge – dPCM e la sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021

A valle del decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19) e del decreto legge 25 marzo 2020 n. 19 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19) sono stati adottati diversi dPCM[63], inaugurando così una particolare modalità di gestione dell'emergenza sanitaria. Si tratta di un modello di produzione normativa molto discusso in dottrina che è stato, ad iniziativa del Giudice di Pace di Frosinone (reg. ord. n. 27 del 2021)[64], sottoposto al vaglio di costituzionalità. Secondo il giudice *a quo*, infatti, alcune disposizioni di tali decreti avrebbero contravvenuto il principio di tipicità delle fonti di produzione normativa, delegando la funzione legislativa in materia di contenimento dell'emergenza sanitaria all'autorità di governo per il suo esercizio tramite meri atti amministrativi, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

La Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale con la sentenza n. 198 del 2021[65]. Per quanto riguarda il contenuto della decisione, la Corte effettua innanzitutto una breve ricostruzione della sequenza normativa mediante la quale Parlamento e Governo hanno affrontato l'emergenza, per poi occuparsi delle eccezioni sollevate dalla difesa statale. In particolare, l'eccezione per difetto di rilevanza delle questioni concernenti il d.l. n. 6 del 2020 è ritenuta fondata. La contestazione, infatti, riguardava l'inosservanza del dPCM 22 marzo 2020, l'ultimo adottato in base

[63] Per un approfondimento, in generale, sulla tipologia di atto, M. C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentar*e, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Bologna, 1992, 155; D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod Prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche su decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in Osservatorio sulle fonti, 2, 2019; M. GIANNELLI, *I decreti "di natura non regolamentare". Un'analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*, in Osservatorio sulle fonti, 2, 2019; sui dPCM nell'emergenza pandemica, si v. A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit.; M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in Rivista AIC, 1, 2021; M. RUBECHI, *I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, cit.; A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (…dell'emergenza coronavirus)*, in Federalismi.it, 28, 2020; 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; M. CAVINO, *Comitato per la legislazione e dPCM: il diavolo si cela nei dettagli,* in Quaderni costituzionali., 2, 2021, 401ss.; V. DI PORTO, *La carica dei DPCM,* in Osservatorio sulle fonti, 2, 2021.

[64] Per una approfondita riflessione sull'ordinanza di rimessione, si v. A. LUCARELLI, *La gestione della pandemia dinanzi alla Corte costituzionale. Riflessioni intorno all'ordinanza di rimessione n. 27/2020 del Giudice di Pace di Frosinone*, in Rivista della Corte dei conti online, 2, 2021.

[65] Tra i principali commenti alla decisione si v. A. LUCARELLI*, L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati,* in Giur. cost., 4, 2020; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/202*1, in Nomos, 3, 2021;

al d.l. n. 6 del 2020, commessa il 20 aprile 2020; a tale data la Corte osserva, tuttavia, che il dPCM in questione non aveva già più efficacia, avendola perduta in data 14 aprile 2020 per effetto di un sopraggiunto dPCM (10 aprile 2020) attuativo del successivo d.l. n. 19 del 2020[66].

La Corte, dunque, prende in considerazione le sole questioni concernenti il d.l. n. 19 del 2020, procedendo allo scrutinio nel merito. Partendo dalla relazione illustrativa al disegno di legge di conversione, la Corte osserva che il d.l. n. 19 del 2020 si è posto l'obiettivo di «sottoporre a una più stringente interpretazione del principio di legalità la tipizzazione delle misure potenzialmente applicabili per la gestione dell'emergenza», e tale obiettivo ha perseguito «con una compilazione che riconduce a livello di fonte primaria il novero di tutte le misure applicabili all'emergenza stessa, nel cui ambito i singoli provvedimenti emergenziali attuativi potranno discernere, momento per momento e luogo per luogo, quelle di cui si ritenga esservi concretamente maggiore bisogno per fronteggiare nel modo più efficace l'emergenza stessa».

Inoltre, secondo la Corte, «la tipizzazione delle misure di contenimento – coerente con l'esigenza di assicurare il corretto rapporto tra fonti primarie e fonti secondarie, soprattutto in relazione alla natura delle censure proposte dal rimettente – è stata accompagnata nell'economia del d.l. n. 19 del 2020 da ulteriori garanzie, sia per quanto attiene alla responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento, sia sul versante della certezza dei diritti dei cittadini». Tali ulteriori garanzie sono rappresentate dalla temporaneità delle misure restrittive e dalla tipizzazione delle misure di contenimento, 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).

Secondo quanto stabilito dalla Corte, dunque, «la fonte primaria, pertanto, non soltanto ha tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo 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».

Anche se non oggetto del giudizio, per aver accolto l'eccezione per difetto di rilevanza, la Corte, sia pur indirettamente, sembra esprimersi anche sul primo decreto legge quando sottolinea che «il d.l. n. 19 del 2020, *a differenza del d.l. n. 6 del 2020*, ha infatti specificamente previsto quali misure di

[66] Cfr. F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in Federalismi.it, 1, 2020.

contenimento le "limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni" (art. 1, comma 2, lettera a)», (mio il corsivo). In ogni caso, per la Corte risulta rispettato quanto dalla stessa affermato a proposito dell'individuazione delle fonti primarie, e cioè che, «in considerazione della particolare efficacia delle fonti legislative, delle rilevanti materie ad esse riservate, della loro incidenza su molteplici situazioni soggettive, nonché del loro raccordo con il sistema rappresentativo, una siffatta individuazione può essere disposta solo da fonti di livello costituzionale» (sentenza n. 361 del 2010).

La Corte, inoltre, richiama la distinzione tra «"atti" necessitati» e «"ordinanze" necessitate», aventi entrambi, come presupposto, l'urgente necessità del provvedere, «ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni» (sentenza n. 4 del 1977). A riguardo, la tassatività delle misure urgenti di contenimento acquisita dal d.l. n. 19 del 2020 induce ad accostare le stesse, per certi versi, agli «"atti" necessitati», in quanto «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto», sicché non è dato riscontrare quella delega impropria di funzione legislativa dal Parlamento al Governo che il rimettente ipotizza nel denunciare la violazione degli artt. 76 e 77 Cost. Inoltre, la Corte osserva che «quali atti a contenuto tipizzato, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle "ordinanze necessitate" (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile. Malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 non coincidono, infatti, con le ordinanze di protezione civile, l'emanazione delle quali compete pure al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma degli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018. Lo stesso d.PCM 10 aprile 2020, applicabile nel caso di specie, pur richiamando nella premessa la dichiarazione dello stato di emergenza, fin dal titolo definisce le proprie disposizioni «attuative» del d.l. n. 19 del 2020, e non del codice della protezione civile.

In conclusione, la Corte ritiene che le disposizioni oggetto di censura non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei Ministri una funzione legislativa, ma soltanto il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi *sufficientemente* tipizzati.

I dPCM sono, dunque, ricondotti alla categoria degli atti c.d. necessitati, che, secondo la tesi maggioritaria[67], vanno distinti dalle ordinanze contingibili e urgenti (che costituiscono provvedimenti a contenuto atipico e a carattere temporaneo)[68], nonostante abbiano in comune il presupposto dell'urgente necessità. In particolare, mentre gli atti necessitati[69] sono tipici e nominati, in quanto previsti e disciplinati in ogni loro elemento dalla legge, le ordinanze *extra ordinem* non hanno un contenuto predeterminato, con conseguente ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione in ordine ai contenuti in base alle esigenze, di volta in volta, richieste dalla situazione di urgenza.

Si conclude, in tal modo, una delle questioni più preoccupanti della produzione normativa emergenziale, ma persistono naturalmente i dubbi – come è stato da più parti rilevato in dottrina -, soprattutto perché la Corte, pur non occupandosi del primo decreto legge, ne sottolinea la differenza rispetto a quello successivo in termini di inferiore livello di tipizzazione delle misure, lasciando in questo modo intendere che, se le disposizioni oggetto di censura del decreto legge n. 6 fossero state oggetto di controllo, probabilmente la stessa Corte non avrebbe potuto fare a meno di constatare un *vulnus* del principio di legalità.

Sulla vicenda naturalmente non si può che sviluppare una riflessione sulla base delle disposizioni coinvolte ed effettivamente il d.l. n. 6 del 2020 stabiliva, al comma 1 dell'art. 1, che, «[a]llo scopo 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, le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica»; il comma 2 del medesimo art. 1 conteneva un'elencazione non tassativa delle misure adottabili, in quanto disponeva che, «[t]ra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti […]». Il successivo art. 2, comma 1, prevedeva inoltre, che «[l]e autorità competenti,

[67] Sulla distinzione tra atti necessitati e poteri di ordinanza, si rinvia a M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in Giur. compl. Cass. civ., XXVII, 1948, 949, ora in *Scritti*, IV, Milano, 2004, 952.

[68] Sulle ordinanze contingibili e urgenti si v., almeno, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in Dir. pub., 2, 2007, 350 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo* (aggiornamento 2010), in Digesto disc. pubbl., X, 1995, 366 ss.; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in Noviss. Dig. it., XII, Torino, 1965, 90 ss.

[69] M.S. GIANNINI, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, ora in AA.VV., in *Scritti*, 4 (1955-1962), Milano, 2004, 915 ss.

con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1».

L'art. 3 regolava, quindi, l'attuazione delle misure di contenimento, stabilendo che «[l]e misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate […] con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentiti 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 regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale» (comma 1); l'adozione delle misure di contenimento tramite ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della salute, dei Presidenti delle Regioni o dei sindaci era prevista in termini puramente interinali e residuali, essendo consentita solo «[n]elle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1» e solo «nei casi di estrema necessità ed urgenza» (comma 2).

L'art. 3, comma 4, attribuiva rilevanza penale all'inosservanza delle misure di contenimento, qualificandola come contravvenzione di polizia: «[s]alvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale».

La scadenza del termine di vigenza del decreto ha reso la questione inammissibile per difetto di rilevanza, ma ciò non toglie che, ad un esame obiettivo, effettivamente esso non contemplasse un livello di tipizzazione tale da garantire il rispetto del principio di legalità.

5.1. La pandemia come ulteriore fattore di marginalizzazione della «legge» nel sistema delle fonti

Il modello di intervento prescelto a livello centrale per fronteggiare l'emergenza pandemica fondato su decreto legge e dPCM non è stato l'unico tema discusso a livello dottrinario, anche se – va aggiunto – esso non ha rappresentato un inedito, essendo il ricorso a questo modulo emergenziale stato effettuato anche in passato, in particolare nella gestione dell'emergenza economica a partire dal biennio 2008-2009[70].

[70] A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: "stato di emergenza" e "stato di necessità" alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, cit.; L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, 2021.

Un'altra questione di cui si è molto discusso durante la pandemia ha riguardato la posizione del Parlamento, sempre più marginale, a fronte di una centralità indiscussa dell'Esecutivo. Nulla di nuovo, in un certo senso; ma come si è più volte rilevato, la pandemia ha rappresentato una cassa di risonanza di problemi preesistenti[71]. Sul ruolo del Parlamento nella nostra forma di governo è da molto che si discute; si è assistito, infatti, a fronte di una profonda crisi del sistema politico, ad una sua perdita di protagonismo a vantaggio di altri poteri. Che questo fenomeno però possa essere inquadrato esclusivamente come un'invasione di campo da parte di altri organi non credo si possa del tutto condividere. Rispetto all'Assemblea legislativa, oltre al difficile equilibrio con l'Esecutivo, è da tempo che si osservano interventi supplenti della Corte costituzionale, soprattutto in tema di diritti civili. Si tratta di un ambito di intervento potenzialmente divisivo che ha visto progressivamente le forze politiche sempre meno disposte a prendere posizione e a cimentarsi in un confronto serio in sede parlamentare. Piuttosto, si è preferito perpetrare uno stato di inerzia e riversare su altri organi, in particolare la Corte costituzionale, il compito di dare risposte alle istanze della società. Con questo si vuole evidenziare che vi è quasi sempre un "concorso di colpa" se certi ambiti di competenza vengono "acquisiti" da altri organi e, nel caso del Parlamento, ciò va ascritto anche a ragioni fortemente determinate da tatticismi elettorali o comunque legati alla conservazione del consenso. Non è naturalmente questa la sede per sviluppare ulteriori riflessioni sulla crisi della rappresentanza che è un tema vasto e complesso che rischierebbe di essere altrimenti eccessivamente semplificato. Certo è che esso è stato in questo frangente emergenziale ampiamente ripreso sotto diversi punti di vista[72]. Innanzitutto, se ne è discusso per la scelta compiuta *ab origine* e cioè di gestire l'emergenza con la decretazione d'urgenza ed è forse proprio questo un aspetto tutto sommato comprensibile. Che le situazioni emergenziali siano tendenzialmente disciplinate attraverso procedimenti di produzione normativa più rapidi rispetto all'iter legislativo, questa pare ormai una acquisizione pacifica. L'emergenza richiede, infatti, misure celeri che non sono molto compatibili con i tempi fisiologici del dibattito legislativo. A valle, in ogni caso, del sistema di produzione normativa emergenziale attraverso la decretazione, il Parlamento ricopre, comunque, un ruolo fondamentale nella fase di conversione, nella quale oltra a svolgere un controllo può innovare introducendo anche altre disposizioni.

[71] Si v. a riguardo G. RIVOSECCHI, *Divisione dei poteri, relazioni tra Stato e regioni e ruolo del Parlamento ai tempi del Coronavirus*, cit., 686 ss.

[72] Si v. diffusamente I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, cit.

Se può risultare, pertanto, comprensibile che i momenti inziali dell'emergenza sanitaria siano stati governati sulla base di questo modulo di intervento, qualche perplessità potrebbe insorgere nelle fasi successive. Come si è già avuto modo di sottolineare, la pandemia si è rivelata un fenomeno complesso e comunque difficilmente assimilabile ad altri eventi emergenziali come quelli ai quali è ispirata la disciplina di protezione civile. Si è trattato, infatti, di un evento continuativo che, a distanza di tempo dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, persiste, pur essendo ormai in atto un significativo allentamento delle misure di contenimento. La complessità dell'emergenza la si è riferita anche alle conseguenze che essa ha prodotto in ambiti diversi da quello della salute, ovvero quello sociale e quello economico, ad esempio. Con ciò si vuole evidenziare che, al netto delle misure che si sono rese necessarie nell'immediato e che hanno ampiamente giustificato il ricorso alla decretazione d'urgenza, singolare appare che in seguito, e per tutto l'arco di tempo che è stato interessato dall'evento pandemico, si sia proseguito lungo la strada della decretazione quando, invece, si sarebbero potute riattivare le ordinarie forme di produzione normativa, ridando spazio alla funzione legislativa parlamentare[73].

A ciò si aggiungano, quale ulteriore tema di discussione sul Parlamento all'epoca della pandemia[74], le difficoltà oggettive che sono state riscontrate all'inizio nel funzionamento dell'Assemblea, avendo i contagi reso particolarmente difficile garantire la presenza in aula dei parlamentari, tenuto conto anche delle limitazioni della libertà di circolazione[75]. Su questo versante si è sviluppato un interessante dibattito sul ricorso alla tecnologia e in generale a modalità telematiche che potessero garantire l'operatività dell'Assemblea da remoto e consentirle, in ogni caso, di ottemperare alle sue funzioni essenziali, anche se i punti di vista sulle soluzioni sono stati piuttosto diversificati[76]. In

[73] Tra le principali riflessioni a riguardo, si v. diffusamente G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in Rivista AIC, 1, 2021; ed inoltre 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, 1, 2020.

[74] Un Parlamento a ranghi ridotti, così C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in Costituzionalismo.it, 1, 2020, 84.

[75] Sul tema, si v. diffusamente I. A. NICOTRA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995; ed inoltre C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in Rivista AIC, 4, 2020.

[76] Tra i principali approfondimenti, si v. N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "reingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in Osservatorio AIC, 3, 2020; ed inoltre S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in Osservatorio AIC, 3, 2020; F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del Coronavirus), una prima*

generale, tuttavia, l'iniziale impedimento è risultato facilmente superabile; moltissimi settori, del resto, dalla scuola alla pubblica amministrazione, si sono dovuti cimentare con una nuova modalità di funzionamento e quindi, a maggior ragione, l'organo rappresentativo. E, in ogni caso, se qualche difficoltà di presenza può essere stata riscontrata all'inizio[77], con le misure di prevenzione che grazie all'incremento della campagna vaccinale sono andate via via riducendosi, è stato possibile un graduale ritorno alla normalità. Ed è a questo punto che si riscontra una anomalia non del tutto giustificabile; la decretazione, infatti, continua il suo corso, pur essendo venuti progressivamente meno i suoi presupposti e pur intervenendo in ambiti che ben potrebbero essere disciplinati per via legislativa, soprattutto alla luce di una necessità di bilanciamento tra interessi diversi che ha progressivamente ripreso quota rispetto alla fase iniziale in cui è stato preponderante il *favor* per la salute collettiva

5.2 I "Decreti Ucraina"

Come evidenziato nella parte introduttiva del lavoro, senza soluzione di continuità la realtà ci ha proiettato in un nuovo stato di emergenza causato dall'attacco russo all'Ucraina. Anche in questo caso gli effetti di destabilizzazione dell'evento si sono rivelati molteplici, riguardando non solo il piano della sicurezza nazionale ma anche quello economico, tenuto conto dell'aumento dei prezzi delle materie prime e dei carburanti, che si ripercuotono a catena su gran parte dei servizi essenziali e dunque sui diritti ad essi connessi, sulle imprese e sulle famiglie, già gravate dagli effetti negativi della pandemia.

Per arginare tali problemi il Governo italiano ha sostanzialmente riproposto lo schema di intervento normativo adottato in occasione della pandemia. Con Delibera del Consiglio dei Ministri del 25 febbraio 2022 ha dichiarato lo stato di emergenza per intervento all'estero in conseguenza del grave contesto emergenziale in atto nel territorio dell'Ucraina della durata di tre mesi, con delibera del 28 febbraio ha dichiarato lo stato d'emergenza umanitario fino al 31 dicembre 2022; esso ha poi varato una serie di provvedimenti, noti anche come "Decreti Ucraina". Il primo ad essere stato emanato è il Decreto-legge 25 febbraio 2022, n. 14 recante "*Disposizioni urgenti per la crisi in Ucraina*" che prevede una serie di misure d'urgenza tra le quali rientra anche il rafforzamento della presenza italiana nei dispositivi della NATO sul fianco Est dell'Alleanza. In particolare, il decreto legge ha disposto la proroga, dal

introduzione, in Federalismi.it, 6, 2020; F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria*, in Federalismi.it, 18, 2020.

[77] Sulle difficoltà, in generale, dei sistemi di votazione all'inizio della pandemia, si v. V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sul numero dei parlamentari*, in Osservatorio AIC, 3, 2020.

1° gennaio 2021 al 31 gennaio 2022 della partecipazione italiana a quattro dispositivi NATO, già oggetto di autorizzazione parlamentare, ai sensi della "legge quadro sulle missioni internazionali" (La legge n. 145 del 2016).

È stato successivamente adottato il Decreto-legge 28 febbraio 2022, n. 16 recante "*Ulteriori misure urgenti per la crisi in Ucraina*" che ha previsto altre disposizioni in tema di cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari, di misure preventive necessarie alla sicurezza del sistema nazionale del gas naturale, di accoglienza dei profughi provenienti dall'Ucraina[78]. Tale decreto è stato abrogato dalla Legge 5 aprile 2022 n. 28 di conversione del decreto legge n. 14 del 25 febbraio, restando tuttavia validi gli atti e i provvedimenti adottati e fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo. Tra le modificazioni apportate in sede di conversione, all'art. 2 del d.l. n. 14 è stato aggiunto l'art. 2 -bis (Cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari), che prevede quanto segue: «1. Fino al 31 dicembre 2022, previo atto di indirizzo delle Camere, è autorizzata la cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle autorità governative dell'Ucraina, in deroga alle disposizioni di cui alla legge 9 luglio 1990, n. 185, agli articoli 310 e 311 del codice dell'ordinamento militare, di cui al decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, e alle connesse disposizioni attuative. 2. Con uno o più decreti del Ministro della difesa, di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definiti l'elenco dei mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari oggetto della cessione di cui al comma 1 nonché le modalità di realizzazione della stessa, anche ai fini dello scarico contabile. 3. Il Ministro della difesa e il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, con cadenza almeno trimestrale, riferiscono alle Camere sull'evoluzione della situazione in atto anche alla luce di quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo».

A tale disposizione ha fatto, pertanto, seguito il Decreto del 22 aprile 2022 del Ministro della difesa (di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, e del Ministro dell'economia e delle finanze), con il quale è stata autorizzata la cessione alle autorità governative dell'Ucraina dei mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari di cui al documento classificato elaborato dallo Stato maggiore della difesa (allegato). Quest'ultimo documento è stato secretato.

[78] Per completezza va ricordato poi il Decreto-legge 21 marzo 2022, n. 21 (Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi Ucraina) che ha previsto, oltre al taglio temporaneo delle accise sui carburanti, anche misure a sostegno delle imprese e in tema di accoglienza per far fronte alla crisi umanitaria in atto.

A partire da queste misure il dibattito, anche a livello costituzionale, si è particolarmente acuito. Prima di entrare nel merito delle eventuali criticità che potrebbero interessare il sistema delle fonti, è bene rammentare che contro tale decreto interministeriale il Codacons ha presentato ricorso dinanzi al Tar Lazio. In sintesi, secondo le argomentazioni contenute nel ricorso: 1) «*Il Decreto interministeriale oggetto di odierna impugnazione risulta essere emesso in violazione del precetto impartito dall'art. 2 bis del D.L. n. 14 del 2022 di cui costituisce attuazione nella misura in cui il Ministero della Difesa di concerto con il Ministero degli Affari Esteri e il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha autorizzato la cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti MILITARI in favore delle autorità governative dell'Ucraina in assenza del previo atto di indirizzo delle Camere. L'art. 2 bis citato prevedeva infatti la cessione di tali mezzi militari in favore delle autorità ucraine "previo atto di indirizzo delle Camere. Tale atto di indirizzo non risulta neanche menzionato nel preambolo del decreto ove vengono richiamati i vari provvedimenti adottati sul punto»; 2) «Il Decreto interministeriale oggetto di odierna impugnazione risulta essere emesso anche per un secondo motivo in violazione del precetto impartito dall'art. 2 bis del D.L. n. 14 del 2022: Infatti, sotto la voce "allegato", riportata in calce al succitato decreto, si legge "Se ne omette la pubblicazione in quanto documento classificato". Orbene, atteso che non vi è stata nel territorio nazionale alcuna deliberazione dello stato di guerra così come previsto dall' art. 78 Cost., non è consentita la classificazione ovvero la secretazione di un documento che dovrebbe contenere una mera elencazione dei mezzi e dei materiali di mera difesa ceduti all'Ucraina. Pertanto, dalla secretazione del suddetto allegato non solo si deduce che non si tratta di un elenco di equipaggiamenti meramente difensivi – che altrimenti non avrebbe motivo di essere coperto da segreto – ma anche che l'Italia si trova in uno stato di guerra non formalmente deliberato con conseguente violazione dell'art. 78 della Costituzione e dei principi di trasparenza».*

In data 28 aprile 2022, sul Decreto interministeriale del 22 aprile si è tenuta l'audizione del Ministro della difesa al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir), organo bicamerale composto da 5 senatori e 5 deputati e presieduto da un esponente dell'opposizione, dotato di importanti poteri di controllo e funzioni consultive, per fare in modo che il sistema di informazione per la sicurezza si svolga nel rispetto della Costituzione e delle leggi e nell'esclusivo interesse della Repubblica e delle sue istituzioni. In una nota successiva all'audizione, il Presidente del Copasir dichiara «condivisi i contenuti del secondo Decreto interministeriale che autorizza la cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari alle Autorità governative dell'Ucraina, sui quali il Comitato ha convenuto con il Governo nella apposizione del vincolo di segretezza, e gli esiti della riunione svoltasi nella base

americana di Ramstein in Germania lo scorso 26 aprile con la partecipazione dei Paesi alleati nel sostegno al governo di Kiev».

Tuttavia, la legge n. 28 del 5 aprile 2022 – è bene rammentarlo – all'articolo 2-bis stabilisce che c'è una autorizzazione parlamentare fino al 31 dicembre che consente la cessione di apparati e strumenti militari all'Ucraina per esercitare il diritto alla legittima difesa e di proteggere la sua popolazione. Fino a quella data, dunque, non servono altre autorizzazioni e quanto stabilito dall'art. 2 bis al comma 3 («Il Ministro della difesa e il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, con cadenza almeno trimestrale, riferiscono alle Camere sull'evoluzione della situazione in atto [...]»), riguarda un obbligo di riferire periodicamente, non di autorizzare.

Va inoltre ricordato che in data 1° marzo 2022, prima al Senato e poi alla Camera, è stata approvata la proposta di risoluzione unitaria n. 1 che impegna il Governo nelle decisioni da assumere in merito agli sviluppi del conflitto armato scatenato dall'invasione dell'Ucraina da parte della Russia.

Come anticipato, la vicenda ha attivato, anche a livello costituzionale, un acceso dibattito al quale si farà molto brevemente qualche cenno. Le questioni discusse sarebbero ancora una volta riconducibili all'esautorazione del Parlamento da parte dell'Esecutivo, nonché, nel caso di specie, all'ipotesi di dover attivare la procedura ex art. 78. Sul primo punto, il Parlamento avendo votato una risoluzione che delega ogni decisione politicamente rilevante su questo punto al Governo, sarebbe «venuto meno alla funzione di controllo che gli spetta, dando al Governo carta bianca»[79]. Quanto invece al secondo punto, sarebbe sostanzialmente l'argomento dell'invio di armi a costituire di per sé un atto di ostilità[80] tale da ricondurre questo tipo di intervento nell'alveo dell'art. 78 Cost. A corroborare la dialettica sul tema, infine, il ricorso al Tar – prima richiamato – sul Decreto interministeriale del 22 aprile.

Il tema meriterebbe naturalmente un più adeguato approfondimento, anche in considerazione della cornice di diritto internazionale che lo circonda e delle implicazioni che questo produce sul versante del diritto costituzionale. Non sembra, tuttavia, ad un esame sia pur sommario, di poter esprimere al momento una fondata preoccupazione in ordine alle misure finora adottate che sembrano collocarsi nel solco delle garanzie costituzionalmente previste e sulla base del rispetto delle procedure stabilite. Né sembrano poter avere un fondamento alcune eccessive semplificazioni basate su equivalenze alquanto riduttive, come ad esempio quella per cui la secretazione sarebbe di fatto indice di uno stato di belligeranza, etc., né potersi dubitare della

[79] Così C. DE FIORES, nell'intervista dal titolo *"L'Italia è in guerra, Draghi riferisca al Parlamento"*, in *il Riformista*, 6 maggio 2022.

[80] IBIDEM.

legittimità di tali misure in considerazione del fine che è quello di aiutare cittadini inermi[81], in un perimetro temporale delimitato dalla legge e nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza. Quanto, infine, all'ipotesi di delega in bianco, va evidenziato che con l'approvazione della risoluzione sono le Camere che impegnano il Governo ad una serie di attività specificamente elencate, sulla base di un dibattito seguito alla comunicazione del Presidente del Consiglio sugli sviluppi del conflitto tra Russia e Ucraina.

6. Le Regioni nella produzione normativa emergenziale: «nelle more» come nuovo dispositivo di espansione temporanea dell'autonomia territoriale

Nonostante sia stato piuttosto chiaro fin dall'inizio che l'emergenza sanitaria presentasse dimensioni tali da richiedere necessariamente una gestione centralizzata ed un coordinamento statale, l'azione regionale non è stata affatto recessiva, anche se progressivamente relegata in ambiti temporali residuali. Innanzitutto, va rilevato che il decreto legge n. 6 del 2020, il primo ad aver disposto misure urgenti per fronteggiare la pandemia, utilizza una espressione alquanto generica: «le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», (art. 1, comma 1); «le autorità competenti possono adottare 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, comma 1», (art. 2, comma 1).

E' poi stabilito che le misure siano adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e che «nelle more» dell'adozione di tali decreti, nei casi di estrema necessità ed urgenza, le misure necessarie possano essere adottate ai sensi dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'art. 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Sono fatti salvi gli effetti delle ordinanze contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833.

Viene in questo modo tracciato un perimetro entro il quale le fonti si dispongono secondo una logica evidentemente centralizzata. Innanzitutto, viene compiuta la scelta del dPCM, affiancando però a tale strumento di intervento le ordinanze del Ministro della salute (art. 32, legge n. 833 del 1978), le ordinanze contingibili e urgenti di Sindaco, Regioni e Stato a seconda delle dimensioni dell'emergenza sanitaria o di igiene pubblica (art. 117, d.lgs. n. 112 del 1998 e art. 50 TUEL).

[81] A riguardo, I. A. NICOTRA, *La guerra in Ucraina e i crimini contro la popolazione inerme*, in «In Terris», 18 marzo 2022.

Ma è con il decreto legge 25 marzo 2002 n. 19 che si procede ad una più netta definizione non solo delle specifiche tipologie di misure, compensando la scarsa tipizzazione iniziale e tentando in questo modo di porre un argine agli ambiti di intervento dei dPCM, ma anche dei margini entro i quali le Regioni hanno titolo per poter intervenire. All'art. 3 (Misure urgenti di carattere regionale o infraregionale), è, infatti, stabilito che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente».

In questo modo viene stabilito un quadro più definito che pone un argine al potere di ordinanza regionale sia di natura temporale, «nelle more», sia riguardo al grado di restrittività delle misure, purché siano rispetto a quelle statali «ulteriormente restrittive». Non è, dunque, configurabile alcuna ipotesi di differenziazione, soprattutto in termini di attenuazione della rigidità delle misure anche in casi di un più basso indice dei contagi in zone localizzate.

Ulteriore notazione da fare a proposito di questi due principali atti di decretazione d'urgenza, che impostano sostanzialmente la modalità di produzione normativa emergenziale, riguarda l'adozione dei dPCM e il ruolo che viene riconosciuto alle regioni. Nell'art. 2 (Attuazione delle misure di contenimento) del d.l. n. 19, vengono stabiliti due punti: il primo è che le misure sono adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri […] sentiti […] i presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale; il secondo è che i dPCM possono essere altresì adottati su proposta dei presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, sentiti il Ministro della salute, il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia.

Dunque, viene in questo modo definita l'intensità del vincolo regionale nell'iter di adozione dei dPCM (il parere) e il riconoscimento dell'iniziativa (la proposta).

6.1. Gli esecutivi regionali e il potere di ordinanza

Nel perimetro tracciato dai decreti legge si è sviluppata e in alcuni casi ha proliferato la produzione normativa regionale. Gli interventi sono stati numerosissimi e non è questa la sede per poterli prendere in esame nel dettaglio. Qualche considerazione di carattere generale e preliminare va però fatta. Innanzitutto, i limiti fissati dai decreti legge appena esaminati, pur rendendo piuttosto circoscritti gli ambiti di intervento, non hanno scoraggiato le regioni (soprattutto alcune) dall'intervenire, pur nella consapevolezza di correre il rischio di operare al di là dei margini stabiliti dalla fonte sovraordinata. Sulle ragioni di quello che spesso è stato etichettato come "protagonismo degli esecutivi regionali" va forse fatta qualche riflessione ulteriore. Certamente anche in frangenti molto gravi, quali quelli che abbiamo vissuto, una certa politica non si esime dallo sfruttare le circostanze per avere maggiore visibilità e, più in generale, coltivare il proprio bacino di consensi in vista delle elezioni. Questo risvolto, per quanto non edificante, è certamente un dato di realtà con il quale non si può non fare i conti. C'è però anche il piano della responsabilità che naturalmente è l'essenza della rappresentanza e che attiene alla cura del pubblico interesse. Se vista da questa prospettiva – che poi sarebbe sempre quella auspicabile – ci si avvede che la straordinarietà dell'evento pandemico non poteva non indurre anche gli altri livelli governo a "fare la propria parte", anche se non sempre ciò è avvenuto entro i confini stabiliti. D'altro canto, però, considerate le numerose incertezze iniziali, riscontrate ad esempio nell'eccessiva indeterminatezza del primo decreto legge, era da mettere in conto che tale proliferazione di provvedimenti avrebbe attivato contrasti e alimentato conflittualità.

Un altro aspetto da evidenziare a proposito del ruolo delle regioni nella gestione dell'emergenza riguarda la loro forma di governo[82]. L'assetto marcatamente improntato al semipresidenzialismo ha contribuito, infatti, ad incrementare la visibilità dei presidenti di regione[83] che, anche sulla base della loro

[82] A. BURATTI, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Napoli, 2010.

[83] A riguardo, si v. S. BARTOLE, *Una politica per l'ordinamento regionale*, in Le Regioni, 1-2, 2021, il quale osserva: «Conformemente alle tendenze del momento, anche i Presidenti delle giunte regionali si sono certamente avvantaggiati della propensione della politica alla personalizzazione del confronto. Hanno, però, rafforzato la loro presenza sulla scena politica approfittando per lo più della crisi dei partiti politici e dell'incapacità di questi di farsi diretti portatori e mediatori degli interessi sociali», 20; di «tempo degli esecutivi» parla S. PARISI, *Cinquant'anni di Regioni: censure apparenti, ricorsività dei luoghi comuni*, cit., 196.

investitura diretta[84], non avrebbero potuto sottrarsi alla responsabilità di assumere decisioni legate alla contingenza sanitaria[85]. Ciò è avvenuto prevalentemente attraverso le ordinanze del Presidente della Giunta regionale in materia di igiene e sanità pubblica, ai sensi dell'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, nella parte in cui dispone che il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni, nonché nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile e urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. Siamo, dunque, nell'ambito delle ordinanze contingibili e urgenti che assumono, in questo quadro normativo, un significato ulteriore, nel senso di disporsi come strumenti atti a fronteggiare una particolare circostanza che si verifichi in un ambito territoriale circoscritto che momentaneamente sfugge alla disciplina emergenziale di rango sovraordinato. Trattandosi di atti a contenuto atipico, che sulla base di specifiche previsioni legislative possono andare a derogare la normativa di rango primario, sempre nel rispetto della Costituzione e dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, i caratteri della contingibilità e dell'urgenza assumono nel quadro appena tracciato un significato particolare. La contingibilità, infatti, sta a significare che un evento imprevedibile, eccezionale o straordinario mette in pericolo la sicurezza e l'incolumità pubblica, e rispetto ad esso i mezzi giuridici ordinari appaiono inidonei a fronteggiarlo. Nel caso di specie, in realtà, siamo già in un regime emergenziale in vigore (quello per intenderci della decretazione d'urgenza e dei dPCM), all'interno del quale possono «nelle more» verificarsi condizioni che non sono state contemplate dalla disciplina emergenziale, ma che per il loro carattere di urgenza possono giustificare momentaneamente l'attivazione del potere atipico di ordinanza per affrontare un pericolo imminente. Detto in altri termini, l'ordinanza ricopre il ruolo di strumento residuale, laddove si verifichino ulteriori emergenze che la disciplina vigente non ha previsto o non ha avuto il tempo di prevedere, in considerazione del precipitare degli eventi. L'ordinanza, dunque, come estrema ratio in un contesto disciplinare emergenziale già strutturato ma che non è in grado, in assoluto, di offrire copertura a tutte le ipotesi che un fenomeno globale di tale intensità può produrre.

[84] Sul tema si v. Q. CAMERLENGO, *Unità e autonomia: una questione di indirizzo politico*, Le Regioni, 1-2, 2021, 57 ss.

[85] Sulla questione dell'eterogeneità tra la forma di governo statale e quella regionale, si v. A. MORELLI, *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, in Le Regioni, 1-2, 2021, 164.

Considerato il numero di ordinanze che sono state adottate a livello regionale, sembrerebbe quasi doversi concludere per una complessiva insufficienza della disciplina definita a livello statale a fissare misure adeguate a fronteggiare i diversi risvolti dell'emergenza. In altre parole, è come se il livello regionale abbia costantemente rinvenuto motivi materiali ulteriori e sufficientemente validi per adottare altre misure, sia pur momentanee. In realtà, è spesso accaduto – ed il contenzioso che si è sviluppato a valle, in qualche modo, lo conferma – che queste ordinanze, piuttosto che ottemperare all'urgenza nell'urgenza, abbiano spesso ricalcato ambiti già coperti dalla disciplina di rango primario, con l'intento di derogare ad essa. In altri termini, considerato il loro intrinseco carattere derogatorio, con le ordinanze regionali si è spesso tentato di estromettere la disciplina statale già per sua natura emergenziale[86]. Ed è in tal senso che i conti non tornano; una cosa infatti è inquadrare l'ordinanza come espressione di un potere, sia pur momentaneo, di deroga alla normativa vigente di carattere ordinario, altra cosa è invece l'ordinanza che deroga alla normativa dell'emergenza. In questo secondo caso, come risulta evidente, il potere derogatorio dell'ordinanza non può superare la disciplina dell'emergenza. Essa cioè ha titolo ad intervenire sono in quegli spazi lasciati vuoti dalla disciplina emergenziale e sui quali si ha necessità di intervenire rapidamente, salvo naturalmente – tenuto conto della durata limitata nel tempo dell'ordinanza – rimediare in un secondo momento, contemplando nella disciplina emergenziale l'ipotesi prima sfuggita alla sua previsione.

Che nel concreto i diversi strumenti emergenziali sarebbero stati tutti messi in campo per gestire l'emergenza pandemica, questo è un risultato che era piuttosto prevedibile. Così come è possibile solo a posteriori degli accadimenti tracciare le linee di un più coerente sistema di produzione normativa che tenga conto della gerarchia, delle ipotesi di riserva di legge e della legalità costituzionale. A priori il discorso è naturalmente più complesso, in quanto ciò che la realtà consegna va talvolta oltre qualsiasi previsione e pertanto il sistema di intervento può sfuggire momentaneamente ai parametri che lo informano nell'ordinario e subire uno stress, dovuto a quelle inevitabili sovrapposizioni che la gestione di fenomeni complessi spesso comporta. E così nel caso delle ordinanze regionali nel quadro della disciplina emergenziale tracciata dai decreti legge e dai dPCM, in linea teorica esse avrebbero dovuto occupare i soli spazi lasciati liberi dalla stessa e rispetto a ipotesi di pericoli ulteriori non previsti.

La linea di confine - come è evidente - non è affatto facile da tracciare. Per quanto si tenti di definire sulla carta gli esatti ambiti di intervento, i fenomeni

[86] Le c.d. ordinanze ribelli, così R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in Consulta Online, 3, 2020, 532.

emergenziali sono spesso mutevoli e non è agevole stabilire con tempestività il quadro complessivo entro il quale operare e con quali tipologie di strumenti. L'esperienza pandemica, in ogni caso, ha rilevato l'esistenza di uno strumentario emergenziale piuttosto variegato che però andrebbe riordinato in vista di eventi simili in futuro. In particolare, andrebbe ripensata non tanto la compatibilità della disciplina dell'emergenza con quella dell'ordinario che – come risulta ormai pacifico – se corredata dalle opportune garanzie si risolve in una deroga temporanea della seconda; quanto piuttosto la compatibilità tra più discipline emergenziali che sono tutte per loro natura derogatorie, a prescindere dal livello di governo da cui sono emanate. Il carattere "localizzato" dell'emergenza potrebbe rappresentare un elemento di differenziazione tale da poter giustificare, ad esempio, la priorità dell'atto emergenziale di maggiore prossimità con l'evento. Tale criterio, se è ragionevole dal punto di vista della sussidiarietà, crea non pochi problemi sul versante della gerarchia e sulle esigenze di coordinamento centralizzato. Detto in altri termini, in caso di contrasto tra misure emergenziali statali e misure emergenziali regionali adottate mediante ordinanza, le prime dovrebbero prevalere, a meno che le seconde non abbiano ad oggetto ipotesi non contemplate o non del tutto contemplate dalla norma sovraordinata, tali da potersi ritenere derogatorie alla disciplina vigente ordinaria e non a quella emergenziale già derogatoria di per sé. Il nodo in altri termini che andrebbe sciolto è quello se sia possibile che la deroga possa investire una normativa già di per sé derogatoria, tanto da potersi realizzare una sorta di deroga di secondo grado.

6.2. Le leggi regionali come categoria residuale: il caso della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11

Mentre si è assistito ad una notevole attività degli esecutivi regionali nella produzione normativa durante l'emergenza pandemica, altrettanto non si è riscontrato sul versante legislativo. Osserviamo, a riguardo, in maniera speculare, il medesimo ridimensionamento dei Consigli regionali rispetto a quanto avvenuto a livello statale con il Parlamento, a conferma di un generalizzato processo involutivo delle assemblee legislative. La similitudine evidenziata, tuttavia, non deve indurre a non tenere conto però anche di importanti differenze tra la forma di governo statale e quella regionale. Come è stato già sottolineato, il modello regionale di governo, nei suoi tratti essenziali, è caratterizzato da presidenti di regione eletti dal corpo elettorale e questa forma di investitura assegna necessariamente ad essi un ruolo rappresentativo forte come quello riconosciuto al consiglio regionale. Ciò ha giustificato, pertanto, anche l'intenso attivismo di alcuni, che, da un certo punto di vista, ha "compensato" le tendenze accentratrici da parte dello Stato nella gestione

dell'emergenza[87], a meno che tali azioni non le si voglia solo etichettare come manifestazioni di protagonismo.

A livello legislativo regionale – come si diceva – non si è assistito a particolari iniziative se non quella, molto discussa, della Regione Valle d'Aosta. Rinviando a successive considerazioni gli aspetti concernenti il controllo di costituzionalità cui la legge regionale del 9 dicembre 2020 n. 11 è stata sottoposta, con tutte le conseguenze che da tale decisione discendono sul versante del riparto competenziale tra Stato e Regioni, due le osservazioni da sviluppare in questa sede. Innanzitutto, una di carattere generale sulla produzione legislativa regionale che, al di là dell'emergenza sanitaria, non sembra aver mai vissuto stagioni di particolare intensità per ragioni molteplici e complesse che non si possono in questa sede ripercorrere. Valga però evidenziare che, soprattutto, all'indomani della riforma del titolo V della parte II della Costituzione, il riparto di competenze così come ridisegnato, con tutti i limiti inerenti – tra l'altro - al concetto di "materia", dal legislatore costituzionale ha reso necessario un intenso lavoro di ridefinizione da parte della Corte costituzionale che – come è noto – negli anni successivi alla riforma si è occupata di un cospicuo contenzioso tra Stato e regioni, con soluzioni che hanno tendenzialmente riconosciuto allo Stato competenze prevalenti. Ciò è avvenuto attraverso moduli argomentativi di cui si darà conto in seguito, ma che sostanzialmente confermano una impostazione più orientata al livello centrale. Questo dato, tuttavia, va – da un certo punto di vista – attentamente valutato non tanto come l'espressione di una Corte filocentralista, che tende cioè verso soluzioni che favoriscono la competenza statale, quanto piuttosto anche come il risultato di una legislazione regionale che non si è mai del tutto affrancata – salvo naturalmente alcuni casi – da quella statale. Ciò lo si può riscontrare sia sul piano della originalità delle leggi regionali, che spesso tendono a riprodurre contenuti già sviluppati a livello di legislazione statale, sia sulla ritrosia nelle materie concorrenti a cimentarsi anche allorquando la legislazione statale non offre una cornice di riferimento. Anche in questo caso di emergenza sanitaria globale, assistiamo all'amplificazione di fenomeni preesistenti nel tessuto normativo nazionale[88]. In una circostanza come quella che abbiamo vissuto e che – è il caso di rammentarlo – stiamo ancora vivendo (perché il covid non è scomparso e non va sottovalutato né derubricato come una qualunque forma influenzale), non sorprende affatto che le assemblee legislative regionali abbiano ricoperto un ruolo assolutamente inconsistente. Salvo naturalmente alcuni casi, come quello prima richiamato.

[87] In tal senso, M. BELLETTI, *La riforma del Titolo V sotto attacco. Dall'entusiasmo regionalista alle torsioni centraliste*, in Le Regioni, 1-2, 2021, 34 ss.

[88] Sul ruolo della legge regionale si v. P. GIANGASPERO*, L'organizzazione costituzionale delle Regioni e il ruolo della legge regionale*, in Le Regioni, 1-2, 2021, 127 ss.

La legge regionale n. 11 della Valle d'Aosta è intitolata «Misure di contenimento della diffusione del virus SARS- COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza». Per quanto riguarda i contenuti, essa presenta una struttura in cui se da un lato rileva, innanzitutto, la finalità di tutela della salute dei cittadini, dall'altro essa introduce misure per la pianificazione della fase di ripresa e di rilancio dei settori maggiormente colpiti dall'epidemia. In particolare, all'art. 1, comma 3, essa stabilisce che «tutte le attività produttive, industriali e commerciali, professionali, di servizi alla persona, sociali, culturali, ricreative e sportive, sono condizionate all'osservanza rigorosa e responsabile delle *misure di sicurezza fissate dalla presente legge*, sino alla cessazione totale dello stato di emergenza dichiarato a livello statale», (mio il corsivo). Segue, poi, l'art. 2 in cui in maniera dettagliata vengono definite le misure per l'esercizio delle attività, sulla base di un contemperamento tra la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone e la necessità di contrastare e contenere il diffondersi del virus sul territorio della Regione autonoma Valle d'Aosta.

Viene quindi istituita un'unità di supporto e coordinamento per l'emergenza Covid-19 (art. 3), con una serie di compiti, tra cui: a) promuovere il migliore raccordo e le migliori sinergie tra tutti i soggetti interni ed esterni alla Regione, quali gli enti locali, le Forze dell'Ordine ed eventuali portatori di interessi; b) offrire supporto per le questioni legislative, legali, sanitarie e organizzative; c) valutare eventuali interventi migliorativi della gestione dell'emergenza e dell'organizzazione; d) proporre provvedimenti e misure utili a contrastare e ridurre il rischio di contagio.

Di particolare interesse risulta l'art. 4 dedicato alla gestione dell'emergenza sul territorio regionale che vede protagonisti il presidente e la giunta, il primo con il potere di ordinanza e di coordinamento, la seconda con il compito di adottare idonei protocolli di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus. Sempre alla giunta (art. 5) è poi attribuito il compito di predisporre un piano di azioni per fronteggiare l'emergenza economica derivante dalla pandemia.

La legge regionale richiamata, al di là dell'esito del controllo di costituzionalità, può essere forse di qualche utilità per osservare quelli che potrebbero essere i diversi tipi di reazione del sistema delle fonti di fronte ad una emergenza di natura sanitaria e ad una invece di natura economica. Naturalmente la distinzione è di comodo, avendo già precisato che nel caso di specie ci si è trovati di fronte ad una emergenza complessa, con impatto non solo sul versante della salute ma anche su quello sociale ed economico. Del resto, si tratta di ambiti strettamente collegati; talmente restrittive sono state le misure per contenere la pandemia che ciò non poteva che ripercuotersi sull'intero tessuto socio-economico del Paese. Ed è altrettanto evidente che la legge in esame si

colloca in quella delicata fase in cui sull'allentamento delle misure cominciavano a premere le istanze economiche di ripresa, soprattutto da parte dei settori maggiormente colpiti dall'emergenza pandemica. L'iniziativa regionale mostra una esigenza di celere riattivazione delle attività produttive e, di conseguenza, di alleggerimento delle misure restrittive delle libertà. Risulta evidente l'intento di definire una struttura autonoma di gestione della pandemia che sembra suggerire due rilievi; il primo, è che il sistema delle fonti, nel confronto tra Stato e regioni, reagisce rispetto alle emergenze di più marcata matrice economica in maniera diversa. Come rilevato a proposito dell'emergenza economico-finanziaria, che ha avuto inizio a partire dal biennio 2008-2009, rispetto alla quale abbiamo assistito, nell'adozione delle misure di *austerity*, ad un preponderante accentramento, con conseguente posizionamento delle regioni molto sullo sfondo, nel caso di specie osserviamo un'altra variabile ancora. Infatti, mentre rispetto alle misure restrittive con ricadute immediate sul diritto alla salute c'è stato un evidente protagonismo statale, al netto dell'attivismo di alcuni esecutivi regionali, sul versante dell'allentamento di tali misure per agevolare la ripresa economica alcune realtà regionali – come è il caso della Valle d'Aosta – non hanno esitato a rivendicare una maggiore autonomia. Questa vicenda, in realtà, ripropone, ai tempi del Covid, una questione antica e cioè cosa debba intendersi per autonomia. Le innumerevoli riflessioni condotte sul tema hanno da tempo rilevato quanto la differenziazione ne costituisca l'essenza; soltanto in termini di differenziazione, infatti, è possibile misurare l'autonomia e, al contrario, quanta più omologazione si riscontra tra le regioni tanto più il principio autonomistico va in sofferenza. Per evitare, tuttavia, che le istanze autonomistiche provochino effetti distorsivi di esclusione e separatismo, contravvenendo al principio solidarista, interviene l'unità come parametro fondativo dell'organizzazione statale e della coesione politica.

La vicenda della Valle d'Aosta acquista, dunque, una valenza paradigmatica; tra l'altro in questo caso siamo anche di fronte ad una regione a statuto speciale, già corredata di un surplus di autonomia, che rende il tema ancor più complesso. Sul punto, in ogni caso, come già anticipato, la Corte costituzionale si è pronunciata, con la sentenza n. 37 del 2021, con la quale sostanzialmente la maggior parte delle disposizioni di questa legge sono state ritenute incostituzionali per violazione della competenza esclusiva statale in materia di profilassi internazionale.

7. Infrastrutture di dialogo tra Stato e regioni: potenzialità e limiti

Le riflessioni fin qui sviluppate sul modo in cui il sistema delle fonti si è disposto nella disciplina dell'emergenza pandemica, soprattutto per quel che concerne il rapporto tra Stato e regioni, induce – sia pur sommariamente – a

svolgere qualche valutazione sugli strumenti che il diritto vigente prevede per favorire un confronto tra i differenti livelli di governo per realizzare processi decisionali effettivamente concordati su questioni di comune interesse.

Si tratta di una esigenza che caratterizza fortemente tutti i modelli di Stato compositi che devono coniugare, con istituti efficienti, l'unità e l'autonomia[89]. Del resto, è questa la struttura organizzativa statale che si è prevalentemente definita nelle Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, in quanto la previsione di più centri di governo, dal livello statale a quello locale, fu ritenuto un moltiplicatore di democrazia, ancor più necessario in una fase di ridefinizione dello Stato in realtà che avevano vissuto la drammatica esperienza dei totalitarismi.

Come è noto, la creazione delle regioni nel dibattito in Assemblea costituente non fu assolutamente pacifico e vide verso queste strutture una diffidenza da parte di diverse forze politiche. Non è questa la sede per ripercorrere questo interessante dibattito, ma è utile, ai fini del discorso, aver presente che fin dal loro esordio si è trattato di una entità controversa. Volendo eccessivamente semplificare si può forse dire che essendo le stesse nate in "cattività", preesistendo ad esse una organizzazione statale di tipo unitario, esse in origine non hanno goduto di una identità politica ben definita. In ogni caso, nell'ambito dell'impianto costituzionale esse sono espressione di due principi fondamentali, l'unità e l'autonomia. Ovvero, di quelle due coordinate che definiscono la struttura statale, non solo in termini di organizzazione, ma anche di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali. Del resto, l'organizzazione è principalmente funzionale alla garanzia del catalogo dei diritti. Se l'organizzazione è stata concepita in termini di decentramento[90] la ragione ultima va rinvenuta nella convinzione che una moltiplicazione dei centri decisionali basati sul principio della rappresentanza, immettendo in circolo alle istituzioni più democrazia, avrebbe favorito l'effettività dei diritti e la loro tutela.

[89] Vastissima la letteratura a riguardo; si v. almeno M.S. GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1951, 851 ss.; T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1956; C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; S. ROMANO, *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; G. BERTI, *Art. 5*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da G. Branca, I, Principi fondamentali, Art. 1-12, Bologna, 1975; U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in Le Regioni, 1, 1995; F. GIUFFRÈ, *Unità della Repubblica e distribuzione delle competenze nell'evoluzione del regionalismo italiano*, Torino, 2012; A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano*, Torino, 2016; R. BIFULCO, *Art. 5*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; S. STAIANO, *Costituzione italiana: articolo 5*, Roma, 2017.

[90] C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art.5 della Costituzione*, cit., 66 ss.

Senza indagare oltre questioni che sembrano ormai da tempo acquisite, non essendo più in discussione l'importanza del decentramento (tutt'al più si potrebbe discutere sul numero di regioni, considerate le dimensioni di quelle attuali e soprattutto sul regionalismo differenziato), è necessario riflettere sugli strumenti di raccordo, ovvero sulle infrastrutture che devono rendere possibile, in alcuni ambiti, iter decisionali quanto più è possibile condivisi. Che il dialogo e il confronto siano elementi fondamentali a salvaguardare la struttura organizzativa e a coniugare unità e autonomia, è un tema che è emerso con ulteriore chiarezza nel corso della gestione della pandemia e anche nella fase successiva di rilancio dell'economia, attraverso gli aiuti dell'Unione europea nell'ambito del Next Generation EU.

Per poter avere contezza degli specifici strumenti di connessione bisogna però partire dai principi che li sorreggono e per i quali, nella sostanza, tali strumenti sono stati predisposti. Si tratta naturalmente di principi che traggono origine dal testo costituzionale, quali esplicitazioni di un progetto organizzativo statale piuttosto definito nei suoi tratti essenziali ma che avrebbe richiesto non poco tempo per trovare attuazione e che forse, ancora, oggi si può ritenere non del tutto compiuto. La pandemia, pertanto, potrebbe rappresentare una occasione da cogliere per potere far avanzare questo progetto.

7.1. I principi di autonomia, leale collaborazione e sussidiarietà alla prova dell'emergenza

Nelle dinamiche tra Stato e Regioni che hanno caratterizzato la produzione normativa emergenziale, la trama della discussione dottrinale si è sviluppata lungo due filoni, le esigenze di coordinamento e di unitarietà della produzione normativa - tenuto conto che la stessa andava ad incidere sui diritti e le libertà fondamentali -, e le esigenze di valorizzazione dell'autonomia anche in un contesto emergenziale. Per tali ragioni il dibattito non poteva prescindere dalle premesse teoriche del regionalismo rappresentate dai suoi principi informatori, di autonomia, leale collaborazione e sussidiarietà[91].

In altre parole, essi hanno costituito l'impianto argomentativo di fondo per muovere critiche ad una centralizzazione nella produzione normativa dell'emergenza che, pur giustificata da alcuni punti di vista, avrebbe troppo penalizzato le autonomie, pur potendosi servire di strumenti alternativi e più garantisti della leale collaborazione.

Che tali istanze non siano state del tutto corrisposte, questo, come è emerso in più momenti della presente riflessione, non può essere negato. Che si potesse fare di più questo è forse altrettanto vero. In ogni caso, una

[91] Tra le prime riflessioni a riguardo, si v. G. DI COSIMO, *Le forme della collaborazione al tempo della pandemia*, in Le Regioni, 3, 2021, 543 ss.

emergenza pandemica non poteva costituire una occasione per tali principi per essere meglio valorizzati, quindi i risultati, anche se non proprio esaltanti, non possono essere ritenuti del tutto deludenti.

Autonomia, leale collaborazione e sussidiarietà, pur se strettamente connessi, hanno significati diversi ma con effetto complementare gli uni per gli altri. L'autonomia ha un significato eminentemente politico e si manifesta nella libertà di individuare i fini che l'ente intende perseguire e i mezzi per farlo in ambiti che gli sono propri, o per derivazione o in via originaria; la leale collaborazione[92] mette in correlazione più enti che su ambiti di comune interesse traggono vantaggio dall'assumere scelte condivise; la sussidiarietà è invece un dispositivo di soccorso (anche volendo attenerci alle sue origini nell'ambito della tradizione cattolica) che si attiva allorquando in una struttura organizzativa composita l'ente sovraordinato interviene in sussidio, in aiuto, di quello sottostante, che non è momentaneamente nelle condizioni di assolvere alle sue funzioni in termini di adeguatezza.

Naturalmente si tratta di sintetiche e molto parziali definizioni di principi, su cui si è sviluppata una letteratura vastissima, che non hanno alcuna pretesa di esaustività. E' però funzionale al nostro discorso mettere in evidenza queste tre diverse vocazioni degli stessi che hanno fatto da sfondo alla discussione sulla produzione normativa tra Stato e Regioni in concomitanza con l'emergenza pandemica. In particolare, il principio che è stato evocato in questo contesto di discussione con maggiore frequenza è stato quello di leale collaborazione, che da alcuni punti di vista non avrebbe ricevuto una adeguata valorizzazione per la scelta di derogare alla disciplina di protezione civile che gli avrebbe invece dato più risalto attraverso lo strumento dell'intesa.

7.2. Il principio di leale collaborazione e il contributo della giurisprudenza costituzionale

Per entrare più nel dettaglio di come abbiano funzionato i sistemi di raccordo tra Stato e regioni nella produzione normativa emergenziale, può essere utile inquadrare sinteticamente gli strumenti predisposti dal diritto positivo e quelli elaborati, invece, per via giurisprudenziale.

Sul piano costituzionale il principio di leale collaborazione, di cui va rintracciato il retroterra nell'ambito del diritto eurounitario, è contemplato nel

[92] V. CRISAFULLI, *Vicende della «questione regionale»*, in Le Regioni, 1982; A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1974; R. BIN, *Il principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato*, in Riv. dir. cost., 2001; A. ANZON, *«Leale collaborazione» tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in Giur. cost., 6, 1998, 3535; C. CARUSO, *La leale collaborazione ai tempi del judicial regionalism. Da metodo di governo a criterio di giudizi*o, in Quaderni costituzionali, 4, 2021; e tra i principali lavori monografici G. FERRAIUOLO, *La leale cooperazione tra Stato e Regioni. Modelli, strutture, procedimenti*, Napoli, 2006.

novellato art. 120 Cost. per l'ipotesi di attivazione del potere sostitutivo del governo nei confronti degli organi di regioni, città metropolitane, province e comuni. Si tratta, in particolare, dell'impianto garantista, unitamente alla sussidiarietà, cui la Costituzione impronta la procedura di sostituzione mediante legge.

Il principio di leale collaborazione ha ricevuto, in ogni caso, un importante impulso innanzitutto per via giurisprudenziale; è stata, infatti, la Corte costituzionale che lo ha progressivamente definito come dispositivo essenziale nel coordinamento tra Stato e regioni in ambiti di comune interesse.

Già prima della riforma del titolo V della parte II della Costituzione del 2001, secondo la Corte costituzionale il principio di leale cooperazione deve «governare i rapporti fra lo Stato e le regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrano o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi[93]. Tale regola, espressione del principio costituzionale fondamentale per cui la Repubblica, nella salvaguardia della sua unità, "riconosce e promuove le autonomie locali", alle cui esigenze "adegua i principi e i metodi della sua legislazione" (art. 5 Cost.), va al di là del mero riparto costituzionale delle competenze per materia, e opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze legislative esclusive, ripartite e integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate»[94].

A seguito della riforma del titolo V, in diverse occasioni la Corte costituzionale ha poi ribadito tale orientamento, sottolineando che «gli strumenti di cooperazione tra diversi enti debbono prevedere meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione. Se, da un lato, il superamento del dissenso deve essere reso possibile, anche col prevalere della volontà di uno dei soggetti coinvolti, per evitare che l'inerzia di una delle parti determini un blocco procedimentale, impedendo ogni deliberazione, dall'altro, il principio di leale collaborazione non consente che l'assunzione unilaterale dell'atto da parte dell'autorità centrale sia mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa entro un determinato periodo di tempo (ex plurimis, sentenze n. 239 del 2013, n. 179 del 2012, n. 165 del 2011) – specie quando il termine previsto è, come nel caso, alquanto breve – o dell'urgenza del provvedere. Il principio di leale collaborazione esige che le procedure volte a raggiungere

[93] Cfr. sent. n. 341 del 1996.
[94] Paragrafo 4, in diritto, sent. n. 242 del 1997.

l'intesa siano configurate in modo tale da consentire l'adeguato sviluppo delle trattative al fine di superare le divergenze»[95].

Ancora nella sent. n. 21 del 2016, viene ribadito che quando molteplici competenze, alcune di spettanza delle Regioni, altre dello Stato, sono legate in un nodo inestricabile «deve […] trovare applicazione il principio generale, costantemente ribadito dalla giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, sentenza n. 1 del 2016), per cui, in ambiti caratterizzati da una pluralità di competenze, qualora non risulti possibile comporre il concorso di competenze statali e regionali mediante un criterio di prevalenza, non è costituzionalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale, «purché agisca nel rispetto del principio di leale collaborazione che deve in ogni caso permeare di sé i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie (*ex plurimis*, sentenze n. 44 del 2014, n. 237 del 2009, n. 168 e n. 50 del 2008) e che può ritenersi congruamente attuato mediante la previsione dell'intesa» (sentenza n. 1 del 2016)».

7.2.1. Il meccanismo della «chiamata in sussidiarietà» e il canone della «trasversalità» nell'ordine delle competenze

Il principio di leale collaborazione ha poi trovato ampia applicazione anche nei casi di "chiamata in sussidiarietà"[96]; laddove, infatti, si riscontri un'esigenza di esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative, lo Stato interviene con legge, incidendo su materie riconducibili a legislazione concorrente o residuale[97]. Emblematica a questo proposito la sentenza n. 303 del 2003. È noto, infatti, che all'indomani della riforma del titolo V il nuovo art. 117 Cost. distribuisce le competenze legislative in base ad uno schema imperniato sulla enumerazione delle competenze statali; con un rovesciamento completo della previgente tecnica del riparto sono ora affidate alle Regioni, oltre alle funzioni concorrenti, le funzioni legislative residuali. Tuttavia, la Corte osserva che «in questo quadro, limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente, […], significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale

[95] Sent. n. 1 del 2016, si v. a commento A. CANDIDO, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in Giur. cost., 1, 2016, 15 ss.

[96] Per un approfondito inquadramento del tema, si v. C. MANARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-regioni*, in Le Regioni, 2-3, 2011, 455 ss.; ed inoltre P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, Milano, 2002.

[97] *Ex multis*, sentenze n. 261 del 2015; n. 179 e n. 163 del 2012, n. 232 del 2011, n. 374 e n. 88 del 2007, n. 303 del 2003.

ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (*konkurrierende Gesetzgebung*) o alla *clausola di supremazia* nel sistema federale statunitense (*Supremacy Clause*)]. Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principî giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica. Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida, come si chiarirà subito appresso, la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principî di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. È del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come *subsidium* quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto».

All'indomani della riforma del titolo V, inoltre, uno dei principali problemi interpretativi è consistito nella necessità di una chiara individuazione del contenuto delle materie, al fine di distinguere tra competenza statale e competenza regionale. Tra le materie attribuite alla competenza esclusiva statale, ve ne sono alcune di carattere trasversale, la cui prerogativa è quella di non avere propriamente oggetti precisi, ma finalità che devono essere perseguite e che pertanto si intrecciano con molti altri interessi, incidendo in tal modo su ambiti di competenza concorrente o residuale delle regioni[98]. Con

[98] *Ex multis*: sentenza n. 171 del 2012, n. 235 del 2011, n. 225 del 2009, n. 12 del 2009, n. 345 del 2004, n. 272 del 2004).

riferimento a tali materie sono stati elaborati in dottrina i termini di *materie-funzioni* o *materie-valori*[99].

D'altro canto, anche alcune materie di competenza concorrente presentano un carattere trasversale, offrendo alla legislazione statale la possibilità di incidere, sia pure esclusivamente con norme di principio, su materie residuali regionali. Si pensi, a riguardo, alla materia del *coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario,* alla base dei ripetuti interventi statali volti al contenimento delle spese degli enti territoriali[100]. Così come vi sono materie di competenza concorrente che possono intersecarsi con ambiti propri di altre materie riservate alle regioni, fra le quali la *tutela della salute,* le *professioni* (sentenze n. 222/2008 e n. 355/2005) e la *ricerca scientifica* (sentenza n. 133/2006).

Non è facile, dunque, ricondurre una normativa ad un'unica materia, determinandosi il più delle volte un intreccio tra diverse materie e livelli di competenza "inestricabili".

Nella sentenza n. 50 del 2005, la Corte costituzionale, a proposito dell'ipotesi di interferenze tra norme di competenza statale ed altre di competenza concorrente o residuale regionale, ha sottolineato che a riguardo «può parlarsi di *concorrenza di competenze* e non di competenza ripartita o concorrente. Per

[99] Le principali materie trasversali sono state individuate in: *tutela della concorrenza*¸ cui è sotteso «l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese» (sentenza n. 14/2004); tale materia «si caratterizza dunque per la natura funzionale […] e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale» (sentenza n. 345/2004); *tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*, con riferimento alla quale la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che «non si può discutere di materia in senso tecnico, perché la tutela ambientale è da intendere come valore costituzionalmente protetto, che in quanto tale delinea una sorta di «materia trasversale», in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, anche regionali, fermo restando che allo Stato spettano le determinazioni rispondenti ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale» (*ex multis:* sentenza n. 171/2012, n. 235/2011, n. 225/2009, n. 12/2009); *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale,* anch'essa ritenuta non una materia in senso stretto, ma «una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (*ex multis,* sentenza n. 282/2004). Medesimo carattere "espansivo" deve essere riconosciuto anche ad altre materie di competenza statale, quali l'*ordinamento penale* (sentenza n. 185/2004), l'*ordinamento civile* (sentenze n. 233/2006, n. 380/2004 e n. 274/2003), *politica estera e rapporti internazionali dello Stato* e *rapporti dello Stato con l'Unione europea* (sentenza n. 239/2004).

[100] La Corte costituzionale ha ritenuto che costituiscono principi fondamentali della materia le norme che «si limitino a porre obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente e non prevedano in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi», (sentenza n. 193 del 2012; nello stesso senso, sentenze 148 del 2012, n. 232 del 2011 e n. 326 del 2010, n. 159 del 2008, n. 95 del 2007, n. 449 del 2005, n. 390 del 2004).

la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l'adozione di principi diversi», ovvero il *principio di prevalenza*, che può applicarsi «qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre», ed il *principio di leale collaborazione*, che postula la previsione di adeguati strumenti di coinvolgimento delle regioni, a salvaguardia delle loro competenze[101].

Il principio di leale collaborazione, cui la Corte ha fatto ampio ricorso nei casi di cd. "attrazione in sussidiarietà" è divenuto così un principio cardine e costituisce una fondamentale chiave di lettura delle attribuzioni nei frequenti casi di intersezione e sovrapposizione tra competenze statali e competenze regionali.

7.2.2. Il sistema delle Conferenze: cenni

Il sistema delle Conferenze intergovernative (Conferenza Stato Regioni, Conferenza Stato-Città e Conferenza unificata)[102] rappresenta, allo stato, il principale strumento con cui dare attuazione al principio di leale collaborazione[103]. In tal senso, è la stessa Corte costituzionale ad averlo ritenuto quello più idoneo a realizzare «il confronto tra i due grandi sistemi ordinamentali della Repubblica, in esito al quale si individuano soluzioni concordate di questioni controverse locali»[104], «nella perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi - anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3», che richiede l'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali con rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali[105].

Secondo la Corte costituzionale l'intesa rappresenta lo strumento fondamentale con cui dare attuazione al principio di leale collaborazione nei casi di intreccio delle competenze e chiamata in sussidiarietà. In una prima fase della

[101] *Ex plurimis,* sentenze n. 213 del 2006, n. 133 del 2006, n. 231 del 2005.

[102] I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali,* in Le Regioni*,* 2-3, 2011; R. BIN, *Le deboli istituzioni della leale cooperazione*, in Giur. cost*.,* 6, 2002; C. TUBERTINI, *Attualità e futuro del sistema delle Conferenze*, in Dir. pubbl., 2, 2021; ed inoltre, relativamente all'emergenza pandemica, IDEM, *Collaborazione necessaria e differenziazione responsabile: riflessioni sparse su emergenza pandemica e sistema plurilivello*, in Istituzioni del federalismo, num. spec., 2020, 89 ss.

[103] Sul sistema delle Conferenze, cfr. I. RUGGIU, *Conferenza Stato-Regioni: un istituto del federalismo «sommerso»*, in Le Regioni, 2000, 853 ss.; R. BIFULCO, *Il modello italiano delle Conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federal*i, in Le Regioni, 2006, 233 ss.; S. AGOSTA, *La leale collaborazione fra Stato e Regioni*, Milano, 2008.

[104] Sent. n. 31 del 2006; nello stesso senso, *ex multis,* sent. n. 114 del 2009.

[105] Sent. n. 6 del 2004; nello stesso senso sentt. n. 7 del 2016, n. 278 del 2010, n. 401 del 2007, n. 383 del 2005.

sua giurisprudenza essa ha valorizzato il ricorso all'intesa «in senso forte»[106], per cui il raggiungimento di una posizione condivisa è stata ritenuta indispensabile, mentre in una seconda ha ritenuto necessaria (e sufficiente) la predisposizione di «idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze»[107], senza tuttavia ritenere in caso negativo che si possa bloccare l'iter decisionale e in generale considerando, in casi di minore impatto sulle competenze regionali, sufficiente l'acquisizione di un parere della Conferenza[108].

La conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano (Conferenza stato-regioni) rappresenta oggi la principale sede di confronto e coordinamento tra enti territoriali, cui partecipano i rappresentanti del governo e i presidenti di regione ed eventualmente altri soggetti invitati ad intervenire, come ad esempio alcuni ministri competenti. E' stata istituita formalmente con il dPCM del 12 ottobre 1983 e il suo funzionamento è regolato dall'art. 12 della legge 400 del 1988 e dal d.lgs. n. 281 del 1997. Essa naturalmente non va confusa né con la Conferenza delle Regioni, a cui prendono parte soltanto i Presidenti di regione, né con la Conferenza unificata, che ha compiti simili ma alla quale partecipano anche i rappresentanti degli enti locali tra cui il presidente dell'Anci (associazione nazionale comuni italiani), il presidente dell'Upi (unione province italiane) il presidente dell'unione nazionale comuni, comunità ed enti montani (Uncem) oltre ad alcuni sindaci e presidenti di provincia designati.

L'attività della Conferenza si svolge attraverso pareri, intese, deliberazioni, accordi, raccordi, informazioni e collaborazioni tra Stato e Regioni, e deve essere obbligatoriamente sentita sugli schemi di disegni di legge e di decreto legislativo o di regolamento del Governo nelle materie di competenza delle Regioni o delle Province autonome di Trento e di Bolzano e su ogni altra questione di interesse regionale.

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (in origine Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome) è una struttura di confronto politico fra i Presidenti delle giunte regionali e delle province autonome. Si tratta di un sistema di raccordo orizzontale formatosi in via di prassi, il cui scopo è quello di realizzare una sintesi degli interessi particolari delle istituzioni territoriali con lo scopo di rappresentarli unitariamente dinanzi al Governo. Accanto, dunque, al sistema di raccordo verticale costituito dalle conferenze istituzionalizzate, si è definito un sistema aggiuntivo di

[106] Sent. n. 383 del 2005.

[107] *Ex plurimis*, sentt. n. 39 del 2013, n. 179 del 2012, n. 121 del 2010, n. 24 del 2007, n. 339 del 2005.

[108] Sentt. n. 200 e n. 232 del 2009.

coordinamento non disciplinato a livello legislativo che svolge un ruolo complementare nel rapporto con il Governo.

Quanto brevemente delineato rappresenta il quadro entro cui si svolge la leale collaborazione, allo stato attuale. Essa investe l'asse degli esecutivi, mentre il versante legislativo (se non limitatamente all'iniziativa legislativa governativa su questioni di interesse locale) è sostanzialmente sprovvisto di forme codificate di raccordo. In realtà, in un tipo di Stato composito tale carenza non sembra trovare molta giustificazione tanto che ad essa si è anche tentato di rimediare con l'art. 11 della legge cost. n. 3/2001, che demanda ai regolamenti parlamentari la possibilità di prevedere l'integrazione della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali con rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli Enti locali. Si tratterebbe, dunque, di un organismo speciale integrato, titolare di un potere consultivo sui progetti di legge in materie di interesse regionale e locale, in particolare su progetti di legge riguardanti le materie di legislazione concorrente e l'autonomia finanziaria. Il parere della Commissione integrata, infatti, se non accolto dalla Commissione referente, costringe l'Assemblea all'approvazione a maggioranza assoluta dei componenti.

Dato il contesto degli strumenti di coordinamento brevemente tracciato, una delle questioni emerse nel dibattito dottrinale durante l'emergenza pandemica ha riguardato appunto il sistema delle conferenze ed il grado di attivazione che gli organismi di raccordo codificati hanno ricevuto per la gestione dell'emergenza sanitaria. Come non è sfuggito ai più attenti osservatori, le Conferenze Stato/Regioni e Unificata hanno avuto in realtà un ruolo recessivo rispetto alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, confermando una tendenza ormai consolidata di un dibattito fra regioni che fin dalla loro istituzione si realizza prevalentemente tra i Presidenti[109].

Tale tendenza ha ricevuto conferma fin dai primi interventi normativi emergenziali. Nel d.l. del 23 febbraio 2020 n. 6, all'art. 3, dedicato all'attuazione delle misure di contenimento, è stabilito che i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri siano adottati sentiti – tra gli altri - «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 il territorio nazionale». E' evidente la scelta di fondo di assegnare al Presidente della Conferenza un ruolo centrale e di sintesi senza precisare se e in che modo si sarebbe dovuto disporre il confronto tra le diverse posizioni regionali. La collaborazione, dunque, si è svolta in una dimensione di completa informalità senza produrre, in

[109] Cfr. 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, 506.

concreto, una effettiva codecisione[110]. Del resto, che l'istanza di collaborazione fosse ritenuta marginale lo si poteva dedurre già dal riferimento nel decreto legge alla necessità di "sentire" semplicemente il Presidente, attribuendo nella sostanza a tale passaggio l'incisività di semplice parere.

8. L'emergenza come fattore di conflittualità «amplificata» tra Stato e regioni: il contenzioso amministrativo

In un contesto organizzativo che non dispone di strumenti di raccordo tra i diversi livelli di governo particolarmente efficienti nella produzione normativa, la conflittualità è un fenomeno del tutto prevedibile, anzi ne costituisce un elemento caratterizzante. La risoluzione per via giurisdizionale diventa pertanto la modalità principale per riequilibrare il sistema, con effetti di rilievo sul funzionamento dell'organizzazione statale e sulla tutela dei diritti, senza trascurare le diseconomie che la conflittualità produce ai danni delle istituzioni e del pubblico interesse. Che dunque – come si è già avuto modo di sottolineare – l'emergenza pandemica abbia rappresentato una amplificazione del conflitto, era probabilmente scontato.

Tenuto conto della natura degli atti con cui sono state adottate la maggior parte delle misure di contenimento del virus (ordinanze, decreti, circolari, etc.), è soprattutto la giustizia amministrativa ad essere stata investita del contenzioso, anche da parte dello Stato nei confronti di alcuni provvedimenti regionali. Lo schema argomentativo posto alla base dei ricorsi si basa sulla frequente sovrapposizione delle misure adottate che – come è noto – ha generato un vero e proprio caos normativo a detrimento dei cittadini e della chiarezza del diritto. Vi sono, tuttavia, alcune tendenze ricorrenti in questo contenzioso "emergenziale", ovvero quella di respingere l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento impugnato, in quanto l'accoglimento della sospensiva avrebbe causato troppa incertezza, e quella da parte dei cittadini di ricorrere poco all'autorità giudiziaria, dimostrando in tal modo, nonostante il rigore delle misure, un atteggiamento tendenzialmente ragionevole, solidaristico e collaborativo. Inoltre i rallentamenti della giustizia e le difficoltà che anche tale settore ha dovuto affrontare nel periodo emergenziale, con adeguamenti del processo e della sua struttura organizzativa, hanno sicuramente rappresentato ulteriori fattori di dissuasione ad agire in giudizio.

Il contenzioso, in sede amministrativa, ha coinvolto soprattutto le pubbliche istituzioni e alcune vicende giudiziarie sono state particolarmente seguite

[110] In generale, sulla natura ambigua delle conferenze e sulla informalità delle procedure, cfr. R. BIN, *Le deboli istituzioni della leale cooperazione*, in Giur. cost., 6, 2002, 4184 ss.; ed inoltre A. ANZON, *«Leale collaborazione» tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in Giur. cost., 6, 1998, 3531 ss.

in dottrina[111]. Senza entrare nel dettaglio delle decisioni adottate soprattutto nella fase iniziale dell'emergenza pandemica - che in ogni caso sono state numericamente abbastanza cospicue - ce ne sono alcune di particolare interesse proprio in relazione al discorso sulla leale collaborazione tra Stato e regioni. Finora, infatti, il tema è stato affrontato partendo dal presupposto che lo scarso livello di collaborazione abbia penalizzato innanzitutto le Regioni e che gli ingranaggi del confronto tra i diversi livelli di governo non abbiano funzionato principalmente per responsabilità statale, poco incline ad accedere a modalità decisionali condivise. Alcune decisioni di giustizia amministrativa sembrano, invece, rivelare l'altra faccia della medaglia che vede proprio le Regioni trascurare le istanze collaborative con lo Stato, assumendo posizioni di "prevaricazione". La leale collaborazione è una modalità decisionale che investe, allo stesso modo, tutti i soggetti istituzionali coinvolti e non è affatto scontato che quando essa è poco valorizzata la responsabilità sia sempre statale[112].

Come si diceva, durante l'emergenza pandemica anche il Governo in alcuni casi ha agito come ricorrente dinanzi al Tar per l'annullamento di alcune ordinanze regionali, a dimostrazione delle non poche anomalie che si sono riscontrate in questa tumultuosa fase anche sul versante giurisdizionale. Tra queste, quella che sembra aver dato di più nell'occhio è la scelta del Governo di non percorrere in questi casi la strada del giudizio sul conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato – che poteva apparire più consona a questo tipo di contrasto. Probabilmente il fattore tempo ha giocato, ancora una volta, un ruolo nel determinare il Governo a percorrere un'altra strada che gli consentisse rapidamente di ottenere misure cautelari di sospensione dei provvedimenti impugnati. In realtà, anche il processo costituzionale – come è noto – si è adeguato alle esigenze emergenziali [113] e la Corte non ha esitato

[111] A titolo puramente esemplificativo, contro ordinanze regionali impugnate dal Governo o da soggetti privati: Tar Marche, sez. I, decreto 27 febbraio 2020, n. 56, Tar Campania, sez. V, decreto 18 marzo 2020, n. 416; Tar Lombardia, sez. I, decreti 23 aprile 2020, n. 634, e 27 aprile 2020, n. 651; Consiglio di Stato, sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735; Consiglio di Stato, sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 1553; Tar Veneto, sez. II, decreto 21 aprile 2020, n. 205; Tar Sardegna, sez. I, decreto 20 aprile 2020, n. 141; Tar Sardegna, sez. I, decreto 10 aprile 2020, n. 133; Tar Molise, decreto 30 marzo 2020, n. 62; Tar Campania, sez. V, decreto 20 marzo 2020, n. 433; Tar Lazio, sez. I-quater, sent. 22 luglio 2020, n. 8615, e Consiglio di Stato, sez. III, decreto 31 luglio 2020, n. 4574; Tar Sicilia, sez. III, decreto 27 agosto 2020, n. 842; Tar Sardegna, sez. I, decreto 17 settembre 2020, n. 344; Tar Piemonte, sez. I, decreto 17 settembre 2020, n. 446.

[112] Sul ruolo delle regioni nella realizzazione della leale collaborazione durante la pandemia, si v. M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in Corti supreme e salute, 1, 2020, 83.

[113] Cfr. M. TROISI, *Il processo innanzi alla Corte costituzionale in tempo di emergenza*, in Federalismi.it, 18, 2020.

all'occorrenza (caso Regione Val d'Aosta) ad adoperare anch'essa lo strumento cautelare[114].

Come si diceva, alcune decisioni della giustizia amministrativa sono piuttosto emblematiche sul piano della leale collaborazione; in alcune la questione emerge molto chiaramente, tanto da spingere il giudice amministrativo a ritenere tale *vulnus* uno dei motivi fondamentali di accoglimento del ricorso; in altri casi la questione non viene esplicitata ma rileva, sia pure sotto traccia, a dimostrazione di orientamenti regionali non sempre in linea con modalità decisionali condivise.

Innanzitutto, ricordiamo la vicenda della Regione Marche[115]. Si tratta del caso in cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri è ricorsa al Tar per l'annullamento dell'ordinanza regionale n. 1 del 25 febbraio 2020 («Misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19»). Con Decreto n. 118 il Tar Marche accoglie l'istanza cautelare e sospende gli effetti dell'ordinanza che (a partire dalle ore 00.00 di mercoledì 26 febbraio 2020 fino alle ore 24.00 del 4 marzo 2020), sul territorio della Regione Marche disponeva: a) la sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche, di qualsiasi natura; b) la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche, universitarie (lezioni, esami di profitto e sedute di lauree) e di alta formazione professionale e dei percorsi di istruzione e formazione professionale, salvo le attività formative svolte a distanza e quelle relative alle professioni sanitarie ivi compresi i tirocini; c) la sospensione di ogni viaggio di istruzione sia sul territorio nazionale sia estero; d) la sospensione dell'apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura e delle biblioteche; e) la sospensione dei concorsi pubblici fatti salvi quelli relativi alle professioni sanitarie per le quali dovranno essere garantite le opportune misure igieniche.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri in particolare ha lamentato che la Regione Marche avrebbe emesso tale ordinanza in assenza del presupposto (individuato dall'art. 1, comma 1, del D.L. n. 6 del 2020) che nella zona risulti "positiva almeno una persona", pur non sussistendo, a quel momento, casi accertati di contagio nelle Marche, rilevando soltanto "la prossimità del territorio marchigiano con la regione Emilia Romagna in cui sono stati rilevati casi confermati di contagio da COVID- 19".

Un altro caso di conflitto che – a mio parere – vede la regione in una posizione non molto collaborativa nei confronti dello Stato è quello che ha

[114] Cfr. A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in Federalismi.it, 10, 2021.

[115] E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della pandemia da Covid-19*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. spec., 2020, 394 ss.; G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in Biodiritto.org, 16 marzo 2020.

riguardato la Regione Campania e la riapertura delle scuole. Il Tar Campania, con decisione del 10 gennaio 2022, ha accolto il ricorso contro l'ordinanza n. 1 del 7 gennaio 2022 del Presidente della Regione Campania («Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19») con la quale era stato deciso il rinvio a fine mese dell'apertura delle scuole in presenza a causa della pandemia. Il tribunale ha così accettato il ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri dell'Istruzione e della Salute, e quello presentato dai genitori *No dad*, evidenziando che i sindaci e i presidenti di Regione non hanno il potere di chiudere le scuole se non in presenza di una "zona rossa" e comunque la chiusura degli istituti può riguardare singoli territori e singoli istituti, come dispone il decreto legge n. 111 del 6 agosto 2021, convertito in legge il 24 settembre 2021. Il giudice ha inoltre sottolineato che il governo aveva già emanato misure tese a contrastare l'emergenza sanitaria in ambito scolastico con regole più stringenti relativamente ai contagi (decreto legge n. 1 del 7 gennaio 2022).[116]

Infine, di particolare interesse per quanto riguarda il principio della leale collaborazione è il caso della Calabria. Contro l'ordinanza della Regione Calabria del 29 aprile 2020 («Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-2019»)[117] si è pronunciato il Tar di Catanzaro (Sez. I, 9 maggio 2020 n. 841) censurando la parte in cui prevedeva che, a partire dalla data di adozione dell'ordinanza medesima, sul territorio della Regione Calabria, fosse «consentita la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto». Accogliendo il ricorso il Tar Calabria, ha stabilito che «Spetta infatti al Presidente del Consiglio dei Ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus COVID-19, mentre alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'art. 3, comma 1 d.l. n. 19 del 2020[1], che però nel caso di specie è indiscusso che non risultino integrati».

Il ricorso è stato inoltre accolto in nome del principio di precauzione «che deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria quale quello in atto, dovuta alla circolazione di un virus, sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica. Si badi, che

[116] A riguardo, va tuttavia segnalato che con sentenza n. 04407/2022 del 31/5/2022 il Consiglio di Stato ha definito legittima la decisione del Presidente della Regione Campania di prolungare la Dad rispetto alla ripresa della scuola in classe decisa dal governo nazionale, sottolineando che con le lezioni a distanza «non è stato compromesso il diritto allo studio».

[117] G. SOBRINO, *Misure "anti- Covid" e Costituzione: il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841)*, in Osservatorio AIC, 5, 2020; F. F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la partenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in Osservatorio AIC, 3, 2020, 374 ss.

detto principio, per cui ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655), deve necessariamente presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione (Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5). È chiaro che, in un simile contesto, ogni iniziativa volta a modificare le misure di contrasto all'epidemia non possono che essere frutto di un'istruttoria articolata, che nel caso di specie non sussiste».

Ma soprattutto - per quel che rileva ai fini del presente discorso - nella decisione del Tar Calabria si evidenzia che l'ordinanza regionale è stata emanata in assenza di «qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo». In particolare, «sul punto, occorre ricordare come la violazione del principio di leale collaborazione costituisca elemento sintomatico del vizio dell'eccesso di potere (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 14 dicembre 2001, n. 9). Nel caso di specie, non risulta che l'emanazione dell'ordinanza oggetto di impugnativa sia stata preceduta da qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo. Anzi, il contrasto nei contenuti tra l'ordinanza regionale e il d.P.C.M. 26 aprile 2020 denota un evidente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi, e dunque la violazione da parte della Regione Calabria del dovere di leale collaborazione tra i vari soggetti che compongono la Repubblica, principio fondamentale nell'assetto di competenze del titolo V della Costituzione».

I tre casi sinteticamente riportati sembrano rivelare un modo di interpretare l'autonomia da parte di alcune Regioni senza tenere conto delle esigenze di unità e coordinamento. Se, tuttavia, tale condotta può trovare una sua giustificazione in un frangente *sui generis* quale quello pandemico, nell'ordinario essa non favorisce la crescita dell'autonomia in quanto questa è intesa come avulsa dal paradigma solidaristico e unitario del sistema costituzionale.

8.1. Lo «scarto temporale» di intervento tra fonti sovraordinate e provvedimenti locali: il problema della sincronicità e l'elevata possibilità di contrasto tra le stesse

Quanto rilevato intorno ai risultati della produzione normativa, spesso caratterizzata da una accentuata sovrapposizione di fonti di diverso rango, non può però escludere una riflessione su aspetti contingenti dell'emergenza pandemica [118]. Al di là, infatti, delle considerazioni sulle difficoltà della leale

[118] Sugli intrecci e le sovrapposizioni si v. D. MORANA, *Uno stress test per le garanzie costituzionali dei diritti: pressione pandemica e fonti del diritto*, in Corti supreme e salute, 1, 2021, 93 ss.

collaborazione tra Stato e regioni a trovare spazio adeguato per decisioni quanto più possibile condivise, va anche tenuto presente un elemento non trascurabile in circostanze eccezionali e cioè la necessità di intervenire celermente sulla base di riscontri fattuali che possono evolvere molto rapidamente senza che si abbia il tempo di calibrare le misure coerentemente al quadro normativo di contesto. Se da un lato, quindi, non si può negare in questa esperienza emergenziale, che alcune regioni abbiano effettivamente ecceduto in protagonismo ponendosi in competizione con lo Stato piuttosto che assecondare dinamiche collaborative, c'è anche da dire che l'evoluzione dell'emergenza è stata in alcuni momenti tale da "costringere" i livelli di governo territoriali ad adottare interventi non sempre in linea con le direttive governative.

Del resto, si cadrebbe in un eccesso di formalismo se il sistema normativo lo si concepisse in assoluto esattamente rispondente alla realtà[119]. Si tratta certamente di un risultato cui aspirare ma mai del tutto realizzabile. Essa, infatti, è per sua natura mutevole, ma mentre nel suo fisiologico evolversi consente al sistema giuridico di adeguarsi con una certa continuità e costanza, nelle fasi emergenziali è più difficile e la normazione può far fatica a stare dietro al cambiamento repentino delle situazioni fattuali. Nel caso dell'emergenza pandemica il rapido evolvere del fenomeno ha reso difficile garantire sempre e comunque una effettiva coerenza tra i diversi livelli di produzione normativa e anche l'attivismo di alcune Regioni, se da un lato può essere ritenuto eccessivo, dall'altro si è talvolta rivelato necessario, nonostante si ponesse in contrasto con le fonti sovraordinate. Del resto, più il livello di governo è prossimo ai cittadini e al territorio più esso è in grado di intercettare le loro reali esigenze e adottare le decisioni in tal senso più opportune. Non a caso le funzioni amministrative, ai sensi dell'art. 118 Cost., sono assegnate, innanzitutto, al governo comunale, salvo essere trasferite a livelli sovraordinati qualora lo richiedano particolari esigenze, e cioè nel caso di inadeguatezza del Comune oppure per motivi di unitarietà di trattamento sul versante dei diritti. Insomma, la sussidiarietà rappresenta un dispositivo di allocazione delle funzioni di tipo dinamico che forse può offrire una possibile chiave di lettura dell'interventismo regionale che abbiamo osservato durante l'emergenza sanitaria[120]. Esigenze di tutela diversificate a seconda delle diverse aree geografiche possono aver giustificato interventi più rigorosi o, viceversa, più permissivi, a seconda dell'andamento dell'epidemia. La sincronicità che non poteva, per ovvie ragioni, essere sempre garantita a monte, è stata rimediata a valle sia pure

[119] A proposito di tali rilievi, si v. le riflessioni di I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in Questione Giustizia, 18 marzo 2020.

[120] M. BELLETTI, *La riforma del Titolo V sotto attacco. Dall'entusiasmo regionalista alle torsioni centraliste*, cit., 34 ss.

attraverso l'intervento dell'autorità giudiziaria. Poteva esserci una strada alternativa? Probabilmente no, tenuto conto del susseguirsi degli eventi che in alcune circostanze ha giustificato l'adozione di misure più restrittive, azionando uno dei principi ordinatori degli stati di emergenza che è quello di precauzione. Discorso diverso nel caso di misure regionali più permissive; in questo caso la precauzione ha agito al contrario, favorendo le norme statali più rigorose.

In sintesi, assicurare sincronicamente una coerenza tra i diversi livelli di produzione normativa negli stati di emergenza è sempre un risultato difficile da perseguire; il più delle volte lo scarto temporale rispetto ai fatti e alla loro rapida evoluzione determina una conflittualità inevitabile risolvibile solo a posteriori con l'intervento dei giudici. A ciò si aggiunga che le misure adottate nelle emergenze, derogando al diritto vigente, sono di natura temporanea, che rende quindi difficile anche a posteriori rimediare in quanto, nelle more, l'atto contestato ha anche cessato di essere efficace, pur avendo avuto il tempo di incidere sulle libertà. Oppure ancora può accadere che i suoi effetti siano stati nel frattempo sanati da atti successivi, a loro volta rispondenti alla nuova realtà fattuale che intanto si è andata ancora una volta a ridefinire.

Tali considerazioni rendono evidente la difficoltà che le emergenze su così vasta scala pongono nel coniugare, da un lato, le esigenze centralizzate di coordinamento e, dall'altra, le differenziazioni che si possono rendere necessarie in alcuni contesti in considerazione della diversa gravità del fenomeno.

9. La giurisprudenza costituzionale sui conflitti di competenza tra Stato e regioni: la sentenza n. 37 del 2021

A scrivere una pagina apparentemente risolutiva a proposito delle competenze statali e regionali nella gestione della pandemia è stata la Corte costituzionale, con la sentenza n. 37 del 2021[121]. Si tratta della decisione relativa al caso Valle d'Aosta, ovvero al ricorso promosso dallo Stato nei confronti della

[121] Molti i commenti alla decisione; si v. in particolare A. LUCARELLI, *La gestione dell'emergenza da Covid-19 tra regole uniformi, istanze di autonomia ed incertezza negli strumenti normativi*, in Giur. cost., 2, 2021; A.M. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in Osservatorio AIC, 4, 2021; L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in Giur. it, 1, 2021; A. MANGIA, *La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza*, cit., 501 ss.; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in Federalismi.it, 21 aprile 2021; A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in Italian Papers on Federalism, 1, 2021; 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 Quad. cost., 2, 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, 2021.

legge regionale 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza) per aver invaso sfere di competenza statale. Una decisione, dunque, che sembrerebbe aver definitivamente chiarito i contorni dei rispettivi ambiti competenziali ma che in realtà ha suscitato non poche perplessità nel dibattito dottrinario.

Prima di procedere ad un esame dei passaggi più significativi della decisione, si anticipa che la soluzione adottata dalla Corte ha ricondotto sostanzialmente quasi tutte le misure contenute nella legge regionale impugnata alla materia «profilassi internazionale» di competenza esclusiva statale, facendone salve soltanto alcune a carattere organizzativo. Una posizione, dunque, che non sembra dare adito ad equivoci, nonostante la vicenda pandemica abbia di fatto chiamato in causa importanti segmenti competenziali di spettanza regionale. In realtà, ciò che della decisione sembra essersi prestato a maggiore critica non è tanto il risultato cui la stessa è pervenuta, quanto l'impianto argomentativo utilizzato. In altri termini, che la Corte avrebbe ridefinito il riparto competenziale a favore dello Stato, questo rappresentava un risultato più che prevedibile, anche in linea con gli orientamenti espressi dalla giustizia amministrativa, come si è già avuto modo sinteticamente di constatare. Ma, soprattutto, una anticipazione dell'esito del giudizio nel merito lo si era già avuto con l'ordinanza n. 4 del 2021, con cui per la prima volta la Corte costituzionale ha disposto la sospensione cautelare di una legge regionale[122], nella quale già si anticipava che quella impugnata avrebbe dato luogo ad un meccanismo autonomo ed alternativo di gestione dell'emergenza sanitaria, «cristallizzando con legge» una situazione che la normativa statale consente alle Regioni di gestire «esclusivamente in via amministrativa», mentre la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.

Come si diceva, è la struttura argomentativa e, soprattutto, la scelta – forse un po' troppo agevole – di ricondurre tutto alla materia «profilassi internazionale», che non ha convinto molti osservatori[123]. In sostanza, ciò che è

[122] Art. 9, comma 4, l. n. 131 del 2003, che ha modificato l'art. 35 l. n. 87 del 1953. Sul tema, si veda A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli, 2009; ed inoltre P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2008; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Roma, 2012.

[123] S. MANGIAMELI, *L'emergenza non è una materia della legislazione*, in Giur. cost., 2, 2021, 474 ss.; C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in Le Regioni, 1-2, 2021, 178 ss.; C. PINELLI, *Era il richiamo alla "profilassi internazionale" il modo più congruo per affermare la potestà legislativa esclusiva dello Stato nella gestione dell'emergenza sanitaria?*, in Giur. cost., 2, 2021, 450 ss.; 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*, cit.

sembrato poco condivisibile è aver preferito una soluzione che di per sé nulla concede alle esigenze della leale collaborazione. Come abbiamo avuto modo di illustrare in precedenza, ancor prima della riforma del titolo V, la Corte costituzionale si è fatta carico di elaborare, nell'interesse del principio autonomistico ed in una prospettiva di valorizzazione della collaborazione tra i diversi livelli di governo, dispositivi interpretativi delle competenze, quali la «trasversalità» e la «chiamata in sussidiarietà», che pur operando nel senso di ricondurre la potestà legislativa allo Stato consentono di addivenire a tale risultato con il coinvolgimento delle autonomie. Ciò avrebbe naturalmente richiesto da parte della Corte di predisporre un impianto argomentativo molto più articolato e complesso a partire dal differenziare le misure regionali e ricondurle ad ambiti competenziali diversi, alcuni di potestà legislativa concorrente, come la salute, altre invece di competenza esclusiva statale, come la tutela dei livelli minimi essenziali di prestazione concernenti i diritti civili e sociali. La Corte, invece, ha preferito ricondurre misure anche piuttosto eterogenee tutte alla «profilassi internazionale», materia che non aveva al suo attivo precedenti particolarmente significativi ma che, nel caso in questione, è apparsa sufficientemente malleabile da potersi disporre a contenere ipotesi piuttosto diversificate. Quello che però potrebbe aver rappresentato per la Corte il motivo principale della scelta è che in questo modo, optando per una materia di indiscutibile competenza esclusiva statale, non si sarebbero dovute attivare soluzioni che tenessero in debito conto il coinvolgimento di materie di interesse regionale la cui attrazione a livello statale avrebbe quanto meno richiesto che si ottemperasse a quei requisiti minimi di collaborazione elaborati dalla stessa Corte.

Per la Corte costituzionale la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade, dunque, nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), «che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla».

Considerata la dimensione globale della pandemia, la Corte rammenta come già in altre pronunce essa abbia ritenuto che la profilassi internazionale costituisca una materia concernente norme che garantiscano «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale» (sentenza n. 5 del 2018; in precedenza, sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004), tenuto conto che la capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali rende necessari collaborazione e confronto tra Stati.

La profilassi internazionale è affidata alla competenza dello Stato ex art. 117, comma 2, Cost., lett. q) e tale competenza – sottolinea la Corte - non ha «tratti di trasversalità, come obietta la difesa regionale, per inferirne che essa

si limiterebbe a sovrapporsi alla disciplina legislativa regionale altrimenti competente. La materia della profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina». Si tratta di un passaggio argomentativo decisivo – come era stato anticipato – con il quale la Corte assume una posizione molto netta, prendendo le distanze da soluzioni più concilianti con la leale collaborazione, sottolineando che a fronte di malattie altamente contagiose di livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) «radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)».

Un altro importante passaggio, in cui la Corte sostanzialmente uniforma tutte le varie tipologie di misure, è quello in cui essa afferma che «un'azione o un coordinamento unitario può emergere come corrispondente alla distribuzione delle competenze costituzionali e alla selezione del livello di governo adeguato ai sensi dell'art. 118 Cost., per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica, per il quale appaia invece, secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore statale, inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni. Tale conclusione può dunque concernere non soltanto le misure di quarantena e le ulteriori restrizioni imposte alle attività quotidiane, in quanto potenzialmente fonti di diffusione del contagio, ma anche l'approccio terapeutico; i criteri e le modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; le modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; l'approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi, e così via. In particolare i piani di vaccinazione, eventualmente affidati a presidi regionali, devono svolgersi secondo i criteri nazionali che la normativa statale abbia fissato per contrastare la pandemia in corso».

Ed ancora quando afferma che «ognuno di tali profili è solo in apparenza confinabile ad una dimensione territoriale più limitata. Qualora il contagio si sia diffuso sul territorio nazionale, e mostri di potersi diffondere con tali caratteristiche anche oltre di esso, le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate».

Il Servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività di Stato, Regioni ed enti locali territoriali, quindi – sottolinea la Corte - «le autonomie regionali, non sono estranee alla gestione delle crisi emergenziali in materia sanitaria, in ragione delle

attribuzioni loro spettanti nelle materie "concorrenti" della tutela della salute e della protezione civile. In particolare, spetta anche alle strutture sanitarie regionali operare a fini di igiene e profilassi, ma nei limiti in cui esse si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica».

Dal punto di vista storico, peraltro, la profilassi delle malattie infettive è sempre stata appannaggio dello Stato, ragion per cui se sono anche le strutture sanitarie regionali ad adoperarsi a fini profilattici, resta fermo che, innanzi a malattie contagiose di livello pandemico, «ben può il legislatore statale imporre loro criteri vincolanti di azione, e modalità di conseguimento di obiettivi che la medesima legge statale, e gli atti adottati sulla base di essa, fissano, quando coessenziali al disegno di contrasto di una crisi epidemica».

Un altro passaggio piuttosto discusso è quello in cui la Corte anticipa sostanzialmente quanto poi sosterrà nella successiva sentenza n. 198, affermando che «non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale. Difatti, "ciò che è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale (così come il legislatore statale rispetto alle leggi regionali) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna […]. Dunque né lo Stato né le Regioni possono pretendere, al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge" (sentenza n. 198 del 2004)».

Di particolare interesse è quanto poi affermato a proposito delle misure regionali impugnate. La Corte, infatti, ritiene evidente l'invasione della sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ma specifica che «essa non dipende dalla manifestazione di un effettivo contrasto tra le singole misure in concreto applicabili sulla base dei d.P.C.m. e quelle imposte in forza della normativa regionale. Infatti, una simile antinomia potrebbe sorgere ad un dato tempo e venire meno in un tempo successivo, o viceversa, a seconda di come evolvano diacronicamente l'ordinamento statale e quello regionale per effetto dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri da un lato, e delle ordinanze del Presidente della Regione dall'altro. Non è quindi questione di soffermarsi sulle censure che il ricorso rivolge specificamente a talune previsioni contenute nell'art. 2 impugnato, in forza della divergenza che esse avrebbero rispetto al contenuto del d.P.C.m. vigente al tempo di promulgazione

della legge regionale censurata. Ciò che rileva, prima ancora e in via assorbente, è invece la sovrapposizione della catena di regolazione della Regione a quella prescelta dalla competente normativa dello Stato, con conseguente invasione di una sfera di attribuzione sottratta all'intervento del legislatore regionale»[124].

Una apertura all'autonomia regionale si riscontra, infine, a proposito degli artt. 3, 4, comma 4, 5, 6 e 7 della legge impugnata, le cui questioni di legittimità costituzionale non sono ritenute fondate. La Corte, a riguardo, osserva che «la competenza dello Stato a disciplinare ogni misura necessaria a contenere e debellare il contagio, nonché ad allocare la relativa funzione amministrativa, non è infatti così vasta da frapporsi all'esercizio delle attribuzioni regionali, laddove esse non abbiano alcuna capacità di interferire con quanto determinato dalla legge statale e dagli atti assunti sulla base di essa.

Si è già osservato che l'impatto della pandemia è tale da coinvolgere necessariamente le strutture regionali dotate di attribuzioni sanitarie e di protezione civile […] ed è la stessa legge statale ad attribuire compiti alle autonomie. In questo quadro, la definizione di quali organi siano competenti, nell'ambito dell'ordinamento regionale, sia a prestare la collaborazione demandata dallo Stato, sia ad esercitare le attribuzioni demandate alla Regione, non può spettare, in linea di principio, che alla Regione stessa, nell'esercizio della competenza legislativa residuale in tema di ordinamento e organizzazione degli uffici (da ultimo, sentenza n. 250 del 2020)».

Infine, la Corte torna, incidentalmente, sul principio di leale collaborazione quando dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 3, 4, comma 4, 5, 6 e 7 della legge impugnata, promosse in riferimento al mancato rispetto da parte delle Regione del suddetto principio, ribadendo un orientamento ormai consolidato secondo cui la leale collaborazione non è applicabile alle procedure legislative, ove non imposto direttamente dalla Costituzione (*ex plurimis*, sentenza n. 233 del 2019).

10. Bilanci e questioni aperte: accentramento statale e depotenziamento degli strumenti di dialogo con le Regioni nella produzione normativa dell'emergenza

Nel ripercorrere le fasi più significative della produzione normativa emergenziale sono emerse molti aspetti critici che si è tentato di mettere a fuoco, nella consapevolezza, in ogni caso, che un esame ancor più analitico dei numerosissimi provvedimenti adottati avrebbe fatto emergere molte altre questioni, sia pur di dettaglio, ma in ogni caso indicative di un processo che, almeno

[124] Su questo aspetto della decisione si v. G. M. SALERNO, *Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: prime considerazioni*, in Giur. cost., 2, 2021, 462 ss.

nella fase iniziale dello scoppio della pandemia, è stato piuttosto caotico. È emerso, innanzitutto, un problema di indecisione iniziale su quale strada fosse più opportuno percorrere, per poi definirsi il modulo di intervento costituito dalla diade decreto legge e dPCM. Sulla centralizzazione dell'emergenza, tenuto conto delle sue dimensioni, non credo si siano profilati dubbi; quindi non è stato in discussione il ruolo dello Stato ma le sue modalità di intervento. L'argomento è stato già sviluppato in precedenza, valga qui semplicemente richiamare le considerazioni fatte a proposito della disciplina di protezione civile; molto probabilmente la deroga ad essa, più che il risultato di una volontà in tal senso, per attutire gli impegni di collaborazione con le autonomie territoriali che avrebbe comportato, deriva piuttosto da valutazioni – forse di per sé sommarie per il rapido diffondersi del virus – che ne hanno messo in luce più di un profilo di inadeguatezza tenuto conto che la stessa nasce e si definisce in relazione ad ipotesi emergenziali piuttosto diverse da quella che si è dovuta affrontare.

Esigenze poi di coordinamento hanno reso ancor più inevitabile il ruolo dello Stato al fine di garantire un livello uniforme di trattamento sull'intero territorio nazionale per quanto riguarda le misure di limitazione di alcuni diritti fondamentali; tale esigenza, del resto, si è riscontrata in quasi tutti gli altri ordinamenti, anche se in alcuni di essi il ruolo delle autonomie è stato maggiormente valorizzato e ha probabilmente contribuito, nei risultati, ad una gestione più equilibrata e realistica di un fenomeno che, al di là delle proporzioni globali, ha toccato non con la stessa incidenza le diverse aree geografiche. Del resto, non poteva essere diversamente, in considerazione di una serie di fattori di differenziazione, a cominciare dalla densità demografica dei territori.

La centralizzazione della produzione normativa non escludeva in origine la possibilità di moduli decisionali condivisi. In altre parole, il ruolo dello Stato, se pur prevalente, avrebbe potuto anche consentire alle autonomie di assumere una posizione più significativa nella gestione dell'emergenza. Non è il caso di riproporre quanto già detto in precedenza, salvo tuttavia ricordare che la pandemia ha solo reso più evidente le carenze dell'infrastruttura di dialogo tra Stato, Regioni ed enti locali. A fronte di tali carenze, comunque, si è registrato anche un certo attivismo, soprattutto di alcune Regioni, che si è espresso esclusivamente lungo l'asse degli esecutivi, nella figura dei Presidenti regionali. A conferma di tale tendenza, anche il sistema delle conferenze ha svolto un ruolo, limitatamente però alla Conferenza delle Regioni che, come è stato sottolineato, lascia dubbi sull'effettivo confronto che ci può essere stato tra le Regioni, anche qui assumendo una posizione preponderante il Presidente della Conferenza.

Sul piano della produzione normativa, in un contesto emergenziale dove la tutela della salute è centrale, la ripartizione delle competenze e l'attribuzione alle Regioni della sanità solleva questioni di collaborazione tra Stato e Regioni che non possono essere eluse[125], nonostante la soluzione della «profilassi internazionale» prospettata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 37.

La disciplina delle emergenze in uno Stato composito si presenta come uno dei lasciti più importanti, dal punto di vista del sistema delle fonti, della pandemia da Covid-19. Molti i vuoti da colmare e le carenze da rimediare, soprattutto alla luce di esperienze virtuose di dialogo e confronto che si sono potute osservare in altri ordinamenti. Molte anche le soluzioni possibili da mettere in campo, sulle quali si cercherà di sviluppare, senza alcuna pretesa di esaustività, qualche considerazione in chiusura.

11. Definizione di uno statuto costituzionale dell'emergenza: necessità di riattivazione di un dibattito e di uno studio anche in chiave comparativa

Un altro interrogativo in occasione dell'emergenza sanitaria è stato sollevato in relazione all'assenza di una disciplina costituzionale degli stati di emergenza e sulla ipotesi di una sua eventuale introduzione. Il tema è stato oggetto di importanti riflessioni, quanto meno in termini di necessità di riproporre un dibattito a riguardo[126]. Che il nostro apparato costituzionale, nonostante la carenza di uno statuto *ad hoc*, sia stato in grado di sostenere l'impatto della pandemia nel rispetto del perimetro da esso tracciato credo sia un dato su cui poter tutto sommato concordare. Ciò di conseguenza rende possibile, tra le varie opzioni in campo, che si possa anche ritenere il sistema nel suo complesso autosufficiente. L'esperienza, tuttavia, ci ha messo di fronte ad un fenomeno che nelle sue proporzioni era difficilmente prevedibile e ciò quindi non esclude che in futuro non ce ne possano essere di simili o addirittura di più imponenti. Insomma, quanto accaduto non può lasciare del tutto indifferente il legislatore, anche quello costituzionale, riguardo all'ipotesi di una disciplina emergenziale in grado di sostenere e governare con equilibrio questi nuovi fenomeni.

Sul versante costituzionale abbiamo già fatto riferimento al dibattito in Assemblea costituente e alle ritrosie che indussero i suoi membri a non definire un modello emergenziale, pur predisponendo naturalmente una serie di strumenti di intervento per casi particolari, come lo stato di guerra, e per una generalità di casi, il decreto legge ed il potere sostitutivo. Rispetto al contesto

[125] G. RIVOSECCHI, *Divisione dei poteri, relazioni tra Stato e regioni e ruolo del Parlamento ai tempi del Coronavirus*, cit., 706 ss.

[126] In tal senso si v. I. A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, cit., 87 ss.

storico originario tuttavia, le condizioni sono molto cambiate. Vi è quindi da chiedersi se i timori del passato possano ancora costituire un argine all'introduzione di una disciplina costituzionale dello stato di emergenza. Probabilmente la risposta è no, se solo si voglia considerare il percorso attuativo dei dettami costituzionali che ormai imperniano di sé la struttura statale, sia sul piano dell'organizzazione che su quello dei contenuti di impronta marcatamente democratica. Altri, dunque, potrebbero essere gli argomenti per soprassedere ancora in tal senso. Sembrerebbero esservi, tuttavia, da alcuni punti di vista, molte buone ragioni per prendere in considerazione l'ipotesi di una disciplina costituzionale dell'emergenza. Sollecitazioni di questo tipo provengono innanzitutto dall'esperienza di altri ordinamenti che, al contrario, dispongono di uno statuto costituzionale dello stato di emergenza. Rilievi di diritto comparato possono essere utili, dunque, per impostare una riflessione sull'argomento, anche se va in ogni caso tenuto presente che qualsiasi modello non può *sic et simpliciter* essere importato da un contesto ad un altro senza gli opportuni adeguamenti e che, comunque, sul piano attuativo gli esiti non sono mai del tutto scontati.

Non è questa naturalmente la sede per un'analisi dettagliata degli statuti dell'emergenza di altri sistemi costituzionali[127], ma va detto, in ogni caso, che anche quelli che rispetto al nostro dispongono di più modelli emergenziali, non solo di livello costituzionale, in circostanze come quelle prodotte dalla

[127] Ricordiamo, tuttavia, molto in sintesi, quelli tedesco e spagnolo. Anche nell'ordinamento tedesco, come nel nostro, la disciplina dello stato di emergenza è molto contenuta. La Legge Fondamentale distingue tra diverse fattispecie di emergenza, i cd. stati di emergenza esterni (stato di difesa, stato di tensione) e lo stato di emergenza interno. In relazione alla pandemia, la disposizione costituzionale più direttamente interessata è stata l'art. 35 (Assistenza giuridica, amministrativa e in caso di calamità), che prevede: «1. Tutte le autorità della Federazione e dei Länder si prestano vicendevolmente assistenza giuridica e amministrativa. 2. Al fine di mantenere o ristabilire la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico, un Land può, in casi di particolare gravità, chiedere l'intervento di uomini e mezzi della polizia federale di confine in aiuto alla propria polizia, se, in mancanza del medesimo, questa non sia in grado di assolvere ai suoi compiti o sia in grado di farlo solo con grande difficoltà. In caso di catastrofe naturale o di disastro particolarmente gravi, un Land può chiedere l'aiuto delle forze di polizia di un altro Land, di uomini e mezzi di altre amministrazioni, nonché della polizia confinaria federale o delle forze armate. 3. Se la catastrofe naturale o il disastro minacciano il territorio di più di un Land, il Governo federale può, nella misura in cui ciò è richiesto per un efficace intervento, impartire istruzioni ai governi dei Länder affinché mettano a disposizione di altri Länder le rispettive forze di polizia, così come può disporre l'intervento di unità delle forze di polizia confinaria federale e delle forze armate per assistere le forze di polizia. I provvedimenti del Governo federale, di cui al primo periodo, devono essere revocati immediatamente su richiesta della Bundesrat e, nei restanti casi, senza ritardo dopo la rimozione del pericolo».

La Carta costituzionale spagnola prevede espressamente, nel suo articolo 116, lo stato di allarme, lo stato di eccezione e lo stato di assedio. Dalla promulgazione del 1978, tuttavia, lo stato di emergenza e lo stato di assedio non sono stati mai promulgati, al contrario dello stato di allarme che è stato invece dichiarato due volte: nel dicembre del 2010, in risposta alla crisi del controllo del traffico aereo, e nel marzo 2020, in risposta alla crisi sanitaria provocata dalla pandemia.

pandemia hanno ritenuto di dover elaborare discipline *ad hoc*. Si tratta di un dato importante da tener presente in un'ottica di approfondimento in chiave comparatistica che, in un certo senso, sembra dimostrare che anche gli ordinamenti più "attrezzati" hanno ritenuto comunque necessario predisporre una disciplina più adeguata al fenomeno pandemico.

Tra i sistemi costituzionali a noi più vicini che contemplano uno statuto costituzionale dell'emergenza va ricordato in particolare quello francese.

La Costituzione francese contiene alcune clausole che disciplinano gli stati eccezionali, tra cui, oltre lo stato di guerra (art. 35), l'art. 16, che stabilisce quanto segue: «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale. Egli ne informa la nazione con un messaggio. Tali misure devono essere ispirate dalla volontà di assicurare ai poteri pubblici costituzionali, nel minor tempo possibile, i mezzi necessari per provvedere ai loro compiti. Il Consiglio costituzionale è consultato al riguardo. Il Parlamento si riunisce di pieno diritto. L'Assemblea nazionale non può essere sciolta durante l'esercizio dei poteri eccezionali. Passati trenta giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il Consiglio costituzionale può essere incaricato dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori, di verificare se le condizioni di cui al primo comma sussistano ancora. Il Consiglio si pronuncia nel più breve tempo possibile tramite un parere pubblico. Procede di pieno diritto a tale esame e si pronuncia alle stesse condizioni allo scadere dei sessanta giorni di esercizio dei poteri eccezionali e in ogni altro momento oltre tale durata»[128].

La Costituzione francese prevede un'ulteriore clausola costituzionale sulle emergenze, *l'état de siège*, di cui all'art. 36, che prevede: «Lo stato d'assedio è decretato dal Consiglio dei ministri. Non può essere prorogato oltre dodici giorni senza autorizzazione del Parlamento».

[128] A riguardo, un precedente in tal senso è rappresentato dall'art 48 Cost. di Weimar: «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli art. 114,115,117,118, 123, 124 e 153". Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il Presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richieda». Per un'approfondita analisi si v. C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Milano, 2019, 59 ss.; M. CARDUCCI, *Una "danza sull'orlo del vulcano"*, in *Costituzione di Weimar*, Macerata, 2008, XI ss.

Tali clausole, tuttavia, sono state utilizzate con parsimonia. Nel corso della storia della V Repubblica, ad esempio, lo stato di assedio non è stato mai dichiarato e l'art. 16, che contempla uno dei poteri più estesi del Presidente della Repubblica, tale da consentire di derogare al sistema delle fonti e alla stessa ordinaria forma di stato e di governo, impone un livello elevato di contrappesi per scongiurare il rischio di torsioni strutturali irrimediabili. Per queste ragioni, in sintesi, l'ordinamento francese prevede anche altri strumenti emergenziali di livello legislativo, come ad esempio *l'état d'urgence* previsto per la prima volta come reazione alla complessa vicenda algerina con la legge n. 55-385 del 3 aprile 1955. Tale legge, che è stata più volte modificata, prevede che *l'état d'urgence* può essere dichiarato in Francia su tutto o parte del territorio nazionale, dei dipartimenti e collettività d'oltremare, e in Nuova Caledonia ed è applicabile sia in caso di pericolo imminente risultante da gravi violazioni dell'ordine pubblico, sia in caso di eventi che, per natura e gravità, presentino il carattere di calamità pubblica. Lo stato d'emergenza è dichiarato con decreto adottato dal Consiglio dei ministri che determina il proprio ambito territoriale di applicazione e ha efficacia di 12 giorni; può essere prorogato esclusivamente con legge, con la quale viene fissata la durata definitiva di applicazione dello stato di emergenza. La norma di proroga dello stato d'emergenza decade in ogni caso dopo 15 giorni dalle eventuali dimissioni del Governo o dallo scioglimento dell'Assemblea Nazionale. Tuttavia, in occasione dell'epidemia da Covid-19, il governo francese ha istituito un nuovo regime, con l'introduzione, nell'ambito del *Code de la santé publique* (CSP), dello stato d'urgenza sanitaria. Più specificamente, il Consiglio dei ministri ha adottato la legge n. 2020-289 del 23 marzo 2020 *de finances rectificative pour 2020*; la legge n. 2020-290 del 23 marzo *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* sullo stato d'urgenza sanitaria e la legge organica n. 2020-365 del 30 marzo 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*[129].

Non pochi sono stati gli interrogativi sull'effettiva necessità di introdurre una nuova disciplina, anche tenuto conto del fatto che lo stato d'urgenza sanitaria sembra presentare una certa consonanza con il potere di adottare misure di *police administrative générale e spéciale* ex art. L. 3131-1 CSP, utilizzato all'inizio della diffusione del Covid-19, sino all'adozione della legge n. 2020-290.

Senza entrare ulteriormente nel dettaglio della gestione della pandemia in Francia, quel che preme evidenziare sono due aspetti; il primo è che le clausole costituzionali non sono state attivate, il secondo è che, pur disponendo di una legge organica su *l'état d'urgence*, è stata in ogni caso avvertita

[129] Cfr. C. SARTORETTI, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid – 19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, in Dpce online, 2, 2020.

l'esigenza di predisporre una disciplina più adeguata alla specifica tipologia di evento da governare. In altre parole, anche quegli ordinamenti più corredati di strumenti, anche di rango costituzionale, hanno comunque percorso strade alternative rispetto a quelle già codificate, a dimostrazione che il fenomeno pandemico, in generale, ha preso in contropiede anche quelli più attrezzati nella gestione degli stati di emergenza. E in ogni caso, l'esperienza francese, nonostante le clausole costituzionali richiamate, conferma la tendenza a farne un uso limitato in considerazione dei contraccolpi che esse possono determinare sia in deroga al sistema delle fonti sia in relazione alle forme di stato e di governo, soprattutto per il notevole ampliamento dei poteri presidenziali.

Questa vicenda, letta in chiave comparatistica, suggerisce, dunque, un percorso per certi versi analogo a quello che si è riscontrato in Italia, dove pure ai dispositivi ordinari di protezione civile si è preferito un modello alternativo (anche se non del tutto inedito). E in ogni caso è una esperienza che rispetto a questo tipo di emergenza sembra indicare come soluzione non tanto l'attivazione di dispositivi di rango costituzionale, quanto piuttosto di legislazione ordinaria, sia pur adeguati al fenomeno. Dalla prospettiva francese al dibattito italiano sembra, dunque, giungere una indicazione al legislatore ordinario, più che a quello costituzionale, di predisporre una disciplina specifica sull'emergenza sanitaria, oppure, in alternativa, introdurre adeguamenti in quella di protezione civile. Va inoltre evidenziato che una disciplina di rango costituzionale avrebbe comunque un certo grado di genericità che andrebbe poi colmato a livello legislativo con disposizioni di maggiore dettaglio. Si tratta ovviamente di una ipotesi che non si ritiene in assoluto di poter scartare e che molto viene discussa a livello dottrinale. Una cornice di rango costituzionale rappresenterebbe, infatti, una garanzia importante per gestire lo stato di emergenza nel perimetro delle garanzie costituzionali e forse una occasione per contemperare già in uno statuto di rango costituzionale le istanze unitarie di coordinamento e quelle di autonomia e leale collaborazione per la definizione di un modello emergenziale cooperativo, come si riscontra in ordinamenti di tipo federale come quello tedesco[130].

[130] A. DE PETRIS, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in Osservatorio AIC, 3, 2020, 437; L. CUOCOLO, *L'importanza delle autonomie per far fronte al Covid (e alle tendenze accentratrici)*, in DPCE online, 1, 2020, XVII.

12. Differenziazione del bicameralismo: per una valorizzazione dell'autonomia regionale nella produzione normativa ordinaria e in quella emergenziale

Un altro tema tornato all'ordine del giorno del dibattito dottrinale in occasione dell'emergenza pandemica è il bicameralismo[131]. Come è stato già anticipato in apertura, tenuto conto dei problemi di sovrapposizione e confusione nella modalità di produzione normativa dovuti all'accavallarsi di ambiti competenziali di diversa spettanza statale e regionale nella predisposizione delle misure emergenziali, la questione della differenziazione del bicameralismo[132] è riemersa come possibile soluzione per rendere il percorso decisionale tra centro e periferia maggiormente condiviso a livello legislativo. Circostanza questa che, al di là della pandemia, rappresenta una questione assolutamente centrale nell'ambito di uno Stato composito e che pone più di un interrogativo sul mantenimento di un bicameralismo paritario che non ha più ragion d'essere venute meno, da tempo, le differenze di classe. Si tratta di un discorso che in relazione all'emergenza sanitaria e non solo, si pone in stretto rapporto con il tema che affronteremo in chiusura sulla forma di governo parlamentare e sul ruolo sempre più defilato dell'Assemblea legislativa, soprattutto rispetto all'Esecutivo. In una prospettiva, più che auspicabile, necessaria, di riacquistata centralità del Parlamento nella nostra forma di governo, va ripreso anche il discorso sulla differenziazione del modello camerale. Essa in un certo senso potrebbe rappresentare un fattore di ripresa, uno stimolo, ed immettere nuova linfa nell'organo rappresentativo, realizzando un livello ulteriore di sviluppo del principio autonomistico integrandolo con quello di unità e di sintesi che si compie a livello statale.

Come si diceva, si tratta di un tema che si pone a valle di quello più complesso di perdita della centralità della legge nella produzione normativa[133].

[131] Sul tema si v. E. CHELI, *Bicameralismo* (voce), in Digesto disc. pub., II, Torino, 1987, 318 ss.

[132] Tra le numerose riflessioni sull'argomento, si v. almeno A. MANZELLA, *La riforma del bicameralismo*, in Rivista AIC, 4, 2013; E. CHELI, *La riforma mancata. Tradizione e innovazione nella Costituzione italiana*, Bologna, 2000; E. CHELI, *Ma questo è vero bicameralismo? (Dubbi e suggerimenti in ordine al progetto di riforma costituzionale presentata dal Governo)*, in Osservatorio sulle fonti, 2, 2014; C. DE FIORES*, Prospettive di riforma del bicameralismo in Italia,* in Politica del diritto, 4, 2007, 529 ss.; N. LUPO, *L'integrazione della commissione parlamentare per le questioni regionali dopo la mancata riforma del bicameralismo paritario*, in Federalismi.it, 3, 2007*;* N. OCCHIOCUPO, *Le Regioni in Parlamento. Attualità di una ormai antica proposta: la Camera delle Regioni,* in Le Regioni, 5, 1989; M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo, oggi,* in Riv. AIC*,* 2, 2014; A. MORELLI, G. MOSCHELLA (a cura), *Forma di governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, Napoli 2016; M. G. RODOMONTE, *Il bicameralismo incompiuto. Democrazia e rappresentanza del pluralismo territoriale in Italia,* Padova, 2020; N. OCCHIOCUPO, *La «Camera delle Regioni»*, Milano, 1975.

[133] Cfr. P. CARETTI, *La legge parlamentare nel sistema delle fonti: trasformazioni in atto e problemi di prospettiva*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 361 ss.

Anche se tale constatazione induce a chiedersi se dall'inizio della storia repubblicana sia mai, in realtà, esistita una sua "età dell'oro". Lamentando questa perdita di centralità è come se si rimpiangesse un passato non molto lontano in cui l'organo rappresentativo abbia effettivamente costituito il fulcro della produzione normativa, con un Esecutivo svolgente funzioni regolamentari e solo eccezionalmente legislative. Forse sarebbe utile ripercorrere la storia del Parlamento e delle sue alterne vicende dalle origini della Repubblica ad oggi per scoprire che forse, tranne in alcuni periodi, la funzione legislativa è stata spesso recessiva, soprattutto rispetto a temi fortemente divisivi nella società, ma non è questa la sede per farlo[134]. Senza andare troppo indietro nel tempo, si riscontra in ogni caso una evidente marginalizzazione del Parlamento ed una posizione sempre più limitata della legge nella produzione normativa primaria. E' cosa nota quanto i decreti legge rappresentino ormai la modalità ordinaria di intervento normativo, contravvenendo ai presupposti costituzionali su cui essi si fondano. Nel caso della pandemia, se ne possono effettivamente riscontrare gli estremi, soprattutto nella sua fase inziale, quando bisognava intervenire con urgenza per salvaguardare la salute dei cittadini; meno comprensibile è che si sia continuato lungo questa traiettoria anche in seguito, allorquando le condizioni di progressivo ritorno alla "normalità" avrebbero consentito che la normativa necessaria (in particolare quella per rilanciare la ripresa del Paese) potesse essere il prodotto della funzione legislativa parlamentare.

Tornando alla differenziazione del bicameralismo, esso potrebbe costituire un fattore di stimolo per la rappresentanza. In un contesto territoriale caratterizzato ancora da profondi squilibri e diseguaglianze, soprattutto tra le Regioni del nord e del sud, le istanze territoriali dovrebbero poter essere convogliate a livello centrale e soprattutto essere acquisite nel procedimento legislativo parlamentare come sede principale di sintesi delle stesse. Il sistema di confronto che si articola tra il centro e la periferia lungo l'asse degli esecutivi non è del tutto soddisfacente e soprattutto, come si è avuto modo di osservare in occasione della pandemia, esso si è svolto mediante la conferenza dei Presidenti di regione che lascia in un cono d'ombra le modalità con cui concretamente il confronto tra regioni si compie. Ed inoltre, quanto agli standard rappresentativi, pur essendo i Presidenti direttamente eletti dal corpo

[134] In tema si v. almeno AA.VV., *Storia d'Italia. Annali 17. Il parlamento*, Torino, 2001; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004; A. BARBERA, *Parlamento* (voce), in Enc. delle Scienze Sociali, VI, Roma, 1996; A. MARONGIU, *Parlamento* (storia), in Enc. dir., XXXI, Milano, 1981; N. ZANON, F. BIONDI, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001.

elettorale, resta il fatto che si tratta comunque di organi monocratici meno inclini, per loro natura, a processi decisionali condivisi.

La strada da percorrere, dunque, sembra essere quella di rilanciare la rappresentanza e la centralità della fonte legislativa attraverso un nuovo ruolo delle autonomie, anche per scongiurare la ripresa di fenomeni di differenziazione del regionalismo di matrice antisolidaristica. Va fatta, poi, un'ultima riflessione che attiene all'idea (irrealistica) che le competenze legislative possano essere effettivamente distribuite sulla base dell'artificio delle "materie". Al di là di qualche caso che consente, con una certa approssimazione, una attribuzione abbastanza ragionevole e attendibile delle stesse in capo allo Stato, lo scenario complessivo è costituito da ambiti materiali in cui confluiscono sia interessi statali (nel senso di interessi estendibili a tutta la collettività nel suo complesso) sia interessi regionali/locali (cioè interessi che assumono particolari connotazioni in alcuni contesti territoriali). In questo confuso intreccio che si rivelò immediatamente all'indomani della riforma del titolo V della parte II della Costituzione e che ha impegnato per anni la Corte costituzionale nella ridefinizione, mai in fondo veramente stabile, dei confini tra le "materie", quella che individua nella funzione legislativa parlamentare la sede naturale di composizione tra le istanze di unità e di autonomia rappresenta probabilmente la soluzione più ragionevole che andrebbe, senza dubbio, riconsiderata.

12.1 La Commissione bicamerale per le questioni regionali: una possibile alternativa?

La Commissione parlamentare per le questioni regionali è una struttura di natura bicamerale prevista dall'art. 126 Cost. che deve essere consultata nei casi di scioglimento del Consiglio regionale e di rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge. Alla Commissione sono state attribuite nel corso del tempo dalla legge ordinaria e dai regolamenti parlamentari numerose competenze di carattere consultivo, nei confronti di Governo e Parlamento, nelle materie di rilevanza regionale[135].

Per quel che più rileva in questa sede, va ricordato che la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), all'art. 11 ha previsto quanto segue: «1. Sino alla revisione delle

[135] Cfr. G. ROLLA, *La Commissione per le questioni regionali nei rapporti tra Stato e Regioni*, Milano, 1979; A. MANZELLA, *Sul lavoro della Commissione parlamentare per le questioni regionali*, in Atti del Convegno *La via italiana alle Regioni*, Milano, 1975; P. CARETTI, *La Commissione bicamerale per le questioni regionali ed il controllo governativo delle deliberazioni legislative delle Regioni*, in Le Regioni, 1983, 333 ss.; V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2003, 338 ss.

norme del titolo I della parte seconda della Costituzione, i regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono prevedere la partecipazione di rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali. 2. Quando un progetto di legge riguardante le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e all'articolo 119 della Costituzione contenga disposizioni sulle quali la Commissione parlamentare per le questioni regionali, integrata ai sensi del comma 1, abbia espresso parere contrario o parere favorevole condizionato all'introduzione di modificazioni specificamente formulate, e la Commissione che ha svolto l'esame in sede referente non vi si sia adeguata, sulle corrispondenti parti del progetto di legge l'Assemblea delibera a maggioranza assoluta dei suoi componenti».

Si tratta di una previsione molto nota che, nelle intenzioni del legislatore costituzionale, avrebbe dovuto rappresentare una ulteriore forma di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali[136]. La disposizione, tuttavia, non ha mai trovato attuazione e l'integrazione non si è dunque mai realizzata[137]. Allo stato attuale, tale ipotesi sembra costituire ancora quella più concretamente percorribile, alla luce dei tentativi di revisione costituzionale aventi ad oggetto la differenziazione del bicameralismo arenatisi recentemente. Pur essendo dell'opinione che quella della trasformazione del Senato continui a rappresentare l'obiettivo da perseguire per realizzare più equilibrate forme di dialogo e di confronto tra Stato e regioni a livello legislativo, nella ripresa del tema in occasione dell'emergenza sanitaria l'opzione "commissione integrata" sembra riacquistare una certa attualità, ponendosi come sede parlamentare di dibattito e confronto sulle questioni relative agli enti territoriali[138]. Del resto, tale organismo era stato immaginato come precursore di una più netta riforma volta appunto a realizzare la differenziazione del bicameralismo; una sorta, dunque, di anticipazione e, per certi versi, un banco di prova per sperimentare sul piano legislativo il confronto istituzionale tra Stato e regioni, in risposta allo stesso art. 5 Cost. che richiede alla Repubblica di adeguare i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

[136] P. CARETTI, *La lenta nascita della "bicameralina", strumento indispensabile non solo per le Regioni, ma anche per il Parlamento*, in Le Regioni, 2-3, 2003, 351 ss.; E. BALBONI, *La bicameralina non è un camerino (ma nemmeno un luogo equivoco)*, in Forum di QC, 24 gennaio 2002.

[137] L. SCAFFARDI, *Storia di una istituzione mai nata: la Commissione parlamentare per le questioni regionali integrata*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 85, 2004, 143-144; N. LUPO, *Sulla necessità costituzionale di integrare la Commissione per le questioni regionali*, in Rassegna parlamentare, 2, 2007, 379 ss.; S. MANGIAMELI, *Brevi osservazioni sull'articolo 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in AA.VV., *Un Senato delle autonomie per l'Italia federale*, Napoli, 2003, 316 ss.

[138] C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto,* in Riv. Gruppo di Pisa*,* 1, 2021.

Essa inoltre potrebbe costituire un sistema di attenuazione del conflitto costituzionale tra Stato e Regioni, segno evidente della crisi del riparto di competenze definito nel titolo V. A riguardo, la stessa Corte costituzionale ha più volte fatto riferimento alla «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi – anche solo nei limiti di quanto previsto dall'articolo 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3»[139], rilevando inoltre che la legge statale che intervenga in ambiti caratterizzati anche da interessi regionali, «può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà »[140]. Come è noto, è il sistema delle Conferenze (Conferenza Stato-Regioni, Conferenza Stato-Città e autonomie locali e Conferenza unificata), a rappresentare attualmente la sede del raccordo tra Stato ed autonomie territoriali. Nonostante tale sistema abbia in qualche misura svolto un ruolo compensativo nel confronto tra Stato e Regioni, esso rappresenta comunque un contesto di concertazione degli esecutivi, non producendo effetti, se non indiretti, sulla funzione legislativa.

13. L'impatto dell'emergenza sanitaria sulla crisi della forma di governo parlamentare

È il caso di riprendere le riflessioni fatte in premessa quando si è affrontata la distinzione tra emergenza e crisi, per ragionare in chiusura sugli effetti prodotti dall'emergenza pandemica sulla forma di governo[141]. A tal fine, tuttavia, è necessario tracciare brevemente il quadro di contesto che vede da tempo la nostra forma di governo parlamentare in crisi. Ricorrere al concetto di crisi, nel significato che gli si è inteso dare all'inizio, vuole in un certo senso stare a significare che il fenomeno è in corso, non ha ancora del tutto esaurito le sue possibilità e ancora incertezza vi è sull'esito. Che la forma di governo parlamentare[142] abbia da tempo manifestato un discostamento dalla sua struttura originaria è cosa nota; l'equilibrio tra i poteri sembra essersi progressivamente riposizionato a favore dell'Esecutivo, con una conseguente perdita di centralità dell'Assemblea rappresentativa. Le ragioni che hanno concorso e che concorrono a determinare questa tendenza sono molteplici e complesse e non è questa la sede per poterle affrontare. Quel che tuttavia si può evidenziare è che tale tendenza va innanzitutto ricondotta alla crisi del sistema politico nel

[139] Sentenze n. 7 del 2016, n. 278 del 2010, n. 401 del 2007, n. 383 del 2005, n. 6 del 2004.

[140] Sent. n.7 del 2016; *ex multis*, cfr. sentenze n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003.

[141] A riguardo, si v. P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. spec., 2020, 295 ss.

[142] L. ELIA, *Forme di governo*, in Enc. dir., vol. XIX, Milano, 1985.

suo complesso e alla sua incapacità di esprimere forze politiche con identità forti e con linee politiche coerenti. Troppo spesso negli ultimi anni abbiamo assistito a cambiamenti di posizione su questioni centrali per la società e, all'interno del Parlamento, a passaggi piuttosto disinvolti dei rappresentanti da uno schieramento ad un altro. Sono questi tra i fenomeni più noti che hanno contribuito moltissimo alla disaffezione dei cittadini nei confronti della politica e ad un loro crescendo senso di sfiducia, che si è manifestata, tra le altre cose, con un progressivo aumento dell'astensionismo in occasione delle elezioni.

Anche in concomitanza con le drammatiche circostanze della pandemia, che hanno costretto il Governo ad adottare misure molto restrittive al fine di salvaguardare la salute dei cittadini, non si è assistito ad un vero e proprio confronto tra le forze politiche sul modo di affrontare l'emergenza; piuttosto, il confronto, e talvolta il conflitto, si è svolto tra le istituzioni, in particolare tra Governo e Regioni. Del resto, è quanto da tempo osserviamo rispetto a questioni complesse e divisive, su cui tendenzialmente i partiti preferiscono non prendere posizione. In questa circostanza, anche la dibattuta questione sul sistema di intervento normativo dl/dPCM non sembra aver sollecitato specifiche prese di posizione da parte delle forze politiche, tanto meno sono stati espressi dubbi su eventuali profili di incostituzionalità.

Più specificamente il confronto/scontro si è svolto tra organi monocratici, che con i loro provvedimenti hanno dato attuazione alle direttive contenute nei decreti legge. La collegialità è una dimensione che in questo specifico contesto emergenziale si è piuttosto eclissata, quando in realtà essa dovrebbe costituire il fondamento dei processi decisionali, in genere, rispetto a questioni complesse che necessitano per loro natura dell'elaborazione di più punti di vista tra cui poi operare una sintesi[143].

In questo senso, allora, si può forse ritenere che la vicenda pandemica e l'assetto assunto dal sistema delle fonti nella produzione normativa abbia confermato ancor più questa deriva, acuendo la torsione monocratica già in atto della forma di governo[144]. Dunque, non solo si è assistito ad uno spostamento dell'asse dal Parlamento al Governo, ma anche, nell'ambito dello stesso Esecutivo, alla prevalenza dell'organo monocratico rispetto a quello collegiale. Del resto, come viene prodotto il diritto in una determinata circostanza, sia pure emergenziale, è un indicatore fondamentale della effettiva forma di governo di quell'ordinamento. Quanto questo processo sia reversibile dipende molto dal sistema politico e dalla capacità dello stesso di superare la crisi, per

[143] Sul tema, sia consentito rinviare a S. LIETO, P. PASQUINO, *La Corte costituzionale ed il principio di collegialità*, in Federalismi.it, 12, 2016.

[144] In tal senso si v. diffusamente A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit.

approdare ad uno status di rinnovata legittimazione dei rappresentanti e ad una loro maggiore credibilità da parte dei governati. Nel frattempo, la realtà sembra prospettare uno scenario decisamente orientato verso una forma di produzione normativa di derivazione governativa sulla base di strumenti emergenziali spesso utilizzati impropriamente, anche laddove condizioni di necessità e di urgenza non sussistono realmente. Né risulta sufficiente replicare che in ogni caso il Parlamento conserva un ruolo a valle attraverso l'atto di convalida, innanzitutto perché ciò non sana la frequente carenza dei presupposti del decreto legge prescritti dalla Costituzione, ma soprattutto perché l'atteggiamento che sembra riscontarsi nell'Assemblea rappresentativa è spesso di tipo gregario rispetto alle decisioni del Governo. La legge, quale fonte per eccellenza di produzione del diritto, in questo processo al contrario finisce con il ricoprire il semplice ruolo di ratifica degli atti governativi. A rendere questa tendenza ancor più accentuata si pongono i vincoli derivanti dalla dimensione sovranazionale che di frequente vengono utilizzati a giustificazione di interventi dell'Esecutivo dettati da ragioni di celerità, nonché la prassi ormai invalsa di una Camera che decide e dell'altra che si adegua, realizzando un monocameralismo di fatto[145].

A voler, dunque, tracciare un riepilogo e qualche considerazione conclusiva, tutto quanto osservato durante l'emergenza sanitaria nel sistema di produzione normativa sembra indicare una tendenza affatto nuova di progressiva perdita di centralità della legge nell'ambito delle fonti. Essa conserva ancora un ruolo rispetto alle riforme strutturali che, in ogni caso, trovano poi attuazione attraverso i decreti legislativi. Due in ogni caso i concetti su cui riflettere per ridare senso alla funzione legislativa e a riposizionarla al centro del sistema delle fonti, ossia la complessità e il valore della collegialità della decisione. Quanto alla complessità, si tratta di un carattere ineludibile del nostro tempo e qualsiasi tentativo di semplificazione della stessa corre il rischio di incorrere nella sua banalizzazione e dunque nella elaborazione di soluzioni insoddisfacenti e parziali. Tale consapevolezza deve, pertanto, contraddistinguere qualsiasi iter decisionale in cui è fondamentale far confluire i molteplici aspetti dei fenomeni da governare in modo da consentire un effettivo confronto tra gli stessi per soluzioni di sintesi adeguate. In altre parole, la complessità della realtà dovrebbe postulare un approccio nella decisione improntato sempre al bilanciamento dei molteplici interessi di cui ciascun fenomeno sociale è

[145] In tal senso, M. MANETTI, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rileva una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione*, in Giur. cost., 2020, 722 ss.; I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, cit., 161 ss.; ed inoltre ID., *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi mille poteri dello Stato*, in Rivista AIC, 5, 2019, 66 ss.

tendenzialmente portatore. Proprio per questo la complessità trova particolare eco nel modello democratico che – come è noto – costituisce la sintesi di più interessi. Esso infatti da voce e canalizza istanze molteplici e rappresenta tutt'ora, nonostante i suoi limiti, il solo modello possibile di espressione del pluralismo. Tra le differenti forme della decisione politica quella che assume particolare rilievo è la funzione legislativa. E' la legge, infatti, per i suoi caratteri distintivi, a costituire l'atto di sintesi di maggiore equilibrio tra istanze plurali proprio in quanto essa, pur essendo espressione dell'indirizzo politico di maggioranza, è anche il risultato di un confronto dialettico tra tutte le forze politiche democraticamente elette. Infatti, anche se il sistema democratico funziona sulla base della regola della maggioranza, esso contiene al suo interno molteplici dispositivi di razionalizzazione per garantire le minoranze e di conseguenza soluzioni che le abbiano adeguatamente contemplate.

La legge, poi, è espressione di un organo collegiale, l'Assemblea legislativa democraticamente eletta. Ciò rappresenta un'ulteriore garanzia di pluralismo rispetto a decisioni che invece vengono assunte da organi monocratici. In questo senso, dunque, complessità e collegialità si rivelano concetti strettamente correlati. Più i fenomeni da governare sono complessi più ad essi risulta adeguato un decisore plurale. Da questo punto di vista, dunque, l'iter legislativo si rivela quello meglio in grado di consentire il dibattito e il confronto tra interessi spesso molto diversificati. Vi è poi un altro carattere dello stesso che si rivela funzionale alla complessità, ed è la sua durata, il tempo. Ed è questo fattore a rappresentare la chiave di volta di tutte le tematiche che sono state finora affrontate. La risoluzione di questioni complesse necessita, infatti, di un tempo adeguato di approfondimento e di confronto; affinché la decisione sia ben ponderata è necessario che la stessa venga presa sulla base di opportune valutazioni che per essere elaborate richiedono tempo. La realtà, tuttavia, oltre a prospettarci lo scenario della complessità, ha modificato anche la nostra percezione del tempo. Le soluzioni non solo devono rispecchiare la complessità del reale, ma devono anche soddisfare il criterio della rapidità, che sono due esigenze di per sé non facilmente compatibili. Non mi riferisco nello specifico alle sole situazioni emergenziali, che per loro natura richiedono soluzioni tempestive, ma anche a quelle ordinarie. Anche per queste ultime, infatti, sembra prevalere l'idea della rapidità, quasi non si riesca più a concepire che determinati processi abbiano dei tempi fisiologici per potersi definitivamente compiere. Si pensi ad esempio alla ricerca scientifica e alle distorsioni che i nuovi sistemi di valutazione hanno prodotto, soprattutto in alcuni settori, sulla sua qualità, proprio per ottemperare a cadenze temporali talmente ravvicinate da risultare spesso del tutto incompatibili con l'attività epistemologica.

Che pertanto queste nuove logiche abbiano investito anche la funzione legislativa non è una sorpresa; naturalmente non si tratta dell'unico fattore ad aver inciso sulla sua progressiva svalutazione. Come abbiamo sottolineato, molto di tale risultato va ricondotto alla crisi del sistema politico, ma anche in tal senso il tempo torna ad essere una variabile non secondaria. A tale crisi infatti ha contribuito anche la velocità con cui la società si è trasformata negli ultimi anni e la conseguente difficoltà della classe politica ad intercettarne le nuove istanze e farsi portatrice delle mutate aspettative.

Il tempo e la complessità hanno, dunque, generato un paradosso che si riflette naturalmente sul sistema di produzione del diritto; ad esigenze di ponderazione dei fenomeni complessi si contrappone, infatti, quella della rapidità della decisione. Non si tratta – come è evidente – di aspetti facilmente conciliabili, anzi probabilmente non lo sono affatto. Non ci si espone in questa sede in possibili soluzioni, trattandosi di questioni davvero troppo impegnative. Certo è che il sistema di produzione giuridica, essendo innanzitutto un fenomeno sociale, non poteva esso stesso non subire i contraccolpi di una realtà molto diversa rispetto a quella del secolo scorso e la legge, di conseguenza, essere percepita come una forma di decisione politica ormai obsoleta.

Cosa sia il progresso è la domanda con cui terminare queste considerazioni finali: esso probabilmente non è sempre da intendere in un senso lineare come qualcosa di nuovo che si proietta nel futuro, ma è anche un guardarsi indietro – come l'*Angelus Novus*, l'Angelus redentore della storia, di Benjamin - per recuperare ciò che si è perduto ma che valeva la pena conservare. Se la complessità è la cifra dei nostri giorni ad essa va probabilmente sacrificata, almeno in parte, la rapidità della decisione, confinandola alle sole ipotesi in cui essa è effettivamente necessaria, interrompendo dunque la tendenza che da eccezione ne ha fatto la regola.

I VINCOLI FINANZIARI TRA FATTI E NORME[*]

ANNA ALBERTI[**]

Sommario

1. Premesse definitorie. – 2. I vincoli finanziari tra fatti e norme. – 3. I vincoli finanziari creati dal diritto. – 3.1. Le *fiscal rules*. – 3.2. L'indipendenza *forte* della Banca centrale come vincolo finanziario. – 3.3. I principi di responsabilità finanziaria ed equità intergenerazionale alla base delle *fiscal rules*. – 3.4. Sulla responsabilità finanziaria come risvolto di quella politica. – 3.5. *Fiscal rules* e costituzionalismo democratico-sociale: la tesi conciliante. – 3.6. Il vero punto di vista del costituzionalismo democratico-sociale: l'art. 4 Cost. – 3.7. L'art. 47 Cost. come fondamento giustificativo dell'indipendenza della Banca centrale? – 3.8. La vera *ratio* del combinato disposto delle *fiscal rules* e della CBI: la sostenibilità finanziaria. – 4. I vincoli finanziari *fattuali*. – 4.1. L'emergenza/instabilità finanziaria come vincolo extra-giuridico? – 4.2. I mercati finanziari come vincolo fattuale esterno? – 4.3. Emergenza economica (da Covid-19) e vincoli finanziari. – 4.4. Inesauribilità delle risorse finanziare o vincolo esterno assoluto. – 5. Conclusioni.

Abstract

The matter of the essay is the nature of fiscal rules. It will try to demonstrate that in a monetary dominance system fiscal rules are not exogenous factor influencing the production of legislation.

Suggerimento di citazione

A. ALBERTI, *I vincoli finanziari tra fatti e norme,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022.

[**] Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Sassari.
Contatto: annalberti@uniss.it.

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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. Premesse definitorie

L'obiettivo di questo contributo è chiedersi se i vincoli finanziari siano un fattore esogeno di condizionamento della produzione normativa. La risposta positiva sembrerebbe scontata, considerato il titolo della sessione dei lavori che ospita la mia relazione. Se però, da un lato, pare non esserci dubbio che siano fattori di condizionamento della produzione normativa, dall'altro lato, si solleva qualche perplessità sul loro carattere autenticamente esogeno.

Ma cosa si vuole intendere con la formula "fattore esogeno"? si può convenire che sia tale qualsiasi interesse, valore, istanza, esigenza, urgenza, questione, problema, rivendicazione, ecc., che riesca a farsi valere nei confronti dell'organo della produzione normativa orientandone le scelte di normazione[1]. La domanda di fondo, però, è se esistano fattori esogeni di tal fatta, che riescano a imporsi in modo immediato, senza il filtro della mediazione politica, senza cioè la loro trascrizione in termini di indirizzo politico[2]. La risposta scontata parrebbe quella negativa. Ciò che è esogeno al sistema normativo è introiettato nell'ordinamento per il tramite della direzione politica ed è difficile immaginare altri canali[3]. E tuttavia, la categoria dei "vincoli finanziari" sembra prestarsi a considerazioni di ordine differente. Ma come vedremo, solo in parte, può attagliarsi a essi il carattere della esogeneità.

Un'altra nozione che merita di essere definita preliminarmente è quella di "vincolo finanziario", più dell'aggettivo che del sostantivo. In via generale, "finanziario" è ciò che attiene alla «finanza», la quale è stata definita come la «scienza dell'architettura dei fini»[4]. È, evidentemente, una definizione assai suggestiva ma che sconta una qualche indeterminazione. Non c'è dubbio che il riferimento ai fini implica una proiezione temporale futura, che è

[1] E arrivando perfino a indurre un effetto di «*deformalizzazione* dell'ordinamento giuridico», con la messa in discussione dello stesso principio rappresentativo, come osservato da A. CERRUTI, I. MASSA PINTO, *I conflitti nella prospettiva della teoria generale delle fonti del diritto nel caso della disciplina eurounitaria della finanza pubblica*, disponibile all'indirizzo: *www.costituzionalismo.it*, n. 3/2016, 355 ss.

[2] Sulla nozione di "indirizzo politico" (o "funzione di governo" o "potere di direzione politica"), che - come è noto - ha un rilievo centrale nella riflessione teorica della giuspubblicistica italiana novecentesca, vedi, almeno, C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1931 (ristampa inalterata del 2000); V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in Studi Urbinati, 1939; C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del governo e Ministri*, Edizione Universitaria, Roma, 1942; E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1961; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitiche*, Jovene, Napoli, 1988.

[3] Forse un discorso a sé merita il ruolo di condizionamento che tali fattori esogeni non previamente tipizzati in decisioni normative possono giocare nei confronti delle pronunce giudiziali: ma ciò porterebbe fuori tema, poiché concernerebbe le questioni nodali della soggezione del giudice alla legge, della creatività giudiziale, ecc.

[4] R.J. SHILLER, *Finanza e società giusta*, il Mulino, Bologna, 2012.

ontologicamente essenziale ai fenomeni finanziari. Del resto, "finanza" incorpora l'etimo latino finis, proprio nel senso di "fine" (in senso lato), sicché, integrando il concetto fin qui espresso, può dirsi che la finanza concerne qualsiasi decisione che disponga una traslazione, nello spazio e nel tempo, della capacità e/o possibilità di procurare cose utili nell'immediato: «qualunque contratto sancisca una traslazione di questo tipo è "finanza"». In particolare, l'obiettivo della finanza sarebbe quello di «di far funzionare il circuito risparmio-credito-investimento in una economia monetaria di mercato»[5]. Quest'ultima caratterizzazione comprende tanto la finanza privata quanto quella pubblica, la quale, a sua volta, può definirsi come «il complesso delle entrate e delle spese dello Stato o di altro ente pubblico; nonché la gestione di tali risorse» o, più in generale, «i mezzi (patrimonio, reddito, credito) di cui dispone un ente pubblico o privato per l'esercizio della propria attività e il perseguimento dei propri scopi»[6].

Nel contesto di questa relazione i "vincoli finanziari" debbono intendersi come principalmente riferiti alla finanza pubblica, ossia come limiti alle politiche fiscali nazionali, alle decisioni statali di bilancio. Ma va da sé che i due versanti del fenomeno finanziario, quello pubblico e quello privato, sono ontologicamente connessi, poiché è indubbio che ogni decisione di finanza pubblica impatta su quella privata e che ogni vicenda che attiene alla finanza privata produce effetti pure su quella pubblica, senza considerare il fatto che i due versanti diventano praticamente indistinguibili con riferimento alle scelte di politica monetaria, le quali a un tempo scandiscono le dinamiche del settore creditizio privato e circoscrivono il margine dell'efficacia delle decisioni pubbliche di politica fiscale.

2. I vincoli finanziari tra fatti e norme

Nella misura in cui si parla di "vincoli" si suggerisce l'idea che essi siano già provvisti di una valenza prescrittiva, la quale o deriva interamente da una sorta di "natura delle cose" oppure è già, almeno in parte, riconosciuta dall'ordinamento e qualificata da questo come fonte di possibili condizionamenti, tanto negativi quanto positivi. In altre parole, si dovrà vagliare la seguente ipotesi ancipite: se i vincoli finanziari in tanto siano vincolanti per la produzione normativa in quanto il legislatore o altro regolatore politico (o regolatore tecnico) ritengano, sulla base di una ben precisa scelta di indirizzo, di assumerli come meritevoli di condizionare la normazione; oppure se essi siano, di per sé, idonei a porre limiti o condizionamenti del più vario tipo alla

[5] Tutti i virgolettati sono tratti da S. ROSSI, *Processo alla finanza*, Laterza, 2017, 6 s. Vedi anche ID., *Controtempo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, *passim*.

[6] Definizione tratta dal vocabolario *online* Treccani, disponibile all'indirizzo: *www.treccani.it.*

produzione normativa anche prescindendo dalle scelte di indirizzo politico e, anzi, vincolando queste ultime, prima ancora della normazione.

Le ipotesi da vagliare sono, quindi, tre:

a) i vincoli finanziari esistono solo nella misura in cui il diritto li pone;

b) le scelte statali di finanza pubblica soggiacciono a limiti oggettivi, riposanti nella "natura delle cose", e perciò intrinsecamente normativi a prescindere dalla loro giuridicizzazione;

c) oltre ai vincoli finanziari stabiliti giuridicamente, ve ne sono taluni di natura extra-giuridica e perciò capaci di imporsi contro ogni decisione contraria: tra questi ultimi parrebbero ricadere sia i vincoli che discendono dalle emergenze finanziarie[7], sia che discendono da quelle che possiamo chiamare "le condizioni materiali della produzione economica nazionale", anche in relazione alle medesime condizioni negli altri Paesi[8].

3. I vincoli finanziari creati dal diritto

In questa sezione – la più estesa – affronterò la prima ipotesi elencata nel paragrafo precedente, ossia quella dei vincoli finanziari giuridicamente creati.

In particolare, individuerò tali vincoli nelle *fiscal rules* e nel principio di indipendenza "forte" del banchiere centrale, soffermandomi poi sulle ricostruzioni dottrinali elaborate al fine di rinvenire nel dettato costituzionale un supporto giustificativo a sostegno di essi: ricostruzioni che, per quanto riguarda le fiscal rules, fanno leva sui principi della responsabilità finanziaria ed intergenerazionale, oggetto di recente elaborazione da parte della dottrina costituzionalistica, mentre per quanto riguarda l'indipendenza della banca centrale fanno leva sulla tutela del risparmio ex art. 47 Cost., secondo un orientamento dottrinale risalente nel tempo[9].

Anticipando parzialmente la conclusione, sosterrò che questo complesso di vincoli finanziari creati normativamente non obbedisce a esigenze oggettive imprescindibili e non sarebbe quindi una giuridicizzazione dettata da spinte extra-giuridiche, impostesi per via di fatto e alle quali il diritto si sarebbe solo adeguato, onde evitare conseguenze indesiderate[10].

[7] Ma come vedremo, tali emergenze si producono anche come effetto collaterale, come esternalità di particolari assetti istituzionali, e quindi come un sottoprodotto non voluto della regolazione giuridica.

[8] In coda della relazione affronterò, seppure per brevi cenni, la questione di come i vincoli "materiali" legati all'assetto produttivo nazionale e alla bilancia dei pagamenti con l'estero possano generare, di risulta, una sorta di vincolo finanziario esterno di carattere "assoluto".

[9] Ma non per questo da considerarsi indubbiamente fondato, come proverò ad argomentare.

[10] Ad esempio, è molto seguita la visione generale economica secondo la quale un'economia concorrenziale di mercato garantirebbe un'efficace allocazione delle risorse (anche di quelle finanziarie). A questa visione microeconomica si agganciano una famiglia composita di teorie macroeconomiche, tutte volte a giustificare i vincoli finanziari del pareggio di bilancio (che è una *fiscal rule*) e

3.1. Le *fiscal rules*

È quasi scontato, lapalissiano, dire che le *fiscal rules* costituzionali e sovranazionali siano dei vincoli creati dal diritto[11]. Questo corpus di regole vincola la decisione di bilancio e quindi le scelte di politiche fiscale[12].

La mente corre naturalmente all'art. 81 Cost., sia nella nuova che nella vecchia formulazione, posto che da entrambe si evince il principio dell'«equilibrio finanziario» quale vincolo alla legislazione di spesa, sebbene esso, nel passaggio alla formulazione esplicita, abbia subito una rimodulazione sotto il profilo qualitativo e quantitativo, introiettando in qualche modo una sorta di obbligo posto dal dettato normativo europeo e assumendo una più intensa e stringente vincolatività[13].

dell'indipendenza forte della Banca centrale. Ma si tratta, però, di teorie imperniate sul *what if* (come osservato da O. CHESSA, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, 106), cioè dirette ad argomentare quali effetti benefici deriverebbero *se* si accogliessero il pareggio di bilancio e l'indipendenza del banchiere centrale: prescrivono, cioè, linee di condotta ritenute ottimali e non descrivono fatti obiettivi, regolarità ineluttabili. Sicché, a ben vedere, neppure in questo caso avremmo a che fare con la descrizione scientifica di eventi fattuali incontrovertibili, bensì con "dottrine" in materia economico-sociale, che il legislatore (o l'organo di regolazione, in genere) può scegliere di accogliere oppure no. La decisione di abbracciare questa o quella teoria economica è pur sempre una *decisione politica*, dove la seconda precede la prima (e non viceversa).

[11] Le *fiscal rules* sono una categoria variegata di vincoli che ricomprendono tanto le *Balanced Budget Rules* (cioè, le norme che assoggettano a vincoli di tipo procedurale le politiche fiscali sia dello Stato che delle autonomie territoriali, nonché le norme che pongono vincoli di tipo quantitativo-numerico alla decisione nazionale di bilancio), quanto altri principi, tra i quali si possono far rientrare quello della trasparenza, veridicità, integrità, attendibilità, correttezza, annualità e universalità, nonché della copertura finanziaria dei bilanci pubblici. Su questi ultimi principi, vedi M. CECCHETTI, *La parificazione dei rendiconti delle Regioni nel difficile equilibrio tra le garanzie costituzionali della legalità finanziaria e quelle dell'autonomia regionale*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it*, 2020, 47- 53 e ID., *L'insopprimibile esigenza di una "disciplina processuale" per il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, 16 ss. Vedi anche la tassonomia illustrata da R. IBRIDO, Fiscal rules *e decisione di bilancio*, in *Costituzione economica. Nuove trasformazioni, Dir. Cost.*, n. 1, vol. IV, 2021, 77, nt. 16. In questo contributo mi occuperò soltanto delle *Balanced Budget Rules*.

[12] Non c'è dubbio, infatti, che le *fiscal rules* abbiano eroso la decisione di bilancio, oramai agganciata alle determinazioni delle fonti europee. Mi pare si possa leggere in questo senso quanto sostenuto da P. DE IOANNA, *Tempo ed equilibrio: due dimensioni cruciali nella disciplina costituzionale del bilancio pubblico*, in C. BERGONZINI, S. BORELLI, A GUAZZAROTTI (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica e marginalizzazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 2016, 191 ss., nella misura in cui afferma che la riforma costituzionale del 2012 avrebbe determinato «un vero e proprio rinvio tecnico in bianco alle determinazioni» previste dal Fiscal Compact e dal PSC.

[13] Ma per una parte della dottrina (tra i quali, vedi almeno A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it,* 10 gennaio 2012, 1 ss.; G. DI GASPARE, *Il nuovo art. 81 Costituzione: dallo Stato finanziatore allo Stato scommettitore?*, in *Amministrazione in cammino*, disponibile all'indirizzo: *www.amministrazioneincammino.luiss.it,* 2015, 2; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna* e in G.

Per quanto attiene invece al livello normativo sovranazionale è noto il cambio di passo che si è avuto con il Trattato di Maastricht del 1992, a partire dal quale gli Stati membri «si vincolano non più soltanto a coordinare le proprie politiche economiche, bensì a farle convergere, rinunciando totalmente alla propria autonomia in materia di politica monetaria e parzialmente, ma significativamente, a quella in materia di politica macroeconomica, delineando un vero punto di non ritorno»[14]. È da allora, infatti, che fanno ingresso le fiscal rules e, in particolare, i due criteri fiscali numerici (quello del deficit pari o inferiore al 3% del PIL e del rapporto debito/PIL inferiore al 60%), nonché i parametri relativi al tasso medio di inflazione e ai tassi di interesse a lungo termine. A esse occorre aggiungere i limiti ulteriori introdotti successivamente

DELLA TORRE (a cura di), *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti del LVIII Convegno di studi (Varenna, 20-22 settembre 2012), Milano, 2013, 24) la costituzionalizzazione della regola dell'equilibrio di bilancio era tutt'altro che obbligatoria (cfr. N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio*, *Il Filangieri,* quad. 2011, Napoli, 2012, 89 ss., spec. 94). C'è chi ha sostenuto, inoltre, che i vincoli di bilancio fossero già cogenti in forza del trattato di Maastricht e del PSC (in questo senso F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2014, 5-6) e che ciò rendesse inutile e non necessaria la loro costituzionalizzazione. Che questo sia il modo corretto di rilegge l'impatto del rinnovato art. 81 Cost. lo prova il rinvio alle regole fiscali europee. Bisogna però ricordare la posizione di chi afferma che i rinvii previsti dalle disposizioni costituzionali e dalla legge rinforzata n. 243 del 2012 non si siano limitati «ad una incorporazione statica di regole fiscali di origine sovranazionale – e dunque ad una loro trasfusione all'interno delle fonti domestiche – ma hanno dinamicamente sottoposto i titolari dell'indirizzo politico al rispetto della *fiscal rules* definite (e modificabili) in sede europea» (così R. IBRIDO, Fiscal rules *e decisione di bilancio*, cit., 84). L'osservazione è acuta, ma va rilevato che, da un lato, il margine di *dinamismo* dell'indirizzo politico nazionale in materia di decisione di bilancio è pur sempre quello consentito dal livello sovranazionale e che, dall'altro lato, non si tratta comunque di un margine sufficientemente ampio se al fine di contrastare la crisi economica generata dall'emergenza covid-19 si è reso necessario sospendere il PSC: ciò prova che nel suo regime di funzionamento ordinario i margini di flessibilità per politiche fiscali efficacemente espansive erano insufficienti. Inoltre, bisogna ricordare la posizione di chi ha sostenuto che la regola del pareggio fosse già vigente prima ancora della riforma costituzionale del 2012 (G. DELLA CANANEA, Lex fiscalis *europea*, in *Quad. cost.*, n. 1/2014, 7 ss.; vedi anche A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 1-14). Va detto, però, che ad accogliere questa tesi non si capirebbe quale senso abbia avuto la riscrittura dell'art 81 Cost., il quale nella nuova formulazione contiene qualcosa di più di una semplice norma procedurale (quale è l'obbligo per il legislatore di indicare i mezzi per fare fronte alle nuove e maggiori spese previste). Per una ricostruzione sintetica, ma efficace, del dibattito sulla portata dell'art. 81 nella vecchia e nella nuova formulazione, anche alla luce delle tesi di Luigi Einaudi, vedi, di recente, S. PAJNO, G. RIVOSECCHI, *Luigi Einaudi sul pareggio di bilancio, tra regole e principi*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2022, 169-177.

[14] Virgolettati di F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione Bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer, CEDAM, Milano, 2019, 74. Vedi Anche U. TRIULZI, *Le politiche economiche dell'Unione europea*, Mondadori, Milano, II ed., 2016, 33, il quale afferma che il Trattato di Maastricht rappresenta «un irreversibile processo di costruzione comune ed un effettivo punto di non ritorno».

col Patto di Stabilità e Crescita (d'ora in poi PSC) e col *Fiscal Compact*[15].

Per mero scrupolo analitico occorre, infine, distinguere i vincoli finanziari costituzionalizzati ed "europeizzati" che operano nei confronti della produzione normativa riguardata nel suo complesso dai vincoli finanziari che invece condizionano le scelte di normazione che alcuni livelli di governo possono adottare nei confronti di altri livelli di governo: ad esempio, i vincoli che la legislazione nazionale pone a carico di quella regionale o locale, ma anche, a parti rovesciate, i vincoli che derivano per il legislatore nazionale dalla necessità di preservare l'autonomia finanziaria degli enti sub-statali. È, evidentemente, un tema vastissimo di diritto regionale (o federale), che richiederebbe una trattazione a sé stante e che, pertanto, esula dagli obiettivi qui perseguiti.

3.2. L'indipendenza *forte* della Banca centrale come vincolo finanziario

Un altro vincolo di creazione giuridica è l'assetto dell'Eurozona, basato sulla netta distinzione tra politica monetaria e politica economica o fiscale. Questa indipendenza forte della Banca Centrale Europea (d'ora in poi BCE), quale risulta dall'assetto normativo vigente[16], si traduce anch'essa, a ben vedere, in un vincolo finanziario, poiché pone un limite obiettivo alla praticabilità delle politiche fiscali espansive, che per certi versi si aggiunge a quelli codificati nelle *fiscal rules* del PSC, formando con queste un assetto normativo

[15] Ossia il Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria, firmato il 2 marzo 2012, ratificato in Italia con l. 23 luglio 2012, n. 114 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013. A ciò si aggiunga le prescrizioni contenute nei *six packs* (del 2011) e *two packs* (del 2013). Attraverso i programmi di stabilità, gli Stati negoziano il proprio MTO (*Medium Term Budgetary Objectives*), definito sulla base di indicatori che considerano il rapporto debito/PIL e il potenziale della crescita economica e consistente in un traguardo di riduzione dell'indebitamento. Ovviamente il raggiungimento dell'obiettivo necessita di un coordinamento di tutta la finanza pubblica, e quindi di tutte le P.A. e i differenti livelli di governo (di qui la necessità del cd. Patto di stabilità interno, che impone agli enti territoriali vincoli di bilancio aggiuntivi).

[16] Il concetto d'indipendenza del banchiere centrale nasce indubbiamente come elaborazione della scienza economica (in questo senso S. BARONCELLI, *La Banca centrale europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2000, 209 ss.). Ma la sua ricezione giuridica ne ha articolato forme diverse, facendone un concetto scalare con differenti gradi di intensità, come osservato da O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 270 s. L'indipendenza *forte* cui si accenna nel testo è tale in quanto è garantita anche nei confronti del potere legislativo, nel senso che gli indirizzi di politica monetaria di difesa della stabilità dei prezzi e di lotta all'inflazione non sono nella libera disponibilità del legislatore ma già fissati in modo vincolante nel Trattato (vedi, sul punto G. REPETTO, *Responsabilità politica e governo della moneta*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità,* Giappichelli, Torino, 2005, 298). Infatti, gli artt. 127 e 130 del TFUE prescrivono che «l'obiettivo principale del Sistema europeo di Banche centrali (sia) il mantenimento della stabilità dei prezzi» e vietano che la Banca centrale, la banca centrale nazionale ovvero «un membro dei rispettivi organi decisionali poss(a)no sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri (o) da qualsiasi altro organismo».

internamente coerente.

Difatti, se il banchiere centrale è indipendente rispetto a chi ha la responsabilità della politica fiscale e non è, perciò, tenuto ad assecondare con espansioni monetarie le decisioni di *deficit spending*, queste ultime potrebbero rivelarsi fattualmente inutili se non controproducenti, come evidenziato dai fenomeni di *crowding out effect*, ossia di "spiazzamento" degli investimenti privati da parte della spesa pubblica (la quale espandendosi e assorbendo la liquidità esistente rimasta invariata per inerzia della banca centrale prosciugherebbe le risorse a disposizione degli investimenti privati, provocando così un rialzo dei tassi di interesse e una vanificazione delle misure di stimolo fiscale)[17]. Per esprimere questa condizione si adopera pure la formula di *monetary dominance*, la quale si differenzia da un regime di *fiscal dominance* per il fatto che in questo secondo caso la politica monetaria è ancella di quella fiscale, non costituendo perciò un vincolo finanziario oggettivo[18].

Peraltro, nel caso dell'Eurozona questa *monetary dominance* risulta ancor più accentuata poiché, in base all'art. 123 TFUE, vige il divieto di monetizzare il fabbisogno governativo di spesa degli Stati membri – qui sta il vincolo finanziario propriamente detto – ammettendo soltanto la tassazione e l'indebitamento quali fonti di finanziamento della spesa pubblica: indebitamento che, oltretutto, è soggetto alle condizioni e ai limiti stabiliti da specifiche fiscal rules, sia sovranazionali che costituzionali e legislative interne[19].

3.3. I principi di responsabilità finanziaria ed equità intergenerazionale alla base delle *fiscal rules*

Essendo creazioni giuridiche, tutti i vincoli finanziari summenzionati sono articolati da atti normativi, insistenti su più livelli: anzitutto in quello europeo e poi in quello costituzionale (art. 81 Cost.) e sub-costituzionale. Tuttavia, il dibattito giuspubblicistico non si è limitato a questa presa d'atto, ma si è sforzato di individuare le rationes che stanno dietro queste discipline normative, provando a inscriverle dentro il patrimonio del costituzionalismo democratico contemporaneo[20].

[17] Detto in altri termini, il *crowding out effect* si verifica quando all'aumento della spesa pubblica non segue un'azione coordinata col governo della moneta. Di conseguenza, se la politica monetaria non è espansiva come quella fiscale, l'indebitamento pubblico rischia di provocare il rialzo dei tassi d'interesse, con l'effetto di deprimere l'indebitamento e gli investimenti privati a scopo produttivo, rendendo sostanzialmente inutili le politiche di rilancio della domanda interna.

[18] Vedi, da ultimo, S. CESARATTO, Sei lezioni sulla moneta, Diarkos, Ravenna, 2021, 124.

[19] Ci riferiamo alla legge rinforzata, attuativa dell'art. 81 Cost., (n. 243 del 2012) che definisce l'equilibrio di bilancio come *l'obiettivo di medio termine* (MTO), ossia il valore del saldo strutturale individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea.

[20] Già in passato era d'uso comune la formula "costituzione finanziaria" per compendiare il complesso dei vincoli di ordine finanziario alla produzione normativa. Ma col variare di qualità e intensità

A tale scopo si è argomentato che le *fiscal rules* siano motivate dalla necessità di rendere le scelte politiche sulla finanza pubblica "responsabili" e "virtuose", onde evitare che ne sorgano pregiudizi per le generazioni future. A tale proposito la dottrina, in particolare quella costituzionalistica, in ciò seguita dalla giurisprudenza costituzionale, seppure ondivagamente, ha ritenuto di scorgere nelle pieghe del dettato costituzionale i principi della «responsabilità» e dell'«equità intergenerazionale»[21].

Il principio di responsabilità finanziaria, come è noto, esige che i conti pubblici siano "in regola" e quindi che la gestione della finanza pubblica sia "sana" e "virtuosa". Di conseguenza, regole come quella del bilancio in pareggio con i conseguenti limiti al *deficit spending* sarebbero vincoli in sé virtuosi[22]. Com'è stato ricordato, seppur criticamente, il «pregio intrinseco (sarebbe) persino intuitivo, soprattutto se si muove dall'analogia con le buone pratiche di gestione del bilancio familiare, le quali suggeriscono come regola basilare che le uscite non devono, *responsabilmente*, essere superiori (…) alle entrate, evitando così di "fare il passo più lungo della gamba" e consentendo altresì di accumulare risparmio»[23].

Le politiche di contenimento fiscale sarebbero poi necessarie al fine di imporre alle generazioni presenti quei sacrifici che sarebbe ingiusto far ricadere sulle generazioni future[24]. A queste ultime si dovrebbe garantire la possibilità

dei suddetti vincoli tale formula si è caricata di contenuti diversi, tanto che in tempi recenti è stata proposta, seppure in chiave polemica, la formula di "neo-costituzionalismo finanziario" (vedi O. CHESSA, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, cit., 95 ss.).

[21] Principi che articolerebbero una sorta di «legalità costituzionale-finanziaria» (G. RIVOSECCHI, *La parificazione dei rendiconti regionali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it*, n. 15/2019, 28 ss.), la quale ricomprende anche il principio di continuità degli esercizi finanziari pubblici (sul quale vedi, almeno, Corte cost. sentt. nn. 181/2005, 49/2018); la necessità che le «scritture contabili rispondano ai requisiti di chiarezza, correttezza, univocità, veridicità e trasparenza» (G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica della giurisprudenza costituzionale*, disponibile all'indirizzo: *www.dirittoeconti.it,* n. 2/2020, 23. Sul principio di trasparenza, anche Corte cost. sent. n. 49 del 2018); nonché il principio del bilancio come bene pubblico (A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista Aic*, n. 4/2017, 18. Per una panoramica dei principi appena ricordati nella giurisprudenza costituzionale, da ultimo M. CECCHETTI, *L'insopprimibile esigenza di una "disciplina processuale" per il giudizio di parificazione dei rendiconti regionali*, cit., 16 ss.

[22] Inoltre, il principio della sana e virtuosa gestione della finanza pubblica ricomprende anche quello di copertura delle spese il quale, unitamente al principio del bilancio in pareggio, è espressamente previsto dal dettato costituzionale (art. 81 Cost.). Vedi anche Corte cost. sent. n. 274 del 2017 e 227 del 2019.

[23] Virgolettati di O. CHESSA, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario*, cit., 112.

[24] Vedi G. RIVOSECCHI, *La garanzia costituzionale della copertura finanziaria come vincolo intertemporale alla spesa pubblica nella (limitata) prospettiva della tutela delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, 475 ss.

di risorse economiche sufficienti, nel presupposto che siano esauribili[25]. La decisione di bilancio «non si proietta solo nello spazio, ma anche nel tempo, tra più generazioni»; Di conseguenza, «i criteri che soprassiedono alla possibilità di indebitamento (…) non possono che leggersi come un obbligo a considerare (…) gli effetti sulle generazioni future»[26].
Entrambi i principi, infine, sarebbero strettamente legati al principio di legittimazione democratica, «indefettibile raccordo tra la gestione delle risorse della collettività e il mandato elettorale degli amministratori»[27]: e ciò perché il rapporto tra bilancio e rappresentanza politica non riguarda soltanto le «dinamiche orizzontali dei rapporti tra Parlamento ed esecutivo (art. 94 Cost.), ma anche (…) quelle verticali», e cioè il rapporto tra eletti ed elettori[28]. In altre parole, «il circuito democratico rappresentativo prevede che gli amministratori eletti ed *eligendi* si sottopongano al giudizio degli elettori, e tale giudizio deve essere affrontato, se si persegue il rinnovo del mandato, anzitutto a fronte di scritture contabili "sincere": e poi se vi è stata sana ed equilibrata gestione finanziaria, alla quale sia riconoscibile quanto è stato realizzato e come sono state impiegate le risorse»[29]. Allo stesso modo l'eletto «non può ignorare le ripercussioni – nel tempo – delle sue scelte» e quindi deve «avere consapevolezza dei gravami che sorgeranno in un momento successivo rispetto a quello nel quale si fruisce dei benefici (…) consapevolmente indotti per creare vantaggio nella dimensione temporale presente». Le determinazioni finanziare, dunque, nella misura in cui non esauriscono gli effetti nel tempo presente, richiederanno ulteriori decisioni che graveranno «su amministratori e amministrati che si troveranno a sostenere costi alla cui formazione non hanno concorso»[30].

[25] Alle generazioni future, oltre che le risorse finanziarie devono essere garantite quelle ambientali e culturali, come afferma I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito riflessioni sul tema*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, 56. Secondo l'A., «l'equilibrio di bilancio (…) deve essere inteso come strumento a tutela della sostenibilità non solo del debito in sé, ma delle risorse disponibili» (59). Secondo altri (R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008, 27 ss.) invece, gli ambiti sarebbero, oltre all'ambiente e l'economia, anche le biotecnologie.

[26] F. SUCAMELI, *Attuazione ed esecuzione della l. cost. n. 1/2012 attraverso il giudice del bilancio*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo*: www.federalismi.it,* n. 36/2020, 179.

[27] Virgolettati in Corte cost., sent. n. 49 del 2018, punto 3 del *Considerato in diritto*.

[28] F. SUCAMELI, *ult. op. cit*., 179-180. Ma vedi anche G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo*: www.federalismi.it,* n. 17/2016, 24.

[29] Virgolettati di C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, disponibile all'indirizzo*: www.costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 20. Vedi anche Corte cost. sentt. nn. 184/2916, 228/2017, 49/2018, 18/2019 e 4/2020.

[30] Tutti i virgolettati sono di C. BUZZACCHI, *ult. op. cit*., 25 e s. Ma vedi anche Corte cost. sent. n. 4/2020 e 80/2021.

3.4. Sulla responsabilità finanziaria come risvolto di quella politica

In sintesi, alla base del "neo-costituzionalismo finanziario" figura il dittico responsabilità finanziaria/responsabilità politica in connessione con i diritti delle generazioni future.

È una linea accolta pure dalla Corte costituzionale, a giudizio della quale la responsabilità finanziaria avrebbe un rapporto di «fondamentale interdipendenza con il principio di legittimazione democratica, indefettibile raccordo tra la gestione delle risorse della collettività e il mandato elettorale degli amministratori» (sent. 49 del 2018, par. 3 del *Considerato in diritto*) [31]. In altre parole, la «sana e corretta gestione finanziaria dei conti pubblici» assurgerebbe a parametro del giudizio di responsabilità politica che i governati esercitanti sui governanti, specialmente in occasione del rinnovo dei mandati elettorali.

Tuttavia, l'argomento non pare incontrovertibile e anzi si presta a un rovesciamento. Se la responsabilità finanziaria si lega a quella politico-democratica, se ne dovrebbe evincere allora che il giudizio di responsabilità politica dovrebbe poter assorbire anche quello sulla «corretta e sana gestione finanziaria», sicché questa non avrebbe rilievo autonomo, ma sarebbe in funzione degli orientamenti politici del corpo elettorale, nel senso che sarebbero gli elettori a giudicare "sana e corretta" una determinata gestione finanziaria. Si potrebbe dire, cioè, che è sana e corretta la gestione finanziaria che gli elettori reputano tale, con la conseguenza che essi potrebbero formulare il giudizio di sanità e correttezza anche prescindendo dal parametro offerto dalle *fiscal rules* e riconoscendo, pertanto, come legittimamente perseguibile una politica di gestione di finanza pubblica che non fosse strettamente conforme ai canoni

[31] Sull'orientamento giurisprudenziale menzionato vedi I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito riflessioni sul tema*, in *Bilancio comunità persona*, n. 1/2012, 69), la quale rimarca «come la Corte costituzionale abbia reso evidente lo stretto rapporto tra sostenibilità del bilancio, responsabilità politica e dovere delle istituzioni politiche di lasciare ai posteri le risorse necessarie non solo per la sopravvivenza, ma anche per godere di una qualità della vita che non sia inferiore a quella della generazione precedente». Vedi anche F.G. MENGA, *Responsabilità e trascendenza: sul carattere eccentrico della giustizia intergenerazionale*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 197 ss. Per G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista Aic*, 3/2018, 629, le scelte della politica italiana sono chiamate «a fare i conti con la necessità di preservare le condizioni per consentire all'ordinamento di perpetuarsi e di garantire anche a chi verrà dopo di noi le risorse necessarie a dare attuazione all'obiettivo di eguaglianza sostanziale affermato dall'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana». Inoltre, secondo A. (*ult. op. cit.*, 632) «la tensione verso il futuro che caratterizza in modo naturale e inevitabile ogni ordinamento giuridico (…) sembra confermare la necessità che il legislatore italiano si faccia in qualche modo carico delle future generazioni, anche alla luce della corretta lettura del principio di solidarietà che, come è noto, costituisce uno dei cardini fondativi della nostra Costituzione».

della responsabilità/stabilità finanziaria per come elaborati finora (dalle fonti normative, dagli orientamenti giurisprudenziali, dal dibattito dottrinale, ecc.).

3.5. Fiscal rules e costituzionalismo democratico-sociale: la tesi conciliante

Per quanto attiene all'altro ingrediente del "neo-costituzionalismo finanziario", l'equità intergenerazionale, si è evidenziato che pur non essendo espressamente garantito dal dettato costituzionale, avrebbe però un aggancio con gli artt. 1, 2 e 3 Cost.[32]

Ma nonostante l'evocazione del principio solidaristico, ad avviso di chi scrive rimane aperto il grande dilemma se la c.d. "solidarietà intergenerazionale" sia armonizzabile col secondo comma dell'art. 3 Cost. A tale scopo si è sostenuto che il dettato costituzionale affida la lotta alle diseguaglianze soprattutto al metodo della tassazione progressiva, il solo che possa conciliare l'obiettivo del pieno sviluppo della persona umana *ex* art. 3, comma secondo, Cost., e la protezione delle generazioni future[33].

Come si vede, è una linea argomentativa assai articolata e molto influente. Per un verso sottolinea l'esigenza di porre un freno alle politiche di *welfare* realizzate attraverso l'emissione di titoli di debito, che avrebbero certamente il pregio di aumentare i benefici per la generazione presente, scaricandone però i costi su quella futura; per l'altro verso non disconoscerebbe il valore dei diritti sociali, i quali dovrebbero essere garantiti soprattutto attraverso il prelievo fiscale. Sicché, l'obiettivo delle tesi in esame pare essere quello di

[32] G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, cit., 629. Anche se è bene precisare che un richiamo alle future generazioni è stato aggiunto, a seguito della riforma costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, nell'art. 9 della Costituzione, secondo il quale la Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi *anche* nell'interesse delle future generazioni. L'accenno, però, non è di per sé sufficiente a sostenere che vi sia un diritto soggettivo delle generazioni future e che questo possa ricomprendere l'utilizzo e le scelte inerenti alle risorse finanziarie oltre a quelle ambientali (considerato che le prime non sono veramente assoggettabili al cd. "paradigma della scarsità"). Sulla riforma dell'art. 9 Cost. vedi almeno M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 2021, 285 ss.; L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente in Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 2021, 20 ss., spec. 25 ss.; Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.; una prima lettura,* in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 2021, 109 ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1 del 2022, 15 ss., spec. 22 s.

[33] In tal senso era l'opinione di S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e società*, 1996, I, 20, a giudizio del quale «il metodo di realizzare la solidarietà economico-sociale attraverso l'indebitamento pubblico, che sarebbe poi cresciuto in progressione impressionante, è stato per i nostri governanti degli ultimi lustri il metodo più indolore, rispetto a quello della leva tributaria, e tuttavia quello più raggirante e malsano per risolvere temporaneamente i problemi della solidarietà poiché in effetti con esso lo Stato faceva gravare il conto della solidarietà sulle generazioni venienti e future».

conciliare i principi del costituzionalismo democratico-sociale col *corpus* delle *fiscal rules* vigenti, soprattutto col PSC, nel presupposto che la tutela dei diritti sociali necessiterebbe più dell'imposizione fiscale progressiva che non della "cassetta degli attrezzi" messa a punto dal keynesismo[34].

3.6. Il vero punto di vista del costituzionalismo democratico-sociale: l'art. 4 della Costituzione

All'orientamento esaminato si possono opporre diverse obiezioni.

La prima è che, sul piano della logica giuridica oltre che su quello della normazione positiva, non potrebbe, a rigore, parlarsi di "diritti delle

[34] Un'altra formula diffusamente spesa per argomentare l'opera di conciliazione illustrata nel testo è quella dell'«economia sociale di mercato», seppure non con riguardo specifico alle politiche fiscali, bensì ai rapporti tra mercato concorrenziale e sistemi di *welfare*. In altre parole, è un altro capitolo del tentativo di conciliazione tra le teorie economiche *mainstream*, essenzialmente neoclassiche, marginaliste, quindi anti-keynesiane, e il costituzionalismo democratico-sociale: un tentativo che parrebbe perseguito dal diritto sovranazionale, che infatti recepisce espressamente l'obiettivo dell'economia sociale di mercato nell'art. 3 TUE, ma precisando che deve trattarsi di una «economia sociale di mercato *fortemente competitiva*» (corsivo mio). Sennonché va detto che, a dispetto del senso che l'aggettivo «sociale» assume nella nostra Costituzione, quello recepito dalla fonte sovranazionale richiamata (e dalla dottrina tedesca ordoliberale che ha coniato la formula, su cui vedi almeno F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Giuffrè, Milano, 2015, *passim*; A. SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in *DPCE online*, 4/2015) ha certamente un significato differente, poiché, a ben vedere, non assegna a un eventuale intervento pubblico il compito di derogare alla logica concorrenziale di mercato al fine di garantire i diritti sociali e il *welfare*, come invece vorrebbe il modello del costituzionalismo democratico-sociale, ma attribuisce all'economia concorrenziale di mercato sicuri effetti positivi in termini sociali, nel senso che lo stesso mercato concorrenziale, in sé e per sé considerato, garantirebbe esaustivamente l'utilità sociale. Tuttavia, ciò è ancora da dimostrare sul piano della teoria economica (e su quello più generale delle scienze sociali). Peraltro, se calata sul piano dell'interpretazione del nostro dettato costituzionale positivo, la tesi dell'economia sociale di mercato, intesa nel senso originario e più corretto, finirebbe per subordinare l'«utilità sociale» alla «concorrenza», nel senso che la garanzia della prima dovrebbe principalmente, se non esclusivamente, passare per la tutela della seconda. La concorrenza, insomma, assorbirebbe l'utilità sociale (sul punto vedi V. BAVARO, *Lineamenti sulla Costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2018, 249). Vero è che la Corte costituzionale non si è spinta fino a questo punto e che sembra sostenere, invece, che il principio concorrenziale e l'utilità sociale siano due principi di pari rango, perciò reciprocamente bilanciabili. Ma invero anche questa soluzione non convince fino in fondo, parendo, infatti, più corretta la tesi secondo cui il principio concorrenziale dovrebbe essere funzionale all'utilità sociale assieme ad altri strumenti, soprattutto se si accede alla tesi secondo cui la «tutela della concorrenza» farebbe ingresso nel testo costituzionale come norma competenziale, *ex* art. 117, comma, e non come valore sostanziale autonomo, secondo il condivisibile orientamento di L. BUFFONI, *La «tutela della concorrenza» dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2003, 347 ss.; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista Aic*, 2011, 54; T. GUARNIER, *Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza. Alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista Aic*, 2016, 15; O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 2016, 128 ss.

generazioni future", poiché mancherebbe il soggetto verso il quale indirizzare la tutela[35].

La seconda sottolinea il fatto che «il dilagare della disoccupazione di massa è un fenomeno cui non si può certo porre rimedio (soltanto) mediante lo strumento dell'imposizione fiscale progressiva, considerato che le politiche fiscali re-distributive sono strutturalmente inidonee a produrre i medesimi effetti delle politiche fiscali espansive»[36].

Peraltro, sotto il profilo storico è acclarato che, nei c.d. "trenta anni gloriosi", alla realizzazione dei sistemi di welfare e di estesa tutela dei diritti sociali corrisposero politiche keynesiane di sostegno della domanda aggregata e, quindi, dei livelli occupazionali. E tra i due fenomeni non ci fu soltanto coincidenza temporale, ma pure un nesso causale fortissimo. Non c'è alcun dubbio, infatti, che la posizione delle classi lavoratrici si rafforza quando ci si avvicina all'obiettivo della piena occupazione, poiché il venir meno del timore di perdere il lavoro o di non riottenere un posto di lavoro migliora la posizione negoziale dei lavoratori, con effetti benefici sul fronte degli incrementi salariali e delle tutele sociali. L'assottigliarsi dell'«esercito industriale di riserva»[37] è la condizione preliminare che innesca il processo attuativo di quei principi di *welfare* e di pieno sviluppo della persona umana che stanno alla base del costituzionalismo democratico-sociale.

Se proprio si vuole impostare sul piano del diritto costituzionale positivo la questione dei "diritti delle generazioni future", è utile rifarsi alle prescrizioni che si traggono da una disposizione costituzionale che ha un rilievo centrale nel modello italiano di costituzionalismo democratico-sociale, e cioè il principio lavorista per come enucleato dall'art. 4 Cost[38].

Sembra che tra le due tematiche, quella lavoristica e quella dei diritti delle generazioni future, la distanza sia ampia, ma è un'impressione erronea. In base all'art. 4 la Repubblica «riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che lo rendano effettivo»: da ciò si trae l'imperativo

[35] Cfr. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, cit., 425.

[36] O. CHESSA, *Editoriale*, in O. CHESSA (a cura di), *Costituzione economica. Nuove trasformazioni*, *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, n. 1, vol. IV, 2021, 9. Vedi anche ID., *La dogmatica costituzionale dei diritti sociali tra struttura e sovrastruttura*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2018, 269-290, ss., spec. 276 ss.

[37] La formula è, notoriamente, di K. MARX, *Il capitale*, libro I, sez. VII, cap. 23.3., ora in *Opere complete. Il capitale*, vol. XXXI, Napoli, La Città del Sole, 2012, p. 705.

[38] A. APOSTOLI, *Art. 4*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 38 ss.; G.F. MANCINI, *Art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna- Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1980, 199 ss., spec. 247 ss.; A. CARIOLA, *Art. 4*, in R. BIFULCO, A.CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torni, 2006, 114 ss.

costituzionale di politiche per la piena occupazione[39]. Inoltre, il comma secondo aggiunge «che ogni il cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra con il progresso materiale o spirituale della società». Vale a dire, attraverso il lavoro, che deve essere garantito a tutti da politiche economiche rivolte a tale scopo, si concorre al «progresso materiale e spirituale della società». L'obiettivo costituzionale del pieno impiego è, a sua volta volto a trasformare la società, a migliorarla nel senso del «progresso materiale e spirituale», in modo da garantire alle generazioni future posizioni sociali migliori di quelle di partenza della generazione presente. Se è il lavoro ad attivare la mobilità sociale, le politiche fiscali e monetarie debbono essere finalizzate all'obiettivo della piena occupazione, il solo in grado di garantire benefici certi anche alle generazioni future: politiche che evidentemente possono richiedere interventi di *deficit spending* e che non possono essere – com'è oramai dimostrato – garantite dalle *fiscal rules*.

Per rendere meglio l'argomento si faccia il seguente esperimento mentale: se per effetto di politiche di pieno impiego una famiglia monoreddito diventa bireddito, si aprirà un ventaglio più ampio di opportunità per i figli, in termini di istruzione, di fruizioni culturali del più vario tipo (cinema, teatro, concerti, mostre, ecc.), di svago e occasioni formative (ad es., soggiorni di studio all'estero), ecc., con evidenti ricadute positive in ordine alla mobilità sociale[40] e al «progresso materiale e spirituale». Infatti, assieme al livello complessivo di "civilizzazione", se così può definirsi, è ragionevole aspettarsi che cresca la capacità produttiva complessiva. Insomma, i "diritti delle generazioni future" sono anzitutto soddisfatti da un ambiente sociale ricco di maggiori opportunità per tutti; e vanno dunque letti in chiave dinamica e non statica: diversamente dalle risorse ambientali, che sono per definizione scarse, quelle

[39] Su questa linea interpretativa vedi V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, II, 4-5, ora in ID., *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 295-296; C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione,* a cura di G. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Roma-Bologna, 1975, 17; G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 133; O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 32-33. In particolare, secondo Vezio Crisafulli l'art. 4 Cost. «si rivolge a garantire a tutti la possibilità di *ottenere e riottenere* un posto di lavoro». Certo, non è possibile ricavare dalla Costituzione «un diritto subiettivo attuale (…); ma stabilisce, bensì una regolazione di massima di attività statali dirette a porre le condizioni necessarie per dare del lavoro a tutti e quindi per rendere effettivo il diritto al lavoro». Per Crisafulli, «la protezione dell'interesse individuale al lavoro è (…) conseguenza (…) di un vincolo imposto dalla norma costituzionale dell'art. 4 alla discrezionalità dell'azione dei soggetti governanti». Il «programma d'azione» o «programma politico» che si ricava dall'art. 4 Cost. «implica l'adozione di determinati indirizzi politico-amministrativi, e inversamente il ripudio di altri, nonché tutta una serie di interventi regolatori dello Stato nel campo economico, rivolti a realizzare, appunto, quelle tali condizioni».

[40] Su cui vedi, per tutti, Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, il Mulino, Bologna, 2013, *passim*.

finanziarie non possono assoggettarsi veramente al «paradigma della scarsità»[41], come vedremo meglio nei paragrafi seguenti. Non sono come una torta già data nella sua ampiezza, sicché mangiando troppe fette oggi ne rimarrebbero poche domani. Dipendono invece da politiche dirette a espandere le opportunità di crescita (insieme materiale e spirituale): politiche i cui effetti si riverberano positivamente nel futuro, e quindi sulle generazioni a venire.

Al contrario, le politiche di austerità fiscale indotte dal PSC, dal *Fiscal Compact* e dalle *fiscal rules* in genere, nella misura in cui generano disoccupazione, de-mansionamento della forza lavoro, de-industrializzazione e quindi riduzione della capacità produttiva complessiva, sembrano, sì, salvaguardare la sostanziale integrità della "torta finanziaria", ma invero determinano effetti futuri di regresso materiale e spirituale, nonché minori opportunità future per (quasi) tutti.

3.7. L'art. 47 Cost. come fondamento giustificativo dell'indipendenza della Banca centrale?

Per quanto concerne l'altro vincolo finanziario di creazione normativa, ossia l'indipendenza "forte" del banchiere centrale, si è ritenuto che anch'esso non fosse un'innovazione esclusivamente legata al diritto europeo, ma che avesse un appiglio sicuro nelle pieghe del dettato costituzionale nazionale, precisamente nell'art. 47 Cost., il quale prescrivendo la tutela del risparmio imporrebbe politiche monetarie di salvaguardia della stabilità di prezzi e, prima ancora, il principio della *Central Bank Indipendence* (CBI)[42].

[41] Sul "paradigma della scarsità" vedi, per tutti, L. PASINETTI, *Keynes and the Cambridge Keynesians. A 'Revolution in Economics' to be accomplished* (2007), trad. ital. *Keynes e i keynesiani di Cambridge. Una 'rivoluzione in economia' da portare a compimento*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 222 ss.

[42] In tal senso vedi F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna- Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1980, 153 ss.; A. BARDUSCO, *Protezione e promozione del risparmio nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, ESI, Napoli, 215; G.M. SALERNO, *Art. 47*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, 318 ss.; M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commetario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 474 ss. Com'è stato ricordato di recente (F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza un'analisi costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 276 ss.) quest'interpretazione «poteva vantare un ancoraggio tanto nella tradizione giuridico-costituzionale precedente quanto nel dibattito sviluppatosi all'Assemblea costituente». Difatti, come era stabilito nell'art. 31 dello Statuto Albertino «il debito pubblico (era) guarentito. Ogni impegno dello Stato verso i suoi creditori (era) inviolabile». La normativa substatutaria, per garantire i creditori, vietata qualsiasi pratica di svalutazione monetaria. Ma sul punto vedi S. BARONCELLI, *Art. 47*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, 946. Quanto al secondo profilo (come ricorda sempre F. PEDRINI, *Consumo, risparmio, finanza un'analisi costituzionale*, cit., 278) una delle preoccupazioni emerse in Assemblea costituente riguardò la stabilità del valore della Lira. Vedi anche C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale Europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento*

A prima vista è intuitivo supporre che le tendenze inflazionistiche, erodendo il potere di acquisto della moneta, riducano il valore reale sia dei depositi bancari che degli *asset* finanziari denominati in quella moneta. Ma una disamina più attenta può indurre un radicale mutamento di prospettiva, sino al suo completo rovesciamento. Difatti, può fondatamente argomentarsi che le politiche monetarie considerate a salvaguardia del risparmio, ossia quelle restrittive, siano precisamente le stesse che ne impediscono la formazione. Da un lato garantiscono il valore reale del risparmio esistente tenendo sotto controllo i prezzi, ma dall'altro ne limitano l'incremento nominale, con ciò frustrando alfine la valorizzazione del capitale.

Bisogna, infatti, chiedersi che cosa sia veramente all'origine dei depositi bancari, cioè che cosa ne determini la creazione complessiva. Sta divenendo un punto fermo dell'analisi macroeconomica la tesi della produzione endogena di moneta, secondo cui è l'espansione del credito bancario a generare l'espansione dei depositi bancari e non viceversa[43]. A sua volta, il livello delle erogazioni creditizie dipende dai tassi di interesse stabiliti dal banchiere centrale: se questi sono bassi il livello cresce e se sono alti decresce[44]. Ecco, perciò, che le operazioni di politica monetaria volte a difendere la stabilità monetaria mediante alti tassi d'interesse se da un lato salvaguardano il potere di acquisto dei risparmi accumulati, dall'altro frenano il loro processo di crescita e la loro diffusione a favore di una platea più ampia di beneficiari.

L'ultimo rilievo, peraltro, focalizza in modo preciso quale sia il vero oggetto della garanzia costituzionale disposta dall'art. 47, che non è rivolta tanto ai risparmi in essere, la cui tutela è invero attratta e assorbita da quella del diritto di proprietà *ex* art. 42 Cost., quanto a predisporre e preservare le condizioni che favoriscono il compimento di atti di risparmio da parte del più ampio numero possibile di soggetti[45]. Il risparmio deve essere riguardato, pertanto, non già in una prospettiva statica, quale ricchezza finanziaria data, detenuta da *beati possidentes*, ma in chiave dinamica e inclusiva, ossia come processo socialmente diffuso di accumulazione continua di mezzi finanziari non

della Repubblica e ordinamento dell'Unione, disponibile all'indirizzo: *www.costituzionalismo.it*, 2/2016, 42 ss.

[43] Vedi almeno A. GRAZIANI, *La teoria del circuito monetario*, Jaca Book, Milano, 1996, 14; L. RANDALL WRAY, *Modern Money Theory. A Primer on Macroeconomics for Sovereign Monetary Systems*, Palgrave Macmillan, New York, 2012, 279 ss.; S. CESARATTO, *Sei lezioni sulla moneta*, cit., 8 ss.

[44] Vedi la ricostruzione del «corridoio dei tassi» proposta da S. CESARATTO, *Sei lezioni sulla moneta*, cit., 66 ss.

[45] Secondo F. GUIZZI, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, 2-3-4/2005, 172, il risparmio in sé è tutelato dall'art. 42 Cost., mentre l'art. 47 tutelerebbe il risparmio immesso nel circuito della liquidità monetaria garantita dall'attività bancaria.

consumati: il che, a rigore, parrebbe imporre un *favor* per politiche espansive (sia monetarie che fiscali) in luogo di politiche restrittive[46].

3.8. La vera *ratio* del combinato disposto delle *fiscal rules* e della CBI: la sostenibilità finanziaria

A parte le ultime considerazioni, volte a dimostrare la debolezza della ricostruzione dogmatica che lega insieme i principi di equità intergenerazionale, di sana e corretta gestione finanziaria – per come intesi dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale – con il CBI, rimane però ancora senza risposta la questione su cosa riposi la giustificazione delle fiscal rules.

Ebbene, la loro vigenza risponde all'esigenza di prevenire fenomeni di instabilità finanziaria, che si verificano allorquando viene meno la capacità degli stati di reperire nei mercati dei capitali risorse finanziarie a tassi sostenibili[47]. Viceversa, la "stabilità finanziaria" è la capacità statale di indebitarsi in maniera sostenibile[48]. In particolare, l'instabilità finanziaria si ha quando i tassi d'interesse sul debito pubblico crescono in maniera eccessiva e si riduce la fiducia degli investitori sulla solvibilità dello Stato; questo calo di fiducia, a sua volta, provoca l'aumento dei tassi d'interesse poiché induce gli investitori a richiedere un più alto premio di rischio, innescando così un circolo vizioso che può mettere seriamente a repentaglio la finanza pubblica nazionale. Di qui, l'esigenza di *fiscal rules* finalizzate a contenere le politiche di spesa, onde limitare il disavanzo e il conseguente indebitamento.

Che sia questa la vera ratio delle norme che pongono limiti alle decisioni di finanza pubblica lo provano istituzioni come il MES (Meccanismo Europeo di Stabilità), il quale infatti è volto a garantire «un sostegno alla stabilità sulla

[46] Un altro versante tematico e problematico è quello del rapporto tra l'indipendenza "forte" del banchiere centrale e il principio della legittimazione democratica, su cui vedi le opposte tesi di F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica. Il caso centrale della Banca Centrale Europea (BCE)*, ETS Edizioni, Pisa, 2014, 29-30, 36, e prima ancora G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, Milano-Torino, 2012, 133, da un lato, che riconducono la *central bank indipendence* alla logica garantistica del costituzionalismo liberal-democratico, assimilando il ruolo del banchiere centrale a quello degli organi di garanzia e in particolare a quello dei tribunali costituzionali, e dall'altro lato, O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 289 ss., che invece ritiene alfine erronea l'analogia col *balance of power* e col *judicial review of legislation*.

[47] Sul rapporto sostenibilità/debito pubblico vedi anche L. BALDUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, CEDAM, Padova, 2020 e D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

[48] La stabilità finanziaria è diventata un *supervalore* della integrazione europea. Sul punto, almeno A. CANTARO, *Presentazione (la (ir)resistibile ascesa della dottrina dell'austerità*, in Id. (a cura di), Quo vadis Europa? *Stabilità e crescita nell'ordinamento europeo*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2015, 5.

base di condizioni rigorose»[49], che inaspriscono i limiti alle decisioni nazionali di bilancio, stabilendo ulteriori vincoli alla finanza pubblica rispetto a quelli già previsti dal PSC: sono le c.d. "condizionalità macroeconomiche", che conseguono quale effetto dell'adesione a un programma MES[50].

Il punto, però, è che a generare i rischi di instabilità finanziaria non sono le politiche di disavanzo in sé e per sé considerate, ma il fatto che siano realizzate in un regime imperniato sulla separazione tra una politica monetaria accentrata e tante politiche fiscali nazionali. Le *fiscal rules* sono, in altre parole, un corollario del principio di indipendenza del banchiere centrale per come previsto nell'UME. Infatti, uno Stato che s'indebita in una moneta di cui non controlla l'emissione sarà sempre a rischio di solvibilità (ovviamente, nella moneta in cui il prestito è contratto), con ciò generando altresì il pericolo che la sua eventuale insolvenza produca un effetto domino esiziale pure sugli altri Stati membri dell'Eurozona. Le *fiscal rules* sono precisamente finalizzate a impedire che il *moral hazard* di uno Stato membro dell'Eurozona possa compromettere la tenuta dell'unione monetaria.

Ora, poiché è proprio l'indisponibilità della politica monetaria a esporre il singolo Stato (e l'intera Unione monetaria) al pericolo di instabilità finanziaria, se ne deve concludere che le emergenze o crisi finanziarie non possono riguardarsi alla stregua di eventi naturali incontrollabili dalla volontà umana e dai processi di produzione normativa, derivando piuttosto dalla logica di funzionamento che è propria di assetti istituzionali deliberatamente stabiliti.

[49] Punto 6 del *Considerando*, Trattato MES. Sul Meccanismo europeo di stabilità, A. MANGIA, *Il Trattato MES, la costituzione economica europea, le Costituzioni nazionali*, in ID. (a cura di), *MES. L'Europa e il Trattato impossibile*, Scholé-Morcelliana, 2020, 5 ss.; G. ANTONELLI, A. MORRONE, *La riforma del MES: una critica economica e* giuridica, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it,* n. 34/2020; 1 ss.; F. SALMONI, *L'insostenibile «leggerezza» del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it,* n. 20/2020, 280 ss.; L. GIANNITI, *La riforma del Mes e la governance economica dell'eurozona*, in *Diritto pubblico*, 2020, 314 ss.

[50] Peraltro, il relativo trattato istitutivo è un trattato internazionale che, pur contenendo molteplici richiami ai Trattati eurounitari, non rientra nel quadro normativo della *governance* economica dell'Unione (Vedi F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi*, 20/2020, 305; A. MANGIA, *Del MES, delle sue condizionalità e delle discipline in deroga. Cosa succede quando il diritto delle crisi d'impresa viene applicato ai rapporti intergovernativi*, disponibile all'indirizzo: *www.dirittobancario.it*, 30 aprile 2020, 2). La funzione del MES è quella di fungere da prestatore di ultima istanza, svolgendo quel ruolo precluso alla BCE; e il suo intervento, com'è stato evidenziato in più occasioni, è quello di garantire la stabilità finanziaria e cioè di salvaguardare la stabilità dell'Eurozona nel suo insieme (F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, cit., 301 e 293. A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, 18). La base giuridica del nuovo meccanismo di stabilità è, infatti, l'art. 136, par. 3 TFUE, il quale si riferisce proprio al principio di stabilità finanziaria e salvaguardia dell'Eurozona e non già all'art. 122, par. 2 (richiamato invece dal MES), facente leva sul principio di solidarietà.

Ma questo ultimo punto porta di filato alla questione dei vincoli finanziari di ordine *fattuale*.

4. Vincoli finanziari *fattuali*

Finora si è parlato dei vincoli finanziari che risultano da atti di produzione normativa. Bisogna, a questo punto, esaminare i vincoli finanziari che *non* sono creati giuridicamente da atti umani di volontà (politica).

Nel paragrafo 2 si sono enunciate, a tale proposito, le ipotesi b) e c), che possiamo trattare congiuntamente, nella misura in cui entrambe postulano l'esistenza di vincoli finanziari extra-giuridici, indipendenti dalla decisione politica e dall'attività normativa, e idonei a imporsi nei confronti di queste in ragione e in forza di una sorta di "natura delle cose", alla stregua di fenomeni naturali come temporali e cambi stagionali o, nel peggiore dei casi, come calamità quali siccità, inondazioni e tornadi.

Riassumendo con una domanda: i vincoli finanziari possono anche essere dei "fatti", collocabili nello spazio e nel tempo, e prescindenti dalle attività umane, nel senso che queste non possono avere il controllo di impedire il prodursi di tali fatti (ma al limite solo il potere di governarne e regolarne le implicazioni)?

4.1. L'emergenza/instabilità finanziaria come vincolo extra-giuridico?

Alla domanda potrebbe rispondersi identificando i vincoli finanziari di ordine fattuale nelle c.d. "emergenze finanziarie", come quella che nel 2010 interessò diversi Paesi europei, compreso il nostro.

Anzitutto, va chiarito che un'emergenza o "crisi finanziaria" è cosa diversa da un'emergenza o "crisi economica", sebbene possa sfociare in questa ovvero derivarne. Nel secondo caso si ha un crollo del prodotto interno lordo, cioè del numero degli scambi commerciali, della produzione e, quindi, dell'occupazione. Invece nel primo caso si assiste a un fenomeno di instabilità finanziaria, che può riguardare sia la finanza privata (come la crisi del 2007/2008 negli USA) sia quella pubblica (come, appunto, la crisi europea del 2010).

In particolare, la crisi della finanza pubblica si realizza quando uno Stato non riesce più a finanziare il proprio debito a tassi sostenibili, cioè quando il debito diventa insostenibile e gli investitori privati non sono più disposti a sottoscriverlo (se non a un alto tasso di interesse, quale premio di rischio, che a sua volta ingenera negli investitori la paura che lo Stato debitore non riesca a ripagarlo, e così via, secondo un devastante circolo vizioso…). Quando ciò accade parrebbe che uno Stato, cioè il soggetto principale della produzione normativa, subisca gli eventi e non li determini: il che sembra accreditare, *prima facie*, la tesi che le crisi del debito sovrano siano fatti che si impongono

alla volontà statale, condizionando la produzione normativa successiva e non già essendone condizionata.

Ma in realtà, come già si è anticipato prima, questo ipotetico "vincolo esterno" è, in larga misura, l'effetto di un assetto istituzionale dato, cioè dipendente da condizioni giuridiche ben precise. Difatti, a causare i fenomeni di instabilità/emergenza finanziaria nell'Eurozona è proprio l'assetto istituzionale che separa la politica fiscale nazionale dalla politica monetaria sovranazionale. In particolare, questo assetto crea un *denomination risk*, cioè il rischio di ridenominazione del debito in una moneta diversa da quella in cui è stato contratto, sicché l'instabilità finanziaria dipende principalmente dal fatto che uno Stato si indebita in una moneta che non controlla[51]. Lo prova il fatto che l'emergenza economica da Covid-19 è venuta meno a partire dai programmi di PSPP e PEPP senza *capital key*, cioè da quando la politica monetaria ha iniziato a supportare senza limiti quella fiscale. A tale proposito vedi l'affermazione lapidaria ed eloquente di Sergio Cesaratto, «il "rischio Paese" lo determina in buona parte la misura in cui la politica monetaria della BCE sostiene o meno il mercato dei titoli di Stato»[52].

Vale a dire, il grado di instabilità finanziaria, potenziale o attuale, di uno Stato dell'Eurozona dipende anche e soprattutto da quello che decide di fare la BCE. Per dirlo ancora una volta con le parole di Cesaratto, «non è la dimensione del debito pubblico che fa fallire un Paese, ma il livello dei tassi di interesse che vi paga sopra», che a sua volta dipende dalle scelte del banchiere centrale[53].

In definitiva, lungi dal costituire un "vincolo fattuale esterno" nel caso esaminato ci troviamo dinanzi a fenomeni finanziari derivanti dall'insieme delle regole della *governance* economico-finanziaria dell'Eurozona. Si conferma ancora una volta la tesi di fondo secondo cui i vincoli finanziari non esistono in modo assolutamente oggettivo, non riposano nella "natura delle cose", se non per il tramite di una normazione o di un assetto istituzionale che in larga misura li crea.

4.2. I mercati finanziari come vincolo fattuale esterno?

La nozione di "vincoli finanziari alla produzione normativa" può altresì rimandare all'idea che i mercati finanziari operino come "dispositivi

[51] Ciò che inquieta gli investitori privati, infatti, non è tanto il fatto che lo Stato debitore non possa onorare il debito, quanto il pericolo che sia incapace di ripagarlo nella moneta in cui il debito è stato contratto. Sorge perciò il timore che il credito sia ridenominato in una moneta nazionale presumibilmente svalutata, col risultato che gli investitori si ritroverebbero a detenere titoli di debito pubblico il cui valore in conto di capitale è ridotto rispetto a quello iniziale.

[52] S. CESARATTO, *Sei lezioni sulla moneta*, cit., 149.

[53] Virgolettato tratto da S. CESARATTO, op. ult. cit., 157.

disciplinari" in grado di regolare i governi pubblici nelle decisioni di finanza pubblica[54].

È un'idea che ha avuto grande successo nella progettazione e attuazione dell'architettura istituzionale dell'Eurozona, che infatti affida alle dinamiche concorrenziali dei mercati finanziari la fissazione del tasso di equilibrio e il compito di premiare o punire gli Stati a seconda che siano virtuosi o viziosi nella gestione della finanza pubblica[55]. Il mercato finanziario, nelle sue modalità fisiologiche e spontanee di funzionamento, premierebbe i comportamenti responsabili e punirebbe quelli responsabili: questa visione fortemente ideologica circa l'efficienza dei mercati dei capitali è come se facesse risalire a una sorta di natura delle cose "i vincoli finanziari alla produzione normativa". Cioè, lasciando a se stesso il mercato dei capitali, senza perturbazioni immesse dal decisore pubblico, sarebbe possibile una finanza privata naturalmente benefica, che avrebbe un effetto regolativo e disciplinare positivo nei confronti della finanza pubblica.

Tuttavia, anche la finanza privata opera in un ambiente plasmato giuridicamente. È oggetto, infatti, di regolamentazione giuridica, la quale può ispirarsi a orientamenti diversi, ora più restrittivi e repressivi, ora più laschi e permissivi. Ma rimane pur sempre fermo che è la produzione normativa (pubblica) a porre vincoli alle attività finanziarie private. Certo, queste ultime, a loro volta, possono riuscire a orientare i contenuti degli atti normativi dei decisori politici. Ma pure in tal caso va rimarcato che non sarebbero le attività finanziarie di per sé a vincolare le scelte normative, ma una certa visione di come esse debbano svolgersi: e solo se questa sarà divenuta la visione egemone presso la classe governante, tradotta in indirizzo politico, potrà asserirsi che la finanza privata, intesa come il complesso delle istituzioni e delle pratiche finanziarie private, è in grado di produrre vincoli nei confronti della produzione normativa, anche con fenomeni di "cattura del regolatore" da parte di potenti lobby finanziarie. Il canale della direzione politica nazionale è, in definitiva, un passaggio obbligato.

4.3. Emergenza economica (da Covid-19) e vincoli finanziari

A ulteriore riprova di quanto argomentato può indicarsi il modo in cui si è reagito all'emergenza o crisi economica prodottasi quale effetto collaterale della pandemia da Covid-19. Se lasciata a se stessa, senza l'approntamento di

[54] Sui mercati finanziari come disciplining devices vedi P. DE GRAUWE, Y. JI, *Financial engineering will not stabilise an unstable euro area*, in *VOX, CEPR Policy Portal*, 19 marzo 2018 (disponibile all'indirizzo: *https://voxeu.org*).

[55] Vedi almeno O. CHESSA, *Il paradosso di Karlsruhe. Primato del diritto costituzionale nazionale e separazione tra politica monetaria e politica economica*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, disponibile all'indirizzo: www.*giurcost.org*, 7 luglio 2020, 4-5.

misure atte a fronteggiarne gli effetti, essa avrebbe senz'altro generato una crisi grave della finanza pubblica: la riduzione del gettito fiscale e la conseguente crescita del disavanzo di spesa e quindi del debito, anche per effetto degli stabilizzatori automatici di bilancio, avrebbero impensierito non poco gli investitori, inducendoli a pretendere un più alto premio di rischio e portando così lo *spread* a livelli insostenibili.

Invece, si è reagito in modo da evitare l'attivarsi dei suddetti "vincoli finanziari obiettivi", con ciò dimostrando che la loro incidenza può essere arginata e governata. Difatti, da un lato è stata attivata la *general escape clause* del PSC, determinandone così la temporanea sospensione, onde consentire agli Stati di spendere in deficit quanto occorrente per rimediare al calo verticale del Pil e della occupazione[56]. È perciò venuta meno la principale delle *fiscal rules*, cioè dei vincoli finanziari giuridicizzati: la norma del bilancio in pareggio. Tuttavia, all'allentamento dei vincoli di bilancio non è seguita una situazione di instabilità/emergenza finanziaria, poiché contestualmente è stato significativamente allentato pure l'altro vincolo finanziario giuridicizzato, ossia il divieto per il banchiere centrale di finanziare deficit pubblico quale corollario della *central bank indipendence*. È indubbio che il supporto offerto dalle politiche monetarie di *Quantitative Easing* (QE), col PEPP (Pandemic Emergency Purchase Program), abbia di fatto operato come una vera e propria monetizzazione del debito[57]. Insomma, alla crisi economica, cioè alla scarsità della domanda e produttiva, non si è affiancata la scarsità finanziaria, ma la dilatazione a oltranza delle risorse finanziarie per effetto di decisione politica (tanto nazionale che sovranazionale)[58].

[56] Secondo gli artt. 5, paragrafo 1, e 9, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1466/97, «in caso di grave recessione economica della zona euro o dell'intera Unione, gli Stati membri possono essere autorizzati ad allontanarsi temporaneamente dal percorso di aggiustamento verso l'obiettivo di bilancio a medio termine, a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa».

[57] Basti pensare che negli anni che vanno dal 2020 fino a ora la BCE ha acquistato tutto il debito pubblico italiano di nuova emissione.

[58] Tuttavia, se da un lato, l'attivazione della *general escape clause* e il supporto alle politiche fiscali (attraverso le politiche monetarie di QE) hanno garantito che non si sfociasse in fenomeni di instabilità finanziaria, e dunque di emergenza finanziaria, dall'altro lato, si pone il problema di quello che succederà quando verrà ripristinata la vigenza del PSC. Qui si contrappone la differenza tra Stati poco indebitati e Stati molto indebitati. Mentre i primi hanno goduto, durante la sospensione del PSC, di un ampio margine di incremento del proprio debito senza il timore di affrontare tassi d'interesse troppo elevati, lo stesso non vale per i secondi (tra i quali si registra l'Italia): l'aumento del debito pubblico rischia di determinare un incremento anche dei tassi d'interesse, finora tenuti a bada dalle politiche espansive della BCE. Ecco, perciò, che una volta ripristinata la vigenza del PSC e i vincoli del CBI, il debito pubblico di quei Paesi potrebbe, nel medio periodo, causare fenomeni di instabilità finanziaria. Di qui la necessità di riformare profondamente sia il PSC che la configurazione complessiva dei rapporti tra politica fiscale e politica monetaria. Sulla riforma del PSC rinvio a F. SALMONI, *La riforma del patto di stabilità e crescita:un'occasione per trasformare l'Europa o un*

4.4. Inesauribilità delle risorse finanziarie o vincolo esterno assoluto

C'è però un ultimo aspetto da considerare prima di mandare definitivamente in soffitta l'idea che i vincoli finanziari non siano di ordine fattuale e che quindi non siano fattori esogeni di condizionamento della produzione normativa.

Abbiamo visto come sia inesatto considerare le risorse finanziarie alla stregua di quelle ambientali, ossia esauribili e dunque da preservare e gestire con responsabilità, anche al fine di garantire le generazioni future. Certo, nella «situazione costituzionale del presente»[59] in cui si trova la Repubblica italiana non c'è dubbio che vi sia una condizione di scarsità finanziaria, specialmente quando s'interromperà il supporto di politica monetaria espansiva della BCE. Sennonché, tale condizione discende, a sua volta, da una scelta politica ben precisa, sempre revocabile, assunta nel 1981 col noto "divorzio" tra Ministero del Tesoro e Banca d'Italia, che fece venire meno la primazia della politica fiscale sulla politica monetaria: primazia che, infatti, obbligava la Banca d'Italia, su richiesta del Ministero del Tesoro, ad acquistare i titoli di debito pubblico rimasti invenduti, così garantendo la monetizzazione del debito. Il Governo, quindi, aveva il potere di monetizzare il debito attraverso la creazione di moneta, che dunque era una risorsa *inesauribile*[60].

Giunti sin qui, potrebbe sostenersi che il regime di moneta fiduciaria o *fiat money*, sganciata dall'equivalente aureo e in regime di sovranità monetaria piena, varrebbe a escludere l'esistenza di vincoli finanziari oggettivi, poiché l'emissione monetaria, potendo moltiplicare i pani e i pesci, renderebbe virtualmente inesauribili le grandezze finanziarie. Tuttavia, è un punto di vista che può accogliersi solo in parte.

In primo luogo, va rammentato che nell'Eurozona il *fiat money* dipende comunque dalle decisioni di un'autorità indipendente dalla politica democratica, come già si è detto.

maquillage *per l'*austerity *che verrà?*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo *www.costituzionalismo.it*, n. 3/2021, 46 ss.

[59] Per usare una formula di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), trad. ital. *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, 111 ss.

[60] A giudizio di O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, cit., 283, col "divorzio" del 1981 «il regime del Fiat standard cede il passo a una prima, embrionale applicazione dei principi della CBI», poiché «da un lato la Banca d'Italia conquista autonomia rispetto al Governo, ma dall'altro non è vincolata a un mandato di *inflation targeting*». Sul divorzio tra Banca d'Italia e Ministero del tesoro, vedi inoltre M. L. MARINELLI, *L'indipendenza della Banca d'Italia dal Governo negli anni Ottanta: cause interne e internazionali*, in *Studi e Note di Economia*, 2011, 133 ss. e M. DE CECCO, *L'autonomia delle banche centrali in una prospettiva storica*, in D. MASCIANDARO, S. RISTUCCIA (a cura di), *L'autonomia delle banche centrali*, Edizioni di comunità, Milano, 1998, 33.

In secondo luogo, va detto che se anche uno Stato passasse da un regime di *monetary dominance* a uno di *fiscal dominance*, comunque non avrebbe completamente eliminato il problema della scarsità finanziaria. Occorre considerare, infatti, la bilancia dei pagamenti con l'estero[61]. Se un paese importa più di quanto esporti, non può pagare questa differenza mediante emissioni della valuta nazionale da convertire poi nella moneta accettata nei pagamenti internazionali (di regola, il dollaro), poiché a lungo andare la moneta nazionale si deprezzerebbe, rendendo ancor più gravose le spese per le importazioni dei prodotti stranieri. Certo, una moneta svalutata, come è noto, favorisce le esportazioni. Ma per incrementare le esportazioni fino al riequilibrio della bilancia dei pagamenti, se non al *surplus* della stessa, bisogna poter disporre di una capacità produttiva potente e diversificata, che solo talune potenze industriali hanno. Insomma, l'assenza di una base produttiva ampia ed efficiente può essere all'origine di vincoli finanziari oggettivi non poco penetranti, che il regime di moneta fiduciaria, *fiat money*, può temperare solo in parte[62].

5. Conclusioni

Due sono, ad avviso di chi scrive, le conclusioni da trarre.

La prima, *rebus sic stantibus*, è che i vincoli finanziari sono limiti giuridicizzati alle decisioni di bilancio ovvero limiti di fatto derivanti però da assetti istituzionali (a loro volta, quindi, giuridicizzati); e non riposano perciò sulla *natura delle cose*, né su vincoli esterni assoluti. Si è inoltre provato a dimostrare che la loro giustificazione non trova fondamento nel testo costituzionale, il quale anzi, e a ben guardare, consente sia politiche restrittive che espansive, secondo quello che le circostanze richiedono in vista dell'obiettivo della piena occupazione e del «progresso materiale e spirituale» (che assorbe il valore dell'equità intergenerazionale). Il costituzionalismo democratico sociale non giustifica né fonda le politiche di austerità fiscale, né di indipendenza della Banca centrale. La "vera" ragione dei vincoli alla finanza pubblica sta nell'esigenza di assicurare la tenuta dell'UEM e della separatezza tra politica monetaria e fiscale.

[61] S. CESARATTO, *Sei lezioni di economia*, cit., 157 ss.

[62] Sembra fare eccezione a questa regola il dollaro americano, che è la moneta privilegiata per gli scambi internazionali, specialmente di materie prime e prodotti energetici, e che può essere emessa in grande quantità e al fine di finanziare una bilancia dei pagamenti americana strutturalmente passiva, senza temere deprezzamenti sensibili. Ma qui il discorso non attiene più alla scienza economica, nell'incrocio con quella giuridica, ma alla geopolitica. Il primato del dollaro come mezzo internazionale di pagamento e valuta di riserva, il suo «privilegio esorbitante» (G. D'Estaing), è infatti assicurato dalla potenza militare statunitense. In tema vedi, di recente, O. CHESSA, *It's the geopolitics, stupid! Il divorzio tra liberalismo economico e relazioni internazionali*, disponibile all'indirizzo: *www.lafionda.org*, 13 aprile 2022.

La seconda conclusione è che, se proprio esistono vincoli finanziari esogeni, questi non sono mai "assoluti" bensì "relativi": cioè, relativi alle condizioni *materiali* della produzione nazionale. Entriamo qui in campi ben arati dalla riflessione filosofica, economica (e di scienza sociale, in genere). Alla fine è la struttura dei rapporti di produzione, cioè il modo in cui si produce e cosa si produce, in relazione anche alla realtà delle forze produttive, a determinare in ultima istanza l'innescarsi di eventuali condizionamenti finanziari, tali da generare situazioni di scarsità finanziaria (anche sotto il profilo di un deprezzamento sensibile del potere di acquisto della moneta). Nella misura in cui i vincoli finanziari sono "fatti", lo sono non già di per sé ma in virtù del fatto della produzione economica materiale.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2022

ORGANI TECNICI E PRODUZIONE NORMATIVA[*]

CECILIA SICCARDI[**]

Sommario

1. Premessa: delimitazione del campo di indagine. – 2. Un breve *excursus* storico: tecnica "strumento" del potere. – 3. Quale modello costituzionale? Tecnica "strumento" dei diritti. – 4. Gli "strumenti" di dialogo tra tecnica e potere normativo. – 5. Gli organi tecnici dell'emergenza sanitaria. – 6. Le ragioni che giustificano il dislocamento della valutazione tecnica fuori dal circuito democratico: tra riserva di scienza e riserva di amministrazione. – 7. L'impatto sul sistema delle fonti. – 8. Gli organi tecnici come strumento di delega delle valutazioni tecnico-scientifiche all'amministrazione. – 9. Organi tecnici e riserva di legge. – 10. L'istruttoria: quali garanzie?. – 11. Incertezza tecnico-scientifica e discrezionalità amministrativa. – 12. Linee guida, protocolli e circolari. – 13. Il PNRR e il ricorso agli esperti per le riforme. – 14. Lo "strumento" tecnico europeo. – 15. Un cambio di prospettiva: la legge come *milestone*. – 16. Riflessioni conclusive.

Abstract

The paper focuses on role of experts committee on legislation. To this end, the paper is divided into three parts. The first part analyses different ways of dialogue between experts and legislative power. The second part focuses on the impact of the experts committee decisions on pandemic legislation. Finally, the last part of the study focuses on the implementation of the National Recovery and Resilience Plan, which opens up new scenarios in the relationship between science and law.

Suggerimento di citazione

C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022.

[**] Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.
Contatto: cecilia.siccardi@unimi.it

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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: delimitazione del campo di indagine

I rapporti tra tecnica e diritto sono stati indagati da studiosi di diverse discipline, sotto molteplici angoli prospettici.

Muovendo la nostra analisi dal titolo della sessione del convegno in cui si è chiamati ad intervenire, la quale fa espresso riferimento ai fattori "esogeni"[1] di condizionamento della produzione normativa, è possibile distinguere almeno due punti di osservazione differenti.

Il primo vede il *diritto* quale fattore di condizionamento della tecnica e, dunque, quale motore o quale limite del progresso tecnico-scientifico.

Il secondo, al contrario, assume la *tecnica* quale fattore di condizionamento del diritto e della formazione delle norme giuridiche.

Questo lavoro, concentrandosi prevalentemente sull'impatto della tecnica ed, in particolare, delle decisioni degli organi tecnici sulla produzione normativa, intende indagare questa seconda prospettiva.

Al fine di evitare confusioni terminologiche e inopportune evasioni dal campo di indagine è doveroso chiarire sin da subito che questo scritto non si occuperà della "tecnologia", bensì della "tecnica" nei termini che seguono. Giulio Giorello, illustre filosofo della scienza, scriveva che «la tecnica, e poi la tecnologia, che della prima è figlia, è conoscenza e libertà sin da quando l'essere umano ha realizzato i primi manufatti». Se la tecnica è conoscenza, è sapere, «la tecnologia è strumento, è applicazione pratica per realizzare il manufatto»[2].

Al rapporto tra diritto e tecnologia è stato dedicato lo scorso convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa", tenutosi telematicamente

[1] I. Massa Pinto propone una definizione di fattore "esogeno" mutuata dall'econometria: una variabile esogena che all'interno di un certo modello dato assume un valore indipendente dal modello stesso, influendo su quest'ultimo senza esserne a sua volta condizionata. Secondo gli econometristi, ciò che è esogeno in una lettura descrittiva, può divenire endogeno in una lettura prescrittiva del modello stesso. Assumendo tale prospettiva il modello di carattere prescrittivo è rappresentato dal sistema costituzionale delle fonti e le variabili sono costituite dai vincoli finanziari, dall'emergenza, dalla tecnica, oggetto delle relazioni della sessione pomeridiana del convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza, Firenze 17 e 18 giugno 2022 (d'ora in poi Convegno) cfr. la registrazione della relazione orale della Professoressa Massa Pinto pubblicata sul sito dell'Associazione al seguente link. Sempre sui fattori esogeni, A. Cardone chiarisce come la tecnica, insieme all'emergenza e ai vincoli finanziari, non può essere qualificata letteralmente come "fattore esogeno" di condizionamento della produzione normativa, «ma, piuttosto, in coerenza con le più intime caratteristiche degli ordinamenti costituzionali pluralistici, dev*e* essere considerat*a* come elemento di fatto in grado di orientare l'individuazione del significato attribuibile, in concreto, alle norme costituzionali sui diritti e sul sistema delle fonti». A. CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, Convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa, Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza, Firenze 17 e 18 giugno 2022, 86, pubblicata sul sito dell'associazione al seguente link .

[2] D. GILLES, G. GIORELLO, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Laterza, Bari, 2010, 36.

all'Università di Genova e durante il quale sono stati presentati importanti lavori di ricerca che hanno affrontato in modo completo e approfondito le problematiche proprie dell'impatto delle nuove tecnologie, dell'innovazione digitale e dell'avvento dell'intelligenza artificiale sui processi democratici, sul sistema istituzionale, sulle fonti e sulla tutela dei diritti[3].

Esclusa così dal campo di indagine la tecnologia, si deve ora definire cosa si intenda, ai soli fini del presente studio, per "tecnica" e per "tecnici". Consapevoli della complessità semantica[4], sembra particolarmente utile, nell'indagine che qui si conduce, prendere spunto dagli studi di quegli autori che propongono una definizione ampia di tecnica quale «l'area caratterizzata da cognizioni e giudizi emessi sulla base di una scienza specialistica»[5]. Tecnico sarebbe quindi «ogni persona che possiede le conoscenze e le attitudini specializzate necessarie per risolvere un determinato problema»[6].

Il riferimento ad una concezione così ampia consente di inquadrare al meglio l'oggetto della nostra indagine che ha l'obiettivo di analizzare in che modo l'istituzione di organi "tecnici" di consulenza dell'esecutivo, estranei al circuito democratico-rappresentativo, possa incidere sul sistema delle fonti.

Allo stesso modo, la definizione proposta sembra essere coerente con diversi elementi utili alla definizione del campo di indagine: la natura di tali organi, i quali sono istituiti su iniziativa e presso le amministrazioni dello Stato[7]; i componenti di tali organi, i c.d. tecnici, i quali provengono prevalentemente dal mondo dell'amministrazione; il loro operato che coinvolge non solo meri accertamenti tecnici, ma anche valutazioni tecnico-scientifiche complesse attinenti all'area di diverse scienze specialiste. È questa un'ambiguità di fondo di questi organi che riemerge costantemente nell'analisi: organi tecnici chiamati in causa per applicare un sapere certo e neutrale[8], la tecnica, si

[3] Si veda la raccolta di contributi P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica. Atti del Convegno di Genova, 18-19 giugno 2021*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

[4] Per un'approfondita analisi delle diverse accezioni di tecnica A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 12 ss.

[5] G. GUARINO, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffré, Milano, 10.

[6] *Ibidem*.

[7] Sulla difficile distinzione tra tecnica e amministrazione P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 81 ss. su cui si veda anche C. NAPOLI, *Il ruolo della formazione della classe dirigente nella tensione tra politica e tecnica-amministrazione*, in P. BIANCHI, E. A. FERIOLI, G. MARTINICO, C. NAPOLI, *Scritti in memoria di Paolo Carrozza*, Pisa University Press, Pisa, 2021, 589 ss.

[8] Non si può non richiamare il noto pensiero di C. Schmitt, il quale ritiene al contrario che «la tecnica è sempre e soltanto strumento e arma e proprio per il fatto che serve a tutti non è neutrale». Ancora, «la tecnica non è più terreno neutrale nella linea di quel processo di neutralizzazione ed ogni politica di potenza può servirsi di essa» cfr. C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID. *Le Categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1932, 167 ss.

scontrano con questioni scientifiche complesse e sulle quali non vi è alcuna certezza.

La nomina di tali organi ha caratterizzato in modo evidente il periodo pandemico, durante il quale «è stato di certo essenziale il ruolo dei tecnici, quali ispiratori delle decisioni via via adottate»[9]. È noto, infatti, che sin dalle prime fasi dell'emergenza sono stati nominati dall'esecutivo organi tecnici, come il Comitato tecnico-scientifico, volti ad arginare le conseguenze derivanti dalla diffusione del virus Covid-19 e tale opzione è stata confermata anche al fine di raggiungere gli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

La pandemia ha quindi offerto la drammatica occasione per studiare un tema classico della dottrina pubblicistica, esasperando le problematiche conseguenze del coinvolgimento degli organi tecnici nella produzione delle norme, prima fra queste la marginalizzazione della legge e del Parlamento a fronte del rafforzamento dei poteri normativi e para normativi del Governo. Tale circostanza è certamente dovuta alla situazione emergenziale, ma, come si avrà modo di argomentare, la c.d. *fuga dalla legge* costituisce uno degli effetti tipici del ricorso alla tecnica ai fini della produzione normativa.

Al fine di indagare l'impatto del coinvolgimento degli organi tecnici sul sistema delle fonti si è scelto di suddividere questa relazione in tre parti.

In questa prima parte si vogliono individuare le diverse modalità di dialogo tra tecnica e potere normativo, tra le quali gli organi tecnici rappresentano solo un'opzione possibile. Anche a partire da un *excursus* storico si tenterà di mettere in luce come le diverse modalità di dialogo tra tecnici e potere normativo, possano incidere non solo sui "contenuti", ma anche sulle "forme" delle fonti del diritto.

Nella seconda parte, si porrà l'attenzione sull'impatto dei pareri degli organi tecnici di consulenza governativa sulla produzione normativa. Caso emblematico di studio è costituito dagli organi tecnici, ed in particolare dal Comitato tecnico scientifico, istituiti per far fronte all'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del *virus* Covid-19.

Infine, l'ultima parte dello studio è dedicata all'analisi dell'elaborazione e dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, il quale sembra aprire nuovi scenari nei rapporti tra tecnica e diritto.

2. Un breve *excursus* storico: tecnica "strumento" del potere

Al fine di indagare le conseguenze del coinvolgimento degli organi tecnici sul sistema delle fonti, si è scelto di iniziare la ricerca con un breve *excursus* storico relativo al rapporto tra tecnici e potere normativo durante il regime

[9] I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 2020.

fascista. Tale indagine consente non solo di riflettere su un tema drammaticamente attuale[10], ovvero il ruolo dei tecnici nella preparazione del diritto bellico, ma anche di comprendere le radici più profonde dei principi costituzionali che regolano il rapporto tra la tecnica e il potere normativo (*infra* par. 3).

In generale, è possibile affermare che nelle guerre sembrano manifestarsi, nella loro maggior latitudine, due linee di tendenza, che caratterizzano anche le altre crisi: l'accentramento dei poteri in mano all'esecutivo e il coinvolgimento di consulenti tecnici per sostenere e legittimare le politiche del Governo.

Mentre altre tipologie di crisi si contraddistinguono, talvolta, per la presenza di esecutivi "deboli", i quali ricorrono ai tecnici per rafforzare le proprie decisioni politiche, le guerre e le fasi di preparazione al conflitto sono diversamente caratterizzate da esecutivi "forti", i quali si avvalgono dei tecnici per delineare la strategia bellica o per legittimare scelte politiche, altrimenti scomode innanzi all'opinione pubblica.

Ciò è avvenuto anche negli anni che hanno preceduto la Seconda guerra mondiale, durante i quali l'analisi del rapporto tra tecnici e politici è inevitabilmente legata alle caratteristiche del regime totalitario e a quel peculiare sistema delle fonti[11].

Sin dai primi anni della sua esistenza, il partito fascista si dedicò alla

[10] Ci si riferisce ovviamente al conflitto avviato a partire dall'invasione russa in Ucraina il 24 febbraio 2022. Nel momento in cui si scrive, in cui il conflitto è ancora in corso, un'analisi relativa all'impatto della tecnica sul sistema delle fonti in materia rischierebbe di apparire superficiale o di essere smentita in pochi giorni e, pertanto, si intende porre l'attenzione sul passato, il quale mette ben in luce il dialogo tra tecnici e politici, nella preparazione della Seconda guerra mondiale, dalle cui ceneri è poi nata la nostra Carta costituzionale. Sull'impatto dell'emergenza bellica in Ucraina sul sistema delle fonti, tra livello sovranazionale e locale, si vedano le approfondite riflessione di A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione Nazionale nella produzione normativa: tra crisi "endemiche" e nuove emergenze*, cit. Per quanto attiene al rapporto tra le fonti nazionali e locali, sullo stesso tema S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, cit., secondo la quale per fronteggiare l'emergenza bellica il Governo italiano avrebbe «sostanzialmente riproposto lo schema di intervento normativo adottato in occasione della pandemia». Inoltre, sui profili costituzionalistici del conflitto in corso si rinvia agli studi di tema M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio Aic*, 3/2022; G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio Aic*, 3/2022. Infine, in generale, sul diritto bellico P. CARNEVALE, E. GREPPI, K. ROUDIER, *Il diritto della Guerra e della Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

[11] Sul sistema delle fonti durante il regime e sulla discontinuità con l'ordinamento costituzionale cfr. M. D'AMICO, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI, *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche*, FrancoAngeli, Milano, 2019. Con specifico riferimento alla legislazione razziale e al sistema delle fonti in epoca fascista cfr. P. CARETTI, A. CARBONE, *La parabola della legislazione razziale. Alcuni appunti in tema di fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, A. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere,* Jovene, Napoli, 2009, 2213 ss.

formazione di c.d. "gruppi di competenza", i quali avevano il compito di formare esperti da impiegare nell'amministrazione dello Stato e nelle società partecipate e in enti paralleli, come gli enti Beneduce (INA, IRI, IMI CREDIOP) [12]. Tra questi merita di essere ricordato, in particolare, l'istituto mobiliare italiano (IMI) che, come si vedrà, ha assunto un ruolo nelle politiche economiche della guerra.

La preparazione della guerra era stata avviata, già nel 1925 con l'approvazione della legge n. 969/1925 «Organizzazione della Nazione per la guerra».

All'articolo n. 4 erano disciplinate le modalità di «mobilitazione della nazione per la guerra», le quali miravano a coinvolgere non solo il corpo militare, ma comprendevano anche «la mobilitazione civile» che consisteva «nel passaggio delle pubbliche amministrazioni, delle industrie, dei servizi, aziende ed enti necessari alla vita, alla resistenza ed alla difesa della nazione, dallo stato di pace allo stato di guerra».

Come evidenziato dagli storici, la mobilitazione degli industriali non fu decisiva nella preparazione della guerra, a causa dell'arretratezza dell'apparato industriale italiano[13]. In tale mobilitazione fu invece coinvolto, almeno in parte, il Consiglio nazionale delle ricerche (di seguito CNR), alla cui presidenza fu nominato, nel 1938, Pietro Badoglio, l'allora capo delle forze armate. Si creava così un collegamento fortissimo tra scienziati, tecnici della guerra e amministrazione dello Stato che, tuttavia, non si tradusse mai in un reale coinvolgimento del Centro nazionale delle ricerche nelle attività belliche[14].

Il CNR ebbe piuttosto un ruolo cruciale nella preparazione dell'economia di guerra e nello sviluppo delle politiche autarchiche del regime, imposte a seguito delle sanzioni applicate dalla Società delle nazioni, a seguito della guerra in Etiopia[15].

In un celebre discorso tenuto nel 1936 alla Camera delle cooperazioni Mussolini affermava che a causa della «guerra economica, della guerra invisibile - inaugurata da Ginevra contro l'Italia» – era necessario «vedere se e in quali limiti l'Italia può realizzare la sua autonomia economica nel settore della

[12] Sugli enti Beneduce cfr. R. FERRETTI, *L'Iri nel sistema politico-amministrativo fascista*, in *Storia amministrazione Costituzione*, 1/2013, 109 ss. In generale sulla storia dei "tecnici" in politica cfr. L. CASTELLANI, *L'ingranaggio del potere*, Liberilibri, Macerata, 2020, 111. Si tenga conto che anche il Manifesto dei Fasci del 1919 proponeva «la valorizzazione della guerra rivoluzionaria al di sopra di tutto e di tutti», anche mediante la «formazione di *Consigli Nazionali tecnici* del lavoro, dell'industria, dei trasporti, dell'igiene sociale, delle comunicazioni, ecc. eletti dalle collettività professionali o di mestiere, con *poteri legislativi*, e diritto di eleggere un Commissario Generale con poteri di Ministro».

[13] Cfr. N. LABANCA, *Il fascismo e la preparazione della guerra: tecnici e politici*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero*, 2013.

[14] Analizza il rapporto tra scienza e regime R. MAIOCCHI, *Il fascismo e la scienza*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero*, 2013.

[15] *Ibidem*.

difesa nazionale» e «procedere all'inventario delle nostre risorse e stabilire inoltre quel che ci può dare la tecnica e la scienza. Per questo abbiamo creato e date le agevolazioni necessarie al Consiglio Nazionale delle Ricerche»[16].

A fronte dell'aumento di fondi, al CNR venne attribuito un duplice compito nello sviluppo delle politiche autarchiche.

Da un lato, spettava al CNR la stima del fabbisogno di materie prime in caso di guerra. A questo scopo venne istituita anche una Commissione interministeriale per le materie prime, formata da tecnici ministeriali, tecnici militari e scienziati, la quale aveva il compito di presentare una relazione al Consiglio nazionale di difesa sulle stime del fabbisogno in caso di guerra[17].

Dall'altro lato, il d.l. n. 1480/1938 e gli atti attuativi avevano attribuito al CNR la competenza nella valutazione dei progetti autarchici delle industrie. Più precisamente, si prevedeva una valutazione preliminare sull'attribuzione del finanziamento da parte del Comitato Tecnico Consultivo per l'Autarchia, nominato presso l'IMI e composto da un membro dell'IMI, uno del Ministero delle Finanze, uno del Ministero delle Corporazioni, uno della Confederazione Fascista degli Industriali, ed infine un esponente del Consiglio Nazionale delle Ricerche. Per la valutazione scientifica dei progetti industriali il Comitato si avvaleva a sua volta del parere del Consiglio nazionale delle ricerche[18].

Oltre che nello sviluppo dell'economia bellica, gli scienziati e i tecnici servirono al regime per fondare l'ideologia che giustificava il conflitto armato e che avvicinava l'Italia agli alleati.

I demografi, ad esempio, ebbero un ruolo fondamentale nello sviluppo delle politiche demografiche, incentrate sullo *slogan* bellico «numero è potenza». A proposito, è possibile ricordare come Corrado Gini, Presidente dell'Istituto nazionale di Statistica «pur nutrendo forti dubbi circa la possibilità effettiva di una espansione indotta da misure politiche», «si presentò in pubblico come scienziato noto internazionalmente che veniva a dare supporto alla politica demografica del fascismo»[19].

Infine, non si può non richiamare il «Manifesto degli scienziati razzisti» che ha anticipato le leggi antiebraiche. Si tratta di un documento controverso, stilato, secondo alcuni, sotto dettatura di Mussolini, costituendo il prodotto non di «una controversia scientifica, bensì di una radice ideologica:

[16] Discorso pronunciato alla II assemblea delle corporazioni del 23 marzo del 1936 e pubblicato sul sito dell'Archivio Luce.

[17] Sul ruolo di questa commissione si veda ancora R. MAIOCCHI, *Il fascismo e la scienza*, cit.

[18] Analizza il ruolo di tali enti nello sviluppo delle politiche autarchiche del regime F. NEMORE, *La politica autarchica del fascismo: tra industria e ricerca scientifica*, in *Il Mondo degli Archivi*, 2015.

[19] Ne dà conto R. MAIOCCHI, *La scienza e il regime: sostegno o contrapposizione?,* in M. D'AMICO, C. SICCARDI, A. DE FRANCESCO (A CURA DI), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., 132.

l'affermazione della diversità delle razze era solo la premessa o il pretesto dell'ideologia razzista»[20]. Secondo altri, invece, gli scienziati avevano contribuito al manifesto e servirono a legittimare il «razzismo ufficiale, svolgendo un ruolo che è stato agli antipodi di ogni forma di ragionevolezza»[21].

È noto che il Manifesto fondò la nozione di razza contenuta nel Regio decreto-legge n. 1728/1938 «Provvedimenti per la difesa della razza italiana», il quale fra l'altro, all'art. 26 prevedeva che «le questioni relative all'applicazione del presente decreto saranno risolte, caso per caso, dal Ministro per l'interno, sentiti i Ministri eventualmente interessati, e previo parere di una Commissione da lui nominata», aggiungendo che «il provvedimento non è soggetto ad alcun gravame, sia in via amministrativa, sia in via giurisdizionale». I suggerimenti degli scienziati dunque furono inglobati nelle fonti del regime, caratterizzate da un accentramento dei poteri normativi del Governo da parte della l. 100/1925 e da uno "stillicidio" di circolari amministrative con contenuti normativo[22].

Quanto appena affermato è da leggersi ovviamente alla luce della peculiare forma di "legalità", o meglio di «pretesa di legalità»[23] propria del regime fascista, la quale si pone in netto contrasto con il modello costituzionale.

3. Quale modello costituzionale? Tecnica "strumento" dei diritti

Nel saggio "Politica e tecnica" del 1945, Norberto Bobbio evidenzia come dalla scissione tra tecnica e politica derivano due «atteggiamenti» propri dell'epoca fascista e prefascista: il *politico incompetente* e il *tecnico apolitico*.

Il primo predica il politicantismo «il modo di far della politica senza cognizioni specifiche, affidandosi esclusivamente all'istinto o peggio al futuro»[24].

Il secondo, nascondendosi dietro all'apoliticismo, «è pronto a servire qualsiasi padrone» è «strumento e come tale si piega al volere e agli interessi del

[20] Così V. ONIDA, *Le "radici" delle leggi razziali*, in *ivi*, 161

[21] Il riferimento è ancora a R. MAIOCCHI, *La scienza e il regime: sostegno o contrapposizione?,* cit., 130. Sulle origini dell'ideologia razzista si vedano anche le tesi di P. Caretti, secondo il quale l'ideologia razzista ha trovato il suo «primo terreno di coltura nella legislazione coloniale degli anni precedenti (a partire dal 1933)» cfr. P. CARETTI, *Il razzismo del regime fascista: dalla legislazione coloniale alle leggi antiebraiche alla Repubblica sociale*, in M. D'AMICO, C. SICCARDI, A. DE FRANCESCO (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., 163.

[22] Sul tema delle circolari nel regime fascista si veda M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista Aic*, 4/2018. Inoltre, si veda ancora a P. CARETTI, A. CARBONE, *La parabola della legislazione razziale. Alcuni appunti in tema di fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, A. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere,* Napoli, 2009, 2213 ss.

[23] C. STORTI, *Ancora sulla legalità nel fascismo*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI, *L'Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., 48.

[24] N. BOBBIO, *Politica e Tecnica*, in ID., *Tra le due Repubbliche. Alle origini della Democrazia Italia*, con nota storica di T. Greco, Donzelli Editore, Roma, 1996, 3. Si tratta di un saggio pubblicato in una raccolta di scritti che raccontano l'impegno in prima persona del Filosofo nel Partito di Azione.

primo che vi ponga le mani». Di conseguenza, «l'impostazione di una nuova e vigorosa democrazia in Italia» deve essere perseguita mediante «l'inserimento della tecnica nella vita politica: il che vuol dire ridare alla tecnica quell'anima che l'ottundimento di tanti anni le ha sottratta, farla ritornare libera e quindi responsabile, condurla ad essere essa stessa guida di sé e non strumento, attività cosciente della propria forza, dell'utilità che essa reca, se usata per nobili scopi, della moralità nuova che essa racchiude in un mondo di uomini liberi padroni del proprio destino»[25].

Questo auspicio si riflette solo in parte nella Costituzione del 1948, la quale si fonda sui principi di autonomia della scienza e del potere politico, senza prevedere espressamente strumenti che "inseriscano" il sapere tecnico-scientifico nella vita politica, né vincoli in tal senso.

Da un lato, è noto che l'articolo 33 della Costituzione, configurando espressamente la scienza come "libertà"[26], evidenzia l'esigenza costituzionale di "autonomia" delle scienze[27], evitando ingerenze da parte del potere politico. Tale esigenza era chiara ai Costituenti, i quali, consacrando per la prima volta, il valore costituzionale della scienza, miravano ad evitare che quest'ultima diventasse strumento al servizio del potere della classe politica dominante[28].

Dall'altro lato, «dall'impianto complessivo del nostro ordinamento repubblicano, strutturato come Stato costituzionale fondato su una democrazia

[25] *Ivi*, 6.

[26] Di recente sulla scienza come libertà P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana e (le sue applicazioni)*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 158. Secondo l'A. dall'art. 33 della Costituzione discenderebbe «un argine protettivo avverso le sempre possibili intrusioni statali (od'altra provenienza) nel mondo del pensiero scientifico. A quest'ultimo sono quindi garantite sia l'indipendenza, sia la conseguente libertà d'azione». Si vedano, inoltre, le profonde riflessioni di R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. Amm.,* 3/2021, 608 secondo il quale «la natura giuridica della libertà di scienza è generalmente configurata come diritto soggettivo di libertà in senso proprio: come diritto soggettivo individuale, la cui protezione, si è detto, è efficace *erga omnes*». In generale, sulla libertà della scienza S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Cedam, Padova, 1979; G. FONTANA, *Commentario Costituzione - Art. 33*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; A. MURA, *Art. 33 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, Zanichelli, 1976, 229.

[27] L'oggetto della tutela costituzionale è ampio e si sottrae «ad ogni limitazione di campo, di disciplina o di sapere» come nota L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo*, 1/2022. In tale nozione, possono essere ricomprese diverse aree specialistiche oggetto delle valutazioni degli organi tecnici.

[28] L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993, 27 riporta come i Costituenti vollero affermare il fermo «ripudio dello stato di asservimento della cultura alla volontà e alla ideologia della classe politica dominante che (…) fu imposta durante il ventennio fascista. Lo Stato totalitario, nell'attuazione di un disegno volto a penetrare ogni settore della società, si serviva della cultura, compresa quella scientifica, esclusivamente a fini propagandistici e strumentali alle sue mire espansioniste (..)». Ricostruisce in modo approfondito il dibatto in Assemblea Costituente L. DEL CORONA, *La libertà costituzionale della scienza fra diritto e politica*, in corso di pubblicazione.

rappresentativa», si desume con chiarezza «la piena autonomia degli apparati pubblici investiti del potere di produzione delle regole del diritto»[29]. Tale impostazione si riflette sulle norme costituzionali che regolano il procedimento legislativo, le quali non prevedono alcun *iter* specifico per le leggi a contenuto tecnico-scientifico.

La necessità costituzionale di un raccordo tra potere legislativo e sapere tecnico-scientifico è stata individuata in via successiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale, quale presupposto essenziale del rispetto del principio di ragionevolezza.

Più precisamente è possibile tenere distinti tre ambiti di riferimento.

In primo luogo, nei settori a contenuto tecnico-scientifico, la Corte costituzionale, è arrivata ad affermare il principio di ragionevolezza scientifica[30]. In alcune notissime pronunce in ambito medico-sanitario, tra le quali la sentenza n. 282 del 2002 rappresenta solo il *leading case*, si legge 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 a ciò deputati (…) o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»[31]. Sussiste, dunque,

[29] E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Aic*, 1/2017 secondo il quale il "modello costituzionale" è fondato, da un lato sull'autonomia della scienza e, dall'altro lato, sull'autonomia del potere politico. Nello stesso senso si veda anche E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, 4/2015, 5 ss. Vi sono autori che richiamano anche l'art. 9 della Costituzione al fine di evidenziare come «la Carta costituzionale lungi dall'essere indifferente al fenomeno scientifico e tecnologico abbia, invece, inteso attribuire alla Repubblica italiana il connotato di una forma di Stato culturale all'interno della quale lo sviluppo della ricerca scientifica costituisce un vero e proprio principio fondamentale» cfr. F. G. PIZZETTI, *Decisione politica ed* expertise *tecnico*, G. DE MINICO, M. VILLONE, *Stato di diritto emergenza tecnologia*, in *Consulta Online*, 2020, 110.

[30] Vi è infatti chi nota come tale principio, non essendo esplicitato nel testo costituzionale, rappresenti una creazione della giurisprudenza costituzionale A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista Aic*, 3/2021, 432.

[31] Le altre sentenze in cui la Corte ribadisce questo principio, sempre in ambito medico sanitario, sono C. Cost. sent. n. 338 del 2003; C. cost. sent. n. 8 del 2011, C. cost. sent. n. 162 del 2014; C. cost. sent. n. 274 del 2014; C. Cost. sent. n. 169 del 2017. Inoltre, la Corte costituzionale ha ripreso lo stesso inciso in una sentenza in materia ambientale: C. cost. sent. n. 116 del 2006. Sono numerosi gli studi in dottrina a commento della giurisprudenza costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza scientifica, quale vincolo alla discrezionalità del legislatore cfr. in ordine cronologico L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 132; ss., G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Torino, 2020, 137 ss., la quale ritiene che il controllo di ragionevolezza estrinseca si sostanzi in un vincolo procedurale sull'*iter* legislativo; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, cit., 162 ss. S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, 817 ss.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina, 2008; L. VIOLINI, *La tutela della salute e*

un vincolo procedurale che impone al legislatore di fondare le proprie scelte su conoscenze tecnico-scientifiche, reperibili presso istituzioni o organismi riconosciuti[32]. Lo stesso principio è stato ribadito in numerose altre pronunce, tra cui la sentenza n. 162 del 2014 che, dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, sembra mettere ben in luce l'intima connessione tra principio di ragionevolezza scientifica e la tutela dei diritti. Il legislatore deve, infatti, tener conto «degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta» (C. cost. sent. n. 162 del 2014)[33].

In secondo luogo, vengono in rilievo quelle norme che non incidono direttamente su settori a contenuto tecnico-scientifico, ma sono "guidate" dalla scienza[34]. Tale circostanza può dirsi esplosa durante il periodo pandemico,

i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica, in *Le Regioni,* 1450 ss.; Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Istituzioni del federalismo*, 5, 685 ss. Vi sono studiosi che fanno riferimento alla «"relazionalità cognitiva", intendendo con questo termine la necessità, per comprendere e giudicare correttamente l'esercizio della discrezionalità legislativa, di mettersi in relazione con le acquisizioni tecnico-scientifiche disponibili ovvero di rispettare lo spazio in cui altri saperi tecnico-scientifici sono chiamati ad esercitare la propria competenza» cfr. C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2/2019, Special Issue, 208.

[32] Tale vincolo ha portato la dottrina ad interrogarsi sull'esistenza del principio costituzionale di riserva di scienza cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità in generale*, in *Rivista Aic*, 2/2016. D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pisa, 2019. Critico riguardo alla riserva di scienza G. FONTANA, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia (considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022, 814. Quest'ultimo, fra l'altro, ritiene che la riserva di scienza si fondi su una concezione «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».

[33] A commento della sentenza n. 162 del 2014 sotto questi profili cfr. M. D'AMICO, *Scienza e diritto nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, 718 ss. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffré, Milano, 2017, 222 ss.

[34] Il riferimento è a 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. Altri autori e autrici usano l'espressione *science related Law*, ovvero leggi mutuate dalla scienza. Analizza la giurisprudenza costituzionale in ambito *science related* G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 80 ss. In particolare, l'A. si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale n. 116 del 2006 in materia ambientale, che qui, invece, si è classificata tra la giurisprudenza concernente norme a contenuto

in cui le conoscenze scientifiche veicolate principalmente tramite le decisioni di organi tecnici hanno coinvolto ogni ambito della vita sociale, incidendo su diritti costituzionalmente garantiti: sulla libertà personale (art. 13 Cost.), sulla libertà di riunione (art. 17 Cost.), sulla libertà di circolazione (art. 16 Cost.), sul diritto allo studio (art. 34 Cost.), sulla libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), e così via; diritti costituzionali limitati da norme "guidate" dal sapere dei tecnici, in nome della necessaria tutela "urgente" del diritto alla salute (art. 32 Cost.).

Pertanto in tali settori il vincolo di ragionevolezza scientifica imposto al legislatore si attenua, dovendo il legislatore effettuare un bilanciamento tra le indicazioni provenienti dalla scienza e la tutela di diritti costituzionalmente coinvolti[35].

Infine, deve tenersi in conto che anche negli ambiti che non sono strettamente a contenuto tecnico-scientifico, viene in rilievo il principio di ragionevolezza che impone al legislatore una valutazione consapevole dei fatti oggetto di regolamentazione[36], la quale sarà più efficiente se operata mediante la guida di tecnici esperti[37]. È probabile, infatti, che norme non al passo con il sapere tecnico-scientifico in qualsiasi ambito rischino di essere irragionevoli e pertanto lesive dei principi costituzionali.

Alla luce del quadro costituzionale appena esposto, si comprende come

tecnico-scientifico, nonché alla sentenza della Corte costituzionale n. 114 del 1998, vertente sulle norme del codice penale sulla circostanza dell'abitualità nell'ubriacatezza e nell'uso di stupefacenti rispetto a quella della cronica intossicazione da alcool o droghe.

[35] Tale tesi sembra confermata anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: nella sentenza n. 282 del 2002 si legge, infatti, che nelle materie a contenuto tecnico-scientifico la discrezionalità legislativa è limitata e deve rifarsi alle conoscenze scientifiche «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali». Valorizza il predetto passaggio della giurisprudenza costituzionale C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità in generale*, cit., 11. Analogamente P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana e (le sue applicazioni)*, cit., 154 secondo il quale «le esigenze della scienza – come accade per un qualsiasi diritto fondamentale – sono inoltre da ponderare e bilanciare allorché vengano a collidere con altri interessi confluenti nelle particolari fattispecie di volta in volta in esame».

[36] A proposito si richiama quanto sapientemente espresso da F. Bilancia nell'intervento orale tenuto nell'ambito dell'Atelier n. 2 del Convegno: l'analisi dei presupposti di fatto di una scelta normativa deve essere orientata dal principio del merito, il quale impone che tale indagine avvenga secondo parametri oggettivi cfr. la registrazione disponibile al seguente link. Sul tema si veda l'ampio studio di M. SALERNO, *Contributo al principio costituzionale del merito*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 35 ss.

[37] In questo campo, il legislatore potrebbe far ricorso non solo agli esperti delle scienze mediche o delle scienze c.d. esatte, ma anche delle scienze umane e sociali. In relazione a questi ultimi ambiti, si ritiene utile richiamare gli studi che in dottrina hanno posto l'attenzione sulla centralità del "fatto" nel giudizio di ragionevolezza cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni, in Rivista del Gruppo di Pisa,* 1/2017*;* M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2010; G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 19 ss.

l'istaurazione di strumenti di dialogo fra tecnica e politica[38] sia – riprendendo le parole di Bobbio – "urgente" in ogni ambito della vita democratica.

4. Gli "strumenti" di dialogo tra tecnica e potere normativo

Dal principio di ragionevolezza scientifica discenderebbe un vincolo rivolto al legislatore di fondare le proprie scelte, almeno in alcuni settori, su conoscenze tecnico-scientifiche.

Tuttavia, nel nostro ordinamento, a differenza che in altri Stati[39], non sono previsti strumenti o organismi stabili di consulenza tecnico-scientifica del potere legislativo.

Anzi, è possibile affermare che il modello italiano relativo agli strumenti di confronto tra legislatore e il sapere tecnico-scientifico sia caratterizzato dalla fragilità dei canonici strumenti parlamentari e da un protagonismo del Governo nell'istituzione di organi di consulenza tecnica nei più svariati settori.

Tra gli strumenti parlamentari, è stato evidenziato come le audizioni non si prestino all'ascolto della comunità scientifica, essendo esclusivamente rivolte, ai sensi dei regolamenti parlamentari, ai soli membri del Governo, ai dirigenti delle amministrazioni centrali e degli enti, comunque sottoposti a controllo ministeriale[40]. Nemmeno le audizioni informali, sviluppate nella prassi per ampliare la platea dei soggetti "audibili", hanno le caratteristiche per avviare un serio confronto con la comunità scientifica.[41] Esse, infatti, presenterebbero diverse problematiche, non essendo idonee ad offrire un serio approfondimento di tematiche complesse e a coinvolgere la totalità delle posizioni presenti nella comunità scientifica, rispondendo a logiche politiche più

[38] Sui limiti del rapporto tra tecnica e politica 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. A proposito G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle Decisioni governative*, in *Osservatorio sulle fonti* 1/2002, osserva: «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 una politica di competenti che riesca a coniugare sapere e decisione».

[39] Per un'analisi comparata degli strumenti parlamentari S. PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, in *Diritti comparati*, 3/2021. Si rinvia inoltre agli interventi che sono stati tenuti nell'ambito dell'Atelier n. 5 del Seminario di Diritto comparato dell'Associazione Gruppo di Pisa dedicato al tema «I fattori esogeni di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi: tecnica, scienza e vincoli finanziari», i cui atti sono in corso di pubblicazione.

[40] Cfr. art. 143, c. 2, Regolamento della Camera e art. 47, Regolamento del Senato cfr. L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di Diritto Parlamentare*, Il Mulino, Bologna, 2018, 222.

[41] Sui profili critici delle audizioni cfr. N. LUPO, *Le audizioni sulla riforma elettorale: rito inutile o contributo della scienza (costituzionalistica) alla formazione della legge?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2017, 605. Inoltre, riflette sui limiti delle audizioni informali L. DEL CORONA, *La libertà costituzionale della scienza fra diritto e politica*, in corso di pubblicazione.

che a criteri di autorevolezza scientifica del soggetto chiamato in audizione[42].

Un esempio emblematico in tal senso è quello relativo ai lavori preparatori che hanno portato all'approvazione della legge n. 40/2004, durante i quali sono stati chiamati in audizione solo esperti già convinti sostenitori dell'impostazione del disegno di legge allora in discussione, i quali non evidenziarono gli aspetti critici di una legge poi sanzionata da molteplici pronunce di incostituzionalità[43].

Diversamente, in dottrina, si è sostenuto che le indagini conoscitive[44] potrebbero invece rappresentare uno strumento più idoneo al coinvolgimento dei tecnici nei lavori parlamentari, poiché consentono non solo l'audizione di persone chiamate dai parlamentari, ma si caratterizzano per lo svolgimento di altre attività utili, dotate di maggior "oggettività", come la richiesta di documenti o di studi e lo svolgimento di sopralluoghi[45].

Alla luce di quanto appena esposto la dottrina è giunta ad affermare che il modello parlamentare italiano, caratterizzato dalla mancanza di sedi o procedure specificamente funzionali all'ascolto dei tecnici, risulta «un modello che – forse in termini eccessivamente assoluti – è stato qualificato come "caso paradigmatico di chiusura del potere legislativo alla *expertise*"»[46].

In tale contesto, il Governo ha assunto inevitabilmente un ruolo di primo piano nel confronto con le comunità scientifiche e con gli esperti. La modalità prediletta di tale confronto sembra essere la nomina di "esperti", interni o esterni all'amministrazione, in organi tecnici *ad hoc* o in commissioni/uffici

[42] *Ibidem*.

[43] Né da conto criticamente M. D'AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2016, 57 ss. Sui lavori preparatori della legge n. 40/2004 cfr. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffré, Milano, 2017, 222 ss.

[44] In generale sulle indagini conoscitive si veda P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare, contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.

[45] Ancora cfr. L. DEL CORONA, *La libertà costituzionale della scienza fra diritto e politica*, cit. In effetti queste considerazioni svolte in dottrina sembrano trovare conferma nella giurisprudenza costituzionale, la quale, nelle sentenze che hanno coinvolto norme a contenuto tecnico-scientifico, non sembra dare peso alle audizioni, riconoscendo, invece, qualche rilevanza delle indagini conoscitive. Si pensi alla sentenza n. 74 del 2019, in cui la Corte, nel risolvere il conflitto di competenze tra lo Stato e la Regione Puglia in relazione ad alcune norme che incidevano sulla diffusione del batterio Xilella, sembra valorizzare il fatto che la normativa statale in materia sia frutto di «un'indagine conoscitiva presso la XIII Commissione Agricoltura della Camera, conclusasi il 21 febbraio 2019 a seguito della quale è intervenuto il decreto-legge 29 marzo 2019, n. 27 (Disposizioni urgenti in materia di rilancio dei settori agricoli in crisi e del settore ittico nonché di sostegno alle imprese agroalimentari colpite da eventi atmosferici avversi di carattere eccezionale e per l'emergenza nello stabilimento Stoppani, sito nel Comune di Cogoleto)».

[46] S. PENASA, *La consulenza scientifica parlamentare: analisi comparata di uno strumento costituzionalmente necessario*, cit., 53.

già presenti all'interno dei Ministeri[47]. Da sempre, infatti, le Amministrazioni presentano «al loro interno Commissioni/comitati tecnici, organismi tecnici creati *ad hoc* e variamenti denominati, strutture di missione, nuclei tecnici di coordinamento che hanno il compito di affiancare le scelte politiche sia di carattere normativo, sia amministrativo»[48].

Moltissimi sono gli organi "tecnici"[49] che nell'amministrazione pubblica[50] possono assumere un rilievo nella produzione normativa. Essi sono disciplinati dalla d.lgs. n. 300/1999[51], come da normative in settori specifici.

Si pensi, ad esempio, al settore sanitario, nell'ambito del quale il Consiglio Superiore di Sanità (CSS)[52], costituendo l'organo di consulenza tecnico-scientifica del Ministro della salute, svolge funzioni di primo piano con un impatto anche sulla produzione normativa.

Si pensi ancora al settore ambientale, ove la normativa di settore (l. n. 132/2016) ha disciplinato «un modello di amministrazione reticolare che si sviluppa attorno a quattro nodi fondamentali: il Ministro dell'ambiente, cui spetta la definizione delle politiche ambientali; l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), il quale svolge funzioni di indirizzo e coordinamento tecnico, finalizzate a rendere omogenee le attività del sistema nazionale per la protezione ambientale (art. 6, l. n. 132/2016); le Giunte regionali, alle quali spetta la definizione degli indirizzi programmatici regionali in materia ambientale e la vigilanza sulle Agenzie regionali e provinciali; e infine, le Agenzie regionali e provinciali per la protezione dell'ambiente (ARPA

[47] N. LUPO, *I governi tecnici. Gli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica*, in *Rassegna parlamentare*, 1, 57 ss. Inoltre, è necessario tenere in considerazione un profilo che, pur non essendo oggetto del presente studio è di primario rilievo: gli uffici tecnici dei Ministeri incidono non solo sui contenuti degli atti normativi, ma anche sulla qualità di questi ultimi. Sul tema si vedano, di recente, i contributi raccolti in F. DAL CANTO, A. SPERTI, *Gli Strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche. Atti della giornata di studi svoltasi a Pisa l'11 giugno 2021*, Giappichelli, Torino, 2022. Affronta il tema proprio in relazione ai rapporti tra scienza e normazione L. DI MAJO, *Profili generali su normazione e scienza*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1/2021, p. 86 ss. Inoltre, si veda P. BONETTI, Il *coordinamento della progettazione degli atti normativi del governo: problemi e prospettive*, in *Astrid Rassegna*, 2009.

[48] Così E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo,* in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e* politica, cit.*,* 127.

[49] Oltre agli organi tecnici dei Ministeri, rilevano in particolare le Agenzie di cui al titolo II, le quali svolgono attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale cfr. sul tema F. MERLINI, *Le agenzie a cinque anni dal d.lgs. n. 300*, in *Diritto pubblico*, 2013.

[50] Il tema è stato già oggetto di studio nel Seminario dell'Associazione Gruppo di Pisa del 20 novembre 2015, tenutosi a Como i cui atti sono pubblicati in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica. Atti del Seminario Annuale di Como 20 novembre 2016*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

[51] Inoltre, viene in rilievo l'art. 31 della l. n. 400/1988 il quale include, tra il personale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, esperti e consiglieri.

[52]Cfr. art. 4, d.lgs. n. 266/1993 "Consiglio Superiore di Sanità". Si veda in particolare il comma 2 che disciplina i casi di parere obbligatorio.

e APPA).

In alcuni specifici settori, l'apparato tecnico dei Ministeri potrebbe non essere ritenuto sufficiente e, pertanto, si ricorre alla nomina di comitati tecnici *ad hoc* o a competenze esterne all'amministrazione[53], presso Autorità indipendenti o organismi privati[54].

L'assenza di strumenti parlamentari stabili di dialogo con i tecnici, associato al protagonismo del Governo[55] nel confronto con i tecnici produce un impatto anche sul sistema delle fonti. Raramente, infatti, l'operato di tali organi incide su fonti di rango primario, essendo piuttosto coinvolti in procedimenti amministrativi volti all'adozione di atti che, non infrequentemente nascondono un contenuto normativo[56].

5. Gli organi tecnici dell'emergenza sanitaria

A partire dalla dichiarazione dello Stato di emergenza del 31 gennaio 2020[57], il Governo ha ritenuto di dotarsi di un folto apparto di organi tecnici e *task force*, garantendosi un confronto costante con l'*expertise* in diversi settori al fine di arginare le conseguenze sanitarie, sociali ed economiche dovute al diffondersi del *virus* Covid-19[58].

Sin dalle primissime fasi dell'emergenza ha assunto un ruolo determinate nel confronto con l'esecutivo, il Comitato tecnico scientifico (CTS), istituito

[53] M. CUNIBERTI, *L'Organizzazione del Governo: tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica,* cit., 68 evidenzia come si assista all'«emarginazione delle strutture tecniche interne, oltre alla diffusa svalutazione del momento conoscitivo dell'attività amministrativa» e al ricorso «ad organismi tecnici di particolare qualificazione (come le autorità indipendenti)».

[54] A. Iannuzzi ha evidenziato nel corso dell'Atelier n. 2 del Convegno come si stia assistendo ad una "fuga dai Ministeri" per l'elaborazione di norme tecniche anche a favore di organismi privati. A proposito, il Professor Iannuzzi richiama, quale esempio emblematico, il Decreto del 29 aprile 2022 della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per le Pari Opportunità "Parametri per il conseguimento della certificazione della parità di genere alle imprese e coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità. (22A03808)", che rimette la definizione dei parametri minimi per la certificazione della parità di genere all'UNI – Ente italiano di normazione cfr. la registrazione dell'intervento orale disponibile a questo link, nonché la pagina dedicata del sito dell'UNI.

[55] Tale torsione del rapporto tra Governo e Parlamento si riscontra nelle situazioni emergenziali. Sul tema di recente e con specifico riferimento all'emergenza sanitaria M.C. GRISOLIA, *Rapporto tra poteri ed emergenza*, in G. DE MINICO, M. VILLONE, *Stato di diritto emergenza tecnologia*, cit., 51 ss.

[56] In questo senso si veda A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica,* cit., 17. L'A. nota come l'impatto della tecnica, in riferimento allo specifico ambito della finanza pubblica, produca «modelli deliberativi sostitutivi del dibattito parlamentare».

[57] Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 - Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, Pubblicata nella GU n. 26 del 1° febbraio 2020.

[58] Il tema è già stato oggetto di studi in dottrina G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit. L'A. ritiene che tale tendenza proseguirà oltre l'emergenza.

con ordinanza del Capo di dipartimento della protezione civile n. 371/2020 e riunitosi per l'ultima volta il 30 marzo del 2022[59]. Se il decreto istitutivo attribuiva, in modo del tutto generico, al Comitato compiti «di consulenza e di supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza», le funzioni di quest'ultimo si sono evolute con l'avanzare dei mesi, adattandosi ai mutamenti epidemiologici. In dottrina, si è infatti giustamente osservato come il CTS abbia assunto un ruolo che può essere definito «cangiante», intervenendo talvolta di propria iniziativa fornendo pareri all'esecutivo, talvolta esclusivamente su richieste della Presidenza del Consiglio o dei Ministeri[60].

Allo stesso modo anche la composizione del Comitato è mutata nel corso dei mesi: inizialmente ne facevano parte esclusivamente vertici dell'amministrazione sanitaria, che operavano «nell'ambito dei loro doveri di ufficio» ed è stata via via integrata, mediante l'inserimento di esperti "esterni" all'amministrazione e «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»[61]. Con l'ordinanza n. 751/2021 venivano così nominati un esperto informatico di analisi previsionali, un esperto epidemiologico e il Direttore del Covid Crisis Lab dell'Università Bocconi.

Un altro organismo composto da vertici dell'amministrazione sanitaria è la Cabina di Regia istituita, a seguito del D.M. del 30 aprile del 2020, presso il Ministero della Salute con il compito di valutare, a seguito del monitoraggio dei dati dell'andamento epidemiologico, la classificazione del rischio nei territori regionali (zona verde, zona gialla, zona rossa).

Il Governo si è poi voluto affiancare di una serie di *task force* e gruppi lavoro, competenti non solo in ambito medico sanitario: la *task force* Colao

[59] Sono già moltissimi gli studi in dottrina sul Comitato tecnico scientifico. Sull'impatto delle decisioni del CTS sui diritti fondamentali si rinvia alle riflessioni nel fascicolo pubblicato su questa rivista A. IANNUZZI e G. PISTORIO, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica. Atti del Convegno 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*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022. Si vedano, inoltre C. LOTTA, *La legislazione emergenziale per contrastare la pandemia da Covid-19 tra scienza e diritto: il ruolo del Comitato tecnico-scientifico*, in *Consulta Online*, 1/2022; 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 trasparenz*a, in *Federalismi*, 2020. Per con confronto con l'esperienza francese cfr. G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/ 2020, 89 ss.

[60] Così G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., 87. Sull'evoluzione del ruolo del CTS si veda anche G. MOBILIO, *Libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022.

[61] Art. 2, Decreto del Capo Dipartimento del 5 febbraio n. 371/2020.

per la fase II, la *task force data driven*. Si tratta di organismi istituiti prevalentemente con atti amministrativi[62], ad eccezione del Gruppo di supporto digitale, istituito con decreto-legge n. 18/2020[63].

Tali comitati non sono sorti solo a livello statale, ma si è assistito ad una moltiplicazione di nomine di esperti, comitati-tecnici e commissioni, anche a livello regionale. Così in Lombardia è stato nominato un comitato tecnico-scientifico composto da virologi e accademici delle Università lombarde; in senso analogo, il Veneto ha istituito con delibera della Giunta Regionale, un comitato tecnico con lo scopo, espresso nelle parole del Presidente della Regione «di dare veste formale ad interlocuzioni che erano già in corso e che, in questi giorni, sono state un sicuro e valido riferimento per la nostra Regione»[64]; ancora la Toscana non solo ha nominato una "Commissione di esperti", ma ne ha chiarito le funzioni in un'ordinanza del Presidente, nella quale si legge che quest'ultima ha il compito di definire le «linee di indirizzo per la gestione del percorso COVID-19 in ambito territoriale, anche in riferimento all'assistenza dei pazienti in fase terminale e alle cure palliative»[65].

La tendenza all'istituzione di comitati tecnici *ad hoc* sembra confermata

[62] Le informazioni sono reperibili sul sito del Ministero per la transazione digitale cfr. link. Il d.P.C.M. istitutivo, non avendo contenuto normativo, non è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale. In relazione alla trasparenza dei lavori del gruppo *data driven* cfr. A. IANNUZZI, C. COLAPIETRO, *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 *Diritti fondamentali*, 10 giugno 2020.

[63] Ne dà conto G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., 87.

[64] Cfr. Deliberazione della giunta regionale del 03 novembre n. 1474/2020, Costituzione del "Comitato di crisi Coronavirus" in relazione alla gestione dell'emergenza sanitaria da COVID-19. La tendenza ad istituire comitati tecnici regionali si contrappone ai principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 338 del 2003, che ha risolto, a favore dello Stato, il conflitto legislativo di competenza su una legge regionale che aveva predisposto linee guida sulla terapia elettroconvulsivante e sulla lobotomia. Nello specifico, la legge della Regione Toscana impugnata prevedeva l'emanazione di linee guida relative all'erogazione terapeutica conformemente alle «indicazioni della "Comunità scientifica toscana"». A proposito il Presidente del Consiglio, lamentava che a «siffatta comunità scientifica non corrisponde un'"entità istituzionale organizzata e dotata di legittimi esponenti", e comunque che non sarebbe razionale riservare alla dimensione regionale l'espressione di tali indicazioni, che potrebbero anche contrastare con quelle espresse dalle istituzioni tecnico-specialistiche nazionali». La Corte costituzionale, dopo aver richiamato i principi già espressi nella sentenza n. 282 del 2002, precisa che il riferimento alla «"Comunità scientifica toscana" come base tecnica per l'elaborazione delle linee guida si pone in contraddizione con il carattere, di norma nazionale o sovranazionale, delle acquisizioni e delle valutazioni tecnico-scientifiche sul cui fondamento i sanitari sono chiamati ad operare, non potendosi certo ammettere, per la stessa ragione per cui è precluso un intervento legislativo regionale sul merito delle scelte terapeutiche, un vincolo, in una sola Regione, a rispettare indicazioni provenienti da un solo settore, territorialmente circoscritto, della comunità scientifica». Su questa giurisprudenza cfr. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2012, 455 ss.

[65] Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale del 17 Marzo n. 14/2020.

anche ad emergenza sanitaria conclusa, come dimostrerà l'analisi dell'istituzione delle commissioni di esperti istituite al fine di raggiungere gli obiettivi del PNRR. Pertanto, pare importante analizzare le conseguenze del coinvolgimento di tali organi nella produzione normativa e sul sistema delle fonti.

6. Le ragioni che giustificano il dislocamento della valutazione tecnica fuori dal circuito democratico: tra riserva di scienza e riserva di amministrazione

Al fine di analizzare il coinvolgimento degli organi tecnici nella produzione normativa, è necessario anzitutto chiedersi, se i principi costituzionali consentano di "dislocare" la valutazione tecnica alla base di una scelta normativa, fuori dal circuito democratico-rappresentativo.

Scorrendo la giurisprudenza costituzionale è possibile individuare due ragioni che attengono a piani differenti: quello del *contenuto* e quello del *procedimento*.

Sul piano del *contenuto*, come visto, la giurisprudenza della Corte costituzionale consente di limitare la discrezionalità legislativa nei settori a contenuto tecnico-scientifico. Non spetta al legislatore entrare nel merito delle scelte scientifiche, ma quest'ultimo deve necessariamente affidarsi alle conoscenze acquisite, per usare la terminologia della Corte costituzionale «presso istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati» (c.d. *riserva di scienza*)[66].

La Corte non chiarisce i connotati dei predetti organismi, limitandosi ad affermare che essi devono avere carattere nazionale o internazionale. In una delle pochissime pronunce in cui richiama espressamente tali organismi, essa ha fatto riferimento ad un parere dell'OMS (C. cost. sent. n. 5 del 2018) idoneo a fondare una scelta legislativa in materia di obblighi vaccinali[67].

Di conseguenza, sorge spontaneo domandarsi se i comitati tecnici dell'emergenza sanitaria, analizzati nel paragrafo precedente, che hanno così fortemente impattato sulla produzione normativa, possano essere ricompresi tra gli «organismi nazionali» citati nella giurisprudenza costituzionale.

In dottrina si è evidenziato come le modalità di nomina dei membri del Comitato tecnico-scientifico non sarebbero idonee ad assicurare l'"autorevolezza scientifica" e l'indipendenza dei membri, rispondendo piuttosto a

[66] Sul tema si rinvia alle considerazioni e alla bibliografia citata nel par. 3 di questo lavoro.

[67] Si ricorderà come, in tale pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione in relazione alle norme del d.l. n. 73/2017 (poi convertito in l. n. 119/2017), che aveva introdotto obblighi vaccinali per minori sino a 16 anni, valorizzando a tal fine il parere richiesto durante l'istruttoria parlamentare su richiesta della Commissione permanente del Senato Igiene e Sanità. A commento, sotto il profilo del rapporto tra conoscenze tecnico-scientifiche e discrezionalità legislativa U. ADAMO, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, 1/2018; A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, ivi, 1/2018.

logiche corrispondenti all'interesse della maggioranza e dell'esecutivo[68]. È stato osservato come i membri del CTS sono stati «scelti in maniera del tutto discrezionale dall'interno dell'apparato governativo che si avvale della loro consulenza»[69]. Verrebbe a mancare, in tal modo, il presupposto giustificativo del dislocamento della valutazione scientifica alla base delle scelte normative in una sede esterna dal circuito democratico: la nomina governativa dei membri rischia di tramutare il comitato tecnico da sede di valutazione "scientifica" ad altra sede di valutazione politica/amministrativa del Governo. Si tratta di un tema delicato che coinvolge la difficile definizione dei criteri di valutazione dell'autorevolezza scientifica di un organismo o di un singolo[70].

Sul piano del *procedimento*, invece, è possibile che la valutazione tecnica venga rimessa a tali organi, poiché il procedimento amministrativo è ritenuto il luogo più idoneo a soddisfare le esigenze dell'istruttoria. In alcune pronunce volte a derimere conflitti di competenze tra Stato e Regioni in materia ambientale[71], la Corte costituzionale è arrivata ad affermare che l'attività amministrativa meglio si presta alla «modalità tecnica del provvedimento» poiché non si «esaurisce in un unico atto, dovendo essere riesercitata nel caso di esigenze sopravvenute, che richiedono una celerità di decisione non compatibile con le forme e i tempi del procedimento legislativo» (C. cost. Corte cost. n. 178 del 2020[72]). Ancora, la struttura del procedimento amministrativo, in

[68] L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022, 417. Secondo l'A. «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». Molti contributi in dottrina hanno evidenziato l'arbitrarietà e l'assenza di trasparenza dei criteri di selezione dei componenti dei comitati tecnici durante l'emergenza sanitaria cfr. A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in *Dpce Online*, 3286 il quale evidenzia come «l'aspetto che appare più criticabile è l'omesso riferimento a qualsiasi procedura pubblica, aperta e trasparente, di selezione degli esperti, che rappresenta, invece, l'unico scudo per non alimentare i sospetti di fedeltà del nominato alla causa del nominante».

[69] G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, 86 ss.,

[70] Si interroga criticamente su tale aspetto C. CASONATO, *La scienza come parametro*, cit., 9.

[71] Traccia le linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale in materia M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle "questioni tecniche" in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi*, 14/2020.

[72] Con la sent. n. 178 del 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., una normativa regionale che prevede l'integrazione di due giornate settimanali per l'esercizio venatorio da appostamento alla fauna selvatica migratoria nel periodo intercorrente fra il 1° ottobre e il 30 novembre, salva la facoltà della Giunta regionale, sentito l'ISPRA, di modificare tale integrazione. L'impiego della legge-provvedimento nell'adozione del calendario venatorio è illegittimo, poiché la normativa statale di settore prescrive l'adozione del calendario venatorio con "atto amministrativo" e tale previsione costituisce espressione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. Infatti, la modalità tecnica

luogo di quello legislativo «garantisce un'istruttoria approfondita e trasparente anche ai fini del controllo giurisdizionale» (Corte cost. n. 258 del 2019[73]) «in attuazione dei princìpi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241» (C. Cost. sent. n. 69 del 2018[74]) (c.d. *riserva di amministrazione*[75]).

Gli organi tecnici di cui si discute sembrano rispondere a tale seconda esigenza. Nella maggior parte dei casi analizzati, i comitati tecnici incidono, per espressa previsione legislativa, prevalentemente nella formazione di atti amministrativi (o raramente regolamentari) con il compito di svolgere l'istruttoria su una determinata questione tecnica.

del provvedimento è necessaria per la protezione della fauna, perché l'attività amministrativa non si esaurisce in un unico atto, dovendo essere riesercitata nel caso di esigenze sopravvenute, che richiedono una celerità di decisione non compatibile con le forme e i tempi del procedimento legislativo. A commento si veda G. VIVOLI, *L'autonomia legislativa regionale in materia di caccia nel rispetto degli standard statali di protezione della fauna*, in *www.ambientediritto.it*, 4/2020, 391.

[73] Con la sent. 258 del 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., una normativa regionale che autorizza l'esercizio venatorio nei siti della rete Natura 2000 secondo le modalità e le condizioni indicate nel calendario venatorio vigente (AllegatoA), posto che le norme impugnate hanno fatto propria la disciplina dell'attività venatoria già in precedenza posta dal calendario approvato con provvedimento amministrativo, così attraendo quest'ultimo nella sfera legislativa e attribuendogli gli effetti tipici degli atti normativi. L'adozione di una legge-provvedimento si pone in contrasto con l'implicita riserva di amministrazione stabilita dall'art. 18, comma 4, della legge n. 157 del 1992 - che garantisce un'istruttoria approfondita e trasparente anche ai fini del controllo giurisdizionale e non tollera che il calendario venatorio venga irrigidito nella forma legislativa a scapito dell'esigenza di raffrontabilità sottesa al principio di generalità e astrattezza della legge - il quale esprime una scelta compiuta dal legislatore statale che attiene alle modalità di protezione della fauna e si ricollega per tale ragione alla competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. Commentano la pronuncia in relazione al profilo della riserva di amministrazione F. FERRARI, *Riserva di amministrazione o giudizio comparativo tra atti? Sul rapporto tra leggi-provvedimento regionali e atti amministrativi*, in *Le Regioni*, 3/2020; S. SPUNTARELLI, *La via della tutela dell'ambiente per riconoscere la riserva di atto amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2019, 3172. In senso analogo si vedano C. cost. n. 272 del 2020, sent. n. 10 del 2019, sent. n. 28 del 2019.

[74] Con la sent. n. 69 del 2018, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della normativa della Regione del Veneto in tema di autorizzazione di impianti energetici a biomassa, a biogas e gas di discarica e di processi di depurazione, ritenendo il procedimento amministrativo più idoneo alla pianificazione rispetto al procedimento legislativo. A commento A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del "giusto procedimento di pianificazione"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018; F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018. È opportuno precisare che la pronuncia richiamata aveva ad oggetto leggi "provvedimento" regionali su cui cfr. G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Giuffré, Milano, 2013, 165 ss

[75] L'esistenza di una riserva di amministrazione è dibattuta in dottrina. A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del "giusto procedimento di pianificazione"*, cit., 3 evidenzia come la sentenza citata della Corte costituzionale n. 69 del 2018 «determinerebbe una tendenziale rottura nell'affermazione giurisprudenziale secondo cui, invece, non esisterebbe nell'ordinamento costituzionale una riserva di amministrazione». In generale sul tema D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffré, Milano 1996, 1 ss.

Tale *riserva di amministrazione* - seppur considerata in determinati settori ad alto coefficiente tecnico (es. si tratta di questioni che attengono, ad esempio, al calendario venatorio o al piano regionale dei rifiuti) una "garanzia" pone problematiche di rilievo in relazione al sistema delle fonti e al principio di legalità, soprattutto quando coinvolge atti, come quelli dell'emergenza pandemica, che vanno ben al di là della mera regolazione tecnica. Si tratterebbe in altri termini di un'opzione ben lontana dal modello di sistema delle fonti voluto dai nostri Costituenti, il quale, come è stato sapientemente osservato, «deve trarre, direttamente o indirettamente, il *suo* fattore di legittimazione democratica dal circuito della rappresentanza politica»[76].

7. L'impatto sul sistema delle fonti

L'inquadramento degli organi tecnici appena delineato consente di ragionare sull'impatto del loro operato sul sistema delle fonti.

Anzitutto, essi hanno un ruolo del tutto limitato sulla produzione normativa di rango primario. Quanto alla normativa dell'emergenza sanitaria, riferimenti espressi alle indicazioni del Comitato tecnico-scientifico si ritrovano nelle premesse dei decreti-legge solo in alcuni rari casi, in settori assai controversi, come ad esempio quello relativo agli obblighi vaccinali[77]. Ad esempio, nel decreto-legge n. 44/2021, il quale estende l'obbligo vaccinale ad alcune categorie di soggetti è indicato, tra i considerata, «l'avviso espresso dal Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni, nelle riunioni del 26 e 29 marzo 2021». È del tutto singolare che un atto normativo, per il quale, come è noto, non vige l'obbligo di motivazione, riporti in premessa l'esito di un'istruttoria tecnica. Tale opzione può essere dovuta a molteplici ragioni: il Governo potrebbe aver voluto soddisfare un'esigenza di massima trasparenza in un ambito delicato, oppure l'indicazione degli avvisi del Comitato, potrebbe essere servita a legittimare una scelta legislativa scomoda a molti "deresponsabilizzando" l'esecutivo.

L'incidenza delle indicazioni del Comitato tecnico-scientifico sui decreti-legge può essere avvenuta mediante scambi informali, di cui non vi è traccia, volti a orientare la disciplina primaria che legittima l'attività amministrativa in cui si inserisce l'organo tecnico.

In generale, nei settori a contenuto tecnico-scientifico, in cui la disciplina necessiti di un elevato dettaglio di specifiche tecniche, «è pacificamente

[76] Così A. CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, cit., 8.

[77] Sul rapporto tra scienza e diritto nell'ambito della campagna vaccinale nell'emergenza sanitaria cfr. F. FIGORILLI, *Il difficile equilibrio tra tecnica, politica e regolazione nella campagna vaccinale anti Covid*, in *Istituzioni del Federalismo* 4/2022, 1011 ss.

accettata dalla dottrina la tesi dell'inidoneità della legge e degli atti aventi forza di legge a dettare specifiche tecniche, a fronte del rischio di rapida obsolescenza» e in favore del «trasferimento al Governo della competenza a porre in essere la disciplina tecnica»[78], mediante l'adozione di fonti secondarie o atti amministrativi.

Tale tendenza ha tuttavia caratterizzato anche la normativa pandemica che, come già più volte ribadito, coinvolge settori che incidono su molteplici diritti costituzionali e che vanno al di là della mera regolazione tecnica.

Alla normativa emergenziale[79] sono stati applicati modelli propri delle regolazioni a contenuto tecnico-scientifico, i quali hanno inciso sulla *forma* e sui *contenuti* delle fonti dell'emergenza.

Quanto alla *forma*, si è fatto ampio ricorso al modello della delega, dal legislatore alla pubblica amministrazione, dello svolgimento dell'istruttoria presso un organo tecnico al fine dell'adozione dell'atto amministrativo. Tale modello, come si dirà, pur sembrando essere stato avallato dalla giurisprudenza costituzionale (C. cost. sent. n. 198 del 2021), comporta problematiche di rilievo in riferimento alla riserva di legge (*infra* parr. 8 e 9).

In secondo luogo, l'esigenza di restare al passo con il continuo aggiornamento del sapere tecnico-scientifico determina un forte utilizzo di atti flessibili, quali protocolli linee guida, raccomandazioni, e circolari, difficilmente inquadrabili dal punto di vista delle fonti del diritto *(infra* par. 12).

Quanto al *contenuto*, le indicazioni degli organi tecnici potrebbero essere

[78] A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., 132; ID., *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit. Sul tema si vedano F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffré, Milano, 2001, 97 ss. M. A. SANDULLI, *Le norme tecniche dell'edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1994.

[79] Sulle problematiche relative al sistema delle fonti durante l'emergenza dovuta alla diffusione del *virus* Covid-19 sono stati pubblicati numerosissimi studi. Senza alcuna pretesa di completezza M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020; A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 3/2020, 513. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Aic*, 2/2020; R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti Regionali*, 1/2020. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6/2020; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020; A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista Aic*, 1/2021, 400; 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, 64; I. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.it*, 2020; G. AZZARITI, Il diritto costituzionale d'eccezione, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista Aic*, 2/2020. Per un'analisi comparata A. LO CALZO, *I fondamenti teorico-costituzionali del diritto dell'emergenza, con particolare riferimento alla pandemia*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, cit., 42 ss.

più o meno pregnanti a seconda del grado di certezza della questione scientifica alla base dell'adozione dell'atto amministrativo (*infra* par. 10).

Da un lato, davanti all'incertezza scientifica, esplosa durante il periodo pandemico, l'organo tecnico potrà proporre più opzioni valutabili dall'amministrazione che manterrà un'ampia discrezionalità, mettendo in campo il principio di precauzione o effettuando giudizi di proporzionalità e adeguatezza.

Dall'altro lato, la certezza scientifica potrebbe comportare un mero accertamento tecnico[80], al quale consegue un'attività "vincolata" della Pubblica Amministrazione.

8. Gli organi tecnici come strumento di delega delle valutazioni tecnico-scientifiche all'amministrazione

Nella maggior parte dei casi analizzati il coinvolgimento dell'organo tecnico nella produzione normativa avviene secondo il seguente schema: una fonte di rango primario volta a regolare un settore a contenuto tecnico-scientifico rinvia ad atti del Governo o a provvedimenti amministrativi ai fini dell'attuazione della disciplina, previo parere di un comitato tecnico.

In questi casi, il legislatore «non recepisce immediatamente nel testo legislativo la regola a contenuto tecnico ma affida il potere di determinarla ed eventualmente di aggiornarla agli organi del Governo, che dovrebbero essere maggiormente supportati da strutture dotate delle necessarie competenze»[81].

Gli esempi sono molteplici e si ritrovano, in particolare, nelle norme in materia ambientale o sanitaria.

Solo a titolo esemplificativo, è possibile richiamare l'art. 9 del d.lgs. n. 132/2016, in base al quale i livelli essenziali delle prestazioni tecniche ambientali (LEPTA) sono stabiliti «con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri», «su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, che si avvale del Consiglio del Sistema nazionale», organo tecnico deputato a promuovere e di indirizzare lo sviluppo coordinato delle attività in materia ambientale.

Tale modello ha caratterizzato la normativa emergenziale a partire dal decreto legge n. 19/2020, il quale all'art. 2 stabilisce 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

[80] Distingue tra tecnica e tecnicistica G. SERGES, *Norme tecniche e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell'austerità e sull'art. 81 della Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit.,

[81] M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti, in Osservatorio sulle fonti*, 1997, 157. Dello stesso A., *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI. (A cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Giuffré, Milano, 2006.

scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630».

Lo schema che vede in successione decreto-legge - parere del Comitato tecnico-scientifico - d.P.C.M., con cui si è familiarizzato durante il periodo pandemico, non è una novità dovuta solo all'emergenza, ma ben si adatta alla regolamentazione di settori a contenuto tecnico-scientifico[82] in continua evoluzione[83].

Una delle problematiche proprie di tale modello è rappresentato dalla incerta qualificazione degli atti del Governo[84], quali atti amministrativi o normativi[85]. Infatti, come efficacemente illustrato nei settori tecnico-scientifici «non risultano infrequenti ipotesi di vera e propria "fuga dal regolamento", ossia di atti a contenuto sostanzialmente normativo[86] emanati dagli organi del potere esecutivo prescindendo dalle forme previste per gli atti regolamentari (parere del Consiglio di Stato, visto della Corte dei conti, dovere di previa informazione della Presidenza del Consiglio)»[87].

Tali episodi che vengono definiti di "fuga dal regolamento"[88] devono

[82] I d.P.C.M. sono stati spesso utilizzati per la disciplina di materia a contenuto tecnico già prima del periodo emergenziale cfr. C. PINELLI, *Sul "rilievo essenzialmente tecnico" di un decreto del Presidente del Consiglio chiamato a ripartire risorse finanziarie fra le Regioni*, in *Giur. cost*., 2016, 1088 ss.

[83] Anche nel periodo precedente alla pandemia i d.P.C.M trovavano spesso fondamento nei decreti-legge cfr. l'utile ricerca condotta sui d.P.C.M. adottati dal 2014 al 2018 da D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del presidente del consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 6. In generale, sui decreti di natura non regolamentare si veda M. GIANNELLI, *I decreti di "natura non regolamentare". Un'analisi a partire dalla prassi della XVI e XVII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019.

[84] Sotto altro profilo P. Carnevale nota come i d.P.C.M. dell'emergenza «sono esplicitamente chiamati a svolgere un compito attuativo della disciplina posta dagli atti di decretazione d'urgenza, così da delinearsi fra provvedimenti collegiali del Governo e provvedimenti monocratici del Presidente un nesso di esclusiva intercessione operativa che pare recidere del tutto qualsiasi relazione fra questi ultimi ed il sistema della protezione civile» cfr. P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Quale riflessione di ordine sistematico,* in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 14.

[85] In generale, per una ricostruzione delle caratteristiche di tali atti prima dell'emergenza sanitaria M. 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*, Bologna, 1992, 155.

[86] V. Onida evidenziava le problematiche di questi modelli di normazione sul piano della democraticità, della pubblicità, della trasparenza e della responsabilità che dovrebbero caratterizzare la produzione normativa cfr. V. ONIDA, *Il sistema delle fonti in materia ambientale, con particolare riferimento alla normativa tecnica*, in *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale* (*Atti del Convegno giuridico*, Castel Ivano, 29-30 aprile 1994), Giuffré, Milano, Istituto per l'Ambiente, 1994, 62.

[87] Ancora M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative*, cit., 159.

[88] Per un'analisi in generale del fenomeno U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400/88)*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 277 ss.; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2/2015, 388 ss.; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, 21 ss.

essere letti alla luce «di una realtà ordinamentale che fatica a ritrovare coerenti elementi di distinzione persino tra atto amministrativo generale, e, invece, atto normativo»[89].

Tale confusione è emersa con nettezza di recente, di fronte all'alluvione di atti amministrativi e d.P.C.M. adottati durante l'emergenza sanitaria: dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura dei d.P.C.M., proponendo diverse classificazioni, quali atti amministrativi generali[90], quali atti normativi[91], quali atti *ad tempus* equiparabili alle ordinanze contingibili e urgenti[92].

Come noto, sul punto si è pronunciata anche la Corte costituzionale con la criticata pronuncia n. 198 del 2021[93].

La questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Giudice di Pace di Frosinone, verteva su alcune norme del dectreo-legge n. 19/2020 che, secondo lo stesso giudice, si porrebbero in contrasto con il principio di tipicità delle fonti, derogabile solo in caso di guerra, delegando ad atti amministrativi la funzione legislativa che spetta al Parlamento (art. 76 e 77 Cost.)[94].

Il perno della motivazione ruota intorno alla riscontrata tipicità delle misure di contenimento nella fonte di rango primario, che consente alla Corte di escludere qualsivoglia delega del potere legislativo alla pubblica amministrazione.

Molto più fugaci, forse consapevolmente, risultano essere, invece, i passaggi della motivazione in relazione alla qualificazione dei d.P.C.M. La Corte afferma, da un lato, che tali atti non possono essere equiparati alle ordinanze contingibili e urgenti e, dall'altro, li definisce atti necessitati[95], con effetti

[89] F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4/2021, 853.

[90] Tar Catanzaro, 8 maggio, n. 841.

[91] Cons. Stato, Sez. I, 15 maggio 2021, n. 850.

[92] Così Cons. St., sez. I., 15 maggio 2021 n. 850.

[93] La pronuncia è stata ampiamente commentata in dottrina M. RUBECHI, *I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in *Federalismi*, 2021; A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati,* in *Giur. cost*., 4/2021, 2063 ss.; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi*, 2021; A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online*, 3/2021; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: "stato di emergenza" e "stato di necessità" alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2021; 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*, in *Diritti comparati*, 10 gennaio 2022; L. CASTELLI, *La Corte costituzionale e i d.P.C.M. pandemici*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 154 ss.

[94] A commento dell'ordinanza di rimessione A. LUCARELLI, *La gestione della pandemia dinanzi alla Corte costituzionale. Riflessioni intorno all'ordinanza di rimessione n. 27/2020 del Giudice di Pace di Frosinone*, in *Rivista della Corte dei conti online*, 2/2021.

[95] Sul punto A. CARDONE nota, in modo del tutto condivisibile, come «il ricorso alla categoria degli atti necessitati, utilizzata per inquadrare i d.P.C.M., non è miracolosa nel prevenire che il legislatore, dinnanzi alla contingibilità e all'urgenza, faccia ricorso a provvedimenti amministrativi solo

generali.

Quello che preme sottolineare in questa sede è il percorso argomentativo che porta la Corte a qualificare i d.P.C.M. dell'emergenza quali atti amministrativi. I d.P.C.M. configurati dal d.l. n. 19/2020 vengono adottati secondo «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». Tale criterio tipico della discrezionalità amministrativa sembra essere rappresentato dalle valutazioni di adeguatezza e proporzionalità e dall'istruttoria presso il Comitato tecnico scientifico.

La Corte, infatti, afferma che quanto stabilito dall'art. 2 del d.l. n. 19/2020, cioè 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», assume rilievo ai fini dello scrutinio di legittimità «giacché supporta sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria, rendendone più concreta ed effettiva la verifica giudiziale».

La Corte affermando che l'istruttoria supporta la disciplina primaria sul piano dell'attuazione e assicurando una concreta ed effettiva verifica giudiziale sembra evidenziare, non solo che il procedimento amministrativo è il luogo "elettivo" per le valutazioni tecniche, ma anche che il giudice amministrativo è quello più adatto ad un simile sindacato.

Nella sentenza appena commentata la Corte cerca di tenere ferma una concezione sostanziale del principio di legalità[96], valorizzando la tipicità delle misure anti-contagio previste dalla fonte di rango primario. Nelle rime della motivazione sembra però nascondersi una visione del principio di legalità in senso procedurale. Vi è, infatti, un'inversione di logica di non poco conto nel percorso argomentativo della Corte: non è la legge, ma è il procedimento – caratterizzato dall'istruttoria presso il CTS – a determinare la qualificazione dell'atto come amministrativo. Pertanto, posto che la Corte si è confrontata solo con i parametri dell'art. 76 e 77 Cost. è opportuno ora riflettere sui

in apparenza tipizzati e sostanzialmente normativi e derogatori della legge» cfr. A. CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, 68.

[96] Ancora A. Cardone notava, prima della pubblicazione della sentenza n. 198 del 2021, come lo schema decreto-legge – d.P.C.M. «abbia prodotto una "mela avvelenata"» determinando «un'insostenibile tensione il principio di legalità in senso formale e sostanziale» cfr. 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 retro-guardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo Speciale, 2020, 337. Diversamente E. Raffiotta ritiene che i d.P.C.M. «sono pienamente legittimi perché adottati nel rispetto in primo luogo del principio di legalità, essendo espressamente previsti e legittimati da fonti di rango primario» cfr. E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 7.

meccanismi oggetto della pronuncia n. 198 del 2021, in relazione al principio riserva di legge[97].

9. Organi tecnici e riserva di legge

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 198 del 2021, non ha dunque valutato lo schema decreto-legge – parere del Comitato tecnico scientifico – d.P.C.M., rispetto al principio della riserva di legge[98].

Da questo punto di vista, sembra importante richiamare alcune sentenze che hanno messo a confronto l'istruttoria presso organi tecnici in relazione all'art. 23 della Costituzione[99].

Già a partire dalla sentenza n. 507 del 1988, la Corte ha affermato che «il principio della riserva di legge, previsto dall'art. 23 Cost., sia rispettato anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione, purché gli stessi siano desumibili (…) dal funzionamento degli organi competenti a determinarne la misura». Di conseguenza la Corte esclude «la violazione della norma costituzionale citata quando esista, per l'emanazione dei provvedimenti amministrativi concernenti le prestazioni, un modulo procedimentale a mezzo del quale si realizzi la collaborazione di più organi, al fine di evitare eventuali arbitrii dell'amministrazione».

[97]A. Lo Calzo nota come «nella prassi, quindi, il dpcm finisce per atteggiarsi come fonte "co-primaria" in quanto, formalmente mantiene natura amministrativa, ma materialmente tocca diritti la cui limitazione è normalmente coperta da riserva di legge Sul principio della riserva di legge durante l'emergenza sanitaria» cfr. A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione Nazionale nella produzione normativa: tra crisi "endemiche" e nuove emergenze*, cit., 48. Inoltre, G. Mobilio ritiene, in modo condivisibile, che «i decreti-legge si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini. Pur in un contesto emergenziale, il risultato è stato quello di svilire quella valenza democratica della riserva di legge posta a presidio degli equilibri tra poteri costituzionali» cfr. 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*, Fascicolo speciale, 2020. In generale, sul principio di legalità nell'emergenza sanitaria cfr. 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*, 2020; R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio",* in *Diritti regionali,* 2020, 511 ss.

[98] Sul rapporto tra riserva di legge e principio di legalità almeno V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.,* 1962, 130 ss.; L. CARLASSARE, *Voce Legalità* (principio di), in *Enc. giur.* XVIII, Treccani, Roma, 1990; R. GUASTINI, *Voce Legalità (principio di),* in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1991. Sul rapporto tra legge e amministrazione almeno S. FOIS, *«Legalità (principio di)»*, in *Enc. dir., Milano*, XXIII, 1973, 659 ss; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffré, Milano, 1996.

[99] Sulla riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione cfr. G. AMATO, *Normativa ministeriale in materia tributaria e art. 23 della Costituzione*, in *Riv. Dir. e sc. Finanze*, 2/1965, 315; D. LA MEDICA, *La riserva della legge in materia tributaria*, in *Archivio finanziario*, 1967, 80.

Ancora, la sentenza n. 180 del 1996 ha ritenuto non fondata la questione relativa ad una norma di una legge regionale della Liguria, ai sensi della quale le tariffe per gli accertamenti di igiene e sanità «qualora non previste da specifiche norme di legge o di regolamento, sono stabilite dalla Giunta regionale, sentito il Comitato regionale per la tutela della salute e per la sicurezza negli ambienti di lavoro». La Corte, ribadito il carattere relativo della riserva di cui all'art. 23 Cost., precisa nuovamente che l'indeterminatezza della legge riguardo alle "tariffe" è compensata dal fatto che la legge dispone «onde assicurare un'effettiva congrua ponderazione degli interessi coinvolti - anche la partecipazione di organi consultivi, dotati di spiccata competenza tecnica desumibile dalla loro composizione ordinaria, allargata, nei casi previsti, alla partecipazione di altri esperti o di possibili categorie interessate»[100].

Viceversa nella sentenza n. 83 del 2015 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che assoggettava alla preventiva autorizzazione da parte dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli la commercializzazione delle sigarette elettroniche poiché «l'elasticità delle indicazioni legislative non è accompagnata da forme procedurali partecipative, già indicate da questa Corte come possibile correttivo»[101].

Infine, non può non essere richiamata anche la questione relativa alle norme sull'onere contributivo a favore dell'autorità di regolazione dei trasporti (ART), risolta dalla sentenza n. 69 del 2017. La Corte non solo ha affermato i principi espressi dalle sentenze appena citate,[102] ma ha valorizzato, seppur in riferimento allo specifico settore dei poteri regolatori delle autorità indipendenti, «forme di *legalità procedurale* (…) quando vengano in rilievo

[100] Commenta la pronuncia sotto il profilo della riserva di legge L. ANTONINI, *Riserva di legge e prestazioni patrimoniali imposte: la problematica parabola dell'antico istituto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1996, 1674.

[101] Secondo L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione* la sentenza n. 83 del 2015 «un efficace esempio della dinamica secondo cui una scelta regolatoria adottata sulla base di un "dialogo" con la scienza (un'istruttoria scientifica) resiste allo scrutinio di costituzionalità poiché la discrezionalità legislativa appare fondata su solidi presupposti fattuali». A commento della pronuncia si veda anche D. SERVETTI, *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche, principio di precauzione e scienza privata del giudice costituzionale. Nota alla sentenza della corte n. 83 del 2015*, in *Rivista Aic*, 4/2015.

[102] È necessario ricordare che, negli ambiti presi in considerazione dalla Corte, la riserva di legge è soddisfatta mediante procedimenti che coinvolgono non solo organi con competenze tecniche, ma anche associazioni di settore e di privati. Si tratta di procedimenti partecipativi "dal basso" che legittimerebbero la carenza di contenuti della legge. Nella sentenza n. 69 del 2017 la Corte afferma che «in questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti». Su questi aspetti M. PICCHI, *Partecipazione e legalità procedurale nella sentenza della Corte costituzionale sul contributo per il finanziamento dell'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2017, 913 ss.

profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica»[103]. Tale concezione è mutuata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sui poteri normativi delle autorità indipendenti, secondo la quale «l'applicazione del principio di legalità può avere carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace ... la de-quotazione del principio di legalità in senso sostanziale — giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti — impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari»[104].

In definitiva, dalla giurisprudenza costituzionale analizzata emerge come l'istruttoria presso il comitato tecnico assuma un peso ai fini della legittimità della fonte di rango primario che prevede il suo coinvolgimento nelle valutazioni tecniche. Più precisamente, dalle pronunce appena richiamate è possibile desumere che l'istruttoria presso l'organo tecnico: a) «supporta l'attuazione della disciplina di rango primario» (C. cost. sent. n. 198 del 2021); b) è idonea a compensare l'indeterminatezza della legge nelle materie coperte da riserva di legge relativa (C. cost. sentt. 507 del 1988; 180 del 1996; 69 del 2017); c) legittima una concezione del principio di legalità in senso procedurale (C. cost. sent. n. 69 del 2017).

Tuttavia, si ritiene che tale giurisprudenza si fondi su due presunzioni che possono essere poste in discussione.

Anzitutto, i principi appena richiamati trovano ragione nella presunzione che il procedimento amministrativo rappresenti "il luogo" più idoneo per l'istruttoria, poiché caratterizzato dalle garanzie proprie della legge n. 241 del 1990 (*infra* par. 10).

In secondo luogo, la giurisprudenza costituzionale che legittima una visione del principio di legalità in senso procedurale si fonda su una concezione di tecnica, quale sapere "neutrale"[105] e "certo" che, proprio in virtù di tali caratteristiche, può costituire un solido argine alla discrezionalità

[103] Criticamente M. D'Amico si chiede «se questa legalità "procedurale" possa sostituire completamente quella sostanziale e se la trasformazione totale di questo principio sia accettabile alla luce della nostra Costituzione». M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., 93.

[104] Si tratta di un principio espresso dal Consiglio sin dal parere n.366 del 2006, nel quale si afferma che il «rischio di una caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensato, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio». Ripercorre questa giurisprudenza sotto il profilo della legalità procedurale G. MANFREDI, *Legalità procedurale, in Diritto amministrativo*, 4/2021, 749 ss.

[105] In questo senso anche L. DEL CORONA, *La libertà costituzionale della scienza fra diritto e politica*, in corso di pubblicazione.

amministrativa (*infra* par. 11).

Come si dirà nei paragrafi che seguono, queste due presunzioni vacillano di fronte alla realtà, tanto più a seguito dell'emergenza sanitaria.

10. L'istruttoria: quali garanzie?

Alla luce di quanto appena affermato, diviene prioritario comprendere quali siano le modalità di svolgimento dell'istruttoria e quali siano le reali garanzie connesse al procedimento amministrativo[106] che prevede l'istruttoria presso un organo tecnico.

Sul piano amministrativo la risposta si potrebbe facilmente individuare nelle garanzie previste dalla l. n. 241/1990, la quale prevede che l'attività amministrativa sia fondata sul rispetto dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità e trasparenza, imponendo l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi.

Tale obbligo è di particolare rilievo ai nostri fini poiché l'art. 3 della legge n. 241/1990 stabilisce che 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»[107]. Il legislatore ha imposto una «corrispondenza biunivoca»[108] tra istruttoria procedimentale e motivazione provvedimentale. Tale corrispondenza comporta sul piano contenutistico un preciso vincolo alla motivazione, nonché sul piano formale un vizio di validità e legittimità del provvedimento.

La motivazione del provvedimento rappresenta certamente una garanzia essendo strumentale al controllo giurisdizionale, nonché all'esercizio del diritto di difesa[109]. Non si tratta solo di una garanzia individuale, ma la motivazione degli atti amministrativi svolge anche una funzione "collettiva" di controllo democratico[110].

Tali fondamentali garanzie, tuttavia, potrebbero non trovare applicazione in relazione agli atti del Governo ed, in particolare, ai d.P.C.M. che hanno caratterizzato la normativa emergenziale e le regolazioni a contenuto tecnico-scientifico. Infatti, l'art. 3 della legge n. 241/1990 esclude espressamente dall'ambito di applicazione dell'obbligo di motivazione gli atti normativi e gli

[106] Sul tema in ottica comparata L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Giuffré, Milano, 1986, 8.

[107] F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffré, Milano, 306.

[108] *Ibidem*.

[109] Si tratta di una teoria risalente su cui già C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza degli atti amministrativi (a proposito dello scrutinio delle valutazioni per merito comparativo)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1942.

[110] G. CORSO, *Manuale di Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 786.

atti amministrativi a contenuto generale, tra i quali come visto rientrano i d.P.C.M. dell'emergenza (C. cost. sent. n. 198 del 2021).

Secondo la dottrina tale distinzione troverebbe ragione nel fatto che «negli ordinamenti democratici gli organi che beneficiano di una investitura popolare non hanno tendenzialmente bisogno di motivare i propri atti, mentre tale bisogno hanno gli organi giurisdizionali e amministrativi che di tale investitura non godono»[111].

Sin dall'indomani dell'approvazione della legge sul procedimento amministrativo, il Consiglio di Stato si è mostrato critico verso tale esclusione affermando che non è «persuasiva l'ipotesi che il legislatore, proprio nel quadro della legge istitutiva del giusto procedimento amministrativo, abbia voluto sopprimere indiscriminatamente la garanzia della motivazione degli atti, come quelli a contenuto generale che pure incidono sulle situazioni soggettive dei singoli» (Cons. St. 6 febbraio 2001, n. 475).

In dottrina, inoltre, si è evidenziato come di fronte ai frequenti fenomeni di "fuga dal regolamento" verso atti atipici, molti atti governativi risulterebbero pertanto sottratti ad un effettivo controllo democratico[112].

Inoltre, l'assenza delle garanzie di trasparenza e motivazione degli atti amministrativi generali è dimostrata anche dall'art. 24 della legge n. 241/1990 che esclude dal diritto di accesso, tra gli altri, «l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione».

Proprio sulla base di questa norma, il Dipartimento di Protezione civile aveva opposto diniego alla richiesta di accesso civico ai verbali del Comitato tecnico-scientifico poiché «prodromici all'adozione di atti amministrativi generali, o subordinatamente di atti normativi, di pianificazione e programmazione» sottratti all'accesso ai sensi dell'art. 24 della l. n. 241/1990[113].

Il Tar Lazio con sentenza n. 8615 del 2020 ha accolto il ricorso, fondando la decisione su una diversa nozione dei d.P.C.M, i quali non rientrerebbero né tra gli atti normativi, né tra gli atti amministrativi a contenuto generale sottratti all'ambito di applicazione della norma anzidetta, ma si tratterebbe piuttosto di atti atipici che si connotano «per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti, ma che differenziano per la carenza

[111] F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit.

[112] A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi, in Giurisprudenza costituzionale*, 6/2008, 5075.

[113] Commentano la pronuncia sotto il profilo della trasparenza dei lavori del CTS cfr. L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, cit., 543. G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, 92; 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.

del presupposto della "contingibilità", atteso che i DDPCM in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere presupposto».

Secondo il Tar «la *ratio* dell'intera disciplina normativa dell'accesso impone di ritenere che se l'ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che indicando i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DDPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività».

A seguito di quella sentenza e, nelle more dell'appello al Consiglio di Stato, il Governo ha disposto che, da quel momento in poi, tutti i verbali delle riunioni del CTS dovessero essere pubblicati sul sito della protezione civile trascorsi quaranta cinque giorni dalla riunione[114].

Nonostante i verbali del CTS sono stati resi accessibili, il problema di fondo segnalato permane. Infatti, come visto la qualificazione dei d.P.C.M. come ordinanze urgenti "atipiche" è stata superata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 198 del 2021 che li ha definiti atti amministrati generali. Tutt'oggi, dunque, non sussiste alcun obbligo di motivazione, né alcun diritto di accesso sugli atti amministrativi generali.

Si tratta di una criticità che può avere un impatto significativo sui diritti che vengono in rilievo nei settori a contenuto tecnico-scientifico spesso regolati da d.P.C.M., al di là della situazione di contingenza: la motivazione e la pubblicità degli atti sono strumentali «alla valutazione della adeguatezza e della proporzionalità delle misure che può essere condotta in sede giurisdizionale»[115]. In tale contesto, è opportuno chiedersi se l'istruttoria, non connessa alle garanzie proprie del procedimento amministrativo, come la trasparenza e l'obbligo di motivazione, sia di per sé idonea a "supportare" l'attuazione della legge, legittimando forme di legalità procedurale.

11. Incertezza tecnico-scientifica e discrezionalità amministrativa

Come anticipato, la giurisprudenza costituzionale che ha valorizzato l'istruttoria presso organi tecnici sembra fondarsi su una concezione di tecnica "neutrale", che può rappresentare un valido argine alla discrezionalità amministrativa (*supra* par. 9). Pertanto, l'istruttoria presso organi che svolgono meri accertamenti tecnici può essere tale da compensare l'indeterminatezza della

[114] La notizia è comparsa sul sito del Dipartimento della protezione civile https//emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbalicomitato-tecnico-scientifico .

[115] G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, cit., 93.

legge, anche in materie coperte da riserva di legge relativa.

La pandemia ha dimostrato un fenomeno certamente non nuovo: il diritto si scontra con un sapere tecnico-scientifico tutt'altro che certo[116] e di fronte al quale permane in capo all'amministrazione un'ampia discrezionalità.

L'emergenza sanitaria ha messo ulteriormente in luce come qualificare un'attività della Pubblica amministrazione quale "vincolata", poiché imposta da criteri certi provenienti dalle c.d. scienze esatte, sia un'operazione tutt'altro che pacifica. Ciò è dimostrato, ad esempio, dai diversi ricorsi promossi avverso le ordinanze del Ministero della Salute, dell'art. 1, c. 16- bis e ss. del d.l. n. 33/2020, che in base ai risultati del monitoraggio dei dati dei contagi regionali attribuivano una fascia di rischio alle Regioni, con conseguente applicazione di misure più o meno restrittive[117]. Il Tar Basilicata di fronte ad un ricorso volto a lamentare l'applicazione della zona rossa, indipendentemente dall'andamento dei contagi nei singoli Comuni, ha definito le predette ordinanze quali «atti rigidamente vincolati sotto il profilo dell' *an* in quanto tali ordinanze devono essere adottate al ricorrere di determinati presupposti tecnico scientifici, ricognitivi di indici parametrici di un più elevato rischio epidemiologico, del *quid* nel senso che la norma di legge individua previamente le misure restrittive che conseguono ad ogni tipologia di zona, del *quando* nel senso che la durata minima di dette misure è prefissata in quindici giorni»[118]. La "certezza" del risultato del monitoraggio dei dati è stata di lì a poco messa in discussione dalla vicenda dei dati errati comunicati a Regione Lombardia che avevano determinato un cambio repentino di fascia di rischio.

Se l'istruttoria ha oggetto una questione su cui non si è ancora formato un sapere scientifico certo, il Comitato tecnico può proporre all'amministrazione diverse opzioni, che l'amministrazione ha la discrezionalità di perseguire. A

[116]L'impatto dell'incertezza scientifica sulla produzione normativa dell'emergenza dovuta alla diffusione del *virus* Covid-19 è stato indagato in dottrina: G. Fontana nota come «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» cfr. G. FONTANA, *Tecno-scienza e diritto al tempo della pandemia*, cit., 800. Inoltre, si vedano G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle Decisioni governative*, cit., 827; L. DEL CORONA, *La fiducia nella scienza alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, 548; G. MOBILIO, *Libertà di circolazione: spunti sul concorso tra diritto, politica e scienza nel fronteggiare la pandemia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022, 595; M. TALLACCHINI, *Territori dell'incertezza: scienza, policy e diritto nella pandemia*, in M. MALVINCINI (a cura di), *Il Governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia COVID-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 42.

[116] Art. 2, Decreto del Capo Dipartimento del 5 febbraio n. 371/2020.

[117] Sul tema si veda M. A. GILATTA, *Tecnica, politica e diseguaglianze territoriali ai tempi. Dell'emergenza da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022.

[118] TAR Basilicata, sez. I, sentenza n. 227/21; depositata l'11 marzo.

dimostrazione di ciò è possibile richiamare una (delle tantissime) pronunce del Tar Lazio rese a seguito del ricorso su un d.P.C.M. che prevedeva la chiusura delle palestre. I ricorrenti, in particolare, lamentavano come «non vi sarebbero dati scientifici univoci per poter affermare la sussistenza di un rischio tale nell'esercizio dell'attività fisica da giustificare la chiusura degli impianti sportivi». Il Tar ha respinto il ricorso, evidenziando come «la sussistenza di opinioni divergenti all'interno del CTS dimostra la vitalità dell'organo e la completezza dell'istruttoria: come può notarsi l'organo consultivo esponeva varie soluzioni, lasciando all'esecutivo la scelta discrezionale della soluzione politicamente più ideona»[119].

Ancora, in una pronuncia resa in relazione alle chiusure delle sale giochi, il Tar del Lazio ha affermato che «non è condivisibile l'argomento della ricorrente secondo cui trattasi di valutazione effettuata in assenza di dati scientifici». Difatti, prosegue il giudice amministrativo «il sapere scientifico non si esaurisce nelle scienze esatte (fisica, matematica etc.), ma si compone anche dell'esperienza comune, ovvero delle prolungate osservazioni di un fenomeno che possono entrambe condurre ad affermare la regolarità di un certo evento». Pertanto, «dati questi elementi d'esperienza», il Tar ritiene che «ben abbia fatto il Governo ad applicare il principio di precauzione» posto che «è evidente che la frequentazione delle sale scommesse espone i relativi avventori ad un elevato rischio di contagio»[120].

Talvolta, è lo stesso Comitato tecnico a suggerire l'applicazione del principio di precauzione, come nel caso dei *test diagnostici* ai non vaccinati ai fini dell'ingresso in una sede concorsuale: nel verbale del 26 marzo il CTS precisa che «allo stato delle conoscenze scientifiche attuali, che non consentono di escludere la capacità di contagio nei soggetti vaccinati, pur asintomatici il principio di precauzione imponge di dare prevalenza alle esigenze di prevenzione del rischio sanitario, tenuto conto anche della limitata invasiti dell'esame diagnostico che verrebbe richiesto anche ai candidati vaccinati»[121].

Infine, non mancano gli esempi in cui il Governo non ha seguito le indicazioni del Comitato tecnico scientifico. Un esempio già riportato in dottrina[122] è quello della ripresa dei c.d. sport da contatto, consentita dal Governo[123] nonostante il parere contrario del CTS.

In definitiva, la tecnica non sembra in questo caso poter costituire un argine alla discrezionalità amministrativa, permanendo in capo al Governo

[119] Cfr. Tar Lazio, Sez. I, n. 4985/2022.

[120] Cfr. Tar Lazio, Sez. I, n. 3910/2022.

[121] Si tratta dell'avviso poi richiamato esplicitamente nelle premesse del d.l. n. 44/2021.

[122] 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 *Osservatorio sulle fonti*, 1/2022, 755.

[123] Cfr. Art. 1, c. 1 lett. g) del d.P.C.M. dell'11 giugno 2020.

ampia possibilità di scelta nelle misure da adottare. Inoltre, nel procedimento davanti agli organi tecnici discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, sembrano confondersi. Si tratta di un aspetto tutt'altro che marginale, incidendo anche sulla tutela giurisdizionale, posto che il giudice amministrativo è compente a sindacare le valutazioni tecniche e non già il merito amministrativo[124].

12. Linee guida, protocolli e circolari

Un'altra conseguenza sulla "forma" delle fonti che possono produrre le indicazioni di organi tecnici attiene alla "flessibilizzazione" degli atti. È noto, infatti, che nei settori a contenuto tecnico scientifico si riscontra spesso il ricorso ad atti amministrativi "flessibili" come linee guida, protocolli, raccomandazioni, idonei a stare al "passo" con gli sviluppi delle conoscenze scientifiche[125].

Durante il periodo pandemico tale tendenza si è estesa anche ad altri settori: si pensi che nel *Dossier* del Servizio Studi della Camera dedicato alla ricognizione degli atti normativi emergenziali del 2021 vi sono sezioni dedicate ai decreti-legge, ai d.P.C.M., alle ordinanze ed un'intera sezione è intitolata a «Linee guida, protocolli e indicazioni di ordine generale»[126]. Dal medesimo documento si evince come ne siano state adottate nei più disparati ambiti, come nelle «attività educative formali ed informali», negli «ambienti di lavoro», nelle «attività economiche e sociali», nel «trasporto pubblico»[127].

Una ricognizione precisa delle fonti e delle modalità di adozione di tali atti è, dunque, assai ardua[128].

Solo alcune sono disciplinate in fonti di rango primario, come ad esempio quelle previste dal d.l. 33/2020 che prevedeva che «le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle Regioni o dalla Conferenza

[124] Sul tema si è interrogata a fondo la dottrina amministrativistica. Per un inquadramento G. GAROFOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Nel Diritto, Bari, 2021, 771 ss. Sulla problematica con specifico riferimento alla giurisprudenza amministrativa nell'emergenza sanitaria cfr. F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4/2021, 853.

[125] Sul tema delle linee guida nei settori a contenuto tecnico-scientifico si veda B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2016.

[126] Servizio Studi, Camera dei Deputati, Misure sull'emergenza coronavirus (COVID-19) - Quadro generale.

[127] *Ibidem*.

[128] Sul tema delle linee guida durante l'emergenza sanitaria si veda A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida*, in *Corti supreme e Salute*, 153.Si veda, inoltre, E. D'ORLANDO, F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 2021, n. 1, 55 ss

delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali». La stessa norma precisava, altresì, che in assenza dei protocolli regionali «trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale»[129]. Tali misure potevano essere adottate ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19/2020 o del comma 16, ovvero con d.P.C.M., ordinanza del Ministero della Salute o del Presidente della Giunta Regionale.

Il procedimento di adozione è stato poi modificato dall'art. 10- *bis* del decreto legge n. 52/2021, il quale ha previsto che le linee guida per prevenire o ridurre il rischio di contagio nelle attività economiche, produttive e sociali sono adottate e aggiornate con ordinanza del Ministro della Salute, di concerto con i Ministri competenti per materia.

In altri casi, l'adozione delle linee guida è disposta dai d.P.C.M. che ne richiedano la "validazione" da parte del Comitato tecnico scientifico[130]; ancora, frequentemente è assai difficile trovare una fonte primaria che possa costituire un preciso riferimento normativo di tali atti amministrativi.

Che vi sia o meno un chiaro riferimento normativo, le linee guida e i protocolli sono state adottate quali allegati ai d.P.C.M. e alle ordinanze.

Nell'adozione di tali atti il Comitato tecnico-scientifico sembra aver giocato un duplice ruolo.

In un primo momento, il Comitato tecnico-scientifico è chiamato ad agire quale organo di consulenza, secondo lo schema già più volte richiamato del d.l. n. 19/2020. Il riferimento ai verbali del Comitato tecnico-scientifico infatti compare nelle premesse degli atti (d.P.C.M. o ordinanze) a cui sono poi allegate le linee guida.

In un secondo momento, l'organo tecnico è chiamato a "validare" e approvare le linee guida. Sempre nelle premesse degli atti cui sono allegate le linee guida si ritrovano formule del tipo «il predetto documento è stato adottato all'esito delle integrazioni concordate nelle sedute del 28 maggio del 2021 ed è da intendersi approvato dal Comitato tecnico scientifico»[131].

Le problematiche relative all'incerta qualificazione delle linee guida[132] dal punto di vista della gerarchia delle fonti sono già state messe in luce in dottrina e attengono al carattere "normativo" o para normativo di tali

[129] Cfr. d.l. 33/2020 art. 1, c. 14.

[130] Cfr. ad esempio d.P.C.M. del 2 marzo 2021, art. 1, c. 6; Ordinanza del Ministero della Salute del 29 maggio 2021.

[131] Ordinanza del Ministero della Salute, 29 maggio 2021 Adozione delle «Linee guida per la ripresa delle attività economiche e sociali».

[132] F. Pacini ritine che «Le linee guida non possono rappresentare – si ribadisce – una categoria giuridica» cfr. F. PACINI, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in "tempi difficili"*, cit., 6.

provvedimenti[133]. Le stesse problematiche riguardano le linee guida adottate durante la pandemia: come è stato osservato infatti esse «contengono vere e proprie prescrizioni normative legittimate da un d.P.C.M. il che cozza sicuramente con il principio di legalità, e più in generale con qualunque possibilità di ricondurre a sistema una siffatta procedura»[134]. Tale tesi è rafforzata dal fatto che le linee guida, dopo essere "approvate" dal Comitato tecnico, sono integrate in atti amministrativi vincolanti quali d.P.C.M. e ordinanze del Ministero della Salute. Inoltre, il carattere normativo di tali prescrizioni sembra essere dimostrato ulteriormente dal fatto che gli stessi d.P.C.M. prevedono che alcune disposizioni, come quelle sull'uso dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie e sul distanziamento interpersonale, «sono comunque derogabili esclusivamente in applicazione di protocolli validati dal Comitato tecnico-scientifico».

In tal caso, il Comitato tecnico-scientifico non sembra limitarsi a "supportare" – per usare la terminologia usata dalla Corte costituzionale (C. cost. sent. n. 191 del 2021) – l'attuazione della disciplina di rango primario, ma sembra intervenire direttamente sulla normativa subordinata "approvando", "derogando" e "integrando" indicazioni contenute in atti amministrativi vincolanti.

Infine, il fattore tecnico-scientifico ha inciso anche su un altro atto amministrativo, le circolari. Se le linee guida sono introdotte per orientare settori estranei alla Pubblica amministrazione, le circolari sono notoriamente adottate al fine di orientare l'azione degli uffici pubblici.

Una mole imponente di circolari è stata adottata durante la pandemia in particolare per mano Ministero della Salute[135]. Anche su questi atti l'impatto del fattore tecnico-scientifico è stato evidente. Ad esempio, le circolari relative alle raccomandazioni sulla campagna vaccinale non si limitano ad indicare

[133] Ci si riferisce in particolare alla problematica sollevata in dottrina in relazione all'inquadramento delle linee guida dall'Autorità nazionale anticorruzione cfr. I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016, 33 ss; ID., *Il quadro delle fonti normative in tema di prevenzione e contrasto alla corruzione*, in A. PERTICI-M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, Atti del Convegno di Pisa, 5 ottobre 2018, Giappichelli, Torino, 59; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2017, 743 ss M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Giappichelli, Torino, 139 ss. Più di recente G. MARTINO, *Le linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: soft law with hard effects*, in *Amministrazione in Cammino*, 2020; C. CHIARELLO, *L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020, 50 ss.

[134] A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida*, cit., 153.

[135] Sul tema delle circolari nel periodo pandemico cfr. S. FOA, *Le circolari amministrative nell'emergenza pandemica*, in *Federalismi.it*, 9 marzo 2022. Sull'uso improprio delle circolari M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit.

nelle premesse i termini dell'istruttoria, ma allegano i verbali della Commissione scientifica di Aifa[136].

Non sono mancate, infine, le circolari a contenuto informativo, volte a chiarire alcune nozioni tecnico-scientifiche che producono effetti ben oltre l'apparato amministrativo. Tra queste, meritano di essere ricordate le circolari dirette a definire i "casi covid" ai fini della sorveglianza sanitaria, che sono state via via aggiornate in relazione «all'evoluzione della situazione epidemiologica e delle conoscenze scientifiche disponibili»[137].

In definitiva, il coinvolgimento degli gli organi tecnici nella produzione normativa incide sia sui contenuti, sia sulle forme delle fonti, comportandone l'amministrativizzazione o la flessibilizzazione.

13. Il PNRR e il ricorso agli esperti per le riforme

Sino ad ora si è dato conto delle problematiche che pone il coinvolgimento degli organi tecnici nella produzione normativa nazionale, che, come visto, sembra generare interazioni classiche nel rapporto tra tecnica e diritto, potenziate dall'emergenza pandemica.

Diversamente, in questa terza parte del lavoro si intende concentrare l'analisi sull'elaborazione e sull'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, che sembra aprire nuovi scenari in relazione al rapporto tra tecnici e politici.

Come noto, l'Unione europea, al fine di far fronte alla crisi economica dovuta alla diffusione del virus Covid-19, ha reagito con un imponente pacchetto di misure a sostegno degli Stati membri[138].

Grazie a questi interventi l'Italia beneficia di 191,5 miliardi di euro, finanziati attraverso il Dispositivo per la Ripresa e 13 miliardi di euro di risorse di

[136] Cfr. ad esempio: circolari del Ministero della Salute n. 53886 del 25 novembre 2021; circolare n. 56052 del 6 dicembre 2021; circolare n. 56429 del 7 dicembre 2021.

[137] Circolare del Ministero della Salute n. 7922 del 9 marzo 2020.

[138] In particolare, sono stati stanziati un totale di 2028 miliardi di euro attingendo, da un lato, dal bilancio a lungo termine dell'UE; dall'altro lato, attivando, mediante il Regolamento (UE) 2020/2094, uno "strumento" temporaneo con lo scopo «di sostenere la ripresa all'indomani della crisi Covid-19» (per un totale di 750 miliardi di euro). Quest'ultimo "strumento temporaneo" costituisce il c.d. Next generation EU e si compone del Dispositivo per la Ripresa e la resilienza (c.d. RRF, Regolamento (UE) 2021/241), il quale dettaglia le norme relative alla presentazione dei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza che gli Stati devono presentare ai fini del riconoscimento del finanziamento, nonché di React- EU (Regolamento (UE) 2020/2221), mediante il quale l'UE ha incrementato ulteriormente le risorse del Fondo europeo di sviluppo regionale, del Fondo sociale europeo e del Fondo di aiuti europei agli indigenti . Per un'analisi dal punto di vista del diritto costituzionale del Next Generation EU, cfr. C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad. cost*., 2020, 761 ss. Si segnala che tutte le informazioni relative al Piano nazionale di ripresa e resilienza sono pubblicate sul portale Italia Domani, il portale del Governo dedicato alla pubblicazione di tutti i documenti e avvisi relativi al Piano.

React-EU. Se a queste somme si aggiungono quelle stanziate a seguito dello scostamento di bilancio e quelle previste per il reintegro del Fondo Sviluppo e Coesione, si arriva ad un totale di 261 miliardi di euro che l'Italia potrà mettere in campo per raggiungere gli obietti prefissati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) al fine di rilanciare l'economia nazionale[139].

Per sfruttare al meglio tale unica occasione sia la Commissione europea, che il Governo italiano hanno fatto ampio ricorso a esperti e a tecnici per coordinare e gestire le suddette misure.

Il ricorso ai tecnici e agli esperti ha caratterizzato fortemente sia la fase di elaborazione del Piano, sia la fase di attuazione e monitoraggio.

Un dialogo seppur informale tra il Governo italiano e la *task force* RECOVER della Commissione europea[140] è stato avviato sin dalle primissime fasi dell'elaborazione del Piano da parte del Governo Conte; dialogo che, come noto, ha portato ad una sostanziale revisione di quanto previsto nella versione inziale.

A partire dall'insediamento del Governo Draghi «è partito un approfondito confronto interno sui contenuti del PNRR con le amministrazioni interessate alle diverse missioni e componenti del Piano e con le amministrazioni con competenze trasversali congiuntamente al dialogo con le forze politiche e gli *stakeholder* di riferimento»[141] che ha portato all'elaborazione di una proposta di Piano.

Nel percorso di elaborazione del Piano si è fatto ricorso agli esperti anche in sede parlamentare, dove si è svolta un'approfondita attività conoscitiva presso le Commissioni Bilancio della Camera e del Senato, che hanno avviato un ciclo di audizioni alle quali hanno preso parte «numerosi attori del *partneriato* economico, sociale e territoriale, oltre che soggetti istituzionali ed esponenti del mondo della cultura, della ricerca scientifica e del terzo settore». Al termine del ciclo di audizioni sono state approvate due relazioni contenenti indicazioni per il Governo nell'elaborazione del Piano che hanno costituito le linee di indirizzo per il lavoro di stesura del Piano. Il Piano elaborato dal

[139] Al di là dello specifico tema in esame, le problematiche che il PNRR pone al costituzionalista sono molteplici. Per approfondita analisi in via generale di queste ultime si rinvia all'editoriale di N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi*, 2022. L'A. efficacemente ritiene che il Piano nazionale di ripresa e resilienza ponga tematiche di prioritario interesse peri costituzionalisti «come quelle dell'indirizzo politico, della forma di governo, dei rapporti endogovernativi, degli equilibri tra politica e tecnica, delle relazioni tra Stato e autonomie e, in fondo, della stessa natura della Costituzione». Inoltre, all'impatto del PNRR sulla forma di governo A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico ''normativo''?,* in *Federalismi*, 2021; G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, *in Costituzionalismo.it*, 2021 fasc. 2, 113 ss.

[140] *Task force* per la ripresa e la resilienza, istituita il 16 agosto 2020 cfr. https://ec.europa.eu/info/departments/recovery-and-resilience-task-force_it

[141] Piano nazionale di ripresa e resilienza, 13.

Governo, secondo questi indirizzi, è stato poi ripresentato in Parlamento, che, il 27 aprile 2021, ha impegnato il Governo a trasmettere il Piano alla Commissione europea[142].

Per quanto riguarda la fase di attuazione, gli esperti sono coinvolti con diverse modalità: in alcuni casi è lo stesso Piano a proporre l'istituzione di commissioni *ad hoc* con compiti di supporto amministrativo e legislativo; in altri casi, concorrono all'attuazione del Piano gli uffici istituiti mediante il d.l. n. 77/2021[143] che compongono la *governance* del PNRR. Inoltre, come si dirà, sull'attuazione di alcune riforme l'Italia ha richiesto il supporto "tecnico" della Commissione europea.

In primo luogo, tra gli organi tecnici con compiti di sostegno amministrativo, è possibile ricordare l'istituzione un «*pool* di esperti multidisciplinari per il supporto tecnico alle Amministrazioni centrali e locali nella implementazione degli investimenti e delle riforme previste dal Piano»[144], nonché «l'istituzione di un *pool* di 1.000 esperti che opereranno con il coordinamento delle amministrazioni regionali al fine di supportare le amministrazioni nelle procedure complesse, di recupero dell'arretrato»[145]. Inoltre, il Piano prevede l'istituzione di commissioni ministeriali o interministeriali preposte all'elaborazione di "schemi di disegni di legge" o di disegni di legge delega.

A titolo esemplificativo, basti ricordare le dieci commissioni nominate presso il Ministero della Giustizia con il compito di «elaborare proposte di intervento in diversi settori della giustizia, dal civile, al sistema penitenziario alla riforma del Consiglio superiore di magistratura»[146]. L'operato degli organi tecnici e l'elaborazione di schemi di proposte di legge anticipano l'iniziativa legislativa del Governo, la quale poi segue il canonico *iter* parlamentare.

Tuttavia, l'operato degli organi tecnici e il conseguente *iter* legislativo è fortemente condizionato sia nei tempi, sia nei contenuti, sia nella forma dalle indicazioni contenute nel Piano e condivise con la Commissione europea.

La decisione di esecuzione del Consiglio e gli *Operational arragements*[147]*,*

[142] Ci si riferisce al Piano nazionale di ripresa e resilienza, approvato dal Governo Draghi il 15 aprile 2021.

[143] Tra gli organi tecnici istituiti mediante il d.l. n. 77 del 2021 merita di essere ricordata la Commissione PNRR-PNIEC, disciplinata all'art. 17 dello stesso decreto che ha modificato il codice dell'ambiente, d.lgs. n. 152 del 2006. Sul tema si rinvia all'approfondito intervento di A. Stevanato, tenuto nell'Atelier n. 2 del Convegno. Al momento è disponibile la registrazione al seguente link.

[144] Piano nazionale di ripresa e resilienza, 51.

[145] *Ibidem*, 52.

[146] Piano nazionale di ripresa e resilienza, 63.

[147] Si veda Commissione europea, Proposta di decisione di esecuzione del consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia {SWD(2021) 165 final}, Bruxelles, 22.6.2021, COM(2021) 344 final, 2021/0168(NLE); si veda, inoltre, la decisione di esecuzione del Consiglio dell'8 luglio 2021 e il relativo Allegato riveduto della decisione di

infatti, contengono un rigido cronoprogramma, il quale prevede scadenze precise sia per quanto attiene la fase dell'iniziativa, imponendo dunque all'organo tecnico di elaborare una proposta affinché il Governo possa presentare nei tempi un disegno di legge, sia per quanto attiene all'approvazione della proposta e all'entrata in vigore, definendo dunque un vicolo temporale allo stesso legislatore. Alcune di queste riforme sono già state avviate, altre già approvate e altre ancora non sono state mai presentate. Ne è un esempio, l'annunciata riforma dell'anticorruzione che avrebbe dovuto essere presentata entro il 30 aprile 2022, mediante un disegno di legge delega, a seguito dell'istituzione di un'apposita Commissione Ministeriale di cui però non si trova traccia[148]. Il cronoprogramma è misurabile secondo indicatori "qualitativi" e dei metodi di verifica che dimostrano il raggiungimento di obiettivi intermedi (*milestone*), mediante, ad esempio, la pubblicazione in gazzetta ufficiale di una legge.

In secondo luogo, una serie di organi tecnici *ad hoc* con compiti di attuazione e monitoraggio sono stati istituiti nell'ambito della *governance* del PNRR, come disciplinata dal d.l. n. 77/2021. Al di là degli organi di vertice, Cabina di Regia e Segreteria tecnica, di particolare rilievo ai fini dell'indagine risultano essere quelle previsioni del d.l. n. 77/2021 che prevedono che le amministrazioni al fine di assicurare l'efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR, possono avvalersi del supporto tecnico-operativo «da società a prevalente partecipazione pubblica, rispettivamente, statale, regionale e locale e da enti vigilati»[149].

Infine, è importante ricordare «l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione», istituita per mano dell'art. 5 d.l. n. 77/2021 presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Questa unità è composta da esperti interni alla PA e esterni e svolge, in raccordo con il gruppo di lavoro sull'AIR (c.d. "Nucleo AIR"), operante presso la Presidenza del Consiglio (d.P.C.M. 15 luglio 2009), azioni che hanno un impatto decisivo sulla "forma" della legislazione. Infatti, l'Unità è, fra l'altro, incaricata, di: a) curare l'elaborazione di un programma di azioni prioritarie ai fini della razionalizzazione e revisione normativa; b) promuovere e potenziare iniziative di sperimentazione normativa, tenendo in adeguata considerazione «le migliori pratiche di razionalizzazione»; c) ricevere ipotesi e proposte di razionalizzazione e sperimentazione normativa formulate da soggetti pubblici e privati. La produzione normativa che ha fatto seguito al

esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia.

[148] Cfr. A. CORRADO, *Il Pnrr e l'anticorruzione (che non può essere una moda)*, in *Corriere della Sera*, 21 novembre 2021.

[149] Cfr. art. 9, c. 2 d.l. n. 77/2021.

PNRR sembra infatti caratterizzata da un imponente opera di semplificazione e delegificazione (anche mediante regolamenti *ex* art. 17, c. 2 l. n. 400/1988): un esempio in questo senso è rappresentato dall'opera di delegificazione cui è stata soggetta la materia della prevenzione alla corruzione. Tale opera di delegificazione non solo ha avuto l'effetto di rimettere alla pianificazione dell'autorità amministrativa indicazioni che prima erano espressamente previste dalla legge, ma sembra creare sovrapposizioni tra i compiti del Dipartimento della funzione pubblica con il ruolo di Autorità amministrative indipendenti, come l'Anac, competenti per legge in materia[150].

14. Lo "strumento" tecnico europeo

Al fine di attuare al meglio alcune riforme promosse dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, l'Italia ha richiesto il sostegno "tecnico" della Commissione europea, disciplinato dal regolamento UE 2021/240[151].

Tale regolamento non si limita a prevedere un sostegno economico, ma mette a disposizione degli Stati che ne facciano richiesta precise misure di sostegno tecnico, idonee a potenziare «la capacità degli Stati membri di preparare e attuare riforme amministrative e strutturali favorevoli alla crescita, anche attraverso un'assistenza per l'uso efficiente ed efficace dei fondi dell'Unione»[152].

Gli Stati membri possono richiedere il sostegno tecnico per l'elaborazione e l'attuazione del Piano nazionale o anche per l'attuazione di singole riforme. L'Italia lo ha richiesto per l'attuazione della riforma della Pubblica amministrazione, su alcuni aspetti specifici relativi allo sviluppo sostenibile e sulla riforma fiscale "ecologica".

Il sostegno "tecnico" può essere richiesto «in un ampio ventaglio di ambiti di intervento, tra cui le aree connesse alla gestione delle finanze e dei beni pubblici, alla riforma istituzionale e amministrativa, alla riforma del sistema giudiziario, al contesto imprenditoriale, al settore finanziario e al miglioramento dell'alfabetizzazione finanziaria, ai mercati dei prodotti, dei servizi e del lavoro, all'istruzione e alla formazione, alla parità di genere, allo sviluppo sostenibile, alla sanità pubblica, alla previdenza e assistenza sociale così come alle capacità di rilevazione precoce e di risposta coordinata»[153]. Tra queste

[150] Cfr. l'art. 6 del d.l. n. 80/2021 il quale stabilisce che, entro il 31 marzo 2022, sono individuati e abrogati gli adempimenti relativi ai Piani assorbiti con uno o più regolamenti di delegificazione, adottati sensi dell'articolo 17, c. 2, della n. 400/1988, previa intesa in sede di Conferenza unificata. Sul tema sia consentito il rinvio a C. SICCARDI, *Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali*, in *Consulta Online*, 1/2022.

[151] Da tempo la Commissione europea offre misure di sostegno tecnico agli Stati membri: cfr. il particolare il programma sulle riforme strutturali Regolamento (UE) 2017/587.

[152] *Consideranda*, par. 4.

[153] *Consideranda*, par. 10.

azioni, la Commissione presta «particolare attenzione alle azioni che promuovono la transizione verde e la transizione digitale»[154].

L'art. 8 del Regolamento (UE) 2021/241 delinea le azioni che concretamente gli Stati possono richiedere al fine del "sostegno tecnico".

Tra queste figurano, fra le altre: a) la prestazione di consulenze sulla formulazione di politiche, strategie e tabelle di marcia per le riforme b) il supporto alla formulazione di riforme legislative, istituzionali, strutturali e amministrative; c) la messa a disposizione, per brevi o lunghi periodi, di *esperti* incaricati di svolgere compiti in ambiti specifici o di eseguire attività operative e amministrative; d) la creazione delle capacità istituzionali, amministrative o settoriali e relative azioni di sostegno a tutti i livelli di *governance*, anche contribuendo al conferimento di responsabilità alla società civile, comprese le parti sociali; d) la raccolta di dati e statistiche, definizione di metodi comuni, tra cui sull'integrazione e il monitoraggio della dimensione climatica e di genere, nonché, se del caso, di indicatori o parametri di riferimento.

Nello specifico, l'assistenza tecnica può essere fornita direttamente, avvalendosi delle competenze interne della Commissione, o in collaborazione con altri "fornitori di assistenza tecnica": si tratta in particolare di organizzazioni nazionali o internazionali, imprese private e società di consulenza, singoli esperti del settore privato, oppure esperti delle amministrazioni nazionali degli Stati membri (art. 12). Ad esempio, un gruppo di esperti dell'organizzazione europea per la cooperazione e lo sviluppo, incaricata del miglioramento delle politiche, ha sostenuto le autorità italiane nell'elaborazione dell'Agenda nazionale sullo sviluppo sostenibile.

Per alcuni specifici progetti selezionati dalla Commissione, è previsto il programma il *TAIEX-TSI Peer 2 Peer* che consente agli esperti delle amministrazioni nazionali ed europee di scambiare competenze mediante missioni, visite di studio e seminari[155].

Inoltre, per le attività specifiche legate alla preparazione dei piani nazionali di ripresa e resilienza, il regolamento prevede che il sostegno della Commissione può essere fornito mediante il ricorso «a singoli esperti». Il programma prevede anche un *data base* degli "esperti" in diversi campi disponibile sul sito della Commissione.

Il Regolamento (UE) 240/2021 dedica un articolo alla trasparenza, imponendo alla Commissione di istituire «un unico registro pubblico online che le consenta, fatte salve le norme applicabili e sulla base di consultazioni con gli Stati membri interessati, di mettere a disposizione studi o relazioni finali elaborati nell'ambito delle azioni ammissibili» (art. 17). La stessa norma prevede

[154] *Ibidem*.
[155] Cfr. il portale della Commissione europea al seguente link .

anche che «ove giustificato, gli Stati membri interessati possono chiedere che la Commissione non divulghi tali documenti senza il loro previo accordo».

In questo quadro, nell'ambito del programma delle riforme strutturali sono stati sostenuti, dal 2017 al 2020, più di 1200 progetti nei 27 Stati membri.

Oltre alle richieste italiane, sono già moltissime le richieste di assistenza tecnica approvate nell'ambito del programma del 2021 ed è interessante notare come molte di esse siano destinate al sostegno dell'elaborazione o dell'attuazione di Piani nazionali di ripresa e resilienza: Cipro, Slovacchia e Romania ha richiesto consulenza e il supporto di esperti per l'elaborazione e l'implementazione del piano nazionale; Grecia e Spagna hanno richiesto il sostegno solo per l'attuazione di alcune politiche in materia di transizione ecologica; l'Ungheria per sviluppare le capacità di coordinamento nell'implementazione e nel monitoraggio del Piano[156].

15. Un cambio di prospettiva: la legge come *milestone*

Alla luce di quanto appena esposto sembra possibile affermare che il PNRR rappresenti un Piano governativo a declinazione tecnica[157], che indica, come già evidenziato in dottrina, indirizzi politico-normativi[158].

Tale natura tecnico-politica è dimostrata dalle modalità con cui i regolamenti europei hanno ideato e disciplinato l'elaborazione dei Piani nazionali.

Infatti, le norme europee dedicate all'elaborazione e all'attuazione dei Piani sembrano ispirate ai tradizionali modelli di progettazione europea, volti al finanziamento di proposte presentate da *partenariati* pubblici e privati, su linee tematiche prestabilite. Si tratta in altri termini dei modelli usati per il finanziamento dei *partenariati* di ricerca, poi applicato alle riforme strutturali di enti pubblici e, infine esteso, nel 2021, anche ai Programmi nazionali dei Governi. Come in tali programmi, a livello politico sono decise le linee tematiche prioritarie su cui consentire i finanziamenti, mentre i metodi di valutazione e di monitoraggio seguono per lo più criteri tecnici.

Le riforme di Governo si inseriscono così in un percorso di programmazione concordato con la Commissione europea, la quale indica le priorità tematiche di intervento (i sei pilastri: transizione verde; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica; politiche per la prossima generazione, l'infanzia e

[156] *Ibidem*.

[157] 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, *Gli Strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche,* cit., 20

[158] A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico ''normativo''?,* cit.

i giovani), mentre agli Stati spetta indicare le modalità attraverso le quali intendono raggiungere gli obiettivi prefissati.

Anche la terminologia utilizzata è quella tipica della progettazione europea. Come, gli altri programmi europei di finanziamento, il Piano impone agli Stati di raggiungere *targets*, obiettivi intermedi di tipo quantitativo (es. l'incremento di un determinato numero di posti di lavoro) e delle *milestone*, ovvero degli obiettivi qualitativi (es. l'approvazione di una legge).

Tra le milestone rientra l'approvazione di diverse riforme legislative, in relazione alle quali il Piano indica non solo i tempi di presentazione e entrata in vigore, ma delinea anche i contenuti e la forma dell'atto. Il raggiungimento di queste *milestone* deve rispettare un rigido cronoprogramma verificabile, mediante indicatori prefissati, come la pubblicazione in gazzetta ufficiale di una legge o l'avvenuto deposito di una proposta.

Si tratta di qualcosa di più di mere raccomandazioni, poiché dal raggiungimento degli obiettivi intermedi dipende l'ammissibilità al contributo finanziario: infatti, l'art. 24 del regolamento UE 241/2020 precisa che solo «dopo aver raggiunto i traguardi e gli obiettivi concordati e indicati nel piano per la ripresa e la resilienza, lo Stato membro interessato presenta alla Commissione una richiesta debitamente motivata relativa al pagamento del contributo finanziario e, se del caso, del prestito».

Le *milestone* sono poi sottoposte a precisi criteri tecnici di valutazione, fissati negli allegati ai regolamenti europei, quali quelli fondati sul metodo-DNSH volto a non arrecare danno significativo all'ambiente, o altri coefficienti tecnici volti a valutare gli obiettivi in materia ambientale o digitale. In aggiunta, si tenga conto che nei settori del Piano ove è stato richiesto il sostegno tecnico europeo sono anche previsti, dall'allegato al regolamento europeo UE 2021/240, alcuni indicatori volti a verificare il buon esito delle attività su cui è stato richiesto il sostegno tecnico, tra le quali figura anche l'attività legislativa.

In definitiva, nella logica della progettazione europea la legge approvata dal Parlamento nazionale può costituire, da un lato, un obiettivo intermedio volto a soddisfare un traguardo "più alto" indicato dalla Commissione e coerente con i sei pilastri; dall'altro lato, una legge può costituire, un indicatore volto a dimostrare, nel rispetto del principio di sana gestione delle risorse UE, il buon esito dell'attività di "sostegno tecnico" dell'Unione offerto nell'ambito del regolamento n. 2021/240.

Sembra di trovarsi di fronte ad una concezione di legge ben lontana da quella "classica" di espressione della volontà popolare, quale atto finale del procedimento legislativo. Quest'ultimo è infatti condizionato da una serie di criteri di natura tecnico-politica che, pur potendo trovare fondamento nell'art. 11 Cost., costituiscono un vincolo all'attività legislativa nella *forma*, nei

contenuti e nei *tempi*.

16. Riflessioni conclusive

Alla luce dell'analisi appena svolta, sembra possibile proporre qualche riflessione conclusiva.

Anzitutto, è possibile confermare, analogamente a quanto emerso nelle altre relazioni presentate al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa[159], che la tecnica, ed in particolare il coinvolgimento di organi tecnici nel procedimento normativo, comporta la marginalizzazione del ruolo del Parlamento e un uso limitato delle fonti di rango primario, a favore di atti subordinati o, prevalentemente, di atti amministrativi.

Quanto appena affermato si evince tanto dall'indagine svolta in riferimento al ruolo degli organi tecnici nell'emergenza sanitaria, caratterizzata come visto, da un ampio ricorso ad atti amministrativi, adottati su parere di comitati tecnici (primo fra tutti, il CTS); tanto, dalla ricerca svolta in relazione al Piano nazionale di ripresa e resilienza, che dimostra come la discrezionalità del Parlamento possa risultare fortemente condizionata da criteri di natura tecnica.

Questa *fuga* dal Parlamento e dalla legge è connessa ad altre due questioni che sono state messe in luce con chiarezza durante il dibattito svolto nell'Atelier n. 2 del Convegno.

In primo luogo, risulta del tutto limitato il ruolo della Corte costituzionale sulle scelte normative[160], influenzate dai comitati tecnici.

È d'altra parte la stessa Corte costituzionale a legittimare l'"esternalizzazione" delle valutazioni tecnico-scientifiche nelle sedi competenti, al di fuori del circuito democratico.

La Corte, infatti, non entra nel merito delle evidenze scientifiche alla base di una scelta normativa, ma le rimette al giudizio di «istituzioni e organismi -

[159] La marginalizzazione della legge e del Parlamento pare costituire il tratto comune che emerge da tutte le relazioni presentate al Convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, , Firenze 17 e 18 giugno 2022: A. CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, cit., 77; A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione Nazionale nella produzione normativa: tra crisi "endemiche" e nuove emergenze*, 35; S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, 35; F. PACINI, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in "tempi difficili*, 21; G. SERGES, *L'«emergenza»: fattore esogeno di condizionamento della produzione normativa in tempo di crisi?*, 7 ss.; A. ALBERTI, *I vincoli finanziari tra fatti e norme*, 12 ss. Tutte le relazioni, nella loro versione provvisoria, sono pubblicate sul sito dell'Associazione al seguente link . La stessa evidenza emerge dalle relazioni di I. Massa Pinto, I. A. Nicotra e dalle conclusioni di P. Carnevale, le registrazioni degli interventi orali sono disponibili al seguente link .

[160] Lo ha evidenziato durante il dibattito nell'Atelier n. 2 in particolare G. Arconzo, cfr. la registrazione dell'intervento orale al seguente link.

di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati» (C. cost. sent. n. 282 del 2002) o, ancora, alla valutazione di comitati di esperti, che intervengono nell'ambito dell'istruttoria amministrativa (C. cost. sent. n. 198 del 2021).

In tal modo, il giudizio di ragionevolezza non è compiuto nelle sedi deputate alla produzione di fonti di rango primario, ma si tramuta in un giudizio di proporzionalità, proprio del procedimento amministrativo, con la ovvia conseguenza che il sindacato non spetterà più alla Corte costituzionale, bensì al giudice amministrativo.

Tale impostazione, che si discosta da quanto avvenuto in altri ordinamenti[161], rischia di limitare eccessivamente il ruolo della Corte costituzionale[162] sulle scelte normative condizionate dall'operato di organi tecnici, anche laddove queste ultime siano fortemente incisive dei diritti e delle libertà costituzionali, come quelle che hanno caratterizzato l'emergenza sanitaria.

Si è consapevoli di come possa risultare ingenuo ricercare la soluzione a tutte le problematiche evidenziate in questo scritto nel ruolo della giurisprudenza costituzionale; posto che tali criticità sembrano piuttosto affondare le proprie radici nella crisi della politica.

L'ampio ricorso agli esperti e agli organi tecnici – elemento che dovrebbe di per sé rappresentare un valore aggiunto per la produzione normativa - ha talvolta costituito una delle molteplici modalità utilizzate per celare l'incapacità della politica di effettuare delle scelte ed intraprendere decisioni, anche di fronte a situazioni emergenziali.

Sul punto non può che condividersi quanto sapientemente esposto dalla Professoressa Massa Pinto nella sua relazione che ha messo in luce la progressiva riduzione dello spazio dell'esercizio dell'indirizzo politico, quale attività che deve logicamente precedere la produzione normativa[163]. Il tentativo di colmare tale spazio mediante l'istituzione di organi tecnici, non accompagnati dalle dovute garanzie di imparzialità e trasparenza, ha dato avvio a forme di deviazione del principio di legalità, che si discostano eccessivamente dal modello costituzionale.

In questo quadro non si può che auspicare, l'istituzione di organismi stabili

[161] N. Fiano ha ricordato nel corso del dibattito svoltosi nell'Atelier n. 2 come il Tribunale costituzionale tedesco abbia attivato i poteri istruttori nel giudizio sull'*Infektionsschutzgesetz,* la legge federale per la prevenzione e il contrasto di infezioni del 20 luglio 2000 modificata durante la pandemia, che ha portato alla pronuncia del 19 novembre 2021 (1 BvR 781/21). Per maggiori dettagli oltre alla registrazione dell'intervento orale della dott.ssa Fiano (link) si veda N. FIANO, *Esperti ed amici curiae: riflessioni sul processo costituzionale e sulle tipologie decisionali a partire dall'esperienza tedesca*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2022.

[162] Sulle possibili soluzioni processuali M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni, in Rivista del Gruppo di Pisa,* 1/2017.

[163] Cfr. la registrazione della relazione orale della Professoressa Massa Pinto pubblicata sul sito dell'Associazione al seguente link. Si veda ancora CARDONE, *Bozza della relazione illustrativa*, 82.

di sostegno tecnico-scientifico all'attività legislativa, in *primis* del Parlamento. L'individuazione di tali strumenti costituisce, ribadendo le parole di Norberto Bobbio, un obiettivo urgente poiché il «tecnico apolitico» può divenire «un rischio per la democrazia», essendo «pronto a servire qualsiasi padrone», essendo «strumento che si piega al volere e agli interessi del primo che vi ponga le mani»[164].

[164] N. BOBBIO, *Politica e Tecnica*, 6.

FATTORI ESOGENI DI CONDIZIONAMENTO DELLA PRODUZIONE NORMATIVA, INDIRIZZO POLITICO E PRINCIPIO DI ETERONOMIA: IMPRESSIONI DI UNA *DISCUSSANT*[*]

ILENIA MASSA PINTO[**]

Sommario

1. L'ipotesi guida: il principio di eteronomia. – 2. I fattori (presunti) *esogeni* di condizionamento della produzione normativa. – 2.1. I vincoli finanziari. – 2.2. L'emergenza. – 2.3. La tecnica. – 3. Conclusioni: l'attuazione degli obiettivi costituzionali non può essere intesa in senso meramente esecutivo, richiedendo un'ulteriore attività di determinazione pienamente politica.

Abstract

The public debate, including the specialist one, of these extraordinary times has brought out, in all its intensity, a deep change which has to do with the progressive reduction of the space for exercising the political activity as an activity that logically and chronologically precedes the legislative production processes, and which consists properly in the selection of the political targets of the State. This change also occurs due to those that we have assumed in the title as exogenous factors and this reduction is ultimately the greatest symptom of the transformations, of the deviations, from the constitutional model on which we are questioning ourselves. The paradigm shift we are witnessing does not only have to do with the form of government and with the system of sources of law (which, moreover, are two sides of the same coin): the topics discussed by the reports undoubtedly have central issues of constitutionalism in the background, starting perhaps from the first question: who or what is the source of the law as a mandatory rule of action within a political group?

Suggerimento di citazione

I. MASSA PINTO, *Fattori esogeni di condizionamento della produzione normativa, indirizzo politico e principio di eteronomia: impressioni di una* discussant, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione di discussione tenuta al Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022.

[**] Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Torino.
Contatto: ilenia.massapinto@unito.it

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 2/2022
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. L'ipotesi guida: il principio di eteronomia

Le espressioni chiave del titolo generale del convegno sintetizzano già le questioni principali sulle quali siamo invitati a ragionare: da un lato, c'è un *modello* costituzionale di produzione normativa che prescrive processi di integrazione politica (Andrea Cardone, nella sua ampia relazione introduttiva, ne ha assai opportunamente ripreso il contenuto essenziale); dall'altro, sarebbero in corso sue *trasformazioni* in tempi di *crisi* causate per lo più da *emergenze* (anche se Cardone ci ha dimostrato che queste trasformazioni sono in realtà in atto da tempo: sono dunque *persistenze*).

In questa cornice, le espressioni chiave del titolo specifico della sessione aggiungono che esisterebbero fattori *esogeni* – su questo aggettivo tornerò – che incidono su quel modello e che quindi sarebbero causa delle trasformazioni segnalate. I tre fattori esogeni individuati sono l'*emergenza* stessa (Giuliano Serges), i *vincoli finanziari* (Anna Alberti), la *tecnica* (Cecilia Siccardi). Si tratta certamente di fattori eterogenei, se non altro perché si possono collocare in fasi temporali differenti rispetto al fenomeno della produzione normativa: l'emergenza è causa della crisi, che a sua volta può diventare causa delle trasformazioni del modello; i vincoli finanziari e la tecnica sono cause, per così dire, di secondo grado, perché potrebbero anche essere considerati come rimedi adottati per far fronte alla crisi e, in questo senso, possono diventare causa ulteriore delle trasformazioni del modello.

Dato questo quadro, ci sarebbero diversi modi per discutere le relazioni presentate: un modo sarebbe senz'altro quello di discutere puntualmente tutti i ragionamenti presenti in ciascuna relazione, penetrandone in profondità le argomentazioni, da un punto di vista, per così dire, interno, e forse sarebbe questo il modo più corretto per restituire la giusta soddisfazione alla fatica del relatore e delle relatrici. Ma i temi affrontati, come s'intuisce, sebbene unificati da quelle espressioni chiave sopra evocate, sono tanti e diversi e l'adozione di un punto di vista interno a ciascuna relazione richiederebbe un livello di approfondimento che in questa sede non posso permettermi.

Ho tentato allora di adottare un punto di vista per così dire esterno, con cui ho provato a cogliere le linee di fondo essenziali – mi permetto di dire anche il non detto, ciò che è stato dato per ovvio o per scontato – che emergono dalle relazioni presentate, da un lato, per farle dialogare tra di loro, e, dall'altro, per provare a mia volta a formulare un'ipotesi ancor più generale sul tema specifico di questa sessione.

Preannuncio subito l'ipotesi che mi ha guidata nella lettura di tutte le relazioni: il dibattito pubblico, anche specialistico, di questi tempi straordinari ha fatto emergere, in tutta la sua intensità, «un mutamento di paradigma, intendendosi per "paradigma" non solo un programma di ricerca esplicito, ma anche l'insieme delle cose di cui si ritiene superfluo parlare o, anche, i

presupposti inavvertiti dei discorsi degli studiosi»[1]. Questo mutamento avrebbe a che fare con la progressiva riduzione dello spazio di esercizio dell'attività di indirizzo politico quale attività che logicamente e cronologicamente precede i processi di produzione normativa, e che consiste propriamente nella selezione dei fini politici dello Stato[2]. Questo mutamento avviene anche a opera di quelli che abbiamo assunto nel titolo come fattori *esogeni* e questa riduzione è in ultima analisi il maggior sintomo delle trasformazioni, dei discostamenti, dal modello costituzionale su cui ci stiamo interrogando, modello che qui sintetizzo con le parole di Enzo Cheli: «dall'impianto complessivo del nostro ordinamento repubblicano, strutturato come Stato costituzionale fondato su una democrazia rappresentativa, ciò che si desume con chiarezza è la piena autonomia degli apparati pubblici investiti del potere di produzione delle regole del diritto. Apparati, che, qualunque sia la funzione ad essi assegnata, nel modello di Stato democratico devono trarre la loro legittimazione da una investitura diretta o indiretta da parte della sovranità popolare»[3].

Questa premessa, che cercherò di sviluppare attraverso il ricorso ai ragionamenti delle relazioni, serve per sostenere, in ultima analisi, che il mutamento di paradigma al quale assistiamo non ha a che vedere solo con la forma di governo e con il sistema delle fonti del diritto (che peraltro sono due facce

[1] C. LUZZATI, *Introduzione. Il legislatore argomentante: sfondi e sottintesi*, in F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione della legge*, Giappichelli, Torino, 2018, 2.

[2] La letteratura sull'indirizzo politico o funzione di governo è assai ampia. Essenziali sono gli studi sull'indirizzo politico degli anni Trenta del Novecento, in quanto «inaugurano un nuovo filone di ricerca scientifica», «non solo perché viene enucleata un'attività essenziale per il funzionamento dello Stato mai prima autonomamente osservata; ma anche perché ciò avviene in occasione di un'importante svolta metodologica, consistente nell'accettare come oggetto di studio del diritto costituzionale ciò che fino ad allora era rimasto nell'ombra, guardato con sospetto, come terreno infido e scivoloso: la politica»: così C. TRIPODINA, *L' "indirizzo politico" nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista Aic* 1/2018, disponibile all'indirizzo https://www.rivistaaic.it/, 6. Gli studi più importanti del periodo sono quelli di S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Libreria del Littorio, Roma, 1929, e *Teoria generale dello Stato fascista*, Cedam, Padova, 1936; quelli di C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), ristampa inalterata con prefazione di E. Cheli, Giuffrè, Milano, 2000, e *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in *Annali dell'Università di Macerata*, vol. XIV, 1941, 1 ss., ora in *Problemi di politica costituzionale. Raccolta di scritti*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1972, 431 ss.; quello di V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, anno XIII, serie A, nn. 1-2-3-4, 1939, 53 ss., ora in *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 3 ss.; quello di C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Edizioni Universitarie, Roma, 1942. Nella letteratura successiva cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitiche*, Jovene, Napoli, 1988.

[3] E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Aic*, 1/2017, disponibile all'indirizzo https://www.rivistaaic.it/, 3.

della stessa medaglia): si tratta di qualcosa che sta ancora più a monte di quanto rilevato da tutti – che si può sintetizzare con la ripetuta formula della marginalizzazione del ruolo del Parlamento –, di qualcosa di più profondo e, quindi, temo, anche di qualcosa di ancor più grave[4].

Non avrò qui il tempo neppure di tentare una spiegazione sulle ragioni profonde di questo mutamento di paradigma, ma, in poche battute – prima di cercare almeno di indicarne qualche tratto attraverso le relazioni – direi che potrebbe essere utile farci aiutare dalla storia costituzionale, anche da quella antica, per iniziare a domandarci se sia possibile rintracciare qualche similitudine tra l'epoca presente e l'epoca del passaggio dalla *respublica constituta* romana all'avvento dell'impero, passaggio descritto dagli storici attenti agli aspetti propriamente costituzionali come caratterizzato dal venir meno di un'idea essenziale, e cioè dal venir meno dell'idea secondo la quale l'organizzazione politica è retta da un nucleo di norme fondamentali riconosciuto essenzialmente come un prodotto sociale, e dunque propriamente *voluto* dal gruppo politico. L'avvento dell'impero sarebbe stato cioè caratterizzato dal venir meno della consapevolezza che l'organizzazione politica è un qualcosa di *fatto* da regole che, per quanto fondamentali, sono pur sempre generate da comportamenti umani[5].

[4] Come aveva già sostenuto C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 218, una classificazione delle forme di Stato «non può che basarsi sull'elemento veramente fondamentale» ossia «sui modi di formazione della suprema volontà dello Stato».

[5] Dal punto di vista del costituzionalismo, l'epoca del passaggio dalla *respublica constituta* romana all'avvento dell'impero è stata descritta a partire dalla constatazione della scomparsa della parola *constitutio* nel suo significato pregnante corrispondente a quello del verbo *constituere*, ossia dell'attività normativa e politico-amministrativa mediante la quale si ordina la *rem publicam*. Tale scomparsa è ritenuta sintomo di un mutamento profondo intervenuto nella concezione complessiva del diritto nel passaggio dalle istituzioni repubblicane all'instaurazione del principato da M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, 111 ss., per il quale la questione potrebbe essere formulata in questi termini: «l'istituzione del principato (…) e la contemporanea scomparsa dal lessico politico del termine *constitutio* nella sua accezione ciceroniana, significano la scomparsa, nei secoli dell'impero, dell'idea stessa dell'esistenza di un nucleo di norme fondamentali? E la successiva perdurante assenza, nel basso e alto Medioevo, di una parola che trasmettesse i significati profondi del verbo *constituere*, significa anch'essa la scomparsa di questa idea?» (114). Poiché «nessuna organizzazione umana può esistere senza un insieme di norme condiviso», si dovrebbe parlare di «trasformazioni nelle concezioni costituzionali, e mai di fine dell'esistenza della costituzione (come dato empirico di psicologia sociale). E allora la questione deve essere posta in termini ancora più precisi: «la *res publica (constituta)* romana era un concetto che (…) esprimeva un insieme di principi condivisi, di idee fondamentali riconosciute collettivamente, che davano (e imponevano di mantenere) una determinata forma dell'organizzazione politica. Principi ai quali, con l'identificazione del *jus* con il *jussum populi*, si riconosceva espressamente la natura di puro "prodotto sociale"». Di qui la questione fondamentale: «Come mai per diciassette secoli è mancato nel linguaggio politico un termine, come appunto il *constituta* riferito alla *res publica*, che esplicitasse la consapevolezza che l'organizzazione politica è un qualcosa di "fatto" da regole che, per quanto profonde, sono pur sempre generate da comportamenti umani?». Insomma: «…ciò significa che è venuta meno l'idea che l'organizzazione politica sia retta da un nucleo di norme fondamentali, o che

Ci sarebbe cioè da domandarsi se non siamo forse di fronte a un ribaltamento profondo della concezione stessa del potere e del diritto, non più intesi secondo una concezione ascendente, ma secondo una accezione discendente[6], dentro la quale stanno anche i fattori *esogeni* di cui ci stiamo occupando. Questo ribaltamento profondo non implicherebbe il venir meno dell'idea della costituzione come di un nucleo fondamentale di regole, senza la quale nessuna organizzazione umana potrebbe esistere come dato empirico di psicologia sociale, ma significherebbe il venir meno dell'idea che quel nucleo fondamentale di regole è un prodotto sociale[7].

Insomma, come è stato detto a proposito dell'instaurazione dell'assolutismo di Cesare, nonostante il suo fine democratico, teso in ultima analisi ad assicurare prestazioni sociali, diremmo oggi, la forma dell'organizzazione politica costruita da Cesare era però pur sempre una forma di assolutismo[8]; anzi una forma "pura" di assolutismo, perché la sua essenza stava nel realizzare «la rappresentanza della nazione per mezzo del suo supremo e incontrollato fiduciario»[9]. Se – dal punto di vista delle tensioni sociali che concorsero a produrla – quell'organizzazione era una forma di «governo per il popolo», non era però una forma di governo «attraverso il popolo», perché era fondata sul

tali norme fondamentali siano un prodotto sociale? È venuta meno l'idea di costituzione come *legge superiore*, o l'idea di costituzione come *legge superiore in ultima istanza prodotta dai cittadini*?» (115).

[6] W. ULLMANN, *Individuo e società nel Medioevo* (1966), Editori Laterza, Roma-Bari, 1983, 2, e ID., *Principi di governo e politica nel Medioevo* (1966), Il Mulino, Bologna, 1972, 14-16: sulla contrapposizione tra le due concezioni del potere e del diritto, «in genere…una ha preso il posto dell'altra in una successione cronologica. Nella Roma repubblicana troviamo in vigore e non adulterata la tesi ascendente…in base alla quale i magistrati ricevono il loro potere dalla cittadinanza… La concezione popolare cedette il posto al principato in cui i magistrati presero il posto precedentemente occupato dalla cittadinanza; e i magistrati culminavano nell'imperatore stesso. In seguito all'adozione del cristianesimo, il principato a sua volta lasciò il posto alla teoria completamente discendente (teocratica), la quale… acquistò importanza dalla fine del quarto secolo in poi, raggiungendo il suo apogeo con Giustiniano e rimanendo a base del governo dell'impero bizantino per tutto il millennio della sua esistenza».

[7] M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 116: «I secoli senza costituzione sono dunque i secoli in cui è egemone la concezione discendente del potere e della legge. Se si intende per costituzione innanzi tutto l'insieme delle idee fondamentali sull'origine e sulla forma del potere e del diritto, condivise all'interno di un gruppo politico, si può dunque dire che la costituzione dei secoli senza costituzione è per l'appunto questa concezione».

[8] Secondo la definizione di T. MOMMSEN, *Storia di Roma antica* (1854-1856), Sansoni, Firenze, 1984, vol. II, t. 2, 1114, una «assoluta monarchia militare», benché Cesare fu e rimase il capo del partito popolare, il successore e continuatore dell'opera di Caio Gracco. Egli infatti «mantenne invariate tutte le idee essenziali della democrazia romana; il miglioramento delle condizioni dei debitori, la colonizzazione transmarina, il livellamento progressivo delle differenze di diritto esistenti tra le classi dei sudditi, l'emancipazione del potere esecutivo dal Senato; così che la sua monarchia fu così poco discordante dalla democrazia, che questa giunse a perfezione ed a compimento solo per mezzo di quella». «Questa monarchia non era il dispotismo orientale per la grazia di Dio, ma la monarchia come la voleva fondare Caio Gracco, come la fondarono Pericle e Cromwell» (1112).

[9] T. MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, cit., 1112.

principio opposto a quello che lascia «alla maggioranza dei cittadini la libertà di disporre i propri destini»[10]. Insomma l'unità del principato non derivava dall'unità del suo strato popolare, non riposava su un'unità culturale, ma era l'esito di un riconoscimento solo convenzionale della sua utilità di macchina[11].

Una democrazia orientata all'*output*, diremmo oggi, nella quale all'eclissi dell'idea dello Stato fondato sulla partecipazione dei cittadini si associa la nascita dell'idea «che il bene, la felicità, la realizzazione di sé… che prima ci si attendeva da un ideale di mondo ispirato al principio di autonomia sono stati riposti, in quella tornata storica, in un ideale ispirato al principio di eteronomia»[12]. Sta in questa «passivizzazione», in questa «fuga dall'ideale politico della *res publica*», «la ragione culturale del ribaltamento dalla concezione ascendente a quella discendente del potere e del diritto. Si diffonde un'immagine del mondo per cui il singolo, come spaventato, non pretende più l'orgogliosa *isonomia*, ma cerca essenzialmente la sua sicurezza materiale nella condizione di suddito»[13]. È così che «il binomio sicurezza-delega può realisticamente spiegare molto»[14].

La domanda per noi, oggi, in estrema sintesi, può essere così espressa: si può dire che in fondo si stia consolidando un'idea di costituzione – intesa quest'ultima in senso proprio quale rappresentazione collettivamente condivisa del nesso individuo-società-organizzazione del potere politico – come un dato extra-sociale? La lettura delle relazioni presentate mi sembra fornire una conferma dell'ipotesi di un progressivo ri-affermarsi del principio di eteronomia: i fini politici da perseguire come qualcosa che deve essere portato agli uomini e alle donne perché non possono essere da loro prodotti.

Insomma i temi affrontati dalle relazioni hanno senz'altro sullo sfondo questioni centrali del costituzionalismo, a partire forse già dalla prima domanda: chi o che cosa è la fonte della legge come regola obbligatoria di azione all'interno di un gruppo politico? Una domanda che ha a che vedere con il problema della individuazione del potere originario e della sua giustificazione ultima.

Ma questa è evidentemente la conclusione della mia discussione che ho qui solo anticipato per orientare la comprensione di quel che dirò.

[10] *Ibidem*, 1113.

[11] *Ibidem*, 1114: «da Cesare in poi, la compagine romana…si tenne ancora insieme esteriormente e si estese soltanto meccanicamente, mentre internamente, appunto con lui, intisichì e morì. Se nei primordi dell'autocrazia ed anzitutto nell'animo di Cesare domina ancora il sogno pieno di speranza di una combinazione di libero sviluppo popolare e di dominio assoluto, già il governo degli imperatori della dinastia Giulia, altamente dotati, ha insegnato in modo terribile come sia possibile racchiudere fuoco ed acqua nello stesso vaso».

[12] M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 124.

[13] *Ibidem*, 125.

[14] *Ibidem*, 127.

2. I fattori (presunti) *esogeni* di condizionamento della produzione normativa

Come noto, in economia, e in particolare in econometria, si definisce variabile esogena una variabile che, all'interno di un determinato modello, assume un valore indipendente dal modello stesso: si tratta quindi di una variabile che influisce sull'equilibrio rappresentato nel modello, ma non è influenzata dal modello stesso (è causa dell'equilibrio e non effetto di questo, ma è effetto di altre variabili che non appartengono al modello). In un semplice modello domanda-offerta di mercato concorrenziale, per esempio, il reddito dei consumatori è una variabile esogena in quanto il suo valore viene determinato altrove rispetto al modello di riferimento e quindi, benché influenzi l'equilibrio del modello considerato (la quantità domandata è infatti funzione diretta del reddito dei consumatori), non ne viene a sua volta influenzato: sarà la variazione del reddito a variare l'equilibrio del mercato e non viceversa. A ciò si aggiunga che ciò che in una lettura descrittiva del modello è esogeno può diventare endogeno in una lettura prescrittiva del modello stesso e viceversa (per es. il reddito e la spesa pubblica nel modello keynesiano).

Ora il nostro modello – che assumiamo come prescrittivo – è naturalmente il modello costituzionale, nel suo complesso sistema normativo che disciplina il circuito politico-rappresentativo con tutti i suoi corollari. Le variabili – supposte *esogene* dal titolo della nostra sessione – rispetto alle quali ci stiamo interrogando sono l'emergenza, i vincoli finanziari e la tecnica.

Tutte le relazioni presentate riflettono opportunamente in modo più o meno esteso intorno alla natura di queste variabili, complessivamente e genericamente definibili per ora come limiti alla produzione normativa, e dunque come limiti alle decisioni politiche. Ma qual è la natura di questi limiti? Quale il loro fondamento?

Per far dialogare le relazioni considero la tripartizione proposta da Anna Alberti in riferimento ai vincoli finanziari e la estendo poi anche agli altri fattori.

Le ipotesi che in astratto si possono configurare sono tre:

1. i limiti in esame sarebbero quelli posti dal diritto positivo, e quindi, in quanto tali, sarebbero fattori endogeni al modello: sarebbero *norme*, e quindi, a loro volta, prodotti di processi di integrazione politica;
2. i limiti in esame sarebbero imposti dalla "natura delle cose", e quindi, in quanto tali, sarebbero effettivamente fattori esogeni in senso proprio: sarebbero *fatti* che s'impongono in quanto tali ai processi di integrazione politica;
3. i limiti in esame, infine, sarebbero fattori endogeni, ma

deriverebbero a loro volta da *altro*, sarebbero effetti necessari (magari di altre decisioni adottate *altrove*), e quindi avrebbero una natura esogena, per così dire, di secondo grado.

In riferimento ai vincoli finanziari, in particolare, Alberti dubita sin dall'inizio che questi possano essere pianamente qualificabili come fattori esogeni *tout court*: «cosa si vuole intendere con la formula "fattore esogeno"? si può convenire che sia tale qualsiasi interesse, valore, istanza, esigenza, urgenza, questione, problema, rivendicazione, ecc., che riesca a farsi valere nei confronti dell'organo della produzione normativa orientandone le scelte di normazione. La domanda di fondo, però, è se esistano fattori esogeni di tal fatta, che riescano a imporsi in modo immediato, senza il filtro della mediazione politica, senza cioè la loro trascrizione in termini di indirizzo politico. La risposta scontata parrebbe quella negativa. Ciò che è esogeno al sistema normativo è introiettato nell'ordinamento per il tramite della direzione politica ed è difficile immaginare altri canali. E tuttavia, la categoria dei "vincoli finanziari" sembra prestarsi a considerazioni di ordine differente. Ma…solo in parte può attagliarsi a essi il carattere della esogeneità». È la terza ipotesi, dunque, a suscitare il particolare interesse nella ricostruzione della relatrice.

La tripartizione sopra ipotizzata bene si presta ad analizzare i vincoli finanziari, ma si può applicare anche alle premesse del discorso di Giuliano Serges, in riferimento al fattore emergenza. Serges prende posizione rispetto a queste tre ipotesi enunciandole, con espressioni differenti ma con contenuti essenzialmente analoghi, quando circoscrive l'oggetto della sua ricerca: «Mi pare (…) che il termine "esogeno" … debba intendersi come riferito non già a fonti del diritto *extra ordinem*, [l'ipotesi 2 della tripartizione sopra indicata], bensì, piuttosto, ad elementi fattuali che provocano conseguenze sulla produzione normativa, vuoi perché incidono sui procedimenti deliberativi del soggetto normatore, che decide di assumere taluni elementi come – diciamo così – "parametro" autoimposto di ragionevolezza dell'atto giuridico (come avviene, ad esempio, quando si adotta una certa limitazione della libertà di circolazione perché essa è suggerita dal parere di un comitato tecnico-scientifico, e tanto basta – secondo chi adotta l'atto – per renderla "costituzionalmente tollerabile") [l'ipotesi 3], vuoi perché sono le stesse fonti del diritto a prevedere che quegli elementi fattuali influenzino l'evoluzione del sistema delle fonti (…), come avviene, ad esempio, con l'urgenza in relazione al decreto-legge [l'ipotesi 1]». Anche in questo caso, dunque, è la terza ipotesi a venire in primo piano. Con le parole del relatore: «il vero "fattore esogeno" di condizionamento del sistema delle fonti è non tanto l' "emergenza" ma, piuttosto, il *fatto emergenziale*, inteso dunque non già come fonte-fatto *extra ordinem*, bensì quale accadimento straordinario (e per ciò emergenziale) cui l'ordinamento consente, a certe condizioni, di influire nel processo deliberativo che

conduce alla creazione od all'applicazione di norme, anche determinando esiti che, rispetto all'ordinario svolgersi della produzione normativa, possono essere definiti, in qualche misura, anomali. (…) l'emergenza…sembrerebbe costituire una sorta di formula sintetica con la quale indicare (e, al contempo, fornire una "veste giuridica", un *nomen iuris* a) tutto quel complesso di fenomeni che attengono all'affiorare del fatto emergenziale, al suo influire sui meccanismi di produzione giuridica e agli esiti prodotti da tale influenza…l'emergenza è *il regime* (giuridico) del fatto emergenziale».

Nella relazione di Cecilia Siccardi la questione della natura di questi limiti alla produzione normativa – che nel suo caso riguardano in particolare la tecnica – emerge quando la relatrice si riferisce alla necessità costituzionale di un raccordo tra potere legislativo e sapere tecnico-scientifico, necessità che è stata individuata in via successiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale quale presupposto essenziale del rispetto del principio di ragionevolezza. Da ciò si dovrebbe allora dedurre che esisterebbe un vincolo giuridico – che prende la forma del principio di ragionevolezza specialmente nella sua accezione di rapporto mezzo/fine nel caso della tecnica – che con gradualità e intensità differenti a seconda dei casi costituisce limite alla produzione normativa [saremmo dunque anche in questa ricostruzione nella terza ipotesi rispetto alla classificazione sopra proposta: il principio di ragionevolezza quale principio giuridico si fonda infatti su argomenti che si servono di dati esterni: qui il sapere tecnico-scientifico]. Con le parole della relatrice: «La necessità costituzionale di un raccordo tra potere legislativo e sapere tecnico-scientifico è stata individuata in via successiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale, quale presupposto essenziale del rispetto del principio di ragionevolezza. Più precisamente è possibile tenere distinti tre ambiti di riferimento. In primo luogo, nei settori a contenuto tecnico-scientifico, la Corte costituzionale è arrivata ad affermare il principio di ragionevolezza scientifica. In alcune notissime pronunce in ambito medico-sanitario, tra le quali la sentenza n. 282 del 2002 rappresenta solo il *leading case*, si legge 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 a ciò deputati (…) o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica". Sussiste, dunque, un vincolo procedurale che impone al legislatore di fondare le proprie scelte su conoscenze tecnico-scientifiche, reperibili presso istituzioni o organismi riconosciuti. Lo stesso principio è stato ribadito in numerose altre pronunce, tra cui la sentenza n. 162 del 2014 che, dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, sembra mettere ben in luce l'intima connessione

tra principio di ragionevolezza scientifica e la tutela dei diritti. Il legislatore deve infatti tener conto "degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta" (…). In secondo luogo, vengono in rilievo quelle norme che non incidono direttamente su settori a contenuto tecnico-scientifico, ma sono "guidate" dalla scienza. Tale circostanza può dirsi esplosa durante il periodo pandemico, in cui le conoscenze scientifiche veicolate principalmente tramite le decisioni di organi tecnici hanno coinvolto ogni ambito della vita sociale, incidendo su diritti costituzionalmente garantiti: sulla libertà personale (art. 13 Cost.), sulla libertà di riunione (art. 17 Cost.), sulla libertà di circolazione (art. 16 Cost.), sul diritto allo studio (art. 34 Cost.), sulla libera iniziativa economica (art. 41 Cost.); diritti costituzionali limitati da norme "guidate" dal sapere dei tecnici, in nome della necessaria tutela "urgente" del diritto alla salute (art. 32 Cost.). Pertanto in tali settori il vincolo di ragionevolezza scientifica imposto al legislatore si attenua, dovendo il legislatore effettuare un bilanciamento tra le indicazioni provenienti dalla scienza e la tutela degli altri diritti costituzionalmente coinvolti. Infine, deve tenersi in conto che anche negli ambiti che non sono strettamente a contenuto tecnico-scientifico, viene in rilievo il principio di ragionevolezza che impone al legislatore una valutazione consapevole dei fatti oggetto di regolamentazione, la quale sarà più efficiente se operata mediante la guida di tecnici esperti. È probabile, infatti, che norme non al passo con il sapere tecnico-scientifico in qualsiasi ambito rischino di essere irragionevoli e pertanto lesive dei principi costituzionali».

Mi permetto qui di riprendere anche considerazioni presenti nella relazione introduttiva di Andrea Cardone che mi sembrano andare nella medesima direzione quando il relatore ricorda le origini delle trasformazioni subìte dal modello costituzionale in materia di politica economica ed evoca il programma – maturato in ambienti culturali diversi, ma tutti accomunati dalla critica al keynesismo – di utilizzare le fonti del diritto caratterizzate dai requisiti della rigidità e della sovraordinazione gerarchica al fine di ingabbiare l'azione dei pubblici poteri in materia fiscale all'interno di una griglia di vincoli definiti *ex ante* e, in particolare, di "*fiscal rules*"; queste ultime definite come norme dirette a limitare la discrezionalità del decisore politico attraverso una dinamica intensa della loro «incorporazione» in fonti rigide e di rango sovraordinato. Fattori esogeni incorporati in vincoli giuridici, dunque: fattori endogeni solo formalmente, si potrebbe forse dire.

Ora, in questo quadro generale, il ricorso alle espressioni fattori *esogeni* e

fattori *endogeni* sembra celare un equivoco dal punto di vista di un ordinamento giuridico: la dicotomia endogeno/esogeno non è del tutto corretta, in quanto applicata a un ordinamento giuridico, perché l'attribuzione del carattere della esogeneità o della endogeneità dei limiti ai processi di produzione normativa non dipende da una loro presunta natura, in sé e per sé considerata, ma dipende *dal modo con cui viene percepita la causa della loro forza prescrittiva*.

Tali limiti cioè fanno sempre riferimento a un insieme di norme, indipendentemente dal modo in cui tali norme vengono comprese, sia da parte degli scienziati sociali che intendono spiegarle sia da parte degli appartenenti al gruppo politico che sono tenuti a osservarle. Si tratta in ogni caso di un insieme di norme (qualunque ne sia l'origine) che sta nelle menti di individui. Se così è ne deriva che non ha senso contrapporre il concetto di fattore esogeno a quello di vincolo giuridico (fatto *vs* norma), essendo il primo solo una reificazione del secondo. Dire che una norma riflette, descrive, incorpora un fattore propriamente esogeno non muta la considerazione che essa consiste in una norma e non in un fatto. E in modo del tutto simmetrico: anche se sosteniamo che i limiti di cui stiamo parlando sono norme (fattori endogeni al modello), queste norme hanno comunque a che fare con fatti, solo che qui i fatti non sono la causa della prescrittività delle norme, ma sono l'effetto delle norme stesse[15].

Vale la pena di sottolineare che quanto ora chiarito non vale solo per i limiti alla produzione normativa di cui qui ci occupiamo, ma vale per qualunque fonte del diritto, come aveva già ben chiarito Bobbio[16]. Vi sono infatti nel linguaggio giuridico almeno due modi d'intendere l'espressione «fonte di diritto», ora come «fonte di derivazione» di una regola, ora come «fonte di qualificazione»: «la differenza fondamentale fra l'una e l'altra fonte è che la prima può essere costituita da un fatto o da una serie di fatti, la seconda è sempre costituita da una norma. Una regola, in quanto la si consideri come un fatto, deriva da un altro fatto; ma riceve la sua validità in un sistema per opera di un'altra norma. Se non si facesse questa distinzione non si capirebbe perché regole aventi la stessa fonte di derivazione non siano allo stesso modo valide in un sistema, perché, ad esempio, l'equità produca regole, ma non tutte le regole prodotte dall'equità siano valide in un certo ordinamento, bensì soltanto quelle a cui una norma del sistema attribuisce la qualifica di norme giuridiche. Analogamente, il comportamento costante, uniforme, generale dei

[15] Ha chiarito questo equivoco, con riferimento al concetto di costituzione, M. DOGLIANI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, diretta da S. Patti, vol. 4, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, spec. 531.

[16] N. BOBBIO, *La natura delle cose*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, 198 ss.

consociati produce regole di condotta, ma, affinché queste regole siano riconosciute valide in un certo sistema giuridico, occorre che nel sistema vi sia una norma, non importa se esplicita o implicita, che attribuisca alla consuetudine valore di fonte del diritto. In altre parole, l'esistenza di fatto di una consuetudine non coincide con la sua esistenza di diritto, cioè con la sua validità. Perché una consuetudine esista come fatto, basta che venga constatata; perché esista come diritto è necessario che sia riconosciuta come norma valida di un sistema, cioè bisogna risalire alla sua fonte di qualificazione»[17].

La questione, dunque, ruota intorno al rapporto, al passaggio, tra fonte di derivazione e fonte di qualificazione. Se ne deve concludere che i limiti di cui ci occupiamo sono sempre atti normativi, perché non possono non fare riferimento a un insieme di norme. La dicotomia esogeno/endogeno deve essere intesa nel senso che la norma che sancisce il limite può essere intesa come atto meramente ricognitivo di un fatto o come atto costitutivo di un fatto. Ma sempre di norma si tratta.

Così mi sembra di poter interpretare le parole di Serges sopra citate secondo cui «il vero "fattore esogeno" di condizionamento del sistema delle fonti è non tanto l'"emergenza" ma, piuttosto, il *fatto emergenziale*, inteso … non già come fonte-fatto *extra ordinem*, bensì quale accadimento straordinario (e per ciò emergenziale) cui l'ordinamento consente, a certe condizioni, di influire nel processo deliberativo che conduce alla creazione od all'applicazione di norme, anche determinando esiti che, rispetto all'ordinario svolgersi della produzione normativa, possono essere definiti, in qualche misura, anomali». E le parole di Alberti laddove afferma che «per quanto concerne i vincoli finanziari esistenti per effetto di creazioni normative, bisognerebbe chiedersi se il diritto li abbia posti obbedendo a esigenze oggettive imprescindibili, sicché alla fine sarebbe una giuridicizzazione dettata da spinte extra-giuridiche impostesi per via di fatto e alle quali il diritto si sarebbe solo adeguato, onde evitare conseguenze indesiderate».

Quindi la vera questione non è tanto se questi limiti sono fattori esogeni o endogeni: perché sono entrambe le cose a seconda del punto di vista che assumiamo: è una questione di rapporto logico e cronologico tra fonte di derivazione e fonte di qualificazione, o, altrimenti detto con categorie a noi maggiormente usuali, di *rapporto tra attività di indirizzo politico e atti di diritto pubblico (che da quella sono preceduti, logicamente e cronologicamente)*. Si tratterebbe, dunque, di fattori che si collocano propriamente sul confine lungo il quale «*lex e potestas convertuntur*»[18].

[17] *Ibidem*, 205-206.

[18] Cfr. M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Digesto*, vol. VIII Pubblicistico, UTET, Torino, 1993, ora in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2015, 254-255, secondo il quale infatti la teoria dell'indirizzo politico descrive l'attività che determina i fini politici dello Stato

Ma, ecco il punto, per riprendere le considerazioni introduttive: sono atti di diritto pubblico in quanto sintomi di effettivo esercizio di attività di indirizzo politico o sono atti di diritto pubblico meramente ricognitivi di fatti che si impongono come tali al legislatore politico?

Riconoscere rilevanza giuridica all'attività di indirizzo politico significa riconoscere, in ultima analisi, che lo Stato non è un ente a fini necessari[19]. La funzione di governo e l'indirizzo politico – come ci hanno insegnato i nostri Maestri – rappresentano precisamente i concetti con i quali la dottrina costituzionalistica italiana ha assunto la consapevolezza della variabilità politica dei compiti costitutivi degli Stati, storicamente considerati[20]. Sotto questo punto di vista sono concetti collegati con la teoria della costituzione in senso

e il rapporto tra questi e le norme giuridiche sul piano del diritto positivo. Il concetto di indirizzo politico «fa emergere e consente d'indagare il rapporto tra gli organi, i procedimenti e gli atti (considerati nella perfezione giuridica che attribuisce loro validità) attraverso cui opera lo stato di diritto», da un lato, e «i soggetti, i processi e le manifestazioni di volontà attraverso cui si forma la decisione politica che è in essi racchiusa e che ne ha determinato in concreto la produzione», dall'altro. In questo senso «il concetto di indirizzo politico costituisce il raccordo tra il punto di vista giuridico, avente ad oggetto lo stato, e il punto di vista politologico, avente ad oggetto il sistema politico: è la categoria che consente di attribuire rilievo giuridico a quest'ultimo in quanto mantiene nell'ambito della scienza del diritto la consapevolezza che lo stato può essere osservato da due punti di vista diversi: *sub specie legis*, come ordinamento giuridico, e *sub specie potestatis*, come sistema politico. Punti di vista diversi ma non contraddittori in quanto separati da un confine lungo il quale *lex et potestas convertuntur*».

[19] M. DOGLIANI, *Introduzione*, in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, cit., XXXI.

[20] *Ibidem*, XXIX-XXXI: «I concetti di funzione di governo e di indirizzo politico si ricollegano e si ispirano … a quel gruppo di teorie che in Europa, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, configurano un nuovo modello di politica non riconducibile ai due tradizionali modelli dicotomici: né a quello per cui la politica esprime un ordine che deriva dall'ordine della natura, né a quello per cui essa instaura un ordine artificiale (hobbesianamente razionale) contro il disordine della natura. Quando l'Europa presenta la contestuale vigenza di stati liberali, di (conati di stati) liberaldemocratici (Weimar), di stati socialisti, di stati fascisti (…), la teoria dello Stato come ente a fini necessari va in frantumi, così come, con la rivoluzione francese, era andata in frantumi la teoria dello Stato come ente a organizzazione necessaria (…). Questo gruppo di teorie che accompagnano lo Stato novecentesco sono tra di loro molto diverse, e vanno dall'istituzionalismo alla teoria dell'integrazione al decisionismo (…) al normativismo alle teorie sovietiche del diritto: si può dire che sono accomunate dall'essere il prodotto della perdita, da parte del positivismo giuridico, dell'ultimo nesso che ancora lo collegava – attraverso soprattutto l'influenza della "scuola storica" – alla tradizione giusnaturalistica, nella misura in cui questa rappresentava la credenza (anche solo implicita) della continuità tra ordine sociale (naturale e culturale) e diritto positivo. Sono le teorie conseguenti all'ormai compiuto passaggio alla concezione dello stato come gruppo politico in senso weberiano, di cui non può essere individuato alcun fine come necessario e proprio. Lo stato identificato attraverso il suo specifico mezzo (l'uso della forza) è uno stato i cui fini dipendono da una serie di fattori che sfuggono ad una dimostrazione razionale: non sono deducibili da premesse di verità (da teorie dell'ordine politico conseguenti a concezioni generali dell'uomo e della società) interne alla sua stessa definizione, ma sono solo osservabili nel loro concreto affermarsi. Non esiste più alcun ordine, né naturale né artificiale (culturale), da cui si possa dire che discendono quei fini e le regole giuridiche che li fissano: in questo senso le teorie in esame possono essere definite, in relazione a quelle storicamente precedenti, come teorie a-razionali dello stato e del diritto».

materiale, perché quest'ultima può essere intesa come la teoria della variabilità del «portatore» della costituzione concreta, cioè del soggetto reale che dà vita allo Stato[21].

2.1. I vincoli finanziari

Per rispondere alla domanda che abbiamo posta proviamo allora a seguire un po' più da vicino le relazioni. Alberti, svolgendo la sua tripartizione, annovera tra i vincoli giuridici che pongono vincoli finanziari il principio della separazione tra politica monetaria e politica fiscale (e cioè l'indipendenza della Banca Centrale Europea), che fonda il regime della *monetary dominance*, in forza del quale la politica monetaria non può considerarsi ancella delle politiche fiscali (soprattutto perché la BCE non è tenuta ad assecondare con espansioni monetarie le decisioni di *deficit spending* degli Stati). È noto peraltro che l'art. 123 TFUE fissa il divieto di monetarizzare il fabbisogno governativo di spesa degli Stati. Quindi per finanziare la spesa pubblica gli Stati hanno solo due possibilità: tassazione e indebitamento (e naturalmente alle condizioni stabilite da altre *fiscal rules*).

Ora, secondo una parte della dottrina, questi vincoli giuridici sarebbero del tutto conformi al nostro modello costituzionale dal quale si ricaverebbero gli stessi principi fondativi delle *fiscal rules* (rientreremmo pertanto pienamente, secondo questa dottrina, nella prima ipotesi sopra indicata): il principio della responsabilità finanziaria, quello dell'equità intergenerazionale, quello della tutela del risparmio. Ne conseguirebbe che la lotta alle diseguaglianze (che assumiamo come "ragione sociale" complessiva del nostro modello costituzionale) non potrebbe che essere realizzata prevalentemente attraverso il metodo della tassazione progressiva: modello prescrittivo – vincoli finanziari come fattori endogeni, dunque.

Al di là delle critiche puntuali che la relatrice avanza rispetto a queste tesi – e alle quali qui si fa rinvio (in estrema sintesi: la lotta alle diseguaglianze non si persegue con le *fiscal rules*; il dilagare della disoccupazione di massa è un fenomeno cui non si può certo porre rimedio soltanto mediante lo strumento dell'imposizione fiscale progressiva, considerato che le politiche fiscali re-distributive sono strutturalmente inidonee a produrre i medesimi effetti delle politiche fiscali espansive) – il punto che qui interessa particolarmente è che, secondo Alberti, tali vincoli finanziari sarebbero sintomo di una endogeneità parziale, o comunque spuria, perché in ultima analisi il nostro modello non impedirebbe di per sé di accompagnare le politiche fiscali con azioni di

[21] Ho approfondito questo profilo in I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*. Atti del XXXI Convegno annuale, Trento, 11-12 novembre 2016, Jovene, Napoli, 2017, 329 ss.

politica monetaria: ciò che lo impedisce è l'esigenza di assicurare la stabilità finanziaria. Infatti il vero fondamento delle *fiscal rules* è la necessità di assicurare la capacità degli Stati di indebitarsi in maniera sostenibile, cioè di reperire nei mercati dei capitali risorse finanziarie a tassi sostenibili: «in particolare, l'instabilità finanziaria si ha quando i tassi d'interesse sul debito pubblico crescono in maniera eccessiva e si riduce la fiducia degli investitori sulla solvibilità dello Stato; questo calo di fiducia, a sua volta, provoca l'aumento dei tassi d'interesse poiché induce gli investitori a richiedere un più alto premio di rischio, innescando così un circolo vizioso che può mettere seriamente a repentaglio la finanza pubblica nazionale. Di qui, l'esigenza di *fiscal rules* finalizzate a contenere le politiche di spesa, onde limitare il disavanzo e il conseguente indebitamento». Del resto la funzione del Meccanismo Europeo di Stabilità è proprio quella di fungere da prestatore di ultima istanza, a condizioni rigorose, svolgendo quel ruolo precluso alla BCE. Infatti la base giuridica del nuovo meccanismo europeo di stabilità è l'art. 136, par. 3, TFUE, il quale si riferisce proprio al principio di stabilità finanziaria e salvaguardia dell'Eurozona e non già all'art. 122, par. 2, che fa leva invece sul principio di solidarietà.

Ma – ecco il punto essenziale per Alberti – «a generare i rischi di instabilità finanziaria non sono le politiche di disavanzo in sé e per sé considerate, ma il fatto che esse siano realizzate in un regime basato sulla separazione tra una politica monetaria accentrata e tante politiche fiscali nazionali». Ne deriva che «le *fiscal rules* sono, in altre parole, un corollario del principio di indipendenza del banchiere centrale... Infatti, uno Stato che s'indebita in una moneta di cui non controlla l'emissione sarà sempre a rischio di solvibilità».

La misura con cui la politica monetaria della BCE sostiene o non sostiene il mercato dei titoli di Stato determina in buona parte il "rischio Paese". Lo dimostra il fatto che grazie al supporto delle politiche monetarie di *Quantitative Easing* alla sospensione del patto di stabilità e crescita non ha fatto seguito una forte instabilità finanziaria (si pensi che negli ultimi due anni la BCE ha acquistato tutto il debito pubblico italiano di nuova emissione). Ma è solo di qualche giorno fa l'annuncio di una stretta da parte della BCE già a partire dal mese di luglio per far fronte all'aumento dei prezzi. Vedremo.

Per quel che ci riguarda, se ne deduce dunque che lo spazio di esercizio dell'indirizzo politico (in questo caso finanziario) è fortemente limitato sì da vincoli giuridici, ma che a loro volta devono tener conto in ultima analisi delle decisioni della BCE, e, più in generale, dell'esigenza di assicurare la tenuta dell'Unione Economica e Monetaria (oltre che delle condizioni materiali della produzione nazionale, come accenna in chiusura la relatrice, che sono condizioni materiali in senso proprio e da cui dipende l'ammontare delle esportazioni di un Paese e dunque la sua bilancia dei pagamenti con l'estero).

2.2. L'emergenza

Analoga contrazione dello spazio dell'indirizzo politico consegue dall'analisi proposta da Serges in riferimento alle condizioni di legittimità dell'atto urgente e a quella che lui definisce la sua "funzione priorizzatrice".

In estrema sintesi Serges sostiene che a far scattare un *obbligo giuridico* di intervenire, *e di intervenire anche derogando, eccependo, sospendendo o, comunque sia, diversamente bilanciando diritti e principii*, è la sussistenza di una situazione di fatto che, in assenza di un intervento *difforme, nella forma o nella sostanza, dal diritto "ordinario"*, produce, sul piano giuridico, una situazione di *maggiore illegittimità*. E tale obbligo giuridico troverebbe il suo fondamento in un principio generale dell'ordinamento (che in ultima analisi costituisce una manifestazione del principio di legalità costituzionale) secondo cui ogni atto compiuto all'interno dell'ordinamento non può che tradursi in una *riaffermazione* dei suoi principî e dei suoi diritti, giammai in una *negazione* (come invece avviene quando si teorizza l'atto urgente come "atto antigiuridico") neanche quando tali principî o diritti vengono, per qualche ragione, "limitati".

Ebbene, dice Serges, quando nel bilanciamento – attività propriamente politica – si inserisce il "fattore tempo", il bilanciamento stesso, per così dire, si snatura e non valgono più le norme ordinarie di ragionevolezza che devono guidare il legislatore. Per esempio, non vale più la regola secondo la quale tra le entità poste in bilanciamento dovrebbe prevalere quella più pesante (scontato l'esempio dell'equilibrio di bilancio e dei diritti incomprimibili, come sostenuto dalla Corte costituzionale[22]). Quando il bilanciamento è correlato al "fattore tempo" l'esigenza non è quella di stabilire quale dei due elementi debba prevalere, ma se ve ne sia uno dei due che necessita di un soddisfacimento immediato (anche, ad esempio, ai fini della sua conservazione nel tempo, così da poter poi stabilire, al momento debito, se esso prevalga o no rispetto all'altro elemento). La funzione dell'atto urgente è quella di «mettere in salvo l'elemento più periclitante o comunque di soddisfare, sia pure solo provvisoriamente e parzialmente, quello che può aspettare di meno (eventualmente anche facendo prevalere l'interesse economico su un diritto sociale se nell'imminenza è il primo a rischiare di più)». Gli esempi riportati chiamano in causa la giurisprudenza costituzionale al tempo della crisi economica: la Corte, riconosciuta la rilevanza costituzionale dei due interessi in gioco (risanamento delle istituzioni, da un lato, e tutela dei diritti fondamentali, dall'altro), si è mossa non già nell'ottica della prevalenza o del contemperamento,

[22] Peraltro cfr. già M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995, 126, che per primo aveva già parlato di «bilanciamento ineguale» quando si bilanciano esigenze finanziarie e diritti fondamentali.

che è quella tipica del bilanciamento *stricto sensu*, bensì in quella che potremmo definire, per l'appunto, della priorità, dando immediato appagamento all'interesse più "pressante" sul piano istituzionale e rimandando a un futuro (ed eventuale) soddisfacimento l'altro, senza escludere – e, anzi, in taluni casi affermando – che, alla "resa dei conti", l'interesse che, in situazione d'urgenza, era risultato recessivo, possa finire, invece, per prevalere.

Ebbene questa "funzione priorizzatrice" non corrisponde forse alla funzione di selezione dei fini politici nella quale si realizza l'attività d'indirizzo politico? E tale funzione non dovrebbe essere tanto più politica – e cioè libera nei fini – proprio in tempi di crisi o di fronte a fatti emergenziali?

Dire che il legislatore è giuridicamente limitato da una norma (che Serges, come detto, riconduce in ultima analisi a un'espressione della legalità costituzionale) che imporrebbe la funzione priorizzatrice del fatto emergenziale non significa pretendere che il legislatore stesso motivi la sua decisione e, a valle, che la sua decisione sia subordinata a un controllo di ragionevolezza sotto questo profilo?[23]

2.3. La tecnica

Per evidenti ragioni, qui il discorso consente di sovrapporre le riflessioni di Serges con quelle di Siccardi. Le domande che dobbiamo porci possono infatti così proseguire: chi e come decide, in ultima analisi, se di fronte a un fatto emergenziale come una pandemia debba essere data priorità alla salute o ad altri beni di rilievo costituzionale? E poi, quale salute? E poi ancora, la salute di chi? La salute fisica delle persone fragili o la salute psichica degli adolescenti? Solo per fare un esempio tra i tanti emersi nell'acceso dibattito di qualche mese fa.

Possiamo pensare di giuridicizzare a monte e poi giurisdizionalizzare a valle questa fase del processo di produzione normativa che precede l'assunzione degli atti di diritto pubblico in senso proprio? Siamo sicuri di voler sottrarre alla lotta politica questa funzione priorizzatrice?

Durante la pandemia virologi e giuristi, filosofi e politici, intellettuali e cittadini comuni hanno fatto a gara per partecipare a una discussione nella quale *il presupposto implicito sembrava essere diventato la necessaria giustificazione della decisione politica con buoni argomenti. E buoni sono diventati per lo più gli argomenti fondati sulla scienza e sulla tecnica, su dati ritenuti incontrovertibili che, in quanto tali, neutralizzano il conflitto e irrigidiscono la sfera*

[23] Ho approfondito la problematica questione della motivazione della legge in I. MASSA PINTO, *Il costituzionalismo è vittima o carnefice delle attuali tendenze autodistruttive del sistema? Primi pensieri intorno all'eclissi del dualismo tra principio di causalità e principio d'imputazione*, in *Costituzionalismo*, 3/2021, reperibile all'indirizzo https://www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/Fasc3-2021-1.-Massa-Pinto.pdf.

dell'indecidibile, sul presupposto che tali buoni argomenti siano riconducibili alla Costituzione.

La discussione che deve condurre alla giustificazione del comando politico è divenuta parte di un più generale atteggiamento di vera e propria *idolatria costituzionale*, dove però il riferimento alla Costituzione e al costituzionalismo, qualunque concetto possa veicolare oggi questa parola, si riduce spesso a un vago quanto logoro mantra, come se quel che ricaviamo dalla Costituzione non fosse un prodotto umano, voluto, ma qualcosa che sta fuori, un dato extra-sociale, appunto, per riprendere le considerazioni annunciate in premessa. Laddove il comando politico non può essere giustificato – per lo più attraverso giudizi di ragionevolezza[24] – esso diviene automaticamente incostituzionale. *Incostituzionale* è divenuto sinonimo di *non giustificabile con argomenti (ritenuti) ragionevoli (dall'interprete),* a prescindere da riferimenti puntuali al testo della Costituzione stessa[25].

Se c'è una lezione che la pandemia ci sta insegnando è che, a dispetto di tutte le retoriche intorno al potere come forza gentile di *governance*, la politica deve riprendere la sua funzione di comando nei confronti di tutti i sottosistemi che naturalmente tendono all'autonomia, e cioè tendono a rifuggire dal comando stesso, compresa la tecnica.

L'indebolimento dell'efficacia del comando sovrano causato dalla sua

[24] Per limitarci alla letteratura prodotta a ridosso della stretta attualità, il contributo più significativo è quello di A. MANGIA, Si caelum digito tetigeris. *Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivistaaic.it*, 3/2021, reperibile all'indirizzo https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2021_21_Mangia.pdf («…nel mondo del diritto – che dovrebbe essere un mondo razionale – questi saperi settoriali, se applicati ad una determinata fattispecie, piuttosto che "fede", generano qualcosa di più preciso, che va sotto il nome di "accertamento tecnico", presente in tutti i settori dell'ordinamento. Nel processo, civile e penale, entra nella forma della "consulenza" o dell' "accertamento tecnico" disposto dal giudice. Nel procedimento e nel processo amministrativo l'accertamento entra con il nome di "valutazione tecnica" (art. 17 l. 241/1990), intersecandosi con la questione della discrezionalità. E anche nel procedimento legislativo la tecnica, e i suoi accertamenti, entrano a pieno titolo, almeno da quando la Corte costituzionale, a far data dalla dec. 282/2002 (rel. Onida), ha affermato che, in materia sanitaria, l'attività del legislatore è condizionata dalle risultanze tecnico-scientifiche. E cioè dal sapere di settore» (433-434). E ancora: «Quel che è certo è che, dopo la dec. 282/2002, è soltanto banale dire che in materia sanitaria la discrezionalità del legislatore è condizionata dalle risultanze tecniche, e che in queste risultanze la funzione legislativa trova un limite interno» (435). Di «riserva di scienza» hanno scritto 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 e G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

[25] La letteratura sul punto è sterminata ed è evidentemente legata al tema della forma argomentativa di applicazione giuridica delle norme aventi la struttura di principi. Nonostante gli sforzi per assegnare un certo rigore a questa forma argomentativa (già a partire da L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1985, 65-103), la prassi giurisprudenziale e le interpretazioni dottrinarie sono ormai sintomi del fatto che il «diritto mite» non può che essere «diritto incerto» (così R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 513-525).

ricercata giustificazione – attraverso pretesi argomenti tecnico/giuridici ricondotti poi alla Costituzione e al costituzionalismo – contiene un rischio micidiale: fino a che punto l'obbligazione politica è in grado di reggere in quanto tale? Nel campo dell'ingegneria strutturale si parla di *tensione ammissibile* quando ci si riferisce al punto massimo di sforzo a cui si può sottoporre un edificio prima che crolli[26]. Ecco la tensione ammissibile dell'edificio costituzionale non può essere determinata sulla base di sofisticati calcoli di ingegneria strutturale, ma deve essere oggetto di saggezza politica, di quella φρόνησις aristotelica che deve guidare le scelte di coloro che hanno responsabilità pubbliche e intorno alla quale è indispensabile ricostruire fiducia nell'interesse del sistema complessivo.

Esiste ancora uno spazio in cui la politica può esercitare le sue scelte in ordine al nesso individuo-società-organizzazione del potere politico? L'espansione della sfera dell'indecidibile è da imputarsi a un ingombrante costituzionalismo che ha progressivamente divorato i suoi stessi presupposti?

L'idea del limite al potere politico, e dunque alla produzione normativa, come idea centrale del costituzionalismo viene ormai intesa nel senso che esisterebbe uno spazio nel quale il potere legislativo sovrano non può *volere* e, dunque, *produrre diritto in base a giudizi di valore*: uno spazio nel quale, in ultima analisi, sembrerebbe applicabile il principio di *causalità* – tipico delle scienze della natura – anziché quello di *imputazione* – tipico della scienza del diritto in quanto scienza sociale –[27].

Il progressivo sviluppo della scienza e della tecnica ha certo contribuito ad allargare questo spazio dell'indecidibile – come suole dirsi – che è stato sottratto alla ordinaria dinamica conflittuale tra parti portatrici di diverse visioni del mondo, il cui esito dovrebbe essere invece la produzione del diritto nelle forme appropriate attraverso procedure predeterminate. *Il presupposto di questo modo di ragionare è che ciò che è possibile è anche lecito, e dunque non può essere limitato/vietato dal potere politico; tutto ciò che non è giustificato con dati scientifici incontrovertibili non può essere imposto dal potere politico.*

Questa idea ha però finito per confondere i piani della natura e della società e ad attirare la scienza del diritto costituzionale tra le scienze della natura, mentre «…non è convincente l'idea che la piena realizzazione del costituzionalismo mandi veramente in soffitta l'ipotesi di un potere legislativo sovrano il quale, invece, muta semplicemente di grado, collocandosi sul piano della

[26] Lo spiegano molto bene M. LEVY – M. SALVADORI, *Perché gli edifici cadono, Bompiani, Milano, 1997, dove si racconta l'*aneddoto dell'*Empire State Building* che, nel 1945, resistette al crollo sebbene colpito per errore da un aereo statunitense.

[27] H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino, 2000, 207 ss.

legislazione costituzionale in luogo di quella ordinaria»[28]. Insomma, dire che il potere politico sovrano ha dei limiti, non significa necessariamente che questi limiti provengano da qualche altro sistema per il tramite della Costituzione, e che qualche interprete qualificato sia legittimato a disvelarli attraverso giudizi di ragionevolezza all'esito dei quali non resta che attribuire, in ultima analisi, un *effetto* a una *causa*, proprio come avviene nelle scienze della natura.

Si può dire che nella scienza del diritto, e proprio per il tramite (di una certa concezione) del principio di rigidità della Costituzione, si sia verificato un processo uguale e contrario a quello verificatosi nel mondo primitivo, per il quale non esisteva una separazione tra la sfera «della natura come ordinamento causale» e la sfera «della società come ordinamento normativo», cioè «fra due diverse maniere di collegare fra loro diversi elementi»[29]. Ma mentre gli uomini primitivi si servivano del principio di imputazione anche per spiegare i fenomeni naturali (in estrema sintesi: fatti dannosi sono imputati a comportamenti ingiusti, fatti vantaggiosi a comportamenti giusti), oggi gli scienziati del diritto (specie costituzionale) tendono a servirsi del principio di causalità per giustificare norme che, invece, in quanto tali, sono giudizi di valore (e che dunque non hanno bisogno di giustificazione ma solo di una conta numerica per essere valide)[30]. Se il dualismo «tra due diverse maniere di

[28] Così O. CHESSA, *Sovranità*, in C. CARUSO – C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna, 2021, 57, secondo il quale la tesi del «contenuto essenziale dei principi supremi», che anche la nostra Corte costituzionale ha fatto propria nella sentenza n. 1146 del 1988, «dev'essere riconsiderata», nel senso che se negli Stati Uniti «nessuno si sognerebbe di sostenere che [il *judicial review of legislation*] possa sindacare persino gli esiti della legislazione costituzionale», anche da noi «bisogna chiedersi se il potere giudiziale di far valere i principi supremi abbia una realistica probabilità di esercizio effettivo» (pp. 58-59). Come noto, la teoria dei controlimiti è tornata in auge nelle argomentazioni delle Corti sotto il profilo dei rapporti tra ordinamenti statali e sovranazionale (in argomento sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Gruppodipisa.it*, 2020, 1).

[29] H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 213.

[30] H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 211-212: «È sommamente probabile che l'uomo primitivo non si serva del principio di causalità per spiegare i fenomeni naturali, che all'idea della causalità, intesa come principio fondamentale della scienza della natura, si sia giunti in un grado di civiltà relativamente avanzata. Invero, l'uomo primitivo interpreta i fatti percepiti dai suoi propri sensi in base agli stessi principi che determinano i suoi rapporti con gli altri uomini, cioè secondo le norme sociali. È un fatto fondamentale che quando gli uomini vivono in gruppo con altri uomini, nella loro mente affiori l'idea che un comportamento è buono e un altro è cattivo, o in altri termini, che i membri del gruppo, in determinate circostanze, devono comportarsi in un determinato modo (…). E poiché esiste nella mente dell'uomo primitivo il bisogno di spiegare ogni cosa, un fatto considerato dannoso è interpretato da lui come punizione di un comportamento ingiusto, e un fatto considerato vantaggioso, è interpretato invece come ricompensa di un comportamento giusto. In altri termini: fatti dannosi sono imputati a comportamenti ingiusti, fatti vantaggiosi a comportamenti giusti. Se un fatto avviene, l'uomo primitivo non si chiede: «qual è la causa di questo?», bensì, «chi ne è responsabile?». Non è questa una interpretazione causale, ma una interpretazione normativa della natura, e, poiché la norma della retribuzione che determina le relazioni reciproche degli uomini

collegare fra loro diversi elementi è estraneo alla mentalità primitiva», e se «la moderna scienza della natura è il risultato dell'emancipazione dall'interpretazione sociale della natura»[31], la tendenza attuale è esattamente inversa: il dualismo è estraneo alla mentalità (post-moderna? tecnologica? a-politica?) dell'epoca presente perché questa si è emancipata dal principio di imputazione e «gli atti che indicano una prescrizione o una autorizzazione, o, ciò che è lo stesso, una norma»[32] sono considerati validi non in quanto giudizi di valore *voluti* dal potere politico sovrano, ma in quanto effetti necessari alla luce di date premesse, e dunque giustificabili sulla base di giudizi di ragionevolezza.

La fase della rivoluzione tecnologica che segna il tempo presente, con la straordinaria accelerazione della potenza dei suoi strumenti, il *machine learning* e il *deep learning*, è solo l'ultimo anello di un processo iniziato da decenni.

Ciò che in nome di questa concezione del costituzionalismo abbiamo distrutto è naturalmente il principio di rappresentanza e, per conseguenza, il principio di sovranità, che rende possibile il dualismo di cui sopra si è detto. È sorprendente allora osservare come i costituzionalisti oggi denuncino lo svilimento del ruolo del Parlamento, specie in questo straordinario tempo di emergenza, dopo decenni di mortificazione del principio rappresentativo. Come ci si può scandalizzare, oggi, se per la tenuta del sistema complessivo, si assiste a una vertiginosa verticalizzazione del potere? La crisi della legge, della rappresentanza, del Parlamento e della politica – di cui tanto soffriamo da decenni – sono anche la conseguenza di un non adeguato sostegno al loro difficilissimo dover essere.

Tutta la vicenda della elaborazione del PNRR di cui tanto si è occupata Siccardi, e di quelle che saranno le sue successive attuazioni, mi sembra confermare quanto qui sostenuto.

La puntuale e ricca ricostruzione elaborata da Siccardi sotto il profilo del coinvolgimento degli organi tecnici nei processi di produzione normativa si può sintetizzare con queste significative e assai sintomatiche parole: «L'operato degli organi tecnici e l'elaborazione di schemi di proposte di legge, *anticipano* l'iniziativa legislativa del Governo, la quale poi segue il canonico *iter* parlamentare». E in quel verbo «*anticipano*» che sta tutto!

A tal proposito è stato detto da più parti che il PNRR sarebbe espressione di indirizzo politico: un «"concentrato" di indirizzo politico», con le parole

è uno specifico principio sociale, noi possiamo chiamare quest'interpretazione una interpretazione socio-normativa della natura».

[31] H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 213.

[32] H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 210.

di Antonella Sciortino[33], «un atto di indirizzo politico di straordinaria portata», con le parole di Francesco Bilancia[34].

Il PNRR è un atto di diritto pubblico che è senz'altro un sintomo di un'attività di indirizzo politico, ma è un atto di diritto pubblico con cui si è deciso, per la sua portata quantitativa e qualitativa, di sospendere l'esercizio di attività di indirizzo politico per il futuro da parte degli Stati: questo è il punto sul quale bisogna forse soffermarsi quando si riflette sul nostro modello costituzionale di produzione normativa e sui suoi discostamenti.

Nel PNRR c'è un complesso e dettagliato sistema di programmi, piani e obiettivi; sono previsti puntuali progetti di riforma e articolati programmi di investimento, descritti secondo minuziose specificazioni di obiettivi, individuando i soggetti responsabili degli interventi, definendo i tempi di realizzazione, gli strumenti, le risorse, le modalità e le tempistiche di impiego dei finanziamenti e di adozione degli atti legislativi di disciplina delle riforme, definendone già la tipologia. Il tutto da realizzarsi in un arco temporale di sei anni secondo un assai stringente cronoprogramma[35]. Si è con questo escluso l'esercizio dell'indirizzo politico per i prossimi anni? Una possibile e condivisibile risposta è stata data: «…anche ad escludere che la natura del PNRR – salva però senz'altro la sua forza vincolante in merito agli impegni assunti al cospetto delle istituzioni UE e degli altri Stati-membri – possa implicare la obbligatorietà delle sue singole, specifiche, previsioni anche in relazione alla scelta dei tipi di atti normativi da adottare, è indubbio che tale opzione finirà comunque per imporsi in via di fatto, ridondando gli effetti del Piano ben oltre la definizione dei risultati previsti, almeno sul terreno del consolidamento di specifiche convenzioni costituzionali. Forme e mezzi di attuazione sembrano, in effetti, assumere natura prescrittiva essi stessi, in ciò dovendosi riconoscere però che l'aver ascritto qui tale documento tra gli atti di indirizzo politico o, comunque, espressione sostanziale (di rara pervasività) nell'attività tradizionale di indirizzo politico del Parlamento e del Governo, non è considerazione di per sé sufficiente a definirne, se non nell'essenziale, la vera natura. La complessità di un piano che prevede la realizzazione, con un

[33] A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi*, n. 18/2021, disponibile all'indirizzo https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=45768.

[34] F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility, *tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo*, n. 1/2022, disponibile all'indirizzo https://www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/1-2022-1.-Bilancia.pdf.

[35] In argomento cfr. soprattutto F. SALMONI, *Recovery fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. Attività di indirizzo politico o discrezionalità amministrativa?*, in *Rivista Aic*, n. 3/2022, disponibile all'indirizzo https://www.rivistaaic.it/; ID., *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Wolters Kluver CEDAM, Milano, 2021.

cronoprogramma definito in dettaglio, di quasi cinquanta riforme legislative e di una miriade di progetti per l'impiego di risorse finanziarie pari a quasi duecento miliardi di euro, in effetti, costituisce un'ipoteca sugli organi costituzionali di indirizzo politico almeno per la durata dell'arco temporale di riferimento che, estendendosi fino al 2026, copre parzialmente ben due legislature. La natura di tale atto – sarebbe meglio dire, descrittivamente, complesso sistema di atti – per quanto elaborato dalle istituzioni rappresentative nazionali, Parlamento e Governo, ripete i connotati formali e sostanziali dei documenti di cui si compone il procedimento del Semestre europeo, guardando soprattutto ai Piani Nazionali di Riforma che lo Stato adotta in esecuzione delle Raccomandazioni Country Specific della Commissione. E che si tratti di impegni assorbenti la più gran parte delle risorse politiche delle istituzioni rappresentative, per essersi queste vincolate per un così ampio periodo temporale, è dimostrato dalle necessarie procedure di monitoraggio dell'azione di governo rispetto ad obiettivi e scadenze, con particolare ulteriore attenzione alle conseguenti obbligate ricognizioni degli atti derivati di natura secondaria, genericamente definiti "decreti attuativi", abbiano questi la forma di DPCM, di decreti ministeriali o di regolamento del governo»[36].

3. Conclusioni: l'attuazione degli obiettivi costituzionali non può essere intesa in senso meramente esecutivo, richiedendo un'ulteriore attività di determinazione pienamente politica

Nella sua ampia relazione introduttiva Cardone si riferisce ai fattori di condizionamento della produzione normativa di cui ci stiamo occupando quali fattori che incidono, in quanto tali, sulla forma di governo, e opportunamente mette in luce le patologie della verticalizzazione nell'esercizio del potere e la marginalizzazione del ruolo del Parlamento dovuti proprio a questi fattori.

Nelle impressioni qui formulate a seguito della lettura delle relazioni presentate è sembrato più opportuno evidenziare che i fattori di cui ci stiamo occupando incidono più propriamente sulla forma di Stato, perché incidono sull'organizzazione del potere in quanto tale, e suscitano il dubbio che essi siano sempre di più concepiti come prodotti extra-sociali che s'impongono al legislatore politico in quanto tali. È del tutto evidente, infatti, che, una volta emerso il principio di eteronomia, nel senso accennato in apertura, diventa del tutto inutile la presenza di un Parlamento che esercita la funzione di rappresentanza politica prescritta dal modello costituzionale: un qualsiasi esecutore/tecnico può senz'altro provvedervi.

Allora ecco la mia conclusione: non si potranno curare i mali del sistema

[36] F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility, *tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, cit, 37.

delle fonti qui evocati fin tanto che non si prenderà atto che il problema sta a monte, sta nel venir meno dell'idea della fungibilità/variabilità dei fini politici dello Stato, e cioè del principio di rappresentanza politica, nel suo profondo significato. È la valorizzazione di questo principio che richiede un Parlamento nel quale si realizzi il processo d'integrazione politica secondo il modello prescritto dalla Costituzione.

Invano si cercherebbe una terapia contro le deformazioni in atto del sistema delle fonti nella Corte costituzionale, se non forse per le ipotesi più evidenti. Anzi, l'esperienza insegna che a volte le sentenze della Corte si sono risolte in strumenti per aggravare la malattia, per esasperare il principio di eteronomia.

Anche Cardone individua nella rimozione del conflitto la questione di fondo, ma poi attribuisce alle costituzioni pluraliste il compito di aver selezionato i fini politici una volta per tutte. Questa conclusione è però la negazione dell'attività di indirizzo politico, la quale, se è vero che deve essere attività che si svolge dentro il quadro costituzionale, non deve essere intesa come mera attività di esecuzione delle disposizioni costituzionali: l'attuazione degli obiettivi costituzionali non può essere intesa in senso meramente esecutivo, richiedendo un'ulteriore attività di determinazione pienamente politica. Se si dicesse che l'indirizzo politico consiste nella mera attuazione dei fini costituzionali, «si instaurerebbe un rapporto di tipo esecutivo tra norme costituzionali e politica, che è ampiamente criticabile…La scelta politica di fini è attività radicalmente diversa dalla deduzione di un significato da una norma»; «quando la costituzione deve essere attuata, ciò richiede una determinazione politica di volontà, e, attraverso essa, una specificazione del suo significato»[37].

In questo senso si è detto che il problema sta a monte: se è il principio di eteronomia a prevalere, non abbiamo più bisogno di un Parlamento, ma un mero esecutore tecnico e centralizzato può fare al caso nostro.

[37] M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., 225. Nello stesso senso M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria Politica*, 2015, 123 ss.