

## FASCICOLO N. 3/2024

*Contributi di* L. BUFFONI, A. CARDONE, P. CARETTI, M. CARLI, E. CATELANI,  
F. CERULLI, M. COGORNO, G.L. CONTI, G. DE MINICO,  
U. DE SIERVO, G. DI COSIMO, M. GIANNELLI, S. GRASSI,  
M.C. GRISOLIA, N. LUPO, M. PICCHI, A. PROZZO, O. ROSELLI,  
M. ROSINI, G. TARLI BARBIERI, A. VITALE

## **DIRETTORI SCIENTIFICI**

Paolo Caretti, Maria Cristina Grisolia (*Università degli Studi di Firenze*)

## **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*), 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 Rosselli (*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, Francesco Sanchini.

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

## EDITORIALE

P. CARETTI, M.C. GRISOLIA, <i>Omaggio a Enzo Cheli</i>	7
--	---

## SAGGI

L. BUFFONI, <i>Sulle libertà. Contro le dicotomie</i>	9
A. CARDONE, <i>Il procedimento di cui all'art. 138 Cost. come punto di emersione del modello costituzionale del sistema delle fonti</i>	43
P. CARETTI, <i>Il contributo di Enzo Cheli allo studio sulle fonti del diritto</i>	63
M. CARLI, <i>La buona qualità delle leggi regionali: un passo avanti</i>	73
E. CATELANI, <i>Valori e diritti in Costituzione: alla luce del riconoscimento del valore dell'attività sportiva in Costituzione</i>	79
G.L. CONTI, <i>La Costituzione al tempo della simbiosi uomo macchina</i>	109
G. DE MINICO, <i>Il fil rouge: dalla legittimità costituzionale all'ammissibilità referendaria della L.n. 86/2024</i>	135
U. DE SIERVO, <i>I mutamenti costituzionali</i>	155
G. DI COSIMO, <i>Il "limite naturale" delle riforme istituzionali</i>	161
S. GRASSI, <i>Prospettive delle fonti del "diritto per l'ambiente" nel nostro "Stato costituzionale"</i>	171
M.C. GRISOLIA, <i>Ragionando intorno all'art.138 Cost. Considerazioni sul metodo delle riforme</i>	191
N. LUPO, <i>Il paradosso dei tempi di esercizio del potere regolamentare del Governo: la maggiore flessibilità della legge rispetto al regolamento</i>	207

M. PICCHI, <i>La mancanza di dialogo fra legislatore e Corte costituzionale nella tutela del superiore interesse del minore</i>	219
O. ROSELLI, <i>Diritto costituzionale e metamorfosi sociali e fattuali. Una richiesta di aiuto ad Enzo Cheli</i>	257
M. ROSINI, <i>Il regolamento “generale” e gli altri regolamenti del Consiglio superiore della magistratura dopo la riforma Cartabia (l. 71/2022)</i>	273
G. TARLI BARBIERI, <i>Le riforme elettorali nel pensiero di Enzo Cheli</i>	293

## NOTE E COMMENTI

F. CERULLI, <i>A Sud e altri c. Italia: brevi considerazioni sul primo contenzioso climatico in Italia</i>	335
M. COGORNO, <i>La legge sul Made in Italy e la legge 152/2024 per una tutela “all’italiana” del patrimonio culturale intangibile: riflessioni a partire dalla Convenzione UNESCO del 2003</i>	357
A. PROZZO, <i>La delegificazione deformata: a proposito dell’“innovativo meccanismo” previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici</i>	389
A. VITALE, <i>La Corte di cassazione ricomprende nell’art. 270-bis del Codice penale, in tema di atti di terrorismo contro Stati esteri, anche condotte violente contro la popolazione civile in territori illegalmente occupati</i>	419





**EDITORIALE DEL FASCICOLO N. 3/2024**

**OMAGGIO A ENZO CHELI**

**PAOLO CARETTI, M. CRISTINA GRISOLIA \***

\* Direttori scientifici della *Rivista*.

Nel 2010, per rendere omaggio a Enzo Cheli in occasione della conclusione del suo insegnamento universitario, gli allievi, i colleghi della Facoltà di Giurisprudenza fiorentina e quelli di altre Facoltà che gli erano più vicini pensarono a un volume di scritti orientati ad analizzare gli sviluppi dello Stato costituzionale (AA.VV., *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, Bologna, il Mulino, 2010-).

Un tema di carattere sufficientemente ampio da toccare trasversalmente gli interessi scientifici di studiosi appartenenti a diverse discipline e al quale, qualche anno prima Cheli aveva dedicato un saggio importante (*Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006). In esso, l'A. metteva bene in luce le caratteristiche fondamentali di questa forma di Stato, frutto del costituzionalismo del secondo dopoguerra, e i riflessi che questo nuovo modello ha prodotto su alcuni dei paradigmi che avevano segnato l'esperienza liberale dello Stato di diritto.

Oggi, Cheli ha da qual che mese compiuto 90 anni e continua a far sentire la sua voce limpida sui tanti aspetti problematici delle nostre vicende istituzionali, sempre affrontati nel quadro delle riflessioni di carattere generale svolte in quel saggio. Tra questi aspetti non poteva mancare, ovviamente, quello relativo all'evoluzione del nostro sistema delle fonti normative. Avendo colto da subito la centralità di questo tema (non a caso oggetto della sua prima monografia: *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967), Cheli contribuisce, insieme ad altri, a collocare stabilmente nell'area del diritto costituzionale un argomento d'indagine da sempre appannaggio degli studi privatistici (si pensi solo per citare due saggi dello stesso periodo a G. Amato, *Rapporto tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Milano, Giuffrè, 1962 e L. Carlassare, *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966).

Per ricordare questo suo importante contributo alla dottrina costituzionalistica e ringraziare Cheli del rapporto di amicizia che ha sempre mantenuto con la scuola giuspubblicistica fiorentina, di cui è tuttora guida sicura e autorevole, abbiamo pensato di dedicargli questo numero dell'*Osservatorio sulle fonti*. Una Rivista che fin dalla sua nascita si propone di analizzare un sistema, quello delle fonti appunto, che proprio l'avvento dello Stato costituzionale e di una democrazia pluralista, policentrica e aperta alla dimensione sovranazionale, ha profondamente mutato.

Della complessità di questo mutamento sono testimonianza anche gli scritti di coloro che hanno accettato di collaborare a questa iniziativa, che vogliamo qui ringraziare.

Sia pure con qualche ritardo, dunque, buon compleanno caro Enzo.



SULLE LIBERTÀ. CONTRO LE DICOTOMIE

**LAURA BUFFONI\***

**Sommario**

1. Il metodo di un positivismo temperato. – 2. La Costituzione-norma, la Costituzione vivente e la Costituzione materiale. – 3. Il soggetto di diritto. Contro i diritti naturali. – 3.1 Il cittadino/lavoratore. – 4. Il potere. – 5. Garanzia e indirizzo. – 6. Libertà, al singolare. Una malattia incurabile.

**Abstract**

*The essay takes its starting point from Paolo Barile's book, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, which proposes an interpretation of the liberties in the constitutional law. The Author investigates its presupposed conception of the constitution and its consequences in the theory of constitutional interpretation, as well as its compatibility with positive constitutional law.*

**Suggerimento di citazione**

L. BUFFONI, *Sulla libertà contro le dicotomie*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Sassari, Dipartimento di Giurisprudenza.

Contatto [labuffoni@uniss.it](mailto:labuffoni@uniss.it).

Il presente scritto costituisce la rielaborazione della lezione tenuta il 25 ottobre 2024 al Dottorato in Scienze giuridiche dell'Università di Pisa, *Curriculum* Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica, diritto e religione, nell'ambito del ciclo i "Testi della formazione": "Rileggendo Paolo Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, il Mulino, 1984*". È parso uno scritto dal contenuto idoneo a rendere omaggio al Prof. Enzo Cheli.

### 1. Il metodo di un positivismo temperato

Rileggiamo il Libro di Paolo Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali il Mulino, Bologna, 1984*, muovendoci tra la rappresentazione mimetica e la riduzione simbolica del testo. Non è solo un Libro sulle libertà o, è lo stesso, proprio perché è un Libro sulle libertà è un Libro sul potere e sulle sue forme positive. È un Libro di dottrina della Costituzione positiva e, al suo fondo, implica una precisa teoria della Costituzione.

Il punto di vista è rigorosamente interno al diritto e, per esso, al diritto costituzionale positivo, senza nessuna concessione alle mode – allora, a dire il vero, meno in voga – della integrazione, della contaminazione e del sincretismo metodologico tra il diritto e l'altro, che rischiano, se male adoperate, di riconoscere la razionalità giuridica ed oscurare l'essenza e l'autonomia della scienza del diritto, in generale e l'*ubi consistam* del diritto costituzionale, in particolare, che finirebbero diluite in scienze della cultura. L'inizio è, infatti, che «occorre vincere la tentazione di formulare una sintesi delle principali opinioni dei filosofi del diritto, degli storici delle istituzioni e dei politologi, all'atto di affrontare il tema del diritto delle libertà» e «di travalicare il diritto positivo per avviare un discorso sull'assoluto»<sup>1</sup>.

Non ne deriva, però, la liquidazione né dei concetti guida né dei «principi generalissimi, che disciplinano la materia delle libertà» o degli «indirizzi fondamentali, comuni a tutte le libertà» e deducibili dalla «coerenza del sistema». Quei principi devono essere trovati, ma non al livello di «principi filosofici astratti»: devono essere storicizzati, perché «l'indagine storica è essenziale»<sup>2</sup>. I concetti e i principi sono, infatti, indispensabili per elaborare teorie interpretative, per razionalizzare le norme positive e per giudicarle, ma per il giurista positivo gli uni e gli altri sono sensati se hanno conseguenze normative ovvero se consentono di trarre norme dalle disposizioni vigenti, che sono il vincolo dogmatico. Significa che gli enunciati costitutivi delle teorie o delle dottrine elaborate dai giuristi non sono banditi, ma non sono creazioni *ex nihilo* e, se lo sono, devono atterrare in ogni caso sulla Costituzione. Significa che nella trattazione di tutte le libertà il testo media tra l'oggetto, il diritto positivo e la forma di sapere della scienza costituzionale, che include sia un profilo storico-concettuale che formale-positivo, ma che in quanto scienza descrittiva di un diritto costituzionale normativo seleziona, tra le teorie e le storie degli istituti giuridici, quelle coerenti con le corrispondenze o distinzioni interne al testo costituzionale. Il «fugace cenno storico» deve restare tale<sup>3</sup>. Diversamente, ne deriverebbe la demolizione della normatività della Costituzione perché la teoria o la storia

<sup>1</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, 11.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ivi*, 153.

di un istituto si sostituirebbero al diritto posto. Interpretata, quindi, concettualmente e storicamente la categoria dogmatica, muove per testare la corrispondenza del diritto legislativo esistente al dover essere del parametro costituzionale, per criticare il *dato* legislativo e, quindi, per indicarne le necessità e le possibilità di mutamento o di avvicinamento alla Costituzione.

A catena, il Libro profitta degli ambiti materiali contigui, ma non ne muta il metodo del conoscere che resta il metodo giuridico. Prova ne è che, pur restando un Libro di diritto costituzionale, funzionalizza al suo discorso *sulle* libertà il diritto civile e processuale civile, quello penale e processuale penale<sup>4</sup> e via dicendo. Ma soprattutto frequenta il “politico” senza farsi scienza politica. Il diritto costituzionale è, infatti, la frontiera del politico e il costituzionalista deve conoscerlo per non restarne pietrificato. Ciò implica la specificità del suo oggetto che esige un metodo concettuale che attinga alla alta dogmatica per conoscere il processo politico, ma per restarne indipendente. Così, il Libro studia le libertà nella forma di governo e nella forma di stato. Attinge agli elementi primi: maneggia le categorie di democrazia rappresentativa, partecipativa e diretta, sovranità, popolo, rappresentanza politica, indirizzo politico e simili perché sono scritte nel testo costituzionale. Ma non si fa mai scienza della politica. Gli interessano, secondo un metodo che richiama un po’ alla mente quello «combinatorio» di Duverger, le norme e i fatti politici, i testi (costituzionale e legislativi) e le prassi e il contesto, politico-partitico, al quale i riferimenti nel testo di Barile sono continui, per capire sia le regole che il gioco ed evitare così tanto il formalismo irrealistico quanto il comportamentismo politico, ma senza confondere le regole con il gioco, la prescrizione con la descrizione.

È conseguente che «mai nella storia i diritti di libertà si sono presentati come gruppi di categorie facenti capo ad un’idea unitaria di «libertà» *tout court*»<sup>5</sup>. I giuristi devono parlare di libertà al plurale e non, come i filosofi, al singolare<sup>6</sup>. Nella letteratura anglosassone, che Barile frequentava, i giuristi si occupano di *liberty* e non di *freedom*, oppure, con Hegel, di libertà concrete e non di libertà astratta. Non è un problema giuridico se la libertà sia autodeterminazione e autocausalità oppure necessità o, al contrario, possibilità di scelta. Per i giuristi le libertà sono sempre situate, finite, condizionate, limitate dal diritto che le pone. Si intravede pure una eco di Foucault, seppure non rientri tra gli *auttori* di Barile. Con tutta probabilità avrebbe, infatti, concordato che

<sup>4</sup> Limitatamente al diritto processuale penale, è lo stesso metodo praticato da P. CARETTI fin da *La disciplina della libertà personale nei più recenti sviluppi legislativi*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, Padova, 1990, 235 ss.

<sup>5</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 11.

<sup>6</sup> Sul significato delle libertà al plurale nelle Costituzioni rigide rispetto alla libertà al singolare del diritto antico e, comunque, delle Costituzioni flessibili, così come dei filosofi, è tornato A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, 965 ss.

«non bisogna credere che la libertà sia un universale che subirebbe, attraverso il tempo, una progressiva realizzazione o delle variazioni quantitative o delle amputazioni più o meno gravi, delle occultazioni più o meno rilevanti. Essa non è un universale che si specificherebbe nel tempo storico e nello spazio geografico. La libertà non è una superficie bianca con delle caselle nere più o meno numerose, sparse qua e là, di tanto in tanto. La libertà non è mai altro – ma è già abbastanza – che un rapporto attuale tra governanti e governati, in cui la misura della scarsa libertà esistente è data dalla maggiore richiesta di libertà»<sup>7</sup>.

Ma non è un Libro di diritto tecnico, chiuso ed autoreferenziale. Barile prende esplicitamente le distanze da un libro di «stretta tecnica giuridica». Gli è cara, al contrario, l'idea che il diritto è geneticamente la sua apertura alla realtà, all'esperienza degli uomini in carne ed ossa, al «giorno dopo giorno» in cui le libertà si conquistano e all'«ora che basta» per perderle<sup>8</sup>. Anzi, il suo obiettivo programmatico, enunciato nella *Prefazione*, è la trasformazione delle «libertà «giuridiche» in libertà degli individui e dei gruppi, garantita e difesa dalla coscienza popolare»<sup>9</sup>. Più radicalmente, Barile incarna in sé, in senso quasi esistenziale, quella necessaria apertura del diritto alla vita: è «giurista delle libertà»<sup>10</sup> che ha studiato le libertà perché ha lottato per le libertà nella storia e per proseguire, sempre nella storia, quella lotta. In un certo qual modo, pare voler dire che il diritto è in sé, già da sempre, interdisciplinare, sociale e politico.

È un Libro che non è riducibile a figurini. Non è giusnaturalista o giusmoralista. Il titolo, che riferisce i diritti all'uomo e predica delle libertà la fondamentalità, poteva indurre a crederlo. Invece, avversa con forza l'idea che i diritti siano tali per natura e che per natura nascano limitati: sono costituiti, formati e limitati dal diritto. Non crede al diritto coscienziale, *kairotico*, prudentziale. Concede qualcosa, al più, alla «coscienza popolare» o alla coscienza sociale, ma molto poco all'uomo come agente morale, con la sua coscienza, tanto da dire a proposito dell'obiezione di coscienza individuale, che è «diritto (di comportarsi secondo) coscienza», quindi «di natura», che «l'ordinamento positivo non può permettere, oltre un certo segno, che i singoli abbiano la facoltà di «appellarsi ai dettami della propria coscienza personale avverso le leggi che essi sentano arbitrarie», perché devono rispettare i «valori primari» considerati

<sup>7</sup> M. FOUCAULT, *La questione del liberalismo*, in ID., *Biopolitica e liberalismo*, Medusa, Milano, 2001, 159 ss.

<sup>8</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., all'inizio, 9 e, alla fine, 456.

<sup>9</sup> *Ivi*, 10.

<sup>10</sup> Si profitta della definizione di E. CHELI, *Paolo Barile, giurista delle libertà*, in AA.VV., «Istantanee» su Paolo Barile a Venti anni dalla sua scomparsa. Un ricordo in occasione della chiusura del Seminario di studi e ricerche parlamentari con la collaborazione del Circolo Rosselli, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), Fascicolo speciale, 2021, 14.

tali dalla legge positiva»<sup>11</sup>. Il «morale», che con l'avvento del cristianesimo si identificava con il «religioso», conduce al «politico»<sup>12</sup>, ma ciò che interessa è la sua positivizzazione. Al pari, se l'eguaglianza in astratto e in generale è elemento della giustizia, l'eguaglianza giuridica, che «è di per sé *neutrale* rispetto a qualunque sistema di valori», non si identifica con la giustizia, perché questa pertiene alla «*legge morale*»: «l'eguaglianza giuridica è un *rapporto*; la giustizia un valore in sé», pertanto, la prima può al più opporsi dinamicamente agli arbitri<sup>13</sup>. Trasfigura, dunque, i valori in rapporti. Apre al giudizio di ragionevolezza della Corte costituzionale, ma non come giudizio di giustizia delle leggi, bensì come giudizio logico che si appella alla «ragione della Corte»<sup>14</sup>. Rifugge in radice da ogni forma di (gius)moralismo laddove insiste, a proposito della questione della legittimità costituzionale dell'ergastolo, che la finalità della pena è la «rieducazione» e non la «redenzione»<sup>15</sup>. Va da sé che non sia un cognitivista etico; dunque, è relativista. È normativista, meglio è giuspositivista, ma di un positivismo temperato, aperto alla storia e alla vita dell'ordinamento. La Costituzione non è un comando eteronomo, ma è norma che si innerva e vive nelle convinzioni della collettività ed è, quindi, sostenuta dalla condivisione e convinzione collettiva della sua vincolatività come diritto, che ne è, in un certo qual modo, la «pratica» di riconoscimento. Più precisamente, la validità della Costituzione convive, nella valutazione dello stato delle singole libertà, con la «Costituzione vivente», con la «realtà viva» e con l'«effettività», cioè con «la presenza di garanzie di reale funzionamento degli istituti»<sup>16</sup>. È ciò che fonda la possibilità, che Barile ammette, «in taluni momenti della storia [...] di ritenere *più ampie*, per effetto di un'interpretazione estensiva, le *libertà di fatto* rispetto a quelle espressamente e numeratamente garantite in costituzione»<sup>17</sup>. È ciò che fonda il rilievo giuridico dell'effettività e della necessità: non si può mettere davvero in dubbio che «la necessità «fa» legge», «rifugiandosi dietro un formalismo giuridico che non può reggere agli scossoni della storia»<sup>18</sup>. Tratta, però, non tanto della necessità come «fonte «naturale» del diritto, quella cioè che lo crea perché la coscienza sociale trova necessario regolamentare situazioni e rapporti giuridici, nel corso della storia» o come «fonte «straordinaria» del diritto, quando il diritto ne prevede l'ingresso nella forma, ma lasciandone libera la sostanza», salvo l'obbligo del ««ritorno» alla competenza istituzionale», quanto della «necessità non prevista dall'ordinamento, per

<sup>11</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 63. Da qui deriva la sua condanna dello Stato «etico».

<sup>12</sup> *Ivi*, 203.

<sup>13</sup> *Ivi*, 80-1.

<sup>14</sup> *Ivi*, 81.

<sup>15</sup> *Ivi*, 129.

<sup>16</sup> *Ivi*, 22.

<sup>17</sup> *Ivi*, 11.

<sup>18</sup> *Ivi*, 449.

cui la sua inarrestabile forza si incanalerà verso i luoghi di minore resistenza». A questa necessità occorre opporre «la resistenza delle libertà all'eversione», il che implica che «la necessità sia fronteggiata con mezzi che si discostino il meno possibile da quelli ordinari, previsti dal diritto positivo per situazioni affini e che siano suscettibili di avviare l'ordine violato verso la sua integrazione»<sup>19</sup>. Adoperando le note categorie del diritto costituzionale dell'emergenza, il paradigma è l'eccezione conservativa, che caratterizza l'emergenza in senso proprio, preordinata alla conservazione dell'ordine costituito e che quindi ammette quel tanto di sospensione dell'ordine giuridico strettamente necessario alla conservazione della Costituzione vigente e non l'eccezione evolutiva, che contraddistingue la crisi costituzionale e prelude all'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale. Detto diversamente, Barile concepisce uno stato di eccezione relativo e non assoluto. Non è, conseguentemente, un diritto vuoto, formalista. Rinvia ad una concezione contenutistica, sostanziale, materiale, del diritto come limite all'arbitrarietà e contingenza del potere: non può essere diversamente se il diritto in generale, come Barile sottoscrive, «è manifestazione della libertà dell'uomo nei rapporti con lo Stato e con gli altri suoi simili»<sup>20</sup> e se le libertà sono un elemento costitutivo e costituito dal diritto. Con coerenza, la sua dottrina dell'interpretazione non è né testualista né originalista, perché sostiene l'interpretazione storico-evolutiva della Costituzione, per colmare lo scarto tra il tempo della sua origine e della sua applicazione e attuazione. La vita, la realtà sociale, entra nella produzione della norma costituzionale dalla scrittura costituzionale. Così, nell'interpretazione della Costituzione si convince che la Repubblica sia laica e non confessionale, nonostante l'articolo 7 e i Patti lateranensi, per la «storia costituzionale», per il «diritto» e per la «società» viventi<sup>21</sup>. Nell'attuazione della Costituzione, ritiene ricavabile l'«area penalistica» del diritto – con il conseguente vincolo contenutistico della norma penale – non solo dalla Costituzione ma anche dalla «realtà sociale contingente» non incompatibile con la Costituzione<sup>22</sup>. Al contempo, però, non svaluta il testo che deve essere il punto di partenza e di atterraggio dell'interpretazione costituzionale. Così, se accoglie la presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali, con l'interpretazione evolutiva o estensiva dei diritti positivi di libertà, esclude che l'art. 2 sia la fonte normogena di diritti non scritti nel testo. Al pari, esclude la creazione interpretativa di limiti alle

<sup>19</sup> *Ivi*, 449-50. Più precisamente, «il diritto della necessità va «canalizzato» nella direzione di una legge costituzionale che sospenda temporaneamente alcune garanzie, senza però comunque intaccare il nocciolo, che è il solo veramente immodificabile di ciascuna libertà»; e ciò «per evitare il rischio che il fatto prevalga sul diritto e che il regime venga a soccombere»: *ivi*, 451-2.

<sup>20</sup> *Ivi*, 13.

<sup>21</sup> *Ivi*, 205.

<sup>22</sup> *Ivi*, 333.

libertà *bonne à tout faire*, come l'ordine pubblico e interpreta restrittivamente, per adeguarli alla coscienza sociale dell'ordinamento vivente, i limiti dell'incolumità e della sicurezza pubblica. Questa dottrina dell'interpretazione e dell'applicazione della Costituzione, però, ha senso se la Costituzione è più norma che vita, più regole che regolarità: è, infatti, la normatività della Costituzione posta che esige la non normatività della scienza costituzionale, pena il mutamento del fondamento di validità.

La sua cifra narrativa è, insomma, l'immunizzazione dalle dicotomie<sup>23</sup>. È un Libro, trasformandone l'etimo in *liber*, libero, che attraversa le polarità della teoria e del diritto costituzionali, ma non le perpetua. Barile, nel prendere congedo dal libro, discorre di «una terza via» che ci indica la Costituzione repubblicana. Non è solo la via politica «di un socialismo che amplii la democrazia a tutti i livelli delle decisioni politiche»<sup>24</sup> e non pare la via, sempre pronta ad essere battuta, della equidistanza: tradotta nelle categorie del diritto costituzionale, sembra piuttosto il superamento dell'opposizione dicotomica tra validità ed effettività, tra individuo e Stato, tra libertà e potere e via dicendo. Vi confluiscono idealmente *La Costituzione come norma giuridica* (1951) e *Il soggetto privato nella Costituzione italiana* (1953).

Per intenderlo accederemo, quindi, alla destrutturazione di tutte le coppie duali che hanno ipotecato il diritto costituzionale.

## **2. La Costituzione-norma, la Costituzione materiale e la Costituzione vivente**

Muoviamo dal dualismo originario, fondativo, tra dover-essere ed essere, tra norma e fatti, tra forma e vita, che si è tradotto nel costituzionalismo del Novecento nella grande separazione tra la Costituzione normativista e realista, tra la Costituzione formale e materiale, tra la Costituzione-forma e la Costituzione-vita, tra il dover essere di un ordinamento e l'essere dell'ordine e a seguire. Dalle libertà si deduce che, in Barile, contro quei dualismi, la normatività della Costituzione ne esige l'effettività. Riscritto, non si dà propriamente dover essere senza essere.

Barile scrive che «i diritti fondamentali apparvero nelle costituzioni americane del XVIII secolo». Nella storia delle costituzioni coglie la rottura delle rivoluzioni borghesi del Settecento e spezza la continuità storica di quelle con le antiche libertà inglesi della Magna Charta del 1215 o dell'*Habeas corpus* del 1679, cara ad un certo costituzionalismo liberal-garantista: riconosce che queste non erano libertà, ma «classi» e «privilegi» perché determinarono solo la

<sup>23</sup> La sua contemporaneità sta proprio nell'essere un pensiero non dicotomico, che intercetta i più avvertiti inviti a non pensare, appunto, per dicotomie, tra i quali, seppure ad altro proposito, S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, 1-3.

<sup>24</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 457.

«liberazione» di classi di cittadini inglesi nei confronti della Monarchia<sup>25</sup>. Il modello del nuovo Inizio è, invece, la Costituzione del tornante rivoluzionario. Nelle rivoluzioni del 700, il “fare” una Costituzione/legge, il gesto di scrivere un documento che è una legge, è l’atto propriamente rivoluzionario di una comunità politica che, in forma rappresentativa, decide liberamente il proprio destino secondo un progetto consapevole e un piano razionale. «Rivoluzione da una parte e costituzione e fondazione dall’altra sono congiunzioni correlative»<sup>26</sup>. La deliberazione in forma scritta di una Costituzione da parte del popolo riunito in assemblea è costruzione di un nuovo ordine e fondazione di futuro, quindi, è normatività, artificio, mutamento e cominciamento e non immobilità, ricognizione, natura, tradizione e conservazione. La Costituzione è disciplinamento e ordine della società, ma non già in opposizione all’uomo naturale, bensì alle appartenenze necessarie, date *a priori* e naturalmente gerarchiche dell’ordine cetuale antico e medio, di cui Barile coglie a pieno il misoneismo a favore dei corpi privilegiati e degli *status* predeterminati e differenziati: l’affermazione del principio di eguaglianza è, infatti, la storia moderna dell’allontanamento dalla «subiettivizzazione» medievale<sup>27</sup>. Questa Costituzione sta dalla parte del dover essere.

Non significa che la Costituzione faccia la rivoluzione. Barile scrive che «un testo costituzionale non può fornire altro che garanzie *giuridiche* di libertà, non può che favorire indirettamente la “liberazione” che solo le forze politiche possono attuare *nel divenire*»<sup>28</sup>. Ma le norme di principio contenute nella Costituzione «costituiscono [...] il *trait-d’union* che lega la politica alla costituzione: esse sono la *giuridicizzazione* del fine politico immanente». Quindi, in quanto norme, sono precettive. Anzi, nella concezione di Barile la debolezza delle norme di principio, affermata dalla dottrina tradizionale – compreso il suo Maestro Calamandrei –, si converte nella massima forza: proprio perché norme, al pari delle altre, sono proiettate nel futuro quali espressioni della essenza dinamica e innovativa della nuova Costituzione e sono inesauribili rispetto ad ogni attuazione concreta, inevitabilmente parziale.

Ne esce nitidamente una concezione dinamica, trasformativa, in una normativa, della Costituzione contro quella esistenziale, riflessiva: non è

<sup>25</sup> *Ivi*, 13.

<sup>26</sup> H. ARENDT, *Sulla rivoluzione* (1963), Einaudi, Torino, 2009, 136, che limita l’identificazione dell’atto di fondazione con la formulazione di una Costituzione al caso della rivoluzione americana, laddove, per contro, quella francese produsse una valanga di Costituzioni, tanti pezzi di carta, a tal punto che costituzione divenne sinonimo di «mancanza di realtà e spirito realistico e [a] un eccesso di legalismo e formalismo» (*ivi*). La verità di questo giudizio dipende dal concetto di fondazione da cui si muove e dall’interpretazione delle Costituzioni rivoluzionarie francesi che, forse, non furono solo pezzi di carta. E, comunque, la carta ha una sua durezza.

<sup>27</sup> P. BARILE, *Diritti dell’uomo*, cit., 74.

<sup>28</sup> *Ivi*, 457.



registrazione dell'esistente in funzione della sua conservazione, ma è un insieme di principi e regole che esprimono una tensione teleologica verso l'attuazione delle sue finalità immanenti, «un dover essere di secondo grado»<sup>29</sup>. La sua normatività fonda la massima espansione delle libertà costituzionali, ma non la creazione di ciò che non è ricavabile dalla disposizione. La sua normatività fonda il bisogno di «trasformazioni guidate dopo quelle spontanee e incontrollate» e non di «un'orgia di parole che nasconde impotenza»<sup>30</sup>. La sua normatività fonda il superamento di quelle differenti «condizioni personali e sociali» dell'art. 3, co. 1, che sono il reale, l'esistente da cambiare, il che a sua volta significa che l'eguaglianza non è un dato che si dà naturalmente. A seguire, l'art. 3, co. 2, che «*ammette* che la nostra società è fondata sulla disuguaglianza di fatto», è regola giuridica – e non come diceva Martines una promessa<sup>31</sup> – che fonda «la *pretesa* di intervento della repubblica»: ma proprio perché tende a capovolgere l'esistente è «il vero grande nodo della costituzione»<sup>32</sup>. Al pari, il diritto al lavoro muove dalla medesima realtà: «la costituzione dà atto di un conflitto esistente fra tale principio e la realtà sociale, conflitto «considerato produttivo di una situazione di ingiustizia, che è necessario eliminare facendo venire meno, attraverso gli strumenti che la costituzione stessa prevede, le resistenze opposte dagli interessi legati al precedente assetto»»<sup>33</sup>. Non significa uno Stato operaista, classista, ma «pluriclasse»<sup>34</sup>. E ciò per più ragioni: l'Assemblea costituente esclude la «Repubblica dei lavoratori», l'art. 3, co. 1 e 2, come detto, presuppone che il popolo, di fatto, appartenga diverse classi sociali e l'art. 4 presuppone cittadini che contribuiscano con il loro lavoro al progresso materiale o spirituale della società. In una, la normatività della Costituzione è quella propria di uno Stato democratico sociale il cui diritto svolge una funzione «promozionale» e non difensiva<sup>35</sup>.

La concezione di Costituzione-norma, costitutiva di un ordine normativo e non ricognitiva dell'ordine esistente, senza distinguere tra norme precettive e norme programmatiche, emerge nel punto di distacco da Calamandrei e dal suo scetticismo sulla «normatività» delle disposizioni costituzionali sui diritti

<sup>29</sup> Il virgolettato lo si deve a G. SILVESTRI, *Paolo Barile costituzionalista*, in S. MERLINI (a cura di), *Il potere e le libertà. Il percorso di un costituzionalista*, Firenze University Press, Firenze, 2019, 118.

<sup>30</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 10.

<sup>31</sup> *Ivi*, 100.

<sup>32</sup> *Ivi*, 91.

<sup>33</sup> *Ivi*, 104.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ivi*, 15. Si legge in filigrana la funzione promozionale – a dire distributiva – del diritto nella teoria generale del diritto di N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, ID., *Le sanzioni positive e ID., Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Giuffrè, Milano, 1977, 15 ss., 33 ss. e 87 ss.

sociali<sup>36</sup>. È la polemica azionista dell'accoglimento in Costituzione di una rivoluzione promessa per compensare una rivoluzione mancata.

Calamandrei non prediligeva i diritti di libertà civile e politica, che qualificava non tanto quali autolimitazioni dello Stato quanto limitazioni della stessa legalità ad opera della Costituzione rigida<sup>37</sup>, a discapito dei diritti sociali. E ciò per la ragione che per lui anche la giustizia sociale era una esigenza e una condizione di libertà<sup>38</sup>. Al proposito era critico sui compromessi raggiunti e, soprattutto, sulle non decisioni prese in Assemblea costituente. Nell'intervento del 4 marzo 1947 si legge che «è un po' successo, agli articoli di questa Costituzione, quello che si dice avvenisse a quel libertino di mezza età, che aveva i capelli grigi ed aveva due amanti, una giovane e una vecchia: la giovane gli strappava i capelli bianchi e la vecchia gli strappava i capelli neri; e lui rimase calvo. Nella Costituzione ci sono purtroppo alcuni articoli che sono rimasti calvi». Riteneva che la libertà, al singolare dei filosofi e le libertà al plurale dei giuristi, secondo una distinzione che abbiamo ritrovato in Barile, fosse(ro) come l'aria, ma non opponeva affatto libertà ed eguaglianza. Al contrario, quale uomo del partito d'azione, simpatetico con il movimento *Giustizia e libertà*, propugnava convintamente che i diritti dell'uomo e del cittadino dovessero essere diritti del lavoratore, presupponendo dunque un popolo di lavoratori. Pertanto, riconoscere le sole libertà civili-politiche e non quelle sociali era pari al consiglio di Maria Antonietta che «al popolo affamato consigliava, in mancanza di pane, di nutrirsi di «brioches»»<sup>39</sup>.

Piuttosto, la sua battaglia contro l'introduzione in Costituzione delle norme recanti il riconoscimento e il promuovimento dei diritti sociali, qualificate come norme programmatiche, non ha la sua radice in un supposto orientamento liberal-borghese di Calamandrei, incompatibile con la sua formazione culturale e la sua storia. Ha la sua ragione nella "tecnica giuridica": in sede di Commissione dei 75 consigliava di collocare «questi desideri a cui tutti possono partecipare e che hanno un carattere sentimentale, ma non un carattere giuridico [...], nel preambolo della Costituzione, e che le vere norme giuridiche fossero limitate a quei diritti che sono diritti nel senso tecnico e perfetto della parola»<sup>40</sup>. Insomma, i rapporti etico-sociali e i rapporti economici non sono vere e proprie norme giuridiche, ma sono precetti morali, definizioni, velleità,

<sup>36</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 17-8.

<sup>37</sup> In proposito almeno G. VASSALLI, *Piero Calamandrei e la Costituzione*, in AA.VV., *Piero Calamandrei e la Costituzione*, M&B Publishing, Milano, 1997.

<sup>38</sup> P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Edizioni U, Firenze, 1945, 101 e 124 ss.

<sup>39</sup> *Ivi*, 100.

<sup>40</sup> A.C., Comm. Cost., riunione del 25 ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1970, vol. VI, 46.

programmi, propositi, magari manifesti elettorali, magari sermoni: sono camuffati da norme giuridiche, ma non sono norme giuridiche; sono “apparenze normative”. Se fossero collocati nel testo di legge, svaluterebbero la legge e la fiducia dei cittadini che, guardando la realtà, così diversa, si sarebbero sentiti traditi, con conseguente sabotaggio della Costituzione. Per Calamandrei non poteva valere il paragone con la Rivoluzione russa, perché quella era una rivoluzione già compiuta, non solo politica, ma anche sociale<sup>41</sup>.

Se, a questo proposito, di battaglia di retroguardia si deve parlare, non si è trattato di retroguardia politica, ma giuridica. Qui Calamandrei pare indulgere in una concezione antica di legge, incoerente con la sua stessa idea di Costituzione programma, di dover essere che modifica e non rispecchia la realtà e, al contrario, svalutativa della capacità conformativa e performativa del diritto. Rovesciando, proprio perché i diritti sociali non erano allora realtà per il diritto, era necessaria una legge che li prescrivesse come dover-essere affinché divenissero reali. Calamandrei sembra farsi confondere dalla particolare forma grammaticale, dall'uso dell'indicativo nelle disposizioni inerenti i diritti sociali. Si legge nell'Intervento del 4 marzo 1947 che «è una frase innocua, come se si fosse dichiarato, nello stesso articolo 37, che il sole risplende; ma non è una direttiva politica per l'avvenire. La Repubblica assicura (dico assicura: verbo assicurare, tempo presente) alla famiglia le condizioni economiche necessarie alla sua formazione, alla sua difesa ed al suo sviluppo con speciale riguardo alle famiglie numerose». Ma a Calamandrei può obiettarsi che la particolare formulazione normativa non rileva. Detto molto meglio profittando di Heller, «quando la norma giuridica non viene oggettivata come pretesa normativa (*Sollensforderung*), bensì come affermazione di realtà (*Seinsbehauptung*)», «il fatto che la conformità sociale alle regole – interpretate come regole a carattere ideale-normativo che non prevedono eccezioni –, venga formulata ed obbiettivata con la pretesa di validità illimitata, ha il senso concreto di suggerire – tramite il carattere imperativistico che regola il comportamento prescritto – quell'optimum di ordine, ed eventualmente di potere, che non sarebbe mai raggiungibile nella realtà»<sup>42</sup>. La normalità, quindi, ne aumenta la normatività. In una, per determinare il contenuto semantico di una disposizione, non rileva la forma sintattica all'indicativo: l'enunciato indicativo non deontico (è) non ne esclude il significato prescrittivo (deve essere)<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia*, cit., 112.

<sup>42</sup> H. HELLER, *Dottrina dello Stato* (1934), E.S.I, Napoli, 1988, 402.

<sup>43</sup> Ma il peso dell'uso dell'indicativo nelle norme più importanti della Costituzione, come negli artt. 1 e 5, è tornato più di recente quale segno di un diritto che non comanda e non prescrive, ma che è «qualcosa di oggettivo che non dipende dal potere», quindi, di una Costituzione che è *ius* e non *lex*, l'«eredità avvelenata della semplificazione prodotta dalle idee razionalistiche», in G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Cedam, Padova, 2004, 197. Ma lì l'opposizione è precisamente tra diritto e potere.

In ogni caso, come Barile rammenta<sup>44</sup>, Calamandrei, nella riunione del 28 novembre 1946, si lasciò convincere da Palmiro Togliatti che, con la consueta abilità, mostrò più coerenza rispetto all'idea di Costituzione-legge e ricordò a Calamandrei che siccome «la nostra è la costituzione non di una rivoluzione già fatta, ma di una rivoluzione pacifica e legale da fare in vent'anni, era opportuno che comprendesse anche norme le quali, pur non consacrando diritti immediatamente attuabili, costituissero una specie di orientamento - e quindi sotto questo punto di vista avessero anche un carattere di impegno giuridico e politico - per il futuro legislatore». E, per persuadere Calamandrei, a Togliatti fu sufficiente il richiamo di un verso di Dante, del Purgatorio, canto XXII, ricordandogli che compito dei costituenti è quello di illuminare la strada di coloro che verranno: «Facesti come quei che va di notte, che porta il lume dietro a sé e non giova, ma dopo sé fa le persone dotte»<sup>45</sup>.

Ecco che, tutto all'opposto, Barile coglie il *valore* della Costituzione<sup>46</sup>. Contro la critica mossa alla cultura dei costituenti che avrebbe sostenuto un mero adeguamento garantistico dello Statuto albertino, quel valore risiede nella normatività della Costituzione che non è conservazione dell'esistente. Da quel valore ne deriva la sua interpretazione e applicazione di cui abbiamo già discorso. Ma ne derivano anche le linee fondamentali della sua attuazione. Quel valore, infatti, si salda ma non si confonde con quello della legge ordinaria chiamata alla sua attuazione. «Le garanzie costituzionali delle libertà poggiano da un lato sulla ampia autonomia della legge (laddove richiamata dalla costituzione), destinata a recepire i mutamenti della coscienza sociale, ma a sua volta spesso vincolata da quelle che vengono chiamate «le riserve di legge rinforzata» [...], dall'altro sulla presenza di quello che è stato chiamato il «principio di adeguamento», che impone al legislatore non solo l'obbligo di determinare concretamente la discrezionalità dell'operatore [...] destinato ad applicarla, ma anche l'ulteriore obbligo di non vincolare l'operatore in modo non congruo ai fini che consentono ipotesi di restrizione delle libertà costituzionali»<sup>47</sup>.

Ma il discorso sulla Costituzione-norma si fa un po' più complicato scavando e il dover essere si lega all'essere. La validità giuridica della Costituzione e, dunque, la sua normatività non è irrelata alla sua effettività, ma non si scioglie in essa. Le relazioni non sono quasi mai dualiste. Scrive che «le garanzie di *effettività* delle libertà caratterizzano il regime, la costituzione vivente». Ma

<sup>44</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 18.

<sup>45</sup> A.C., Comm. Cost., riunione del 28 novembre 1946, in *La Costituzione*, cit., vol. VI, 72.

<sup>46</sup> Nel preciso senso in cui è stato tematizzato nelle trattazioni, per limitarci alle principali opere monografiche, di R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1986, R.L. BLANCO VALDÉS, *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Cedam, Padova, 1997 e M. FIORAVANTI, *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, ed. Kindle, Laterza, Roma-Bari, 2014.

<sup>47</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 19.

questa non è fatto, è già diritto perché «la pietra di paragone che contraddistingue la *giuridicità*, la reale efficacia della parte della costituzione che disciplina le libertà poggia infatti sulla efficacia della tutela di esse»<sup>48</sup>. Sulla effettività poggia anche la resistenza collettiva al modo di Mortati: «è il popolo che insorge in appoggio della costituzione materiale vigente «contro tentativi di sovversione effettuati da chi, assunto al potere di governo, si rivolge contro il regime»»<sup>49</sup>.

Ne tenta una sintesi a proposito del diritto di voto e della funzione di indirizzo politico<sup>50</sup>, virando dalla costituzione vivente nella direzione della costituzione in senso materiale e del protagonismo dei partiti politici, quali, attingendo a Crisafulli, «autentici padri della costituzione» e, attingendo a Baldassarre, fattori di «socializzazione politica» e di «integrazione politica»<sup>51</sup>. Al corpo elettorale compete l'indirizzo politico, inteso qui come l'origine della catena che conduce, tramite la mediazione parlamentare, all'indirizzo politico dell'art. 95 della Costituzione, ossia come la funzione in cui si «esplica la sovranità popolare, espressione diretta, immediata e primaria della c.d. «costituzione materiale», cioè del nucleo essenziale della costituzione effettivamente vigente, sorretto dalla forza della convinzione collettiva, cioè dei gruppi politici dominanti, nella misura in cui sono condizionati dalla dialettica delle opposizioni». Fa propria la definizione mortatiana di costituzione come «entità dotata di una struttura in cui confluiscono, accanto ad un sistema di rapporti economici, fattori vari di indole culturale, religiosa, etc., che trovano espressione in una «particolare visione politica, cioè in un certo modo di intendere e di avvertire il bene comune»». La declina in senso pluralistico, lontano dal monismo del primo Mortati<sup>52</sup>. Essa è, infatti, sostenuta da «un insieme di forze politiche che siano portatrici della visione stessa, e riescano a farla prevalere dando vita a rapporti di sopra e sotto-ordinazione, cioè ad un vero assetto fondamentale». Il quale si può appunto chiamare «costituzione materiale». Identifica in quel fine fondamentale, scaturito dal compromesso o, almeno, dall'incontro tra forze politiche diverse e quindi, al fondo, fine politico condiviso dalla comunità sociale di riferimento, la forza e la capacità conformativa della costituzione. Distingue a questo punto tra concetto di costituzione vivente, «puramente descrittivo» e quello di costituzione materiale, anche «prescrittiva, di fine politico-costituzionale espresso nella costituzione formale, ancora inattuato e

<sup>48</sup> *Ivi*, 46 (corsivo aggiunto). La decisività della «misura» e dell'«effettività» della tutela dei diritti, dopo l'età della loro codificazione, e con essa il debito contratto con Barile traspare con chiarezza in P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1, 2013, spec. 25 ss.

<sup>49</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 455.

<sup>50</sup> *Ivi*, 396-7.

<sup>51</sup> *Ivi*, 403-4.

<sup>52</sup> Basti la lettura della Costituzione materiale secondo Barile di M. FIORAVANTI, *Paolo Barile e la nascita della Costituzione democratica in Italia*, in S. MERLINI (a cura di), *Il potere e le libertà*, cit., 35.

quindi oggetto di lotta tra le forze politiche (quel che conta è che quel fine sia oggetto *attuale* di controversia politica, che non sia cioè già nel dimenticatoio). E proprio il diritto di voto è lo strumento essenziale per il recupero alla politica costituzionale di taluni fini espressi ma non ancora dotati di effettività». Alla fine, però «la costituzione materiale rispecchierà in tal modo sia quella effettivamente vivente, sia l'esigenza di un'ulteriore attuazione della costituzione formale nelle sue parti ancora neglette»<sup>53</sup>. A significare che il carattere evolutivo della Costituzione è tutt'uno con lo sviluppo concreto del fine politico delle forze in campo, dunque, con la Costituzione materiale al modo in cui la intendeva Barile da tempo, ovvero «quel complesso di istituti giuridici, positivamente validi ed operanti, che realizzano un fine politico che è la risultante dei diversi fini perseguiti dalle varie forze politiche operanti in lotta fra loro, in un dato paese e in un dato momento storico»<sup>54</sup>.

Seppure la relazione tra costituzione formale, materiale e vivente sia piuttosto intricata, il dato che emerge in superficie è che in Barile il dover essere non si dà senza essere e che la norma/forma non è separata dalla vita. La costituzione è materiale e vivente perché vive non solo nella carta, ma anche nella effettività della realtà politica. Lo dice a proposito della difesa della democrazia<sup>55</sup>. «Non si protegge dalle forze nemiche a mezzo di *norme* giuridiche: se la democrazia muore nel cuore del popolo, nessuna forza «giuridica» potrà farla resuscitare. La difesa della Costituzione materiale è affidata alle forze politiche che l'hanno posta, e cioè alla convinzione dei cittadini che ne sono partecipi. Se per disgrazia le forze antidemocratiche vincono la battaglia, nessuna barriera giuridica può proteggere la democrazia, morta negli animi di chi avrebbe dovuto difenderla: non con le leggi, ma con la vita». È conseguente che la legalità non sia quella formale, ma sia quella in senso sostanziale e che la legalità possa essere ingiusta. Non scioglie, però, la normatività nella effettività, non riduce il diritto al fatto e alla forza e non nega il valore della Costituzione posta, perché la forma conta: la costituzione materiale e vivente sono condizione, fonte, di garanzia, di possibilità, della validità della Costituzione formale, del documento costituzionale scritto. Un ordinamento giuridico *deve essere*, ma la effettiva realizzazione e, quindi, l'effettività della volontà politica esistente è condizione della normatività.

In conclusione, la vita entra nella Costituzione, ma questa mette in forma quella: contro i dualismi, è forma di vita. Il sostrato teorico di questa conclusione, che qui può solo essere accennato, è che non si dà opposizione tra norma e ordine, tra il dover essere di un ordinamento e l'essere dell'ordine. Non si dà,

<sup>53</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 396.

<sup>54</sup> P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, cit., 42.

<sup>55</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 413.

infatti, dover essere senza essere. Un ordine non può essere informe e il dover essere di un ordinamento non può essere il disordinamento dell'ordine. L'ordine reca con sé un ordinamento.

### 3. Il soggetto di diritto. Contro i diritti naturali

Il soggetto dei diritti di libertà è, coerentemente, costituito dal diritto: non vi sono libertà di natura. A seguire, il soggetto di quelle libertà nel testo costituzionale è già costitutivamente politico: è un in-dividuo, unità di natura e cultura che si trasfigura nel cittadino/lavoratore. Seguiamone i passaggi.

Barile scrive che non è affatto vero «che i diritti «nascono per loro natura limitati»; è vero invece che essi nascono così come li raffigura il diritto positivo, coi soli limiti che la stessa costituzione eventualmente pone nel mentre li raffigura (cioè nel contesto delle stesse norme istitutive), oppure altrove, in altre norme che, nell'affermare altri principi fondamentali, limitano in qualche modo il diritto stesso». È il diritto che costituisce, regola e limita i diritti e non la natura. La Costituzione, con movimento interno al testo, costituisce e definisce il soggetto in funzione degli stessi diritti che riconosce. Anche laddove, agli artt. 2 e 29, i diritti sembrano presupporre di essere riconosciuti come diritti naturali della persona anteriori alla legge, è impressione fallace: è la norma costituzionale che prescrive il vincolo del diritto alla natura e non questa che limita quella. Lo si ricava dall'insistenza con cui Barile viviseziona l'art. 2 della Costituzione, fino a notare che i costituenti «preferirono l'affermazione dell'inviolabilità a quella di «diritti naturali», evidentemente allo scopo di dare ad essi una maggiore giuridicità»<sup>56</sup>. A dire che non vi è diritto e diritti di natura. Nella medesima direzione è significativa l'interpretazione della naturalità contenuta nella definizione di famiglia dell'art. 29: l'aggettivo naturale sarebbe pleonastico se la famiglia protetta fosse solo la società fondata sul matrimonio; è, invece, sensato se la protezione costituzionale, *ex art. 29, co. 1* ed *ex art. 2*, include la famiglia «naturale» in quanto famiglia «di fatto»<sup>57</sup>. Bisogna intendersi. È vero che poco prima, profittando di Mortati e di Esposito, argomentava che «la famiglia come società naturale, appunto *perché* tale, preesiste al matrimonio, ed è comunque e in primo luogo protetta dall'art. 2, come la formazione sociale primordiale, perché «originaria». Neppure il potere di revisione costituzionale, anzi, potrebbe alterare la struttura fondamentale dell'istituto familiare come «cellula elementare dal punto di vista sociale, *principium urbis*»<sup>58</sup>. Precisa, però, che la famiglia non è un «organismo», ma un «rapporto», in cui si svolge la personalità di ciascuno dei membri, dal che ne deriva che «la famiglia è una

<sup>56</sup> *Ivi*, 53.

<sup>57</sup> *Ivi*, 355.

<sup>58</sup> *Ivi*, 350-1.

«società naturale» in quanto *ivi* si realizza l'individuo, si svolge la sua personalità». Quindi, laddove scrive che «non siamo di fronte all'assurdo di una norma costituzionale che fa «sorgere» una società naturale *dal* matrimonio», ma che «la famiglia è una società naturale», intende dire che «il vincolo matrimoniale [...] è null'altro che un rapporto giuridico che si aggiunge a quello di fatto», al «profilo comunitario», che è comune<sup>59</sup>. La natura qui sta per fatto. In ogni caso, anche per il riconoscimento dei diritti della famiglia di fatto sono gli art. 2 e 29 che prescrivono il vincolo del diritto costituzionale alla natura.

Sottende un'opzione teorica potente e porta con sé conseguenze interpretative di non poco momento.

Quanto alla prima, ci dice che il concetto di natura dipende sempre, per il diritto, dal modo in cui esso lo determina: neppure la natura è un dato già acquisito e, anche quando lo si consideri dato, è il diritto che lo definisce, lo pre-suppone come dato e lo pone come proprio presupposto. I diritti naturali non esistono o esistono diritti naturali senza naturalismo: presuppongono di essere riconosciuti, ma solo una norma, solo il diritto, può prescrivere il vincolo del diritto alla natura. Ciò dimostra, in un certo senso, la pre-esistenza logica del diritto rispetto alla natura. È la giuridicizzazione della natura, fondata sulla separazione romanistica tra persona e individuo, che corrisponde alla separazione tra parole e cose. Anche il successivo movimento cristiano, medievale, della naturalizzazione, personificazione, della realtà giuridica postula logicamente la costituzione giuridica della natura, che è un'operazione di de-naturalizzazione. Ne è un segno che la dignità di cui Barile più discorre è la pari dignità sociale<sup>60</sup>. Non si intende qui tanto attingere alla critica radicale all'idea di dignità (della persona umana) quale espressione di «un orientamento fondamentalmente antiliberal e critico della modernità dei diritti dell'uomo»<sup>61</sup>, che implica un impegno ideologico a favore di una certa filosofia del diritto. Quanto dire che la valorizzazione nel testo di Barile della dignità sociale significa la valorizzazione della dimensione sociale, relazionale, costruita, della dignità, piuttosto che il suo valore assoluto, di origini giusnaturalistiche, che riguarda la persona in sé e per sé. Il che però non basta per concludere che per Barile la dignità umana, ciò che non ha prezzo, non ha nulla di naturale, non è ontologica, ma è solo funzionale e pragmatica, perché è definita, tracciata, dal diritto. Tutto questo va oltre Barile. Ma vi muove. E del resto, onestamente, l'unica fedeltà possibile ad un testo, ad un autore, non può che essere una certa infedeltà, un intendere infedele, ove ricettività e spontaneità si mescolano e fanno del testo in commento sempre un nuovo testo. Ma soprattutto

<sup>59</sup> *Ivi*, 351-2.

<sup>60</sup> *Ivi*, 73.

<sup>61</sup> O. CAYLA, *Il diritto di lamentare danni. Analisi del caso (e dell'anti-caso) Perruche*, in O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, Giuffrè, Milano, 2004, 44.



l'impensabilità di libertà naturali è la ragione che porta Barile a svilire la diffusa distinzione tra «libertà di» e «libertà da»: anche le libertà da, infatti, non potrebbero essere effettive – e, come ci ha detto la sua concezione di Costituzione, se non sono effettive non sono giuridiche – se non fosse prevista una tutela delle medesime<sup>62</sup>.

Quanto alle seconde, se i diritti non sono tali per natura e quindi la natura né li costituisce né li limita, è teoricamente fondata la «presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali», che significa interpretazione estensiva delle norme relative, tendente ad affermare la massima ampiezza da riconoscere alla libera sfera di attività dell'individuo e del gruppo<sup>63</sup>. Conferma, però, nella teoria dell'interpretazione, un testualismo temperato, che non indulge nell'originalismo e che, al contempo, fonda la qualificazione dell'art. 2 come «matrice o garante dei diritti di libertà», ma non come «fonte di altri diritti»<sup>64</sup>, ovvero come clausola riassuntiva dei diritti positivi interpretabili estensivamente, ma non come «norma di produzione giuridica»<sup>65</sup>. L'obiettivo polemico di Barile è infatti la tesi nota di Barbera che l'art. 2 assumerebbe «ora la funzione di tutela di tutti i diritti 'naturali' che non sono riusciti a tradursi nel testo costituzionale, ora la funzione di tutela di tutti quei valori di libertà che vanno emergendo a livello della costituzione materiale», con la conseguente rinascita di «valori di diritto naturale»<sup>66</sup>. Ma per effetto di tale tesi, «priva di base positiva», «gli istituti della libertà, ancorati ad un diritto naturale estraneo all'esperienza giuridica contemporanea, assumerebbero connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto»<sup>67</sup>. Porta a dire, nella separazione dei poteri, che costituire e regolare diritti spetta al legislatore e non all'interpretazione giudiziale, più o meno creativa<sup>68</sup>. La riserva di legge in Barile «si sostanzia nel principio di legalità»<sup>69</sup>, che quindi è principio costituzionale e la costitutività della legge è, a sua volta, segno della sua derivazione genetica, genealogica, dal valore della Costituzione, che è tale perché costituisce il legislatore. L'altra faccia della medaglia della massima espansione dei diritti è, poi, l'interpretazione restrittiva dei limiti alle libertà. Innanzitutto, solo «i limiti *particolari* che la costituzione pone contestualmente alla creazione di una libertà, e nella stessa sede, paralizzano automaticamente i diritti che ne

<sup>62</sup> Sul punto ampiamente A. PACE, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. BARILE (a cura), *Ventidue saggi su un grande maestro*, Giuffrè, Milano, 1990, 315.

<sup>63</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 41.

<sup>64</sup> *Ivi*, 56.

<sup>65</sup> *Ivi*, 54.

<sup>66</sup> A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della costituzione*, in *Commentario della costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, 65 ss.

<sup>67</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 55.

<sup>68</sup> Si pensi all'invito al legislatore a colmare la lacuna nel caso di suicidio assistito: *ivi*, 60.

<sup>69</sup> *Ivi*, 320.

nascono», mentre «i limiti *generali* ricavabili da altre norme costituzionali collocate «fuori sede», poiché tendono a proteggere beni o interessi *diversi* da quelli che sono protetti dalla libertà in parola, possono essere considerati paralizzanti soltanto quando, in un giudizio di *comparazione*, siano da ritenere *prevalenti* sulle situazioni nascenti dalle libertà stesse»<sup>70</sup>. Ma soprattutto, i limiti sono solo quelli previsti, senza che dalla “ragion di stato”, nel silenzio della Costituzione, possano validamente trarsi come immanenti limiti riconducibili alla clausola generale dell’ordine pubblico, ideale, materiale o finanche costituzionale. È evidente la sua distanza dal paradigma securitario di governo. Allo stesso modo, i doveri inderogabili non solo sono quelli enumerati, ma esigono anche «un’interpretazione rigorosamente *restrittiva*», a significare che la solidarietà esigibile è solo quella prescritta dalla Costituzione<sup>71</sup>. Invero, qui Barile fonda l’inaccettabilità di una solidarietà costituzionale generale e generica sulla «naturale *espansione* delle libertà»: ma l’espansione non può essere *naturale*, perché i diritti, come ci ha detto poco prima, nascono così come li raffigura il diritto positivo, oppure è una naturalità già giuridicizzata, già costituita dal diritto. A rovescio, l’espansione delle libertà costituzionali si traduce nell’accoglimento, anzi nel contributo alla costruzione, della dottrina dei controlimiti: l’inviolabilità dei diritti dell’uomo espressamente menzionati in costituzione, «*tutti e ciascuno*, e non solo alcuni; non *altri*»<sup>72</sup>, al pari dell’inderogabilità dei doveri, non ha come destinatario il legislatore ordinario per il quale basta la rigidità costituzionale, ma limita il legislatore della revisione costituzionale<sup>73</sup>, con la conseguente invalidità della legge costituzionale che ledesse il «*nòcciolo*» o il «nucleo essenziale» di ciascun diritto<sup>74</sup> o emendasse i doveri costituzionali inderogabili<sup>75</sup>. Qui, però, l’accoglimento dei limiti impliciti alla revisione ovvero di una sorta di «garanzia supercostituzionale»<sup>76</sup>, se è segno manifesto del favore per le libertà e se corrisponde a quello che nella Repubblica federale tedesca è «un diritto superpositivo che vincola il costituente»<sup>77</sup>, mostra una qualche incoerenza con il suo testualismo, per quanto moderato e con il rifiuto di qualsiasi declinazione del giusnaturalismo.

<sup>70</sup> *Ivi*, 41-2.

<sup>71</sup> *Ivi*, 68.

<sup>72</sup> *Ivi*, 54.

<sup>73</sup> *Ivi*, 53.

<sup>74</sup> *Ivi*, 47 e 53.

<sup>75</sup> *Ivi*, 68.

<sup>76</sup> *Ivi*, 54.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

### 3.1 Il cittadino/lavoratore

Se le libertà sono sempre costituite dal diritto, va da sé che l'uomo, nella prospettiva universale, o l'individuo, in quella singolare, è costituito da quei medesimi diritti ed è perciò unità di natura e cultura. La personalità dell'uomo dell'art. 2 indica, infatti, «la titolarità di una somma di «diritti inviolabili» e di «doveri inderogabili» che lo stesso art. 2 menziona e che la Costituzione conferisce direttamente»<sup>78</sup> e si estrinseca nell'«identità» personale, di cui «la costituzione assicura la garanzia [...] anzitutto tramite il sistema delle libertà che di tale identità garantiscono lo sviluppo e la tutela»<sup>79</sup>. La persona è i suoi diritti, che ne costituiscono l'identità. Detto meglio, i diritti di libertà sono «i diversi «modi», tutelati dall'ordinamento, nei quali la personalità dell'individuo deve potersi liberamente dispiegare» e, quindi, «affermare la sua dignità di uomo»<sup>80</sup>. Dall'art. 22, che vieta la privazione della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome per motivi politici, poi, Barile trae, ricorrendo alla lettura di De Siervo, una ««particolarissima tutela costituzionale da discriminazioni di tipo politico» che potrebbero portare all'annientamento dell'identità e, quindi, della personalità umana»<sup>81</sup>. Questo significa che il politico è costitutivo sia della dimensione pubblica che di quella privata: quella privazione per motivi politici importerebbe infatti «uno stravolgimento totale della personalità, una sorta di «bando» non solo dalla vita pubblica, ma anche e soprattutto da quella privata»<sup>82</sup>.

Il suo uomo è, quindi, biologico e sociale. Valga che il lavoro è segno distintivo dell'uomo, «il più idoneo ad esprimere il pregio della persona», con Mortati<sup>83</sup>. Valga che il diritto all'identità personale fonda il diritto al riconoscimento dell'identità sessuale non solo cromosomica ma anche psichica<sup>84</sup>. Con coerenza, Barile coglie nel diritto alla salute dell'art. 32 l'unità della persona umana, corpo e mente: così scrive che nella salute mentale si deve «passare dalla psichiatria all'«antipsichiatria», risolvendo il patologico individuale nel sociale, dato che le cause della malattia sono da cogliere piuttosto nelle condizioni in cui vive l'individuo malato, che nella patologia individuale»<sup>85</sup>. Significa

<sup>78</sup> *Ivi*, 21.

<sup>79</sup> *Ivi*, 26.

<sup>80</sup> A. PACE, *op. ult. cit.*, 1008.

<sup>81</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 28.

<sup>82</sup> *Ivi*, 29. È la attualizzazione della idea della «personalità del cittadino nel diritto costituzionale italiano», di cui discorreva fin da P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, 6.

<sup>83</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 103.

<sup>84</sup> *Ivi*, 26.

<sup>85</sup> *Ivi*, 57. Qui si fonda l'attualità delle tesi sull'eutanasia nella forma del suicidio aiutato nel caso di «encefalogramma piatto», di una vita priva di coscienza: *ivi*, 60. Da qui muove la attuale prospettiva, sempre contro le dicotomie, della medicina oltre la cura e della «cittadinanza sanitaria» su cui basti R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 377 ss.

che la Costituzione prende in carico l'integrità psico-fisica della persona e l'assistenza deve essere socio-sanitaria, in senso proprio. In una, in un uomo designato dai suoi diritti, non vi è nessuna concessione alla sua biologizzazione. L'uomo-specie diviene l'uomo storico e sociale che chiede prestazioni: quello della Costituzione, letta da Barile, è un uomo che non dimentica mai la sua umanità, neppure quando la posta in gioco è il suo corpo o il suo cervello. Diversamente perderebbe la libertà che svanisce «in una concezione rigidamente deterministica, in cui ad ogni momento della sua vita ciascun uomo dovrebbe agire in un determinato modo, impostogli dalla sua struttura biologica, dai suoi precedenti»<sup>86</sup>. La normativizzazione della vita non è, quindi, esposta al pericolo di rovesciarsi nella biologizzazione della politica: è politica *della* vita, biopolitica affermativa, e non politica *sulla* vita, che reca in sé una pulsione di morte e che si era già convertita – in un tempo storico ben conosciuto da Barile – nel “campo”, nella soluzione finale, in cui tutto fu reso (solo) umano, nuda vita.

Ma soprattutto l'unità di natura e cultura fonda la contiguità tra uomo e cittadino – e quindi il legame tra l'umanitario e il politico – che vive nella soluzione che Barile dà alla grande questione della determinazione del soggetto dei diritti della Prima Parte. La Costituzione è attraversata da una ambiguità nella titolarità dei diritti di libertà: l'indecisione è tra diritti dell'uomo, tradotti in diritti/libertà dell'«individuo», della «persona», dell'inclusivo «tutti» o dell'impersonale, de-soggettivato, «nessuno», e diritti del cittadino. Nella dottrina costituzionalistica si è costruita la relazione tra uomo e cittadino come un'opposizione tra due relati e la si è risolta in due differenti direzioni. In una direzione, si sono trasfigurati i diritti *fondamentali*, non esplicitamente intestati ai cittadini<sup>87</sup>, in diritti dell'uomo, attingendo al canone dell'interpretazione sistematica della Costituzione innanzi alla sua lettera incerta. Il testo è, infatti, diviso tra il riconoscimento (e la garanzia) dei diritti inviolabili dell'uomo dell'art. 2, la limitazione del principio di eguaglianza dell'art. 3 ai soli cittadini, ma al contempo la sua preordinazione al pieno sviluppo della «persona umana» e la soggettivazione, nella rubrica della parte prima, dei diritti e doveri in capo ai soli cittadini, di cui – attingendo all'argomento originalista – non è, però, rinvenibile un significato univoco nei lavori dell'Assemblea costituente e della cui menzione non vi è, comunque, traccia nel corpo di quelle disposizioni

<sup>86</sup> A.C. JEMOLO, *Libertà (aspetti giuridici)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 268.

<sup>87</sup> A sua volta, però, è un problema l'identificazione dei diritti fondamentali che la Costituzione garantisce ai soli cittadini ovvero, a rovescio, dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona, cosicché questa tesi finisce potenzialmente per trasfigurare tutti i diritti dei cittadini in diritti dell'uomo.

che riferiscono i diritti fondamentali o inviolabili<sup>88</sup> all'individuo o a tutti<sup>89</sup>. Si è, invece, privilegiata la lettera della rubrica della Parte prima nella opposta direzione della esclusione degli uomini (non-cittadini) da tutti i diritti scritti in quella Parte della Costituzione e dall'ambito soggettivo del principio di eguaglianza, con la attribuzione allo *status* di cittadinanza di un ruolo diversificante (escludente) nella disciplina costituzionale delle situazioni giuridiche soggettive. Si sostiene con l'idea che la Costituzione, come fatto politico, non potrebbe che inerire l'esistenza politica, il popolo, quindi lo *status* politico di cittadino e non la sfera (privata) dell'uomo-individuo<sup>90</sup>. Ciò, però, non preclude al legislatore di estendere, con legge ordinaria, i diritti costituzionali dei cittadini agli stranieri.

Barile sta dalla prima parte ma in un modo peculiare. La lettera dell'art. 2 e dell'art. 3 sostiene l'equiparazione tra stranieri e cittadini nel godimento dei diritti fondamentali o inviolabili dell'uomo, esclusi i diritti politici<sup>91</sup>. Ne trae un *favor*, una presunzione, salvo prova – ovvero norma costituzionale – contraria, di titolarità delle libertà costituzionali comune al cittadino e allo straniero. Ciò vale non solo nei casi in cui la Costituzione discorre di «tutti» o utilizza l'impersonale «nessuno» o «nessuna (prestazione)», ma anche quando riferisce testualmente, nel corpo della disposizione, la libertà ai cittadini, senza, però, che contenga una *ratio* di esclusione in danno degli stranieri. L'unica

<sup>88</sup> Per la sinonimia tra fondamentalità e inviolabilità, accolta peraltro di frequente nella giurisprudenza costituzionale, nel libro dedicato a Barile, P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2021, 69 e 148. Critica, invece, la rilevanza giuridica nella nostra Costituzione della categoria dei «diritti fondamentali», perché la fondamentalità o inviolabilità non può fondare diritti positivi, quando è essa stessa a dover essere fondata nel diritto posto, A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 685 ss.; ID., *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1, 1993, 3.

<sup>89</sup> Questi i noti argomenti pionieristicamente e variamente sviluppati nella dottrina costituzionalista da Barbera, Mortati, Martines, Cassese, D'Orazio e, con loro, da Barile e, più di recente, ripresi nel dibattito costituzionalistico da Luciani, Caretti, Onida, Niccolai, Cerrone, Pugiotto, Grosso, Bascherini, Bonetti e Pezzini. Per una ricostruzione di quel dibattito qui è sufficiente cfr. R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Napoli 2012, 2 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001, 115 ss.; EAD., *Straniero (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Giuffrè, Milano, 2013, 861 ss.

<sup>90</sup> Sulla scia di G. BASCHERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Nocchioli, Firenze, 1949, 41 ss., è la nota tesi di A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, 38 ss.; ID., *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. dir.*, 2, 2001, 156, nt. 4 e 5; ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*<sup>3</sup>, Cedam, Padova, 2003, 10-1, 84-5, 93-4 e 315-320; ID., *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. AIC*, 4, 2010, 7; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, 296 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla soggettività e tutela dello straniero nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 105 ss.

<sup>91</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 31.

esclusione che residua è, dunque, quella che riguarda i diritti politici. In ogni caso, fuori dai casi di piena equiparazione tra cittadini e stranieri tratta direttamente dalla Costituzione, lo statuto giuridico dello straniero (estensibile all'apolide, lo straniero non cittadino) è *costituito* dall'art. 10, co. 2, Cost. Il parametro di validità della legge che regola la condizione giuridica dello straniero non è il principio di eguaglianza dell'art. 3, declinato quale identità di trattamento per lo meno quando sono in gioco diritti fondamentali, ma è la «conformità delle norme e dei trattati internazionali» e il rispetto del principio di razionalità-ragionevolezza della discriminazione: il sindacato di legittimità delle leggi ordinarie che attuano la riserva relativa e rinforzata di legge dell'art. 10, co. 2, è, infatti, per la giurisprudenza costituzionale, quello, più lasco, del giudizio di ragionevolezza (e, quindi, di non irragionevole discriminazione) di un eventuale – ma per ciò stesso ammissibile – trattamento dispari dello straniero rispetto al cittadino. Diversamente, la categoria giuridica dei cittadini cesserebbe di esistere. In più, la regolazione con legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali è intesa da Barile come abrogatrice, per incompatibilità sopravvenuta, della condizione di reciprocità tra straniero e cittadino nel godimento dei diritti civili di cui all'art. 16 delle preleggi<sup>92</sup>. L'art. 10, co. 2, esclude infatti un ««diritto di ritorsione» spettante allo Stato contro Stati esteri»<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Il rapporto tra l'art. 10, co. 2, Cost. e l'art. 16 della preleggi è un caso particolare della questione più generale del rapporto tra Costituzione e leggi ordinarie anteriori alla sua entrata in vigore e della scelta, ove vi si veda una antinomia, tra abrogazione e incostituzionalità successiva. Nel caso specifico, non pare un argomento a favore della abrogazione/sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'art. 16 il «fatto» dell'avvenuto riconoscimento, a tutti gli stranieri, della parità nel godimento della gran parte dei diritti fondamentali degli italiani. In primo luogo, poiché circostanze di fatto, per di più sopravvenute dalla scrittura della norma, non paiono poter mai costituire argomenti normativi. In secondo luogo, poiché l'equiparazione, in favore degli italiani all'estero, certamente non esisteva quando la Costituzione italiana fu approvata, di talché è irrealistico ritenere che i Costituenti volessero eliminare tale clausola: così A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. AIC*, 8, 2010, nota 27. Potrebbe piuttosto argomentarsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 delle preleggi per violazione dell'art. 2, Cost.: il primo «ammette» lo straniero al godimento dei diritti civili del cittadino italiano a condizione che il proprio Stato di appartenenza riconosca ai cittadini italiani gli stessi diritti dei propri cittadini, il che significa che lo straniero non ha diritti al di fuori della graziosa concessione del legislatore e che il suo valore per il diritto, in fondo, dipende sempre dall'appartenenza ad uno Stato; il secondo «riconosce i diritti inviolabili dell'uomo», il che significa che tali diritti, tra i quali non possono non includersi per lo meno i diritti civili, si impongono, per effetto dell'art. 2, al legislatore statale ordinario. Al contrario, però, a favore della perdurante vigenza dell'art. 16 potrebbe rilevarsi che elementi testuali favorevoli alla stipulazione di trattati internazionali contenenti clausole di reciprocità, quali strumenti di tutela delle condizioni dei cittadini italiani all'estero, si rinvennero nell'impegno costituzionalmente assunto di tutelare il lavoro italiano all'estero all'art. 35, co. 4: l'argomento è tratto da G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo, condizione giuridica, estradizione*, Cedam, Padova, 1992, 361 ss.

<sup>93</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 33.

Può revocarsi in questione la coerenza e la fondatezza dell'interpretazione dell'art. 3 cui Barile aderisce per sostenere l'interpretazione estensiva della titolarità dei diritti. Considera il principio di eguaglianza dell'art. 3 estensibile anche agli stranieri in forza del «passaggio dalla «subiettivizzazione» medievale alla «generalizzazione» nascente dal principio personalistico», ovvero a tutti quelli «che vivono nell'ordinamento, come individui e nelle formazioni sociali»<sup>94</sup>. Interpreta, poi, i lavoratori, di cui la Repubblica deve promuovere l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale e quindi alla attuazione della sovranità del popolo, come «sinonimo di cittadini, se non di individui»<sup>95</sup>. Ma può dubitarsi che il cittadino dell'art. 3 sia convertibile nell'uomo. L'eguaglianza non ci è data, ma è il prodotto dell'organizzazione politica: si fonda su quella «tremenda livellatrice di tutte le differenze che è la cittadinanza» ed è insensata nell'infinita differenziazione e singolarità delle vite naturali degli uomini, del «meramente dato» dell'umanitario impolitico<sup>96</sup>. Per quanto, invece, riguarda la relazione tra lavoratori e cittadini, è vero che dall'art. 3, co. 2, si deduce che la mancata partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese limita la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Ma l'espressa inclusione dei lavoratori nel processo di decisione politica (e non solo economica) non equivale a reversibilità assoluta tra lavoratori e cittadini<sup>97</sup>. La Costituzione non riserva, infatti, ai soli lavoratori il diritto fondamentale a sviluppare con pienezza la propria personalità, ma lo riferisce ai cittadini. Prende, però, atto – e prescrive di conseguenza – che il lavoro è lo strumento elettivo di attuazione di quel diritto e che sono proprio i lavoratori ad incontrare maggiori ostacoli di ordine economico e sociale all'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese<sup>98</sup>: sono, quindi, i soggetti privilegiati nell'attuazione delle misure che la Repubblica deve adottare per la rimozione di quegli ostacoli che, proprio perché devono essere tolti, sono riconosciuti<sup>99</sup>. Il lavoro è il principale strumento di cui l'uomo dispone per pagare il proprio debito nei confronti degli altri e per partecipare, dunque, alla comunità. Nel testo tra rapporti materiali di

<sup>94</sup> *Ivi*, 74.

<sup>95</sup> *Ivi*, 91.

<sup>96</sup> H. ARENDT, *Il tramonto dello Stato nazionale e la fine dei diritti umani*, in ID., *Le origini del totalitarismo* (1951), Einaudi, Torino, 2009, 417-8.

<sup>97</sup> Muovendo dall'art. 3, Cost., esclude la corrispondenza biunivoca tra i due elementi, potendo esistere non solo lavoratori non cittadini, ma anche cittadini non lavoratori, F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2011, 28.

<sup>98</sup> Non pare, quindi, che il riferimento testuale ai lavoratori sia improprio, come ritiene G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2009, 38 e 52, che definisce «la parola «lavoratori» dell'art. 3, co. 2, [...] una improprietà linguistica del testo, il quale, pena la interna sua contraddittorietà, si riferisce a tutti i cittadini».

<sup>99</sup> La questione è stata così posta fin da Corte cost., sent. n. 163 del 1983.

produzione e rapporti politici, tra struttura e sovrastruttura, vi è, quindi, contiguità, circolarità e non separazione: sebbene il lavoro sia antropologicamente legato alla sfera della riproduzione, per la Costituzione è concepibile un progetto politico che lo faccia fuoriuscire da quella sfera e lo renda un fattore di emancipazione politica. E così tra l'uomo economico e quello politico vi è conformazione reciproca. La condizione materiale dell'uomo è già politica. Nello specifico, la Costituzione, non molto distante da ciò che scriveva Barile, sovrappone le figure del cittadino e del lavoratore. Il soggetto è il cittadino/lavoratore: la barratura indica l'unione che separa e la separazione che unisce. L'art. 1, co. 2, prescrive l'appartenenza inalienabile della sovranità al popolo, ai cittadini, dopo aver fondato la Repubblica democratica sul lavoro: ma se il fondamento è il lavoro, lo Stato riconosce il cittadino sovrano come lavoratore e la Repubblica rappresenta elettivamente i lavoratori. Ne sono evidenti le implicazioni sullo statuto giuridico di cittadino e sul titolo per divenirlo.

#### 4. Il potere

Cade il dualismo tra potere e libertà. Vi è un segno di superficie. La struttura del Libro, talvolta in coerenza con il testo scritto, talvolta no, tratta come diritti di libertà rapporti che costituiscono, al contempo, l'ordinamento della Repubblica: ciò vale, in particolare, per i rapporti politici, per l'ordinamento giudiziario come libertà-partecipazione all'esercizio della giurisdizione e per le libertà-garanzia dell'ordinamento regionale di cui all'art. 120<sup>100</sup>. Sotto la superficie, nella Costituzione non vi è opposizione tra costituzione dei poteri e delle libertà: le norme che creano o regolano il potere e le competenze sono diffusamente intrecciate con i modi e le forme di creazione o regolazione di diritti e le norme di obbligazione, che riconoscono e garantiscono o costituiscono e regolano diritti e doveri, contengono altrettante regole sulla competenza. Detto meglio, vi è interdipendenza tra il «sistema delle libertà e la forma di governo»<sup>101</sup>.

È perfettamente coerente con la distanza di Barile dal diritto di natura. Le libertà non preesistono al diritto costituzionale positivo, ma per Barile gli coesistono nel preciso senso che i diritti di libertà costituiscono, come vuole la concezione individualistica e liberale dei diritti, «la base di ogni repubblica democratica»<sup>102</sup> perché sono elementi essenziali della sovranità del popolo che, con toni che ricordano il discorso di Calamandrei sulla Costituzione agli studenti di Milano del 26 gennaio 1955, ha bisogno della libertà per respirare, ossia per vivere e, circolarmente, con la concezione democratica, «l'esercizio in

<sup>100</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 437 ss.

<sup>101</sup> E. CHELI, *Il contributo di Paolo Barile allo studio delle libertà in Italia*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, cit., XIII.

<sup>102</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 20.



concreto di tali diritti è assicurato dalla sovranità esercitata dal popolo»<sup>103</sup>. Muovendosi tra Esposito e Mortati vede, come il primo, nel popolo la fonte reale e non ideale del potere ove non abbia la «nuda sovranità» ma l'esercizio della sovranità, cioè «il potere supremo di decidere per lo Stato», ma fa discendere, come il secondo, l'appartenenza della sovranità al popolo dal principio personalistico dell'art. 2, che pone in posizione primaria fra i diritti da esso nascenti quello di «far discendere la soggezione del popolo all'autorità statale dal riconoscimento della partecipazione del medesimo alla sua formazione e all'esplicarsi delle sue successive attività»<sup>104</sup>. Dal che ne ricava che il popolo «è visto in costituzione sia come insieme di individui e di formazioni sociali (per cui si suole attribuire a costoro un'ampia sfera di autonomia privata avente un rilievo costituzionale), sia come strumento di formazione della volontà dello Stato», mediante la scelta ad opera del corpo elettorale dell'indirizzo politico e «il controllo sociale sugli apparati»<sup>105</sup>. Ma l'autonomia individuale e sociale nella Costituzione è rigorosamente orientata al pieno sviluppo della persona umana, con l'esclusione di qualsiasi “funzionalizzazione” della libertà a interessi differenti. La *libertà funzionale* è, infatti, una contraddizione in termini.

L'armonia tra libertà ed eguaglianza politica è l'altra faccia del legame che Barile vede tra l'uomo e il cittadino, ove il secondo non nega ma completa il primo. È un buon modo per sostenere la compatibilità tra la rappresentanza politica senza vincolo di mandato imperativo e la democrazia, che sola attiene all'eguaglianza politica tra i cittadini. Barile non è, infatti, tra chi sostiene che la democrazia rappresentativa sia un ossimoro. Anzi, nella relazione tensiva tra la libertà del mandato parlamentare che, *ex art. 67*, rappresenta la Nazione e l'art. 49, che impone al parlamentare di attuare la politica nazionale, che nasce dal concorso democratico dei partiti politici e, quindi, tra la prevalenza del momento di libertà e di quello partitico, Barile riconosce ampi spazi al libero mandato, contro una annichilente «supremazia partitica». Così il rispetto della volontà dell'elettorato lo porta a concludere che l'uscita del parlamentare dal partito che lo ha candidato e fatto eleggere determina l'uscita dal gruppo parlamentare ma la conservazione del mandato: non è necessariamente un tradimento del parlamentare al partito, sempre che questo rilevi, perché potrebbe essere il partito ad avere mutato indirizzo<sup>106</sup>. Tutto ciò non toglie, però, che riconosca la funzione integrativa delle forme di partecipazione diretta del popolo all'esercizio delle funzioni statuali: discorre di libertà-partecipazione nella

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> *Ibidem*. Qui Barile è debitore dell'Autore a cui questo scritto è dedicato: E. CHELI, *Partecipazione e Stato apparato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. III, *La Costituzione italiana: storicità ed attualità*, Terza serie, 1979, 73-4.

<sup>106</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 414-5.

petizione, nell'iniziativa popolare e nel referendum e di libertà-partecipazione alla giurisdizione<sup>107</sup>. Ma il legame delle «libertà alla sovranità popolare, e di entrambe alla partecipazione popolare»<sup>108</sup> è un argomento a favore della accettabilità del principio di maggioranza al modo kelseniano<sup>109</sup>. Il principio di maggioranza, che non si giustifica con il solo principio di uguaglianza perché significherebbe che «la forza supera il diritto», si regge, infatti, su un «particolare collegamento della libertà con l'uguaglianza». «Poiché il principio dell'unanimità dei voti, che solo risponde in pieno all'idea di libertà, renderebbe impossibile la formazione di una volontà collettiva e quindi di una comunità, mentre la comunità resta un obiettivo necessario proprio a causa dell'identità dell'io e del tu, la pretesa che tutti siano liberi deve cedere alla pretesa che sia libero il maggior numero possibile d'individui, che cioè in sede di autodeterminazione con la volontà collettiva si accordi la volontà del maggior numero possibile e vi contrasti la volontà del minor numero possibile d'individui. Ma poiché tutti sono uguali e non importa quindi che sia libero questo o quell'individuo ma solo che sia libero il maggior numero possibile d'individui, è raggiunto il richiesto massimo di libertà, e quindi il minimo di potere, allorché la volontà collettiva è determinata dalla volontà della maggioranza dei membri della comunità»<sup>110</sup>. Così Barile avrebbe potuto sottoscrivere che la maggioranza è l'«approssimazione reale all'unanimità, richiesta dall'idea di libertà, nella produzione dell'ordinamento sociale da parte di chi a tale ordinamento è assoggettato»<sup>111</sup>. È la soglia massima di libertà politica e di pluralismo compatibile con la lotta per il parlamentarismo, è il punto di tensione tra dover essere e essere, tra volontà dell'ordinamento e volontà degli individui che consente l'assoggettamento alla deliberazione. Per la medesima ragione Barile aderisce alla sostenibilità di una interpretazione individualista e libertaria, seppure egualitaria, di Rousseau, contro la fondatezza dell'interpretazione comunitaria e perciò stesso illiberale del contratto sociale, dell'essere costretti ad essere liberi, sostenuta da un certo pensiero liberale, quello di Constant e Berlin. Barile scrive, infatti, che «il contratto sociale rousseauiano tra individui e Stato non fu di facile stipulazione», ma portò all'autolimitazione dello Stato e al riconoscimento dell'autonomia dell'individuo<sup>112</sup>.

Con una fuga in avanti, è un discorso che somiglia parecchio, nella conclusione se non negli argomenti, al modello discorsivo di Costituzione teorizzato

<sup>107</sup> *Ivi*, 423 e 437.

<sup>108</sup> *Ivi*, 21.

<sup>109</sup> *Ivi*, 407 ss.

<sup>110</sup> H. KELSEN, *Forme di governo e concezioni del mondo*, in ID., *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano, 1982, 44.

<sup>111</sup> H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato* (1925), Giuffrè, Milano, 2013, 721.

<sup>112</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 12.

da Habermas, ove il principio del discorso – un po' al modo della libertà di manifestazione del pensiero di Barile – poggia sulla co-originarietà di autonomia pubblica e privata, perché «l'autonomia pubblica dei cittadini dello Stato non è immaginabile a prescindere dalla autonomia privata dei membri della società, e viceversa. Entrambe le autonomie si presuppongono reciprocamente»<sup>113</sup>. Pubblico e privato, potere e libertà, sono, dunque, uniti, intrecciati. Più esattamente, l'esercizio in concreto dei diritti di libertà è condizione essenziale della «democrazia pluralista» e della partecipazione del popolo sovrano alla «elaborazione dell'indirizzo politico»<sup>114</sup> e viceversa. È il medesimo sostrato teorico che fa della libertà individuale di manifestazione del pensiero e del diritto all'informazione «la pietra angolare del sistema democratico», nella nota decisione costituzionale n. 84 del 1969<sup>115</sup>.

A cascata, se il nemico delle libertà non è il potere politico<sup>116</sup>, nella forma dello Stato democratico-sociale il problema non può essere che il potere economico, che non è, come vorrebbero le dottrine economiche marginaliste, monetariste o neoclassiche e men che meno neoliberaliste che sorreggono la Costituzione spontanea dell'ordine catallattico del mercato, prodotto e vettore di libertà, ma ne è ostacolo. Corrisponde alla concezione trasformativa dell'esistente e non riflessiva della Costituzione-norma. Tutto si tiene. Barile scrive che «la libertà incontra i suoi ostacoli «non più sul piano politico, ma sul *piano economico*: e da quello a questo si spostò la lotta per la libertà»», attingendo alla *Introduzione* di Calamandrei ai *Diritti di libertà* di Ruffini. Difatti, «le libertà (o i diritti) «sociali» [...] attengono fundamentalmente all'economia; per cui il conflitto che esse provocano è fra il politico e l'economico, fra la libertà economica [...] e i condizionamenti e i limiti che un'economia di pieno impiego impone alla libertà economica stessa»<sup>117</sup>. Quindi «il liberalismo politico diventa insufficiente, il liberismo economico si rivela fonte di diseguaglianze di fatto, di sopraffazioni e di paralisi delle stesse libertà tradizionali, «borghesi»»<sup>118</sup>. Nelle conclusioni, profetiche, l'argomento diventa drammatico: «L'emergenza eversiva non ci ha sommersi, ma quella economica minaccia *anche* le libertà, e non solo quelle economiche, perché evoca lo spettro di una dittatura che attui una decisa politica economica»; ed infine: «la debolezza dell'apparato minaccia anche le istituzioni della libertà». Da ciò la necessità

<sup>113</sup> J. HABERMAS, *Tempo di passaggi* (1998), Feltrinelli, Milano, 2004, 103: sul punto specifico L. CEPPA, *Il diritto della modernità. Saggi habermasiani*, Trauben, Torino, 2011, 66.

<sup>114</sup> E. CHELI, *Nata per unire*. La Costituzione italiana tra storia e politica, il Mulino, Bologna, 2012, pos. 1132-54.

<sup>115</sup> Che Barile non può, infatti, che valorizzare: P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 227.

<sup>116</sup> Anzi, più radicalmente, per E. CHELI, *Il contributo di Paolo Barile*, cit., X, Barile ha sempre evitato la suggestione di una «equivoca equiparazione tra diritti di libertà e contropoteri dello Stato».

<sup>117</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 14-5.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

assoluta di «una politica costituzionale delle libertà» a cui sono chiamati permanentemente i rappresentanti popolari<sup>119</sup>. È questa una politica costituzionale democratico-sociale e non liberal-garantista. Il legame tra l'uomo economico e l'uomo politico, tra ciò che è e ciò che deve essere, si trasfigura, infatti, in quello tra la Costituzione economica e la sovranità del popolo, quale fonte reale e non storica o ideale del potere, come aveva scritto Esposito e sottoscritto Barile. Infatti, «la novità della politica delle libertà è un'esigenza di cambiamento, di «una diversa distribuzione del potere» che vada oltre il garantismo e che invece sfrutti l'affievolimento delle libertà «economiche» a favore di un'attuazione fedele dell'art. 3 II co., dell'eguaglianza dei punti di partenza e delle condizioni di vita»<sup>120</sup>. A dire che nel testo costituzionale sfera socio-economica e politica sono inseparabili: la seconda muove dall'*esistenza* di differenti «condizioni personali e sociali» e di «ostacoli di ordine economico e sociale», che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, per determinare *normativamente* ciò che deve essere e, quindi, superarle per consentire il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Più precisamente, la fondazione della Repubblica sul lavoro, l'obiettivo costituzionale del pieno impiego che apre ad una lettura macroeconomica keynesiana del principio lavorista, la formalizzazione della libera iniziativa economica e della proprietà privata, la compatibilità, custodita dalle riserve di legge, delle libertà economiche e delle finalità sociali, l'ammissibilità di programmi e controlli delle attività economiche e così via rendono possibile al popolo, quale concreto soggetto socio-economico, di agire politicamente e cambiare la propria esistenza.

La conclusione è che, se non si dà libertà fuori dalla legge, se i diritti sociali non sono neppure pensabili senza la legge, lo Stato sociale prodotto dal «neocapitalismo» produce e rafforza le libertà<sup>121</sup> e, per quella via, completa lo Stato di diritto<sup>122</sup>. Fonda scientificamente, tanto contro le dottrine egualitarie quanto contro quelle libertarie, la questione sociale come questione di libertà, perché la sua inclusione nella Costituzione dimostra che si vollero «trattare» nello stesso modo le due categorie di libertà, ontologicamente assai differenti». La libertà include il diritto all'eliminazione del privilegio ingiusto e lo Stato non è separato dalla società, proprio come non tiene la distinzione tra libertà “di” e libertà “da”. Significa che i diritti all'eguaglianza, ovvero i diritti sociali, sono diritti di libertà. Per contro, l'esclusione dalla trattazione delle libertà

<sup>119</sup> *Ivi*, 456.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> *Ivi*, 14.

<sup>122</sup> L'evoluzione e, quindi, la continuità tra Stato di diritto, Stato sociale e Stato costituzionale è l'idea che sostiene E. CHELI, *Nata per unire*, cit., pos. 629 ss., 1154 e 1318 ss.

economiche – annunciata fin dalla *Prefazione*<sup>123</sup> e dall'*Introduzione*<sup>124</sup> – è teoricamente fondata: quelle economiche sono potere che qualcuno, solo per comodità, chiama libertà.

Rifonda la relazione tra libertà ed eguaglianza passando dall'interpretazione del principio di eguaglianza dell'art. 3, una «supernorma» destinata ad operare come «norma di chiusura», come diritto alla libertà eguale ovvero alle «eguali libertà»<sup>125</sup>. Attingendo a Rescigno, nel passaggio dall'eguaglianza liberale davanti alla legge alla eguaglianza come «vincolo al contenuto della legislazione», la rivoluzione borghese – e le sue Costituzioni – «comincia a pretendere che le leggi garantiscano la possibilità di vivere secondo le proprie inclinazioni e di raggiungere il successo, abolendo privilegi e deroghe a norme generali». È il pensiero democratico che «porta avanti il «diritto alla vita» nei vari postulati dei diritti sociali»<sup>126</sup>. Ma il punto decisivo è che per Barile l'eguaglianza non è la negazione della libertà. Non dice che l'eguaglianza, l'isonomia, costituisca di per sé sola garanzia di libertà, secondo il comunitarismo: se non altro, potrebbe darsi che il potere, in nome dell'eguaglianza, restringa in pari misura tutte le libertà. Ma dice che un ordinamento egualitario può non essere illiberale, dal che lo Stato sociale non nega lo Stato di diritto. Mobilita l'argomento, più comune, secondo cui libertà ed eguaglianza si limitano e condizionano reciprocamente. Potrebbe, però, obiettarsi che tra libertà ed eguaglianza non vi è una relazione oppositiva, perché in termini teorici l'incongruenza logica tra l'una e l'altra esclude il conflitto. L'una è proprietà individuale, indica uno stato, la seconda è principio distributivo, indica un rapporto e, come tale, è predicabile anche della prima<sup>127</sup>. Barile escogita, però, due argomenti, l'uno più congruente con la sua definizione di eguaglianza giuridica come rapporto, l'altro meno. Primo, scrive che «l'eguaglianza diventa il modo di essere delle libertà, ne configura il principio di espansione e lo adatta a quello di comparazione»<sup>128</sup>. Riscrivendo un po', è come se si dicesse che o la libertà è eguale, comunitaria, *impropria*, di tutti e di ciascuno, o non è. Se ne ricava che la libertà, per essere di tutti e non il privilegio di uno o pochi, non può essere assoluta o incondizionata: non potrebbe essere generale. A seguire, se la libertà deve essere eguale, *ex art. 3*, e la natura non produce diritti o condizioni, la libertà esige il potere che la garantisca e la limiti. Ma soprattutto la libertà eguale apre alla immenza alla libertà dell'eguaglianza nel godimento dei beni e della giustizia

<sup>123</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 9.

<sup>124</sup> *Ivi*, 21.

<sup>125</sup> *Ivi*, 79.

<sup>126</sup> *Ivi*, 76.

<sup>127</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 2009, VII, 3 e 4; E. DICCIOTTI, *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, il Mulino, Bologna, 2006, 112.

<sup>128</sup> P. BARILE, *Diritti di libertà*, cit., 80.

distributiva<sup>129</sup>. Se si è poveri si hanno ostacoli e, in termini di libertà empirica, il possesso del denaro è una preconditione perché non sia fisicamente impedito fare delle cose. Non possono coesistere libertà e mancanza di beni, che non è mancanza di capacità ma di libertà. La libertà sociale viene così a dipendere dal possesso *de facto* di oggetti materiali: vi è una forte correlazione tra i gradi di libertà sociale ed il possesso di risorse, il cui valore di scambio, nelle condizioni normali di una società di mercato, si pone come uno degli indicatori più importanti del grado di libertà sociale del possessore. Secondo, Barile scrive che libertà ed eguaglianza possono coesistere «perché la libertà politica esige la compresenza della libertà economica, che invece è destinata dall'eguaglianza ad essere compressa»: ma è «il *grado di questa* compressione che conta», perché se si abolisce la proprietà privata si abolisce anche la libertà politica, se invece si aboliscono solo monopoli e privilegi, «la compressione amplierà gli spazi della libertà»<sup>130</sup>. Il mantenimento dell'eguaglianza formale garantisce la liberaldemocrazia; l'eguaglianza sostanziale aggiunge i diritti sociali compatibili con la prima. Ma non pare che la coesistenza e la compatibilità tra eguaglianza e libertà sia un problema di misura, di gradazione, di quantità dell'una e dell'altra. Libertà ed eguaglianza non sono incompatibili perché la prima, per essere piena e di tutti, non si dà senza la seconda, che ne è condizione di possibilità, elemento costitutivo intrinseco o almeno ne è limite interno e non già limite esterno, bilanciabile e graduabile con la prima: non si dà bilanciamento perché sono grandezze incongrue, ove, appunto, la libertà è uno stato e l'eguaglianza un rapporto. Tradotto, i diritti sociali costituiscono le precondizioni per l'esercizio effettivo delle libertà civili, come queste, aveva detto, sono una precondizione per l'esercizio dei diritti politici. In effetti, Barile avrebbe potuto virare in questa direzione, in coerenza con la sua idea che l'eguaglianza è tale solo in un *rapporto*<sup>131</sup>.

### 5. Garanzia e indirizzo

La relazione non dualista tra Costituzione formale e materiale/vivente, nonché la coimplicazione tra libertà e potere politico si traducono, nelle categorie della teoria costituzionale, nella simbiosi tra garanzia e indirizzo.

Le categorie della garanzia e dell'indirizzo sono una buona via di lettura del pensiero costituzionale italiano che ha accompagnato l'avvento della Repubblica. In particolare, come noto, Barile riprende e sviluppa l'idea mortatiana della simbiosi tra garanzia ed indirizzo, ove è lo stesso indirizzo delle forze politiche, cioè l'assetto materiale, a garantire l'osservanza dell'assetto formale che,

<sup>129</sup> Nella teorica di I. CARTER (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2001, 74 ss. e ID., *La libertà eguale*, Feltrinelli, Milano, 2005, 187 ss.

<sup>130</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 80.

<sup>131</sup> *Ivi*, 81.

a suo tempo, le medesime forze hanno voluto e posto e ove, quindi, l'osservanza del parametro si confonde con la fondazione della sua validità. È coerente con l'idea della Costituzione come norma giuridica in cui la concreta efficacia della norma e, quindi, la condivisione e convinzione della sua vincolatività e la conseguente reazione alla sua violazione da parte della generalità dei membri di un determinato gruppo sociale costituiscono la garanzia del suo rispetto<sup>132</sup>. A rovescio, significa che l'indirizzo politico generale o costituzionale, tipico di una Costituzione-norma e programma, è affidato agli organi di garanzia, ovvero al Capo dello Stato ed alla Corte costituzionale, assimilati – e differenziati – in una funzione di controllo politicamente neutrale, ma attiva nell'attuazione della Costituzione poggiante sulla costituzione materiale, più propulsiva la funzione del Capo dello Stato, più difensiva quella della Corte. È l'idea che presuppone la pensabilità del garante dell'indirizzo politico e più esattamente dell'immanenza del primo al secondo o, che è lo stesso, di un potere *politico* di *garanzia* costituzionale<sup>133</sup>. È l'idea in contesa con la coeva riflessione di Serio Galeotti, prima, e di Temistocle Martines, poi, i quali hanno teorizzato, invece, la dissociazione tra garanzia ed indirizzo, e cioè la scissione tra osservanza della Costituzione e sua vigenza, tra il *Sollen* del diritto costituzionale ed il *Sein* degli accadimenti politici. Barile nel 1985 dirà che «*custode* della costituzione non è soltanto chi dice no alle violazioni della costituzione, ma anche chi spinge al rispetto attivo della costituzione da parte di tutti gli altri organi politici»<sup>134</sup>. Aggiungeva più tardi di aver voluto dire che «esisteva la possibilità di un intervento nel campo dell'indirizzo politico di maggioranza da parte della Corte costituzionale e da parte del Capo dello Stato, i quali avevano il diritto-dovere di intervenire per correggere eventualmente l'indirizzo politico di maggioranza e per ricondurlo all'osservanza della Costituzione»<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze, 1951, ripubblicato nella Collana Cesifin "Percorsi e prospettive", Passigli, Firenze, 2017, 27 ss.

<sup>133</sup> La questione sottesa è la compatibilità tra politicità e imparzialità. Risale al pensiero greco l'opposizione tra la politica come *politéia*, imparzialità e intesa contro la *stasiotéia*, conflitto tra fazioni e potenza prevaricante, su cui basti P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 10-11.

<sup>134</sup> P. BARILE, *Relazione di sintesi*, in G. SILVESTRI (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano. Atti del Convegno, Messina-Taormina, 25, 26 e 27 ottobre 1984*, Giuffrè, Milano, 1985, 258 ss. La questione che la tesi di Barile pone è ovviamente quella della concepibilità nel diritto costituzionale positivo di un indirizzo politico costituzionale distinto dall'indirizzo politico di maggioranza, ovvero contingente e di governo e della assimilabilità nel seno del primo del Presidente della Repubblica e della *giurisdizione* costituzionale, tenendo a mente la distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione.

<sup>135</sup> P. BARILE, *Intervento*, in M. AINIS, A. RUGGERI, G. SILVESTRI e L. VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Giornate di studio, Messina, Giuffrè, Milano, 1998, 111-2.

Per questa ragione teorica nel discorso di Barile sulle libertà non vi è opposizione tra costituzione-indirizzo o programma e costituzione-garanzia, tra sovranità del popolo e dello Stato e costituzionalismo dei diritti. Ma non risolve la legislazione nella giurisdizione e viceversa: sono grandezze incongrue, non comparabili e nessuna delle due ha l'ultima parola. A seguire, non si deve scegliere tra l'attuazione legislativa e l'applicazione giudiziale della Costituzione: coesistono, ognuna nel proprio ambito.

In questo discorso, vi è però, forse, una incoerenza. Muovendo dalle forme e dai limiti nelle quali la sovranità è esercitata, Barile deduce che fra gli organi costituzionali che la esercitano in nome del popolo vi sono gli organi giurisdizionali e che nessuno può contestarne la legittimazione democratica perché non sono rappresentativi in modo diretto del corpo elettorale. L'opera del giudice concorre, con gli organi di indirizzo politico, all'inveramento del fine politico sotteso al dato costituzionale<sup>136</sup>. Ma se questo vale per tutta la giurisdizione, deve valere per l'organo della giustizia costituzionale, con una rappresentatività politica addirittura maggiore, seppure indiretta<sup>137</sup>. In ogni caso, un certo grado di politicità di ogni giudice non è certo contestabile, a maggior ragione se oggetto è un atto politico e parametro l'atto politico supremo. Così la Corte costituzionale è legittimata a imporre «una interpretazione *diretta* della realtà del paese»<sup>138</sup>, ovvero è chiamata, seppure nella veste di giurisdizione, a «un compito più politico che di stretto diritto»<sup>139</sup>. Ma, in funzione riequilibratrice, dice che la Corte non giudica della «giustizia» delle leggi bensì, al più, della ragionevolezza, che è «ragione della Corte»<sup>140</sup>.

È un argomento la cui solidità, però, dipende dal significato dell'amministrazione della giustizia in nome del popolo. La giustizia è, secondo l'art. 101, co. 1, della Costituzione, amministrata in nome del popolo, ovvero nel nome dello stesso soggetto a cui l'art. 1, co. 2, attribuisce la titolarità della sovranità. Così che il popolo è l'origine, l'inizio, sia della legislazione, sia della giurisdizione. Ma l'amministrazione della giustizia in nome del popolo non ha a che vedere né con una forma di rappresentanza politica dell'interesse generale né con la responsabilità politica. In nome del popolo non rinvia ad una relazione rappresentativa tra giudice e comunità, alla stregua di quella che lega il popolo a chi fa le leggi nella deliberazione parlamentare e che fa le leggi proprio perché rappresentante eletto del popolo o, men che meno, a una relazione diretta, non mediata, con il popolo. Si spiega, tutto all'opposto, con il secondo comma dell'art. 101, con la sola dipendenza della giurisdizione dalla legge, dalla forma

<sup>136</sup> Già P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, cit., 57.

<sup>137</sup> P. Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., 83.

<sup>138</sup> *Ivi*, 88.

<sup>139</sup> *Ivi*, 83.

<sup>140</sup> *Ivi*, 81.



rappresentativa dell'art. 70, in cui si esercita la sovranità del popolo dell'art. 1 e rispetto alla quale la giurisdizione è in posizione di *soggezione*. Il giudice agisce in nome del popolo perché è soggetto alla legge di cui il popolo è l'*autore*. È organo dello Stato sottoposto alla legge, non rappresentante del popolo che fa la legge. Questa è sovranità, quello è magistratura. E non bisogna confondere i magistrati o i ministri del popolo, i quali agiscono su commissione e non sovraneamente, con lo Stato del popolo, che agisce rappresentativamente. Lo stesso vale per la giurisdizione costituzionale, ove la si consideri tale, ovvero giurisdizione e giustificazione della decisione in base alla Costituzione/legge e non difesa politica della Costituzione, quindi, legislazione<sup>141</sup>. Questa conclusione sarebbe stata coerente con la nota definizione di Barile della giustizia costituzionale come «*giurisdizione costituzionale delle libertà*».

## 6. Libertà, al singolare. Una malattia incurabile

Chiudiamo senza irenismo, senza retorica<sup>142</sup>. Chiudiamo, però, parlando di libertà al singolare e non al plurale. La conclusione non cambia.

La libertà è una condanna per l'uomo. Ma senza questa «malattia incurabile»<sup>143</sup> l'uomo perde la propria umanità, una condizione non puramente data, immanente, biologica, predeterminata, ma storicamente e socialmente condizionata, finita, possibile, non necessitata, quindi libera. E, a catena, considerato che il potere, lo Stato e la sua Costituzione, sono creature degli uomini, artifici naturali come l'uomo che, con la sua normatività naturale, li costituisce, questi perdono la loro fonte e decadono. Non si dà normatività e validità senza libertà, non si dà dover essere se qualcosa già è o è dovuto, ma solo se deve essere perché può essere. Quindi, la libertà è ciò che fonda teoricamente la normatività della Costituzione. Senza libertà non si dà imputazione, ma solo causalità. Ne esce confermato che, mediante le libertà, Barile fonda una concezione normativa di Costituzione.

<sup>141</sup> P. PINNA, *Il diritto legislativo e giudiziario*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, n. 1, 1 ss., delinea una precisa confinazione concettuale tra legislazione e giurisdizione al dichiarato scopo di segnare il confine tra la politica e il controllo di costituzionalità delle leggi proprio muovendo dal noto volume di P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982 e, a dimostrazione della sua attualità, dagli echi delle tesi sostenute in quel volume nel discorso costituzionalistico contemporaneo.

<sup>142</sup> P. CALAMANDREI, *Presentazione*, in P. BARILE, *Orientamenti per la Costituente*, La Nuova Italia, Firenze, 1946, VII-VIII, individuava nell'«antiretorica» un tratto caratteristico del giovane Barile.

<sup>143</sup> La citazione è da S. ŽIŽEK, *Libertà, una malattia incurabile*, Ponte delle grazie, Milano, 2023.



IL PROCEDIMENTO DI CUI ALL'ART. 138 COST. COME PUNTO DI  
EMERSIONE DEL MODELLO COSTITUZIONALE DEL SISTEMA DELLE  
FONTI

ANDREA CARDONE, MATTEO GIANNELLI\*

**Sommario**

1. «Nata per unire» come paradigma per lo studio delle interazioni tra sistema delle fonti e forma di governo – 2. La rilevanza del procedimento di revisione costituzionale nella definizione del modello costituzionale di sistema delle fonti e le degenerazioni della forma di governo parlamentare. – 3. La capacità del modello di cui all'art. 138 Cost. di resistere alle degenerazioni del sistema: dalla Commissione Bozzi alla riforma del 2006 – 4. (*segue*): le riforme nella stagione dei “tre poli” – 5. La persistente centralità del modello delineato dall'art. 138 Cost. e il suo rapporto con le ipotesi ricorrenti di riforma della Costituzione.

**Abstract**

*The contribution reflects on the fundamental value of the constitutional revision procedure provided for in Article 138 of the Constitution. Enzo Cheli's essays are decisive, in the authors' opinion, to properly contextualise the problem starting from the value of the centrality of Parliament.*

**Suggerimento di citazione**

A. CARDONE, M. GIANNELLI, *Il procedimento di cui all'art. 138 Cost. come punto di emersione del modello costituzionale del sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze.

Contatto: [andrea.cardone@unifi.it](mailto:andrea.cardone@unifi.it)

Ricercatore a tempo determinato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: [matteo.giannelli@unifi.it](mailto:matteo.giannelli@unifi.it)

il contributo è il frutto del lavoro comune dei due autori. La stesura dei parr. 1 e 5 è da attribuire ad Andrea Cardone, quella dei restanti a Matteo Giannelli.

### 1. «Nata per unire» come paradigma per lo studio delle interazioni tra sistema delle fonti e forma di governo

La Costituzione del 1948 è, per usare una felice espressione di Enzo Cheli, *nata per unire*<sup>1</sup>. Ad essa, cioè, i Costituenti affidarono 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.

Il presupposto fondamentale per il raggiungimento di questo obiettivo risiedette, come noto, nel compromesso tra le forze politiche che avevano alimentato l'antifascismo e condotto la resistenza all'interno del Comitato di liberazione nazionale. Un compromesso frutto dell'accordo tra i partiti che lo componevano, come lo stesso Enzo Cheli ha messo in luce in molti lavori<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>.

Il risultato di quel compromesso, come altrettanto 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*)<sup>4</sup>. Rispetto a questo obiettivo, la forma di governo parlamentare voluta dai Costituenti, completata da una legge elettorale di tipo

<sup>1</sup> E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Il Mulino, Bologna, 2014, *passim*.

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, gli scritti raccolti in E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 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. Inoltre, v. S. MERLINI, *Continuità, razionalizzazioni e correzioni della forma di Governo italiana nel suo percorso storico dallo Statuto alla Costituzione repubblicana*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 67 ss.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Cfr., per tutti, Cfr., per tutti, L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 657, cui, come noto, si deve l'espressione, nonché 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 *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, 295 ss.

proporzionale<sup>5</sup>, doveva rappresentare il sistema istituzionale ideale per il raggiungimento del compromesso politico tra i partiti di massa ai fini dell'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.

Ne è conferma che – anche qui si ricorda una cosa nota – nella seconda Sottocommissione della Commissione dei 75 il dibattito sul procedimento legislativo viene introdotto dalla relazione di Costantino Mortati sulle forme di governo, proprio a sottolineare lo stretto collegamento esistente tra la disciplina dei rapporti tra gli organi di indirizzo politico e la conformazione dei procedimenti normativi attraverso cui dare attuazione alla Costituzione<sup>6</sup>.

In coerenza con le caratteristiche strutturali della forma di governo parlamentare, dunque, l'insieme delle fonti di produzione 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<sup>7</sup>.

Non può, quindi, essere considerato un caso che la declinazione della centralità parlamentare come fattore di legittimazione democratica<sup>8</sup> 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

<sup>5</sup> Di recente parla in questo senso di una sacralità del proporzionale, ricucendo il filo rosso che lega, ad oltre quarant'anni di distanza, l'interpretazione dei lavori costituenti di Carlo Lavagna e Maurizio Fioravanti, F. ROMANELLI, *L'Italia e la sua Costituzione*, Laterza, Bari-Roma, 2023, pp. 133 ss. Su questo lavoro v. la recente lettura di E. CHELI, *Le fratture dell'Italia e il rendimento storico della Costituzione repubblicana*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2024, 959 ss.

<sup>6</sup> Sul punto, per tutti, si veda A. QUASI, *Bicameralismo e attività legislativa del Parlamento dagli studi preparatori al testo costituzionale*, in E. CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, 352 ss.

<sup>7</sup> Sul punto cfr., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. vol. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1988, pp. 20-22.

<sup>8</sup> Dipendente anche dal necessario coinvolgimento delle minoranze che essa assicura, come sottolinea, tra gli altri, G. SILVESTRI, "Questa o quella per me pari sono...". *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa University Press, Pisa, 2006, 179. Di recente in termini più ampi cfr., A. RUGGERI, *La Costituzione repubblicana e le sue più salienti trasformazioni*, in ID., A. MORELLI, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza (profili metodico-teorici)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, spec. 95 ss.

norme sull'organizzazione dello stato, sia le norme sui rapporti tra stato e cittadini»<sup>9</sup>.

Questo, infatti, è quanto emerge concordemente dalla dottrina che ha indagato la *ratio* di numerosi istituti previsti dalla nostra Costituzione<sup>10</sup>, compreso per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, il tema del tendenziale monopolio riconosciuto alle Camere nel procedimento di revisione della Costituzione dall'art. 138 Cost)<sup>11</sup>.

Un “modello costituzionale” di “sistema delle fonti” esiste, dunque, 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 conduce una lettura che non scende sul piano della forma di governo, che resta ancorata esclusivamente al terreno della forma di stato, ovvero della liberaldemocrazia parlamentare, e che vede conseguentemente nella crisi della sovranità statale la principale causa della “crisi” del sistema delle fonti.

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 come precipitato della sovranità dello Stato consente di raggiungere due rilevanti conclusioni, che vanno oltre l'imprescindibile riconoscimento della funzione integrativa di quest'ultima rispetto al dettato costituzionale<sup>12</sup>.

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. Da un secondo punto di vista, consente di sostenere che residuano significativi margini di compatibilità con

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Sul punto, per esigenza di sintesi, sia rinvia a A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, il Mulino, Bologna, 2023, *passim*, spec. 47-50.

<sup>11</sup> Cfr. per tutti, S.M. CICONETTI, *La revisione della Costituzione*, Cedam, Padova, 1972, 91 ss.

<sup>12</sup> 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.

l'architave 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.

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"<sup>13</sup>, imperniato sui corollari della forma di governo parlamentare, in grado di sopravvivere all'abbandono della centralità della legge delle Camere e saldamente ancorato al ruolo delle stesse nell'ambito del procedimento di revisione previsto dalla stessa Carta, non a caso, nella sua parte conclusiva (Titolo VI, sezione II).

## **2. La rilevanza del procedimento di revisione costituzionale nella definizione del modello costituzionale di sistema delle fonti e le degenerazioni della forma di governo parlamentare**

Il procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost. rappresenta, in questo quadro, uno dei più rilevanti corollari della forma di governo parlamentare di cui si trova traccia nel modello costituzionale del sistema delle fonti. Ne deriva che esso può ben essere assunto come parametro principale per valutare le trasformazioni che il "sistema delle fonti" ha subito nei decenni per effetto della prassi.

Tale analisi può avvenire proprio nel solco della proposta con cui Enzo Cheli<sup>14</sup> ha suggerito che, nella prospettiva definita dai concetti di modello

<sup>13</sup> 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».

<sup>14</sup> Sul punto cfr. 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., e ID., *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro "sistema" delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2010. Inoltre, v. M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 140 ss., e 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.

costituzionale e di sistema delle fonti fin qui evocati, le cause dei numerosi scostamenti del secondo dal primo debbano esser ricercate proprio nelle degenerazioni della forma di governo parlamentare che hanno contrassegnato la storia della Repubblica.

Nella prospettiva di questa riflessione, ci si intende interrogare 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<sup>15</sup>.

A questo fine, si deve prendere le mosse dal ricordare che la logica dell'art. 138 Cost. è quella di riservare l'esercizio della funzione di revisione costituzionale al Parlamento o, meglio, ad una maggioranza parlamentare più ampia di quella che sostiene l'Esecutivo in carica. E ciò per la ragione che ogni garanzia costituzionale, ma soprattutto la garanzia della rigidità della Costituzione, è rivolta a limitare il potere delle maggioranze transeunti che si alternano al governo del Paese. Rispetto a questa impostazione, appare coerente che il ruolo del corpo elettorale sia considerato meramente eventuale e in ogni caso secondario. E questo non certo per una scarsa considerazione per la sovranità popolare, ma per evitare che decisioni che toccano l'assetto del sistema costituzionale possano essere oggetto di un voto suggestionato da elementi emotivi e/o occasionali, nel contesto di una possibile torsione della consultazione referendaria in chiave plebiscitaria a supporto di questa o quella maggioranza politica. Tale rischio, peraltro, appare tanto più forte se la revisione non riguarda uno specifico aspetto della disciplina costituzionale, ma intende toccarne l'impianto in maniera così radicale da offrire una vera e propria alternativa alla Costituzione vigente.

Come noto, nell'esperienza costituzionale italiana, sono tre le leggi costituzionali che hanno derogato la disciplina dell'art. 138 Cost.: le leggi nn. 1 del 1993 e 1 del 1997, in tema di procedimento di revisione costituzionale, che hanno istituito le note commissioni bicamerali per le riforme, e la 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<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Su questa accezione della rigidità, v. 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.

<sup>16</sup> 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.



Sia consentito soffermarsi brevemente su quest'ultima ipotesi<sup>17</sup> che è capace di dimostrare – attraverso la ricordata esclusione del *referendum* nazionale – una forma di incidenza peculiare sul carattere tipico del procedimento di revisione costituzionale, inteso in senso stretto come insieme di atti preordinati al raggiungimento di un determinato fine, riproponendo così il tema della sua unitarietà e inderogabilità.<sup>18</sup>

Sul punto può esser utile ricordare anche la singolare vicenda del procedimento di approvazione della legge costituzionale n. 1 del 2017, recante «Modifiche allo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Südtirol in materia di tutela della minoranza linguistica ladina», nella cui fase parlamentare si inserì un inconsueto aggravio procedurale (di cui peraltro non si trova traccia nei lavori dei due rami del Parlamento): dopo la prima lettura alla Camera, mentre era in corso l'esame da parte del Senato, il disegno di legge costituzionale ha, infatti, ricevuto il parere dell'adunanza generale del Consiglio di Stato, con riferimento alle previste modifiche della composizione delle sezioni del Consiglio di Stato investite dei giudizi di appello sulle decisioni della sezione autonoma di Bolzano del Tribunale regionale di giustizia amministrativa<sup>19</sup>.

Su entrambi questi profili – sia su quello ordinamentale riferito alla legge costituzionale n. 2 del 2021, che su quello particolare relativo al caso appena citato – è possibile richiamare, in evidente analogia, il passaggio della nota sentenza n. 496 del 2000 della Corte costituzionale ove si afferma che «l'inserimento di un *referendum* consultivo nella fase della iniziativa legislativa della Regione in materia costituzionale darebbe luogo ad un aggravamento

<sup>17</sup> Per le altre cfr., *infra*, i paragrafi seguenti.

<sup>18</sup> Per una ricostruzione dei diversi orientamenti si veda 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. Inoltre, L. CAPPUCCIO, *Il procedimento di revisione degli statuti speciali introdotto dalla legge costituzionale n. 2 del 2001. Una nuova ipotesi di rottura costituzionale?* in *Le Regioni*, 2-3/2003, 399 ss. Di recente v. anche M. CAVINO, *La produzione delle norme costituzionali come vicenda essenzialmente politica*, in *Rivista AIC*, 4/2024, 233-4.

<sup>19</sup> Sul merito della vicenda e sulle sue peculiarità dell'iter del d.d.l. A.S. 2643 (XVII leg.), anche per i profili relativi al rapporto con fonti pre-costituzionali (La richiesta di parere è stata formulata, dal Dipartimento per gli Affari regionali e le Autonomie della Presidenza del Consiglio, ai sensi dell'articolo 1 del R.D.L. 9 febbraio 1939, n. 273, convertito in legge 2 giugno 1939, n. 739 secondo cui «i provvedimenti legislativi che importino il conferimento di nuove attribuzioni al Consiglio di Stato oppure alla Corte dei Conti, nonché la soppressione o la modificazione di quelle esistenti o che comunque riguardino l'ordinamento e le funzioni dei predetti Consessi in sede consultiva o di controllo, ovvero giurisdizionale, sono adottati previo parere rispettivamente del Consiglio di Stato in adunanza generale o della Corte dei Conti a Sezioni riunite») sia consentito rinviare a M. GIANNELLI, *Spunti sulla frammentazione della legge costituzionale nella XVII Legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, 14 ss. Inoltre, G. PICCIRILLI, *La fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione questioni assodate e problemi aperti*, in U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, Catanzaro, 8-9 giugno 2018, Napoli, Editoriale Scientifica, 31.

procedurale, con ciò contrastando con la disciplina della revisione posta nell'art. 138 Cost.»<sup>20</sup>.

In termini generali, dunque, il riferimento alle esperienze dichiaratamente derogatorie dell'articolo 138 della Costituzione non serve però a contribuire alla tesi della rigidità costituzionale come dato formale, quanto piuttosto all'idea che tutto dipenda dalla sostanza delle norme costituzionali di cui essa viene predicata e in relazione alle quali viene valutata<sup>21</sup>. E ciò, infatti, indipendentemente dall'esistenza di una procedura aggravata di revisione costituzionale e dalla sua inderogabilità. Il procedimento di revisione, infatti, non è, a ben vedere, elemento costitutivo della rigidità costituzionale, ma una sua garanzia. La rigidità non può che risiedere altrove, sulla resistenza che la fonte di legittimazione della costituzione è in grado di offrire al cambiamento: solo essa sembra realmente in grado di attribuire alla Costituzione stabilità nel tempo.

La derogabilità o meno del procedimento di revisione costituzionale dipende, allora, dalla rigidità delle norme costituzionali che si intende sottrarre al mutamento formale. Il procedimento aggravato non può attribuire "più rigidità" alla Costituzione di quanto essa non ne possedeva già.

Sul punto, allora, si può provare a dare una risposta all'interrogativo circa la configurabilità dell'art. 138 Cost. quale "principio supremo". Alla luce dell'evidenziato rapporto tra rigidità costituzionale e inderogabilità del procedimento di revisione, infatti, pare di poter dire che per rispondere alla domanda non è necessario ricorrere alla distinzione tra norme procedurali e norme sostanziali, né avventurarsi nella problematica ricerca di "principi supremi di organizzazione", ma più semplicemente osservare che anche in relazione alla procedura per la modifica della Costituzione trova conferma l'idea, ormai emersa chiaramente nella riflessione costituzionalistica<sup>22</sup>, che le norme procedurali veicolano specifiche opzioni sostanziali, che non esistono proceduralismi puri e che la legittimazione delle procedure riposa sulla legittimità delle norme sostanziali che attuano o garantiscono.

<sup>20</sup> Corte cost. 14 novembre 2000, n. 496, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000, 3798 ss. con note a seguire di F. CUOCOLO, *Leggi di revisione costituzionale e referendum consultivo regionale*; S. BARTOLE, *Riforme federali e consultazioni referendarie regionali: un abbinamento discutibile*; N. ZANON, *Il corpo elettorale in sede referendaria non è il propulsore dell'innovazione costituzionale*; G. PAGANETTO, *Usò distortivo del referendum consultivo e dell'autonomia regionale*.

<sup>21</sup> Lo si ricava sia da un'analisi dell'esperienza costituzionale statuaria che da quella Costituzione federale americana (con particolare riferimento al costituzionalismo *free form*): per questi aspetti cfr. A. CARDONE, «*Dimmi quanto è rigida la tua costituzione e ti dirò come intendere il suo procedimento di revisione*», cit., 3-10;

<sup>22</sup> Su cui cfr. L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Jovene, Napoli, 2012, *passim*.

### **3. La capacità del modello di cui all'art. 138 Cost. di resistere alle degenerazioni del sistema: dalla Commissione Bozzi alla riforma del 2006**

Come noto, si deve risalire al dibattito sulla “governabilità” degli anni Ottanta per individuare il fattore più rilevante che ha condotto, negli stessi anni, all’inizio della riflessione sulla riforma della Costituzione, con i primi tentativi falliti di riformare le istituzioni repubblicane, come quello condotto dalla Commissione Bicamerale “Bozzi” nel 1983<sup>23</sup>.

Quell’esperienza risulta ancora oggi particolarmente rilevante 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.

A partire dal decennio immediatamente successivo sono proprio le trasformazioni che hanno riguardato la normazione di livello costituzionale nel periodo 1993-2011 ad offrire una chiara testimonianza di come le profonde evoluzioni in atto nella forma di governo parlamentare per effetto dell’evoluzione della legislazione elettorale in senso maggioritario finiscono per alterare profondamente il sistema delle fonti, incidendo sui diversi livelli della produzione normativa e sui differenti momenti di raccordo, producendo l’effetto ultimo di mettere in crisi la logica compromissoria su cui si fonda il modello costituzionale e, per questa via, determinando un arretramento della centralità parlamentare nei processi normativi.

Nel periodo considerato sono inizialmente due i tentativi di riformare la Costituzione del 1948: ci si riferisce, ovviamente, a quelli 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 significative misure di contenimento delle alterazioni subite dal sistema delle fonti<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> 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 *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, spec. 464 ss.

<sup>24</sup> Sulle vicende richiamate cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. PIZZORUSSO, *Le stagioni della Costituzione. Prefazione al volume conclusivo del «Commentario della Costituzione»*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, Zanichelli-II 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.

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»<sup>25</sup>. 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<sup>26</sup>.

Particolarmente significativa sul punto risulta la nota vicenda dell'approvazione a "colpi di maggioranza", con un minimo margine di voti, della legge costituzionale n. 3 del 2001<sup>27</sup>. 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<sup>28</sup>, 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<sup>29</sup>.

Alla luce di questa sottolineatura si comprende anche come nello stesso solco si collochi pure il successivo – ma fallito per effetto del referendum

<sup>25</sup> 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*, Giappichelli, Torino, 2007, 11 ss.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Di cui, più di recente, ricorda il travagliato iter L.A. MAZZAROLI, *Magistrati e Costituzione. Costituzione e «Carte dei diritti» e pronunce di Corti europee. Artt. 101 e 117, comma 1, Cost. Tout s'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. Nella seconda votazione alla Camera il progetto di riforma fu approvato con 316 voti: un dato che rappresenta normalmente la soglia della maggioranza assoluta alla Camera, anche se al momento della votazione (28 febbraio 2001) erano vacanti alcuni seggi che abbassavano il quorum a 312. Ciò per effetto della cessazione di alcuni deputati nell'ultimo anno della legislatura, per i quali, come avviene quando intercorre meno di un anno fra la vacanza del seggio e la scadenza normale della legislatura non si era proceduto alla sostituzione.

<sup>28</sup> Sull'esperienza referendaria del 2001, cfr. G. FERRI, *L'ambivalenza del referendum sulla revisione del titolo V*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 92 ss.

<sup>29</sup> 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.

costituzionale del 25 giugno – tentativo di riforma costituzionale del 2006, che propone di “esportare” 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<sup>30</sup>.

#### **4. (*segue*): le riforme nella stagione dei “tre poli”**

Agli albori della XVII legislatura il Governo Letta presenta, al Senato, un disegno di legge costituzionale, dal titolo “Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali”, a cui era stata abbinata una proposta di iniziativa parlamentare volta ad istituire una Commissione parlamentare per le riforme costituzionali<sup>31</sup>. In apertura della relazione di accompagnamento al testo è possibile leggere un richiamo ben preciso alle esortazioni espresse dall’allora Presidente della Repubblica durante il discorso di insediamento, quasi a manifestare la sintonia dall’azione governativa, e parlamentare, con gli auspici della prima carica dello Stato<sup>32</sup>.

In estrema sintesi ci si limiterà a ricordare che, in continuità con le esperienze derogatorie dell’art. 138 Cost. realizzate con le leggi costituzionali nn. 1 del 1993 e, soprattutto, 1 del 1997, intimamente connesse con il passaggio ad una legislazione elettorale tendenzialmente maggioritaria<sup>33</sup>, la procedura originariamente prevista dal d.d.l. cost. A.S. n. 813 demanda all’istituendo Comitato parlamentare l’esame in sede referente di progetti di legge di revisione costituzionale «degli articoli di cui ai titoli I, II, III e V parte seconda della

<sup>30</sup> 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 principi 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.

<sup>31</sup> A.S. 343 assorbito nell’ A. S. n. 813 «Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali».

<sup>32</sup> «Come autorevolmente sottolineato anche dal Presidente della Repubblica nel suo discorso d’insediamento davanti al Parlamento in seduta comune, “non si può più, in nessun campo, sottrarsi al dovere della proposta, alla ricerca della soluzione praticabile, alla decisione netta e tempestiva per le riforme di cui hanno bisogno improrogabile per sopravvivere e progredire la democrazia e la società italiana”». Per l’intera relazione si veda <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDL-PRES/0/703332/index.html>.

<sup>33</sup> Sul punto R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell’esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell’art. 138 Cost.*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli De’ Santi*, Giuffrè, Milano, 2007, 574 ss.

Costituzione, afferenti alle materie della forma di Stato, della forma di governo e del bicameralismo, nonché i coerenti progetti di legge ordinaria di riforma dei sistemi elettorali»<sup>34</sup>. Per effetto di questa formulazione veniva, dunque, sancito inequivocabilmente quel legame tra progetti di riforma organica della Costituzione e del sistema elettorale che, oltre a caratterizzare il dibattito dei precedenti vent'anni<sup>35</sup>, si era dimostrata in grado di incidere in maniera determinante sul concetto stesso di rigidità costituzionale.

Giova, inoltre, rammentare che ad “allontanare” la revisione costituzionale dalle procedure parlamentari contribuiva la parallela istituzione di un articolato e plurale comitato di “saggi”, nominato con DPCM in data 11 giugno 2013<sup>36</sup>, cui veniva affidato il compito di elaborare delle proposte di riforma della Costituzione che potessero essere ampiamente condivise dalle forze politiche: una categoria che ha avuto molto successo, ma di cui si stenta a capire il significato e la funzione, specie in punto di legittimazione<sup>37</sup>.

A fronte dell'attenuazione della centralità parlamentare determinata dalla procedura derogatoria prima ricordata, inoltre, solo apparentemente “compensatoria” appariva la disposizione finale che intendeva limitarne il ricorso

<sup>34</sup> Si ricorderà anche che tali progetti dovevano essere approvati e trasmessi alle Assemblee entro quattro mesi. Per i lavori parlamentari relativi alla discussione (e all'eventuale approvazione) dei disegni di legge di revisione costituzionale si fissava un termine di diciotto mesi che decorre a partire dall'entrata in vigore della legge costituzionale istitutiva del Comitato. In funzione (almeno apparentemente) del rispetto di questo termine, si prevedeva che la Camera che iniziasse per prima l'esame del progetto di riforma avesse a disposizione tre mesi per il suo esame e per la sua approvazione e sempre tre mesi ha a disposizione l'altra Camera cui il progetto o i progetti sono trasmessi. Ciascuna Camera doveva approvare il progetto con “due successive deliberazioni ad intervallo non minore di un mese” e nella seconda deliberazione era richiesta la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. Infine, anche qualora il progetto o i progetti siano approvati nella seconda votazione a maggioranza dei due terzi è possibile che vengano sottoposti a *referendum* popolare, qualora, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano richiesta gli stessi soggetti indicati dall'art.138 Cost. Sulla vicenda cfr. tra i molti, M. SICLARI, *Una nuova deroga-sospensione dell'art. 138 Cost.*, in ID. (a cura di), *L'istituzione del Comitato Parlamentare per le riforme costituzionali*, Aracne, Roma, 2013, 11 ss.

<sup>35</sup> Per questa considerazione e, più in generale, sulla legislazione elettorale dal 1993 ad oggi G. TARLI BARBIERI, *Sistemi elettorali (Camera e Senato)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali X*, Giuffrè, Milano, 2017, 903 ss.

<sup>36</sup> Decreto dal titolo «Istituzione e composizione della Commissione per le riforme costituzionali».

<sup>37</sup> Per tutti si vedano le sferzanti critiche all'utilizzo di questa categoria di P. CARETTI, *L'ennesimo “revival” della Grande Riforma costituzionale in funzione palinogenetica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2013.

Le mozioni approvate dalle Camere il 29 maggio 2013 hanno preso atto dell'intendimento del Governo di avvalersi di una Commissione di esperti per l'approfondimento delle diverse ipotesi di revisione costituzionale e dei connessi profili inerenti al sistema elettorale e di estendere il dibattito sulle riforme alle diverse componenti della società civile, anche attraverso il ricorso a una procedura di consultazione pubblica. La Commissione ha concluso i lavori con una relazione finale trasmessa alle Camere il 18 settembre 2013. Il 15 ottobre 2013 il Ministro per le riforme costituzionali ha svolto alla Camera e al Senato un'informativa sulla relazione della Commissione.

qualificandola come eccezionale ed impraticabile per il futuro<sup>38</sup>. Una forma di *bilanciamento*, infatti, certamente incapace di oscurare i seri dubbi di legittimità costituzionale che accompagnano questa prassi ad operare in difformità dalle norme sul procedimento di revisione.

L'*iter* seguito del disegno di legge è molto rapido<sup>39</sup>: dopo esser stato approvato con modifiche dal Senato, l'11 luglio viene trasmesso alla Camera, che ne avvia l'esame il 17 luglio e lo conclude con il voto favorevole dell'Assemblea il 10 settembre 2013. Il successivo 23 ottobre il Senato approva il provvedimento in seconda deliberazione, con 218 voti favorevoli, 58 contrari e 12 astensioni. In seguito, però, a causa dei cambiamenti intervenuti negli equilibri interni alla maggioranza di governo, l'*iter* parlamentare non si conclude: il disegno di legge viene sostanzialmente abbandonato ma rimane, in virtù del mancato ritiro, in corso di esame alla Camera per la quarta ed ultima lettura.

Le vicende relative alla revisione proposta con il ddl n. 813 A.S. sono utili per alcune considerazioni inerenti al tema della iniziativa legislativa esercitata direttamente dal Governo. Una simile genesi del procedimento di revisione rende evidente sia il progressivo acuirsi del fenomeno della normazione costituzionale come strumento di lotta politica tra maggioranza e opposizioni, da utilizzare nella ricerca diretta del consenso da parte del corpo elettorale, sia, come avvenuto in questo caso, della tendenza dei governi a farsi carico di una propria politica costituzionale, pur in presenza di interventi di riforma potenzialmente condivisi da una grande maggioranza delle forze politiche.

A differenza dell'iniziativa di riforma costituzionale appena esaminata, l'*iter* seguito dalla proposta «Renzi - Boschi» del 2016, anch'essa formulata come disegno di legge di iniziativa governativa, abbandona ipotesi esplicite di deroga all'art. 138 della Costituzione sul modello di quelle già viste<sup>40</sup>.

Una scelta che potrebbe leggersi come effetto della notissima sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale e del, pur momentaneo, ritorno ad un sistema di tipo proporzionale (nell'attesa delle successive riforme della legislazione elettorale<sup>41</sup>) capace di imporre alle forze politiche la ricerca di una nuova

<sup>38</sup> Così come la legge costituzionale n. 1/1997, anche il disegno di legge costituzionale n. 813 A.S. si concludeva con l'affermazione della transitorietà della procedura derogatoria prevista: l'art. 6, c.1 affermava; infatti, che "Il procedimento di cui alla presente legge costituzionale si applica esclusivamente ai progetti di legge assegnati al Comitato nei termini di cui all'art. 2, c. 2" (dello stesso disegno).

<sup>39</sup> Il 13 giugno il Senato si espresse in senso favorevole alla richiesta governativa volta a dichiarare l'urgenza in relazione all'esame del disegno di legge che, ai sensi dell'art. 77 del Regolamento, comporta la riduzione di tutti i termini alla metà.

<sup>40</sup> Sulle criticità del procedimento di approvazione si veda, fin da subito, G. TARLI BARBIERI, *La revisione costituzionale "Renzi-Boschi": note sparse sul procedimento di approvazione e sul capo VI («Disposizioni finali») della stessa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2016.

<sup>41</sup> A partire da quella introdotta, e mai utilizzata, dalla legge n. 52 del 2015, cd. *Italicum*.

legittimazione anzitutto attraverso la normale procedura parlamentare o, meglio, una logica strettamente assembleare<sup>42</sup>.

Tuttavia, non si può mancare di notare che, in continuità con i precedenti tentativi di riforma organica, l'intero procedimento della riforma del 2016 sia stato caratterizzato, fin dall'inizio, dalla previsione dell'istituto referendario come fase non meramente eventuale ma necessaria<sup>43</sup>. Negli intenti dei proponenti vi era infatti l'idea, esplicitata in più occasioni, che il referendum si sarebbe comunque svolto per consentire agli elettori di esprimersi sulla riforma approvata dal Parlamento<sup>44</sup>. Si tratta di una deroga in qualche modo sostanziale al procedimento di revisione, certo con elementi di novità rispetto a quelle realizzate negli anni Novanta ma comunque particolarmente significativa per la torsione plebiscitaria in grado di imporre all'intero procedimento<sup>45</sup>.

Le dichiarazioni dell'allora Presidente del Consiglio testimoniavano inequivocabilmente che la fase referendaria non fosse interpretata secondo la classica funzione di tipo oppositivo, a tutela delle minoranze<sup>46</sup>, come conferma anche

<sup>42</sup> Si ricorda che la proposta di riforma nasce in attuazione del cd. "Patto del Nazareno" stipulato tra gli allora *leader* dei due principali schieramenti politico-partitici (Matteo Renzi e Silvio Berlusconi). Sul punto cfr., S. MERLINI, *Note sulla progressiva scomparsa della forma di governo parlamentare in Italia: dall'Assemblea Costituente al disegno di legge Renzi-Boschi sul "superamento del bicameralismo paritario"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 3613 ss. Inoltre, per una ricostruzione più ampia si veda V. TONDI DELLA MURA, *Il paradosso del «Patto del Nazareno»: se il revisore costituzionale resta imbrigliato nella persistenza di un mito*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 8 ss., e M. PARISI, *Il patto del Nazareno (18 gennaio 2014-31 gennaio 2015)*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016.

<sup>43</sup> Sul punto si veda quanto già espresso con riferimento al referendum del 2001 A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9. Seconda edizione*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, 424 ss., spec. 427, dove si parla di utilizzo di uso «*double face*» del referendum. Sul punto cfr. anche G. FONTANA, *Il referendum costituzionale*, in P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, Roma TrE-Press, Roma, 2016, 19-20. Dello stesso A., v. *amplius*, *Il referendum costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

<sup>44</sup> Come si può leggere in una delle tante dichiarazioni dell'allora Presidente del Consiglio Matteo Renzi (cfr. quella reperibile sul sito del Partito democratico datata 29 giugno 2016, <https://partitodemocratico.it/brexit-referendum-ottobre-energie-nove-la-eneews-matteo-renzi/>) «dal primo giorno abbiamo detto che il voto finale delle riforme sarebbe arrivato dai cittadini, qualunque fosse stato il quorum». Sul punto cfr., di recente anche per un confronto con le proposte successive, S. LEONE, *Il referendum costituzionale. Ovvero dei rischi di una "esaltazione" dell'intervento popolare nel procedimento di revisione costituzionale*, in *Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 1/2024, 282 ss., spec. 315-6.

<sup>45</sup> Sul punto cfr. le argomentazioni di G. TARLI BARBIERI, *La revisione costituzionale "Renzi-Boschi": note sparse sul procedimento di approvazione e sul capo VI («Disposizioni finali») della stessa*, cit., 3-4.

<sup>46</sup> «Un referendum quindi di minoranza ed a tutela della minoranza, di opposizione alla maggioranza espressa dai rappresentanti in parlamento, avente lo scopo di dimostrare che alla maggioranza parlamentare non corrisponde quella del corpo elettorale, il quale ha così l'opportunità di smentire i propri rappresentanti», questa l'efficacia sintesi di R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, cit., 574 ss. Di recente si veda però il lavoro monografico di L. GENINATTI SATE', *Il carattere non necessariamente oppositivo del*



la circostanza che tra i soggetti che si sono fatti promotori della richiesta di *referendum* vi siano stati deputati e senatori della maggioranza, nonché un comitato di elettori favorevoli ai contenuti della revisione costituzionale, in analogia con quanto verificatosi nelle consultazioni popolari del 2001 e del 2006<sup>47</sup>.

Sulla base di questa considerazione potrebbe essere utile interrogarsi sulla possibilità di distinguere il modo in cui viene interpretato il *referendum* costituzionale nella prassi della maggioranza sostenitrice della riforma e in quella del corpo elettorale. Mentre nel primo caso, come detto, si ricorre al *referendum* interpretandolo come confermativo, nel secondo continua a prevalere la natura oppositiva: ciò avviene in maniera addirittura radicale, indipendentemente dai contenuti della riforma stessa, assumendo la precisa valenza di contrasto al governo che lo ha promosso<sup>48</sup>.

Le esperienze di *referendum* costituzionale aventi ad oggetto una *grande riforma*, come quelle realizzate nel 2006 e nel 2016, sembrerebbero dimostrare la prevalenza di una concezione di tipo comunque oppositivo<sup>49</sup>: peraltro, la distinzione di questi due orientamenti permetterebbe di superare l'obiezione che, condivisibilmente, ritiene innegabile la difficoltà di riconoscere questo «carattere quando la richiesta [di *referendum*] provenga da quelle porzioni di Assemblea parlamentare, che avendo sostenuto il testo della legge di revisione costituzionale, secondo la tesi della natura oppositiva dovrebbero risultare i principali antagonisti del voto popolare»<sup>50</sup>.

Una simile impostazione, riferita al comportamento dei soggetti coinvolti nel procedimento, permette, in coerenza con i contenuti di questo scritto, di andar oltre le numerose problematiche, e il relativo dibattito scientifico,

*referendum costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, che, a partire da una rilettura delle dibattito svoltosi in Assemblea Costituente, innanzitutto dalle proposte del deputato Paolo Rossi, sottolinea il temperamento delle innegabili potenzialità in chiave oppositiva del referendum stesso con «strumenti per evitare l'esercizio del potere di veto da parte della minoranza» utili a «spostare l'asse del procedimento dal rischio dell'opposizione "sistematica" alla possibilità dell'approvazione democratica».

<sup>47</sup> G. FERRI, *L'ambivalenza del referendum sulla revisione del titolo V*, in *Quaderni Costituzionali*, 2001, 92 ss. È importante sottolineare che nel 2006 la revisione fu chiesta non dai parlamentari della maggioranza ma dal Consiglio regionale della Lombardia (dove, come noto, vi era una coalizione di maggioranza omogenea a quella nazionale), sul punto cfr. ancora S. LEONE, *Il referendum costituzionale. Ovvero dei rischi di una "esaltazione" dell'intervento popolare nel procedimento di revisione costituzionale*, cit., 311.

<sup>48</sup> A. PERTICI, *La costituzione spezzata. Su cosa voteremo con il referendum costituzionale*, Lindau, Torino, 2016, 49 ss. Condizione che, a ben vedere, costituisce l'effetto più importante del passaggio ad una normazione costituzionale sempre più controversa, politicamente e nel Paese.

<sup>49</sup> Nel 2006 il "no" ha raggiunto il 61,29 % dei voti validi, mentre nel 2016 il 59,12 %. Per quanto riguarda l'esperienza del 2006 si veda G. FERRI, *Riflessioni sul referendum costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, 768 ss. In termini generali dello stesso A., *Il Referendum nella revisione costituzionale*, Cedam, Padova, 2001, *passim*.

<sup>50</sup> L. GENINATTI SATE', *Il carattere non necessariamente oppositivo del referendum costituzionale*, cit., 52.

riguardanti i singoli contenuti della revisione costituzionale, salvo il caso in cui questi siano in grado di porre un problema di procedimento, con riferimento all'utilizzabilità dell'art. 138 Cost. per le *grandi riforme*<sup>51</sup>. In tali situazioni l'ampiezza delle tematiche, a prescindere dagli ambiti materiali, rende difficile preservare non solo l'omogeneità del quesito, ma la tenuta complessiva del procedimento di revisione costituzionale.

L'esperienza costituzionale, infatti, restituisce l'immagine di un procedimento ex art. 138 Cost. sottoposto a notevole tensione nel caso in cui sia utilizzato per le *grandi riforme*, questione che si riflette, inevitabilmente, sulla omogeneità delle revisioni costituzionali<sup>52</sup>.

Questa disarmonia che il procedimento subisce "in entrata", per effetto del carattere inevitabilmente disomogeneo dei contenuti proprio di una *grande riforma*, con le problematiche ipotesi riassunte sopra, viene, tuttavia, annullata dalla stessa previsione referendaria che richiede un apprezzamento unitario da parte del corpo elettorale ed è, dunque, capace di rendere l'intero *iter* tremendamente irrigidito in uscita.

A fronte della predicata flessibilità in entrata, infine, il procedimento si dimostra irrigidito da un *referendum*, che, pur nella sua eventualità, è divenuto elemento caratterizzante dell'intera normazione costituzionale. Sul punto la strada dello spacchettamento, proposta proprio con riferimento a questa vicenda<sup>53</sup>, non rappresenta la via per garantire l'omogeneità, e più in generale l'integrità, del processo di riforma. Ciò per due ragioni: da un lato per i possibili esiti irrazionali che ne potrebbero derivare, dall'altro per lo stravolgimento della funzione oppositiva che deriverebbe dalla incapacità complessiva dei referendum sulle singole micro-riforme (rectius, su singoli aspetti della *grande riforma*) di contrastare efficacemente il disegno complessivo di riforma.

In sintesi, il tema del procedimento di revisione costituzionale permane in tutta la sua attualità. La prassi ci consegna un istituto problematico, le cui tensioni possono avere uno sbocco esogeno, sfogandosi al di fuori dei meccanismi dell'art. 138 Cost., oppure endogeno, cui si ricollegano le numerose criticità

<sup>51</sup> Per il dibattito sul "limite dimensionale" della revisione costituzionale si veda il contributo di V. MARCENÒ, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, in U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione.*, cit., 279 ss. Di recente, anche per le difficoltà che incontra la tesi contraria alla possibilità di revisioni costituzionali "ad ampio spettro", cfr. P. CARNEVALE, *Decisione politica e positivizzazione della norma costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2024, spec. 137 ss.

<sup>52</sup> Per tutti A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista Aic*, 2/2016, 1 e ss.

<sup>53</sup> Sul punto F. LANCHESTER, *Un contributo per il discernimento costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2016. In dottrina si vedano, per tutti, anche A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, cit., pp. 11 ss., e P. CARNEVALE, *Considerazioni postume sull'art. 138 Cost. e il procedimento di revisione costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017, pp. 18 ss.

verificabili sia *in itinere*, sia soprattutto con riferimento alla fase referendaria e alla questione dell'omogeneità del quesito.

Come altrettanto noto, infine, le più recenti iniziative legislative di revisione costituzionale approvate nel corso della XVIII e XIX legislatura<sup>54</sup> hanno seguito un *iter* che ha visto un'ampia convergenza parlamentare e che in una sola occasione ha portato allo svolgimento del referendum costituzionale. È il caso della cd. "riduzione dei parlamentari", significativamente approvata in seconda lettura alla Camera con 569 presenti e soli 14 contrari e 2 astenuti, 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, peraltro, si inserisce nell'ambito di una serie di iniziative "puntuali"<sup>55</sup> dichiaratamente presentate con l'intento di riaffermare la centralità del Parlamento nel procedimento di revisione costituzionale<sup>56</sup>.

### **5. La persistente centralità del modello delineato dall'art. 138 Cost. e il suo rapporto con le ipotesi ricorrenti di riforma della Costituzione**

Su un piano più astratto, che prescinde, cioè, dalle vicende storiche della revisione costituzionale, sembra a chi scrive che si debba ancora oggi ribadire che vi è un motivo per cui il sistema di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost. è incentrato, come le altre fonti previste dalla Costituzione, sulla centralità del ruolo del Parlamento, rispetto alla quale il referendum costituzionale è solo eventuale e configurato, nonostante la prassi, come uno strumento a tutela delle minoranze parlamentari. E tale motivo risiede, coerentemente con le caratteristiche del modello costituzionale che si sono ricordate in apertura del presente lavoro, nella capacità che il procedimento di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost. ha di generare legittimazione democratica attraverso la ricerca dell'ampio consenso parlamentare delle forze politiche; legittimazione

<sup>54</sup> Leggi costituzionali 18 ottobre 2021, n. 1, *Modifica all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica*; 11 febbraio 2022, n. 1, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*; 7 novembre 2022, n. 2, *Modifica all'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità*; 26 settembre 2023, n. 1, *Modifica all'articolo 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva*.

<sup>55</sup> 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 auspiccate e auspicabili*, in *Diritti regionali*, 3/2020, 1 ss.

<sup>56</sup> 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.

che appare un dato sostanzialmente impretermisibile se si vuole che la riforma della Costituzione produca contenuti che siano in grado, oggi come nel 1948, di “unire” la comunità politica, che si presenta sempre più disgregata sotto i colpi del pluralismo. Si deve conseguentemente valutare – impregiudicata ogni considerazione di merito – se le *grandi riforme* del 2006 e del 2016, che hanno approcciato le problematiche del sistema delle fonti nel quadro di più vasti interventi sulla forma di stato e di governo, non siano fallite anche – se non prevalentemente – a causa del *deficit* di legittimazione democratica sostanziale dei partiti e del Parlamento (eletto anche con leggi poi dichiarate incostituzionali<sup>57</sup>), che non sono stati capaci di raggiungere, come hanno fatto i Costituenti nel 1948, una soluzione compromissoria di ampio respiro in grado di introdurre nuovi contenuti dell’unità politica suscettibili di essere implementati ed attuati nei decenni successivi<sup>58</sup>.

Per quanto, infatti, la centralità parlamentare nel procedimento di revisione costituzionale possa essere considerata un “valore” in sé, il rispetto della procedura di cui all’art. 138 Cost. rappresenta una condizione necessaria, ma non sufficiente, per la produzione di una riforma in grado di completare il proprio *iter* e di durare nel tempo. E questo perché essa non è in grado di trasferire più legittimazione di quanta il sistema politico-partitico non sia in grado di generare, come dimostra la circostanza che è storicamente fallito il tentativo di ancorare maggioranze di larghe intese a patti di legislatura basati sulle *grandi riforme*<sup>59</sup>.

Quanto al merito, quella italiana delle riforme (costituzionali e elettorali) rischia, nella prospettiva di queste considerazioni, di apparire come la storia di un grande equivoco, perché essa ha cercato fin qui di reagire alla crisi della Parte II della Costituzione muovendo dalla considerazione di essa come effetto della degenerazione delle istituzioni repubblicane, senza considerare adeguatamente che la crisi della rappresentanza, da cui si originano i problemi del sistema delle fonti sia sul piano della forma di governo che su quello della

<sup>57</sup> Ci si riferisce, evidentemente, alle già citate sentenze nn. 1 del 2014 e 35 del 2017.

<sup>58</sup> Come sottolineato in dottrina «È invece in tempi di crisi sistemica perdurante – la quale tocca anzitutto l’assetto dei partiti, e la forma di governo in quanto determinata dal formante partitico – che si dispiegano in fatto tutte le potenzialità del modello di revisione disegnato dall’art. 138 Cost», così S. STAIANO, *Questioni di confine*, in *Rivista AIC*, 4/2024, 113.

<sup>59</sup> P. CARETTI, *L’ennesimo “revival” della Grande Riforma costituzionale in funzione palingenetica*, cit., 2 ss., il quale – assai opportunamente, secondo chi scrive – riconduce la problematica delle *grandi riforme* al tema della derogabilità dell’art. 138 Cost. in forza del rilievo che la necessaria omogeneità del quesito referendario dovrebbe costituire un limite all’ampiezza delle revisioni costituzionali, non potendosi costringere il corpo elettorale a votare su contenuti tanto eterogenei da non poter essere l’oggetto di una manifestazione di volontà politica unitaria.

sovranità statale, non è “solo” crisi del rappresentante (i partiti politici), ma anche del rappresentato, ossia del popolo frammentato a causa del pluralismo<sup>60</sup>.

Nessuna riforma costituzionale e/o ordinaria dei meccanismi della rappresentanza potrà ridare ad essa quella capacità di generare legittimazione democratica che aveva nel contesto dello stato liberale di diritto, contraddistinto da classi sociali omogenee e da individui non parcellizzati, e, per questa strada, riportare “ordine” nel sistema delle fonti. Per tale ragione, la legittimazione democratica delle istituzioni rappresentative e dei processi normativi in esse incardinati va rinsaldata cercando di investire anche nel tratto “discendente” del rapporto governanti-governati, ovvero nelle forme di emersione della responsabilità politica, e non soltanto nel rapporto d’investitura e/o nella legislazione elettorale, che della rappresentanza delineano il tratto “ascendente”<sup>61</sup>.

In questa prospettiva, in conclusione di questo lavoro non si può non aderire, specialmente in questa sede, all’indicazione di metodo che proviene da Enzo Cheli secondo il quale «è sempre la forte disomogeneità strutturale del sistema politico italiano che può concorrere a chiarire la causa preminente degli insuccessi registrati sul terreno di riforme che maggioranza e opposizione hanno in prevalenza usato non per obbiettivi di natura costituzionale, ma per fini contingenti di lotta politica. Possiamo quindi imputare alle fratture che hanno segnato sin dall’età medioevale la storia italiana, favorendone il localismo ed il corporativismo, la difficile vita di questa carta repubblicana che si era posta come obiettivo primario la rinascita di una patria comune in grado di superare l’antica conflittualità civile e religiosa, di ridurre le disuguaglianze di classe, di cancellare la separazione geografica tra nord e sud»<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> 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*, cit., 109 ss., e S. NICCOLAI, *Il governo*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 39. Per la 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.

<sup>61</sup> Chi scrive ha cercato di sviluppare questa idea, in relazione alle questioni di tenuta della democrazia rappresentativa poste in maniera sempre più pressante dal contesto delle nuove tecnologie, nel prima citato A. CARDONE, “*Decisione algoritmica*” vs. *decisione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 113 ss., cui si rinvia, anche a fini bibliografici, per non essere ripetitivi. Sottolinea con forza l’esigenza di uscire dallo schema assorbente della «democrazia di investitura» anche F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Carocci, Roma, 2019, 12 ss., nell’ambito di una proposta che invita a ripartire dai corpi locali.

<sup>62</sup> Così E. CHELI, *Le fratture dell’Italia e il rendimento storico della Costituzione repubblicana*, cit., 961. Sul medesimo centrale profilo, da ultimo, dello stesso A., si veda il prezioso volume, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, il Mulino, Bologna, 2023, *passim*.



**IL CONTRIBUTO DI ENZO CHELI ALLO STUDIO DELLE FONTI DEL DIRITTO**

**PAOLO CARETTI\***

**Sommario**

1. Una lezione di metodo: il rapporto tra fonti e forma di governo. – 2. Il potere regolamentare. – 3. Il sistema delle fonti nel quadro di una Costituzione pluralista e policentrica. – 4. La Costituzione come segno di una nuova “statualità” e forza unificante della comunità politica.

**Abstract**

*The contribution focuses on Enzo Cheli's contribution to the study of the system of sources of law through a critical reading of some of his most significant works.*

**Suggerimento di citazione**

P. CARETTI, *Il contributo di Enzo Cheli allo studio delle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Firenze e Direttore della *Rivista*.

Contatto [paolo.caretti@unifi.it](mailto:paolo.caretti@unifi.it)

### 1. Una lezione di metodo: il rapporto tra fonti e forma di governo

In un bel saggio, pubblicato di recente per i tipi de il Mulino<sup>1</sup>, Andrea Cardone, già nel titolo e poi nello sviluppo del testo, mette in evidenza il nesso strettissimo tra sistema delle fonti e forma di governo, nel senso che lo studio del primo non può prescindere da quello della seconda. Sulla base di questa premessa, lo studio di Cardone, muovendo dal nuovo modello costituzionale disegnato dalla Costituzione del 1948 ricostruito in chiave diacronica nelle sue matrici culturali e politiche, porta poi l'attenzione sui suoi sviluppi successivi con una serie di rimandi continui tra le vicende che hanno attraversato sistema delle fonti e forma di governo che testimonia della complessità del rapporto tra i due termini e del rilievo che esso ha avuto nella nostra storia costituzionale.

Questa stretta correlazione tra fonti e forma di governo rappresenta oggi un indirizzo metodologico ineludibile per chiunque intenda affrontare lo studio dell'evoluzione del nostro sistema delle fonti del diritto. Un indirizzo ormai tanto seguito da apparire quasi scontato. Ma non è stato sempre così. Anzi, si può dire che fino a qualche decennio fa la dottrina giuridica, e in particolare quella costituzionalistica, stentava a cogliere l'importanza di quella correlazione. Enzo Cheli è stato tra i primi a denunciare questo limite nell'impostazione degli studi sulle fonti. Nella sua prima monografia, dedicata al potere regolamentare<sup>2</sup>, sin dall'introduzione Cheli sottolinea «lo scarso peso [...] dato dalla scienza giuridica alla valutazione dei rapporti di stretta interdipendenza e di connessione dinamica che si vengono ad instaurare tra i diversi tipi di fonti e l'organizzazione complessiva delle forze, degli strumenti e dei fini coordinati all'esercizio del potere statale»<sup>3</sup>. Con la conseguenza, rileva Cheli, della mancanza di una «impostazione veramente esauriente e soddisfacente della teoria delle fonti, suscettibile di cogliere e di interpretare in termini non solo astratti e formali, ma anche organici e reali, l'esperienza positiva dei singoli ordinamenti»<sup>4</sup>. Già altri Autori avevano avvertito l'esigenza di un mutamento di rotta negli studi su questo argomento<sup>5</sup>, ma Cheli è forse il primo a rivelare

<sup>1</sup> Cfr. A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme- 1948-2023*, Bologna, il Mulino, 2023.

<sup>2</sup> Cfr. E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967. Un argomento, quello della normazione secondaria, assai poco presente nel testo costituzionale e forse proprio per questo molto studiato in quel periodo: si pensi al saggio di G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (Aspetti problematici)*, Milano, Giuffrè, 1962 (ora ripubblicato in anastatica nella collana *La memoria del diritto*, Roma-Tre Press, 2024, con introduzione di G. TARLI BARBIERI) e a quello di L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966.

<sup>3</sup> *Ivi*, p.2.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Lo stesso Cheli cita, a questo proposito, C. MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale e comparato, Roma, 1957-'58 e Atti aventi forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, e G. GUARINO, *Contributo allo studio delle fonti del diritto*, in *Dir. e giur.* 1946, nonché dello stesso A. *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951.



la straordinaria valenza e “produttività” di una scelta metodologica che ponga al centro il nesso tra lo sviluppo del sistema delle fonti e quello della forma di governo.

## 2. Il potere regolamentare

Come accennato, un primo terreno di studio sul quale sperimentare la bontà di questa scelta metodologica è rappresentato dal potere regolamentare dell'Esecutivo, una delle fonti allora di inquadramento più problematico anche alla luce degli scarsi riferimenti testuali contenuti a questo riguardo nella Costituzione.

Punto di partenza dell'analisi di Cheli è un'indagine storica orientata non tanto «ad esporre in rigida connessione cronologica e in relazione ai vari ordinamenti le vicende [.....] di un particolare potere di produzione normativa», quanto ad «individuare in sintesi, nei suoi aspetti essenziali, la natura dei rapporti esistenti tra determinate istanze di natura sostanziale, espresse nella presenza di particolari forme di governo e di Stato, e le sistemazioni offerte, sia in sede pratica che teorica, ai problemi fondamentali della fonte regolamentare, al fine di poter valutare, in relazione all'attuale realtà giuridica, ogni possibile incidenza dell'evoluzione gradualmente subita dalle strutture costituzionali sulla permanente validità o del superamento di tali sistemazioni»<sup>6</sup>.

-Così è nell'evoluzione delle forme di governo e di Stato (dallo Stato assoluto, a quello liberale nella sua espressione ottocentesca e in quella autoritaria del secolo successivo per arrivare allo Stato costituzionale; dalla monarchia assoluta, alla monarchia costituzionale, al regime dittatoriale, alla forma di governo parlamentare) e, in parallelo, negli sviluppi degli studi costituzionalistici sul tema affrontato che Cheli trova la chiave di lettura di una vicenda complessa per arrivare a rispondere ad alcuni degli interrogativi di fondo relativi alla fonte regolamentare. A partire dalle ragioni che, con l'avvio dell'esperienza dello Stato liberale, spinsero a mantenere all'Esecutivo un potere di normazione generale (nonostante la teorizzazione del principio della divisione dei poteri e della centralità della legge parlamentare come fonte pressoché esaustiva di ogni esigenza di regolazione), dal fondamento (originario o derivato) e dalla natura del potere regolamentare.

E lo stesso metodo d'indagine, che punta a tenere insieme dato formale e dato sostanziale, evoluzione delle prassi e strutture istituzionali, è utilizzato da Cheli per ripensare l'inquadramento della normazione secondaria nel quadro delle profonde novità che caratterizzano della forma di Stato costituzionale: dalla rigidità della Costituzione all'affiancamento del principio di competenza a quello di gerarchia come criteri di ordinazione delle fonti; dalla pluralità dei

<sup>6</sup> Cfr. E. CHELI, *op. ult. cit.*, pp. 8-9.

centri di produzione normativa all'emergere di una nuova funzione, quella di indirizzo politico che tende a superare la tradizionale rigida separazione potere legislativo e potere esecutivo, dal tramonto del monopolio normativo da parte del Parlamento alla progressiva valorizzazione del ruolo del Governo.

Di qui la ricostruzione della fonte regolamentare come espressione di un potere normativo (e non amministrativo) del Governo; come potere non più "eccezionale" ma istituzionale; del regolamento come fonte intermedia tra legge e atto amministrativo, come fonte legata all'esercizio della funzione di indirizzo politico. Conclusioni, quelle cui Cheli approda, a tutt'oggi attuali e di grande utilità per affrontare gli aspetti problematici che la prassi di esercizio del potere regolamentare ancora presenta.

### **3. Il sistema delle fonti nel quadro di una Costituzione pluralistica e policentrica**

Lo scritto di Cheli puntava a fare chiarezza su un aspetto specifico del nostro sistema delle fonti e cioè sulla collocazione della normazione secondaria nel nuovo contesto costituzionale, ma conteneva indicazioni di metodo di carattere generale e valide anche per interpretare i mutamenti che hanno caratterizzato gli sviluppi di questo sistema nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana; mutamenti di cui Cheli avverte tutta la complessità. «Il giurista dell'età liberale», scrive in una delle ultime pagine del saggio più sopra richiamato, «operava all'interno di una realtà tendenzialmente statica e di conseguenza era portato ad applicare un metodo deduttivo a sistematico: accettata come indiscutibile la validità di talune premesse di natura ideologica (separazione dei poteri; supremazia della legge; principio di legalità etc.) tutte le soluzioni tendevano a discendere attraverso una catena ininterrotta di passaggi logici armoniosi e ordinati. [...]. La realtà politica e sociale entro cui oggi ci muoviamo è invece fortemente dinamica, presenta contorni fluidi, appare orientata verso prospettive di cui sfugge ancora l'esatta portata e il vero significato. La conseguenza di questo stato di cose è che l'attuale scienza giuspubblicistica [...] non sembra più disporre di un patrimonio nozionistico veramente sicuro su cui fondare la costruzione di sistemi di largo respiro e capaci di resistere al tempo: per questo allo stato presente l'impostazione critica deve, dunque, necessariamente prevalere su quella sistematica, il metodo induttivo su quello deduttivo»<sup>7</sup>.

Dal saggio di Cheli del 1967 molta acqua è passata sotto i ponti e le difficoltà, allora già segnalate, di reinterpretare il sistema delle fonti alla luce delle novità contenute nell'impianto costituzionale del 1948 sono andate aumentando in modo esponenziale. Si tratta di difficoltà in parte legate allo stesso modello

<sup>7</sup> Cfr. E. CHELI, *op. ult. cit.*, pp. 462-463.

costituzionale: si pensi allo slittamento del potere normativo verso il basso con l'introduzione delle fonti di autonomia (regionale e locale) e verso l'alto, attraverso la partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europeo, col conseguente progressivo trasferimento alle istituzioni dell'Unione di quote sempre crescenti del potere normativo statale e la nascita di nuove fonti sovranazionali da raccordare a quelle di origine nazionale. Ma in parte si tratta di difficoltà dovute agli sviluppi di prassi fuori asse rispetto al modello costituzionale: si pensi al fenomeno dell'atrofia della funzione legislativa del Parlamento a fronte di una straordinaria espansione dei poteri normativi, soprattutto primari, del Governo che ha sottoposto a forte torsione le relative disposizioni costituzionali; si pensi, ancora, all'esplosione della categoria delle fonti c.d. atipiche, legate a forme di autonomia non territoriale quali quelle espresse nelle concertazioni delle parti sociali o nell'attività regolatoria delle Autorità amministrative indipendenti, fondata su una legittimazione di natura tecnica, che ha dato vita ad un canale parallelo di normazione rispetto a quello che fa capo agli organi di rappresentanza politica. Se a tutto ciò si aggiunge la pleora di atti formalmente amministrativi ma a sicuro contenuto normativo, ne risulta un panorama così articolato, e per molti aspetti confuso, che rende sempre più arduo dare una sicura sistemazione alle diverse fonti che si affollano nel nostro ordinamento.

È quanto rileva anche Cheli, ad oltre 30 anni dalla pubblicazione del saggio sul potere regolamentare, in una relazione tenuta ad un Convegno promosso dall'Accademia dei Lincei nel 2003<sup>8</sup>. «C'è da chiedersi», esordisce, «se rispetto alla realtà attuale del nostro ordinamento si può ancora parlare [...] di un "sistema delle fonti", se ha ancora un senso, rispetto a questa realtà, ricostruire la materia delle fonti come "sistema" organico e unitario, ordinato, secondo tradizione, in base a sfere di competenza e gradi di efficacia. La risposta a questo interrogativo non può che essere negativa, ma questo non esime il costituzionalista dal ricercare il senso di marcia del cambiamento in atto»<sup>9</sup>.

Da questo punto di vista, e fedele alla sua impostazione metodologica, Cheli distingue, innanzitutto, alterazioni patologiche, e correggibili, del modello costituzionale e alterazioni connesse invece ad «assestamenti strutturali legati all'evoluzione della forma di governo e di Stato, cioè agli equilibri che, di volta in volta – sotto la spinta delle dinamiche espresse dal tessuto politico e sociale – si sono andati sviluppando tanto nel rapporto Parlamento e Governo, quanto nel rapporto tra Stato centrale e sistema delle autonomie»<sup>10</sup>. In questo

<sup>8</sup> Cfr. E. CHELI, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee di tendenza attuali*, in *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, pp. 127 ss.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 127.

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 130.

senso, due sono le direttrici lungo le quali si sta indirizzando la profonda trasformazione del nostro assetto delle fonti normative. La prima rappresentata dalla marcata prevalenza del principio di competenza quale criterio ordinatore delle fonti rispetto al tradizionale principio di gerarchia. Siamo di fronte, osserva Cheli, ad una diretta conseguenza dell'impianto pluralista della nostra forma di Stato che spinge verso la progressiva costruzione di un sistema «poli-centrico», articolato in una serie di sistemi di produzione normativa diversi anche se tra loro variamente coordinati. Di qui il superamento della raffigurazione del sistema delle fonti secondo l'immagine della scala gerarchica e l'affermarsi invece dell'immagine dell'"arcipelago", della "galassia", o se si vuole della "rete".

La seconda direttrice verso la quale si orienta il cambiamento è invece rappresentata dall'apparire sulla scena del diritto dell'Unione europea, con l'intreccio che il fenomeno determina tra sistemi di produzione normativa nazionali e sovranazionali. Un intreccio, anche in questo caso, regolato più in termini della concorrenza delle competenze che non di gerarchia tra le diverse fonti.

Sono queste sono le direttrici principali di evoluzione del nostro sistema, da qualificare come strutturali, che rendono ragione della accresciuta difficoltà dell'opera dell'interprete volta a ricomporlo in modo unitario. Non solo, ma il sistema pare destinato a vivere sotto il segno della "fluidità" e del "mutamento" fino a che gli equilibri interni alla forma di Stato e di governo e quelli dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale non si saranno assestati, con tutte le inevitabili conseguenze che ciò comporta sul piano della certezza del diritto<sup>11</sup>.

In questo quadro, ed è la conclusione di Cheli, il mantenimento di una soglia accettabile di unitarietà ad un sistema che è andato frantumandosi pare affidato più che a regole formali, alla "flessibilità" dei principi interpretati dalla giurisprudenza, in particolare da quella costituzionale<sup>12</sup>. Una conclusione che coglie nel segno e che rimanda ai filoni giurisprudenziali sviluppati dalla nostra Corte in tema di rapporto tra competenza legislativa dello Stato e delle Regioni, in tema di raccordi tra diritto interno e diritto dell'Unione europea o, ancora, in tema di rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, nonché ai reciproci condizionamenti tra le giurisprudenze nazionali e quelle sovranazionali.

#### **4. La Costituzione come segno di una nuova "statualità" e forza unificante della comunità politica**

Se guardiamo all'insieme del contributo di Cheli allo studio delle fonti è di tutta evidenza il posto del tutto particolare che egli ha riservato alla "fonte delle

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 135.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 135-136.

fonti”, ossia alla Costituzione. Ad essa Cheli dedica una serie di saggi fondamentali che toccano tutte e tre le fasi che essa ha conosciuto: quella della sua nascita, quella della sua difficile attuazione e quella della sua possibile riforma. Basta ripercorrere alcuni titoli<sup>13</sup> per rendersene conto. Il che non deve stupire più di tanto, posto che proprio nelle novità che presenta la Carta del 1948 risiedono, come detto, le principali ragioni che spiegano le trasformazioni del nostro sistema delle fonti. Si tratta di novità profonde che Cheli mette in luce seguendo due percorsi paralleli: da una parte, come sempre, la presa in considerazione del contesto sociale e politico nel quale maturano le scelte costituenti e dall'altra la riconduzione di quelle scelte nel quadro degli sviluppi del costituzionalismo della seconda metà del '900.

E' seguendo questa impostazione che Cheli ricostruisce il senso di scelte come quelle in tema di forma di governo (un parlamentarismo razionalizzato che avrebbe dovuto consentire una progressiva reciproca legittimazione di tutte le forze politiche in campo attraverso, in primo luogo, la comune partecipazione all'opera di attuazione della Costituzione); quelle in tema di forma di Stato (un ordinamento non più fortemente accentrato come quello ereditato dal passato, ma articolato su un forte tessuto di autonomie territoriali; l'affiancamento alle tradizionali libertà civili dei diritti sociali, figli della nuova dimensione sociale attribuita al principio di eguaglianza); quelle in tema di garanzia della tenuta dei principi costituzionali (introduzione di un sistema di giustizia costituzionale). Una Costituzione, dunque, che rifletteva il “compromesso” tra le tre culture presenti in Assemblea costituente (quella cattolica, quella marxista e quella liberale) e, al tempo stesso, combinava insieme alcuni elementi propri delle due grandi esperienze del costituzionalismo moderno (il principio di rigidità della Costituzione, mutuato dall'esperienza americana; il carattere “programmatico” della Carta, mutuato dall'esperienza francese), ma che risente anche delle nuove prospettive aperte dall'esperienza weimariana (la centralità della società e la valorizzazione dei diritti sociali, a cominciare dal diritto al lavoro). Insomma, per usare la definizione di Fioravanti, una Costituzione “democratica”<sup>14</sup>, che incorpora il conflitto sociale e orienta non solo tutta la parte finalistica ma anche quella organizzativa verso la realizzazione di un equilibrio tra dimensione politica, dimensione economica e dimensione sociale e

<sup>13</sup> Cfr. E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in STUART J. WOLF (a cura di), *Italia 1943-1950. La ricostruzione*, Roma-Bari, Laterza, 1974, pp.193 ss.; ID., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978; ID., *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente* (a cura di), Bologna, il Mulino, 1979; ID., *La riforma mancata*, Bologna, il Mulino, 2000; ID., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, il Mulino, 2014; ID., *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, il Mulino, 2023

<sup>14</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018.

che, come tale, funge da punto di riferimento unitario della comunità che in essa si riconosce.

Allo stesso modo, sempre tenendo conto del contesto generale e dell'ispirazione originaria della Costituzione, volta a tenere insieme forze politiche frammentate e tra loro profondamente divise, Cheli ripercorre il lungo periodo di inattuazione di una Costituzione molto più avanzata rispetto alla società del tempo e coglie l'avvio del processo di inveroamento dei principi costituzionali in coincidenza con il progressivo superamento della c.d. "conventio ad excludendum" che per anni aveva ostacolato quella reciproca legittimazione delle forze politiche che le scelte costituenti in tema di forma di governo (soprattutto con la centralità dell'istituto parlamentare) avevano cercato di incentivare. E sempre agli sviluppi delle nostre vicende politiche-istituzionali Cheli fa costante riferimento quando a cavallo degli anni '70 e '80 comincia a farsi strada nel dibattito pubblico il tema non più dell'attuazione ma della riforma della Costituzione; un tema che ha attraversato un arco di tempo ormai di alcuni decenni per arrivare fino ai giorni nostri e che lo vede tra i protagonisti più autorevoli. Di qui il suo invito a ragionare di riforme non alla luce del riferimento astratto ad istituti propri di altri ordinamenti, l'invito a non ridurre le proposte a mere operazioni di ingegneria costituzionale, l'invito invece a riflettere in concreto su due aspetti preliminari. Innanzitutto, verificare quale sia stata la resa della Costituzione del 1948 a fronte degli sviluppi della nostra vicenda istituzionale; verificare, cioè, fino a che punto essa sia riuscita a raggiungere i suoi due obiettivi di fondo: tenere unito un Paese che usciva dalla guerra profondamente diviso e con grandi squilibri economici e sociali e radicare un sistema democratico in un tessuto sociale da tempo disabituato ad ogni pratica democratica. In secondo luogo, verificare ogni proposta di riforma alla luce dell'evoluzione del nostro assetto politico-partitico. Se la riflessione sul primo punto porta Cheli ad una valutazione positiva della resa complessiva della Costituzione, opposta è la valutazione sul secondo aspetto che segnala la permanente frammentazione di forze politiche molto divise e sempre meno in grado di assicurare una corretta funzionalità agli istituti propri di un sistema rappresentativo. Considerazioni che portano Cheli a sottolineare l'esigenza di procedere con grande prudenza sulla strada delle possibili riforme al fine di evitare soluzioni che accentuino le divisioni in atto e tradiscano l'ispirazione unitaria della Carta.

A me pare che questi brevi cenni dimostrino come Cheli, con la forte sottolineatura dell'importanza di ricostruire il significato della Costituzione, dei suoi svolgimenti, del suo ruolo nel quadro della evoluzione del costituzionalismo contemporaneo e alla luce delle caratteristiche del nostro panorama sociale e politico, con l'altrettanto forte sottolineatura della profonda discontinuità che essa presenta rispetto alle fasi precedenti della nostra storia costituzionale colga

in pieno il senso ultimo del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale costituzionale. Un passaggio che vede da una parte sbiadire la nozione di sovranità dello Stato, intesa come elemento di garanzia della unità politica della collettività di riferimento (nello Stato di diritto, sottolinea Cheli, «tutto riposava sulla sovranità statale come forza unificante della comunità politica, sovranità che le vicende successive al secondo conflitto mondiale concorrono peraltro a indebolire e scardinare»<sup>15</sup>), dall'altra l'emergere proprio della Costituzione quale elemento fondante una nuova "statualità". Una Costituzione nella quale "Stato e società trovano il loro significato solo nella Costituzione, come complesso di poteri regolati e orientati dalla stessa Costituzione"<sup>16</sup>.

Consapevolezza di questo nuovo significato della Costituzione, della sua capacità di orientare ma anche di recepire gli effetti degli sviluppi delle vicende istituzionali (quella che Cheli chiama l'"elasticità" della Carta<sup>17</sup>) della sua nuova funzione di punto di riferimento unificante e ordinante per l'insieme delle relazioni sociali e istituzionali rappresentano, in sintesi, il nucleo essenziale del suo contributo allo studio della Costituzione come legge fondamentale della Repubblica.

<sup>15</sup> Cfr. E. CHELI, *Prefazione* ad A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., p. 13.

<sup>16</sup> M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 373.

<sup>17</sup> Ancora E. CHELI, *Prefazione*, cit., p. 13.





LA BUONA QUALITÀ DELLE LEGGI REGIONALI: UN PASSO AVANTI

**MASSIMO CARLI\***

**Abstract**

*The article points out that the Handbook of the Regions on Rules and Suggestions for the Drafting of Legislative Texts is currently being amended, which will not only deal with formal drafting, as in the past, to contribute to a revitalisation of the regional councils and their representative role, despite the direct election of the presidents of the regional councils. It will take time for this to happen, just as it took decades for the rules of formal drafting to be widely applied by the regional councils.*

**Suggerimento di citazione**

M. CARLI, *La buona qualità delle leggi regionali: un passo avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024.

Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Già Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze.  
Contatto [massimo@massimocarli.net](mailto:massimo@massimocarli.net)

1. Nell'indagine conoscitiva promossa dai Comitati per la legislazione di Camera e Senato, di cui si attende la relazione finale, Enzo Cheli si è occupato anche della qualità della legislazione, cioè dei fattori che incidono negativamente su questa qualità e delle tecniche destinate a favorire lo sviluppo di un sistema normativo ordinato, chiaro ed efficace.

La legge, qualsiasi legge, per essere semplice, chiara e comprensibile deve rispettare le regole del *drafting* formale, ma, per essere efficace, cioè in grado di realizzare gli obiettivi per i quali è stata prevista, è necessario che sia attuata e siano valutati gli obiettivi raggiunti (*drafting* sostanziale).

Lo Stato segue (o dovrebbe seguire) per il *drafting* formale una circolare del 2001 redatta dalle Camere e dalla Presidenza del Consiglio, contenente le Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi; per il *drafting* sostanziale, un Regolamento del 2017 (Dpcm 169/2017) contenente la disciplina dell'AIR (Analisi dell'impatto della regolamentazione), della VIR (Verifica dell'impatto della regolamentazione) e della consultazione<sup>1</sup>.

Le Regioni, invece, hanno una disciplina più completa per quanto riguarda il *drafting* formale, contenuta in un manuale del 2007, giunto alla terza edizione, promosso dalla Conferenza dei presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, e nulla invece per il *drafting* sostanziale.

Nessuno difende, a quanto ci risulta, l'esistenza di due diversi manuali di regole per il *drafting* formale e, con riferimento al *drafting* sostanziale, le relazioni annuali del Governo al Parlamento sull'attuazione del Regolamento del 2017 testimoniano varie e diverse mancanze, in particolare con riferimento alla VIR e cioè alla verifica dell'attuazione della normativa e alla valutazione delle politiche pubbliche previste dalle più importanti leggi statali.

Con riferimento alle Regioni, le relazioni annuali che molte di loro fanno sull'attività dei Consigli regionali testimoniano un diffuso rispetto del Manuale delle regole di *drafting formale* e quasi nulla, salvo poche eccezioni, sul versante della verifica dell'attuazione delle leggi e degli effetti prodotti dalla nuova normativa.

La situazione è destinata a cambiare perché, con riferimento alle leggi statali, il Comitato per la legislazione del Senato, istituito nel 2023, ha anche il compito di valutare "l'impatto" delle leggi. E, per quanto riguarda le Regioni, la Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle Regioni e Province autonome ha presentato nel marzo scorso un nuovo testo del Manuale per la redazione dei testi normativi, redatto da un gruppo di esperti di varia provenienza<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Nello Stato il miglioramento della normativa è perseguito anche con la misurazione degli oneri amministrativi (MOA) per ottenere la semplificazione degli adempimenti richiesti ai cittadini dalla normativa in vigore o la semplicità dei nuovi oneri.

<sup>2</sup> Ne hanno fatto parte 11 dipendenti regionali, prevalentemente dei Consigli ma anche delle Giunte, l'Accademia della Crusca, l'Associazione per lo sviluppo delle politiche pubbliche (ASVAPP),

L'obiettivo fondamentale di questa revisione, come si legge nella relazione di presentazione, "è quello di contribuire a un rilancio delle Assemblee legislative regionali e del loro ruolo rappresentativo, nel complesso delle attività che costituiscono e supportano la costruzione, la realizzazione e la valutazione delle politiche pubbliche". Vediamo come.

2. Si dice, comunemente, che i Consigli (o assemblee) regionali hanno perso il loro ruolo politico a seguito dell'elezione diretta del presidente della Giunta regionale. Ma il ruolo politico che gli statuti attribuivano ai Consigli regionali, affidando loro l'indirizzo politico e amministrativo della regione, nella realtà si è rivelato molto debole: per tanti motivi, ma soprattutto perché i Consigli regionali non avevano le conoscenze necessarie per poterlo esercitare, dipendendo da quelle che gli esecutivi trasmettevano loro: e le Giunte non trasmettevano certo le conoscenze che potevano metterle in difficoltà.

Per ovviare a questo deficit informativo, molti statuti avevano previsto l'istituzione di enti di studio e ricerca sulla situazione economica, e non solo, della regione, proprio per avere quella conoscenza della realtà che è il presupposto per qualsiasi seria politica. Si pensi, in Toscana, all'IRPET (Istituto di ricerca politica ed economica della Toscana) che, però, di fatto, ha lavorato per la Giunta e non per il Consiglio. Quindi anche il Consiglio regionale della Toscana non ha perso un significativo ruolo politico perché non l'ha mai avuto.

Per il futuro la situazione dovrebbe cambiare: perché quasi tutte le regioni hanno aderito al progetto CAPIRE (Controllo delle Assemblee sulle politiche e interventi regionali) per formare dirigenti e funzionari regionali in grado di valutare gli effetti prodotti dalle leggi regionali; e perché la quarta edizione del Manuale delle regole regionali, che attualmente è diffusamente seguito, si è arricchito di disposizioni che nulla hanno a che fare con il *drafting* formale, contenute in cinque appendici che si occupano degli impatti della legislazione regionale, delle consultazioni pubbliche, dell'impiego di strumenti informatici per migliorare la qualità del testo normativo, della comunicazione istituzionale pubblica e delle clausole formative.

3. La prima appendice è quella più innovativa. Lo scopo dichiarato, come abbiamo già visto, è quello di contribuire ad un rilancio delle Assemblee legislative regionali e del loro ruolo rappresentativo, non soltanto a fini compensativi rispetto alla perdita di ruolo politico. Per questo si propone una valutazione *ex ante* delle possibili opzioni regolatorie percorribili al fine di determinare in

il Senato, la Presidenza del Consiglio dei ministri, la Conferenza dei presidenti delle regioni, la LUISS Guido Carli, l'Istituto di informatica giuridica e sistemi giudiziari (IGSG-CNR), l'Istituto di studi sui sistemi regionali, federali e sulle autonomie.

anticipo quale, tra le diverse opzioni a disposizione del decisore, è verosimilmente la più efficace e consente il perseguimento degli obiettivi fissati al minor costo. L'analisi di impatto a livello regionale non si discosterebbe quindi in maniera rilevante dalla valutazione a livello statale e pertanto potrebbe essere definita come l'AIR regionale che, oggi, nessuna norma impone alle regioni.

Con, però, alcune peculiarità: per l'applicazione del principio di sussidiarietà; per la necessità di valutare impatti di natura territoriale, che sono per definizione più rilevanti per la legislazione di livello regionale; per la necessità di analizzare cosa è verosimile che accada in un certo territorio, osservando gli impatti registrati nei territori limitrofi o comunque paragonabili perché destinatari di misure simili a quelle oggetto di valutazione; per la necessità di tener conto dell'impatto della legislazione nazionale.

Due sono gli strumenti previsti a disposizione delle assemblee legislative regionali per esercitare la funzione di controllo sull'attuazione delle leggi nonché la valutazione delle politiche: le missioni valutative e le clausole valutative.

Le missioni valutative sono svolte da soggetti terzi come istituti di ricerca pubblici o privati per garantire la terzietà e il fondamento scientifico delle proposte. Le clausole valutative, invece, sono specifici articoli delle leggi regionali che stabiliscono gli oneri informativi posti a carico della Giunta e/o degli eventuali altri soggetti attuatori, realizzando così il "circolo virtuoso della normazione", e cioè un sistema decisionale nel quale alla fase di individuazione del problema ed alla successiva progettazione delle norme per risolverlo, seguono quella di attuazione ed eventualmente riprogettazione degli interventi. Ultimo requisito delle clausole valutative, è quello di esplicitare all'interno della clausola che tipo di utilizzo si farà delle informazioni prodotte dalle relazioni in ritorno.

4. La seconda appendice, dedicata alle consultazioni pubbliche, riprende molti dei suggerimenti contenuti nelle Linee guida statali sulla consultazione pubblica in Italia per le pubbliche amministrazioni (Direttiva n. 2/2017), nelle quali si raccomanda di promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche e di impegnarsi a considerare la consultazione pubblica, svolta anche attraverso modalità telematiche, come una fase essenziale dei processi decisionali. Resta la novità della previsione di tali suggerimenti in un testo dedicato al *drafting* formale.

La terza appendice, dedicata all'impiego di strumenti informatici per migliorare la qualità del testo normativo, è un'integrazione della parte finale dell'attuale Manuale (pag. 103), con un approfondimento sull'intelligenza artificiale e la individuazione degli errori evidenziabili con strumenti automatici di controllo relativi a varie regole del *drafting* formale.

Con la quarta appendice si torna a parlare di *drafting sostanziale* e cioè della comunicazione istituzionale pubblica che si propone di promuovere e facilitare la diffusa comprensione del testo e quindi la sua più facile applicazione, mediante schede informative. L'ultima appendice si occupa delle clausole formative, cioè disposizioni che prevedono l'istituzione e la frequenza di specifici corsi di formazione rivolti al personale pubblico che avrà il compito di dare attuazione alla legge. E anche qui siamo palesemente fuori del *drafting* formale.

4. Quale conclusione trarre? Le nuove regole del Manuale regionale, regole di *drafting* formale e sostanziale, dovrebbero darci legge chiare e comprensibili, nonché verificate nella loro attuazione e negli effetti prodotti, favorendo così non solo un virtuoso procedimento legislativo, ma anche, finalmente, lo svolgimento di una nuova attività di controllo che gli autori delle norme (Consigli regionali e Camere) non hanno finora svolto.

L'elezione diretta dei presidenti delle Giunte regionali dà loro la possibilità di affrancarsi dagli eventuali abbracci invasivi dei partiti, oltre a favorire la stabilità dei loro esecutivi: e la stabilità è necessaria per fare le riforme, non sufficiente, ma necessaria. E poiché le riforme vanno a vantaggio delle fasce deboli della società e sono lo strumento con il quale si può realizzare l'uguaglianza sostanziale prescritta dalla Costituzione, la verifica dell'attuazione delle politiche pubbliche votate dallo stesso Consiglio darebbe loro un ruolo politico maggiore di quello che avevano quando potevano nominare (e sfiduciare) i presidenti delle Giunte.

Le difficoltà non mancheranno. Il dovere costituzionale di farsi capire è il titolo di un recente libro sul *drafting* formale<sup>3</sup> che denuncia l'eccesso di leggi e la loro trascuratezza, anche perché redatte abitualmente in tempi troppo stretti per ragioni politiche o perché vincolate a rigide scadenze. La valutazione delle politiche pubbliche presuppone l'esistenza di uffici con funzionari diversi dai giuristi che attualmente i Consigli regionali generalmente non hanno. Infine, manca, e non è certo di poco conto, una volontà politica forte, convinta e duratura nel tempo, perché è diffusa nella nostra classe politica, nazionale ma anche regionale (mentre in Europa non la pensano così), la convinzione che le regole sulla qualità della normazione siano un attentato al primato della politica.

La buona qualità della normazione per ora è un obiettivo mancato, ma ha fatto passi da gigante, perché prima degli anni Ottanta nessuno ne parlava, mentre ora le regole le abbiamo, e la quarta edizione del Manuale regionale

<sup>3</sup> M.E. PIEMONTESE (a cura di), con prefazione di S. Cassese, 2024, Carocci editore, che pubblica la traduzione di un testo in inglese di un Anonimo britannico del XX secolo dal titolo "Scrivere con efficacia" che contiene 87 regole.

spingerà, anche se i tempi saranno lunghi, a verificare non solo l'attuazione dei testi delle leggi regionali, ma anche la loro attuazione e i risultati conseguiti<sup>4</sup>.

<sup>4</sup>Per una bibliografia esauriente sui temi trattati si rinvia a: E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, con prefazione di Paolo Carnevale, Editoriale scientifica, Napoli, 2019; M. PIETRANGELO, *Un nuovo approccio metodologico nel Manuale per la redazione delle leggi regionali: riannodare il drafting formale e il drafting sostanziale*, 31 luglio 2024, Consulta Online fascicolo II; C. DEODATO, *Le ragioni di nuove istruzioni e raccomandazioni sulla qualità della regolazione: una rinnovata attenzione per il drafting sostanziale*, Osservatorio sulle fonti 1/2022.

VALORI E DIRITTI IN COSTITUZIONE: ALLA LUCE DEL  
RICONOSCIMENTO DEL VALORE DELL'ATTIVITÀ SPORTIVA IN  
COSTITUZIONE

ELISABETTA CATELANI\*

**Sommario**

1. Introduzione – 2. Riforma del titolo V ed inserimento per la prima volta in Costituzione del concetto di sport. Profili organizzativi statali conseguenti: dalla struttura di missione alla creazione di un Dipartimento per lo sport nella Presidenza del Consiglio. – 3. Le ragioni dell'inserimento dell'attività sportiva nell'art. 33 Cost.: il carattere poliedrico della norma. – 4. La nuova formulazione dell'art. 33 Cost.: analisi terminologica. – 5. *Segue*: la ratio del termine "attività sportiva". – 6. Sport ed il suo valore educativo come elemento primario della norma: istruzione ed attività sportiva. – 7. Il valore sociale dell'attività sportiva. – 8. Il "benessere psicofisico dell'attività sportiva": un concetto innovativo. – 9. L'inciso «in tutte le sue forme». – 10. Ordinamento statale ed ordinamento sportivo: una convivenza necessaria. – 11. Competenza statale e regionale in materia di "ordinamento sportivo". – 12. Le pari opportunità nello sport.

**Abstract**

*The contribution questions the content of Constitutional Law No. 1 of 2023, which, by integrating the content of Article 33 of the Constitution, provided for the Republic's recognition of the 'educational, social and psychophysical wellbeing-promoting value of sporting activity in all its forms'. A constitutional reform that had been sought after for a long time, but about which very little was discussed at the level of constitutional doctrine during the drafting and approval stage, whose regulatory scope, effects in the legal system, consequences on the education system, on health profiles and even on the health organisation must, however, be carefully identified.*

**Suggerimento di citazione**

E. CATELANI, *Valori e diritti in Costituzione: alla luce del riconoscimento del valore dell'attività sportiva in Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli studi di Pisa.  
Contatto: [elisabetta.catelani@unipi.it](mailto:elisabetta.catelani@unipi.it)

## 1. Introduzione

L'uso del termine "valore costituzionale" è quasi inflazionato nel linguaggio corrente, così come in ambito scientifico<sup>1</sup> e giurisprudenziale<sup>2</sup>, tanto che ogni tentativo di inquadramento del tema sarebbe parziale e non completo, dato che tutto l'ordinamento costituzionale, se inteso come tavola dei valori, è parte di esso.

Senza poter quindi in questo contesto né affrontare, ma nemmeno richiamare la complessa e molto discussa questione della "teoria dei valori", può essere utile tuttavia analizzare la *ratio* e le motivazioni che hanno indotto il legislatore a farne uso nelle recenti integrazioni costituzionali, con un indirizzo che può considerarsi innovativo nella terminologia della prima parte della nostra costituzione che, pur essendo pervasa dai valori, non ha mai formalmente adottato tale termine nella formulazione del 1948, utilizzandolo nella seconda parte in un contesto completamente diverso, ossia con riguardo al "valore di legge". Questo non esclude che i valori costituzionali non siano da sempre al centro del dibattito sul contenuto dei diritti e dei principi fondamentali, proprio perché tutto il testo costituzionale è pervaso di valori.

La novità è ora rappresentata dal contenuto della legge costituzionale n. 1 del 2023, che, integrando il contenuto dell'art. 33 Cost., ha previsto il "riconoscimento" da parte della Repubblica del «valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme». Una riforma costituzionale ricercata da tempo, ma di cui assai poco si è discusso a livello di dottrina costituzionale nella fase di elaborazione ed approvazione<sup>3</sup>, di

<sup>1</sup> In dottrina la tematica dei valori costituzionali è latente in tutti gli scritti che affrontano i diritti costituzionali. Ciò non esclude che il tema dei valori sia parimenti e approfonditamente affrontato in modo specifico in alcuni e densi lavori: in particolare, cfr. A. BALDASSARRE, *Costituzione teoria dei valori*, in *Pol.dir.*, 1991, 654 ss.; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 4/1993, 3007 ss.; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1/1995, 66 ss.; F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999; A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, ma vedasi anche S. Marotta (a cura di), *I valori della Costituzione italiana*, La città del sole, Napoli, 1996 ed *ivi* in particolare F.P. CASAVOLA, *La regola costituzionale come valore*, 17 ss. e G. DOSSETTI, *I valori della Costituzione*, 161 ss.

<sup>2</sup> Non è possibile elencare le pronunce, anche solo della Corte costituzionale, dove si fa riferimento al concetto di valore costituzionale, per il loro numero infinito, ma anche per la pluralità di sensi con cui questo termine è utilizzato.

<sup>3</sup> Occorre comunque ricordare i contributi di M. SALAZAR, *Giustizia sportiva e principi costituzionali*, in *In Iure praesentia*, 1994, I, p. 245 ss.; A. BONOMI, *L'ordinamento sportivo e la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, 363 ss.; T.E. FROSINI, *L'ordinamento sportivo nell'ordinamento costituzionale*, in *Aa.Vv.*, *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico. Atti del 3° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, 305 ss.; P. SANDULLI, *Costituzione e Sport*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2017, IV.; E., *Il diritto allo sport come diritto fondamentale in prospettiva anche costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 234 ss.; M. D'AMICO, *Lo sport come diritto della persona: analisi dei progetti di revisione costituzionale*, in *Rivista Gruppodipisa.it*, n. 1/2022, 152 ss.



cui occorre individuare, tuttavia, con attenzione la portata normativa, gli effetti nell'ordinamento, le conseguenze sul sistema dell'istruzione, sui profili sanitari ed anche sull'organizzazione sanitaria.

Prima di poter capire quali sono questi effetti nel nostro ordinamento ed i cambiamenti che questa norma ha già determinato, e potrà ancora determinare, può essere utile ripercorrere alcuni aspetti storici del ruolo che ha avuto lo sport in Italia, almeno dal momento in cui lo sport è stato inteso in senso moderno<sup>4</sup>.

Nell'800 in Italia si faceva riferimento prevalentemente al termine "ginnastica" o di "educazione fisica", cosicché nel 1872, l'allora Ministro Scaiola nominò una Commissione "per il riordinamento della ginnastica in Italia" e costituì a Torino ed a Bologna una scuola normale di ginnastica per preparare i docenti all'insegnamento di tale materia. Da allora, furono approvate alcune leggi con l'obiettivo di disciplinare l'insegnamento dell'educazione fisica (1878 e 1889).

Un mutamento sostanziale si ebbe invece durante il fascismo, che attribuiva allo sport un rilievo pregnante nella società. L'attività fisica era considerata come lo strumento essenziale di formazione della gioventù, finalizzato alla valorizzazione della razza e al rafforzamento della capacità bellica dello Stato, tanto da dedicare il sabato pomeriggio (noto come sabato fascista) proprio alle attività sportive anche con carattere di addestramento militare.

La politica adottata dal fascismo in materia sportiva e l'aver considerato lo sport come uno strumento per la crescita delle politiche fasciste, ha fatto sì che il dibattito in Assemblea costituente su tali profili sia stato quasi inesistente, anche con riferimento alle norme che più di altre presentavano una connessione diretta con gli effetti dello sport nella vita dei cittadini: artt. 31, 32 e 33 Cost. Nel dibattito sulla tutela della salute non si riscontrano richiami agli effetti benefici dell'attività ginnica sul benessere psico-fisico, mentre qualche richiamo marginale lo troviamo nel dibattito sugli artt. 31 e 33. In particolare, nel corso dell'elaborazione dell'art. 33, l'On. Umberto Calosso nella seduta del

Il tema è stato analizzato più ampiamente dopo l'approvazione della riforma costituzionale da L. FERRARA, *Lo sport in Costituzione*, in *Rivista di diritto sportivo*, n. 2/2023, 431 ss.; F. DAL CANTO, D. NOTARO (a cura di), *Sport e diritto. Nessi e prospettive dopo le riforme*, Pisa University Press, Pisa, 2024; M. F. SERRA, *Il nuovo diritto allo sport*, in *Nomos*, 3/2023; G. MARAZZITA, *Il riconoscimento del valore costituzionale dell'attività sportiva*, in *Federalismi.it*, n. 1/2024, 110 ss.; A. VUOLO, *Lo sport e la modifica dell'art. 33 della costituzione*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna Online*, n. 2/2024, 74 ss. Peraltro, la nuova formulazione dell'art. 33 Cost. è stato inoltre analizzato anche dalla dottrina privatistica che ha dato un ulteriore contributo all'interpretazione della norma e del suo valore. Cfr. fra gli altri M. DI MASI, *Dall'etica alla costituzionalizzazione dello sport. Brevi note sulla riforma dell'articolo 33 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 22/2023, 124 ss.; E. BATTELLI, *Il riconoscimento del valore educativo e sociale dell'attività sportiva in Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 2/2024, 26 ss.

<sup>4</sup> Cfr. P. DIETSCHY, S. PIVATO, *Storia dello sport in Italia*, il Mulino, Bologna, 2016.

22 aprile 1947 fece marginali riferimenti alla materia, auspicando che «i professori giovani potrebbero essere reclutati, esigendo che siano anche degli sportivi, che sappiano giocare al calcio o altro coi loro allievi». Nell'ambito della stessa discussione fu poi presentato un emendamento da parte dell'On. Tuminelli (poi superato da altri emendamenti) che prevedeva l'introduzione nell'art. 33 del richiamo all'educazione fisica al terzo ed al quarto comma con la seguente formulazione: «L'educazione fisica è organizzata e impartita in armonia e in correlazione a principî auxologici, con finalità esclusive di sanità, igiene e attività ginnico-sportiva». «Lo Stato favorisce e istituisce gli organi idonei a tale scopo».

Più ampi sono i riferimenti fatti dall'On. Giuliano Pajetta nella discussione del 19 aprile 1947 sull'art. 31. È indicativo, in questo caso, come dalle parole del deputato emerga il riferimento allo sport in funzione dell'attività motoria, della tutela della salute dei giovani e più in generale della salute pubblica, in quanto mezzo “per prevenire le malattie che fanno strage nel nostro paese”, escludendo la possibilità di considerare lo sport come strumento di preparazione alla guerra e quindi mettendo in evidenza profili opposti rispetto a quelli emersi durante il fascismo.

D'altra parte, dopo una guerra distruttiva da cui l'Italia cerca di emergere e dopo un ventennio che aveva considerato lo sport come un valore da tutelare per la formazione della razza, il tema dell'attività sportiva non può essere al centro dell'attenzione dei costituenti e comunque viene considerato marginale rispetto alla tutela degli altri diritti sociali quale il lavoro, la sanità, la scuola, la previdenza e l'assistenza che, invece, vengono percepiti come fondamentali per la futura crescita della nuova Repubblica.

Si dice anche che l'assenza di alcun tipo di riferimento allo sport nel testo del 1948 può essere considerato sintomatico della volontà dei costituenti di «preservare lo sport da ogni forma di appropriazione indebita da parte della politica». Una volta escluso il suo rilievo costituzionale, si sarebbe affidato al legislatore ordinario la relativa disciplina, senza implicazioni di carattere ideologico. O, ancora, si è posto in rilievo il carattere di “universalità” dello sport che non avrebbe consentito o comunque consigliato una disciplina costituzionale, così da lasciare il tema libero da condizionamenti.

Nonostante che in Costituzione non sia stato inserito formalmente alcun richiamo esplicito all'attività sportiva, questo non ha escluso che sia la dottrina, che la giurisprudenza costituzionale e dei giudici comuni abbiano dato un fondamento costituzionale ad essa, con un'interpretazione estensiva di vari articoli della Costituzione ed in particolare degli artt. 2, 3, 18, 32 e 33 oltre agli artt. artt. 4 e 35 Cost., per quanto riguarda lo sport professionistico.

Nei primi tempi ci si limitava solo ad *obiter dicta* inseriti in altre pronunce, specialmente connesse al tema della caccia (che s'inseriva fra le manifestazioni

sportivo-agonistiche), dove si constatava «che lo sport è un'attività umana cui si riconosce un interesse pubblico tale da richiederne la protezione e l'incoraggiamento da parte dello Stato» (Corte cost., 12 marzo 1976, n. 57), ma certamente si è imposto poi uno sforzo interpretativo non marginale sia a tutela della pratica sportiva, sia dell'associazionismo sportivo, perché se la tutela dello sport, come attività del singolo, può trovare fondamento negli artt. 2, 3, 32 e 33 Cost., la libera e volontaria associazione per svolgere attività sportiva è sicuramente garantita non solo dall'art. 2, ma in particolare dall'art. 18 Cost. Profilo che troverà poi esplicita conferma e supporto nella giurisprudenza della Corte costituzionale, là dove si afferma che (Corte Cost., 17 aprile 2019, n. 160) «il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e che assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18)». Pertanto, la pratica fisica viene vista sia come un aspetto dell'esplicazione della personalità dell'uomo, sia come un valido strumento di tutela della salute dell'individuo e pertanto va riconosciuta, promossa e protetta (Cass. Civ., sez. lav., 30 agosto 2000, n. 11404).

Pur in assenza di una tutela costituzionale esplicita, l'attività sportiva ha avuto comunque un riconoscimento sia in alcuni Statuti speciali, quali quelli delle regioni Trentino-Alto Adige e Friuli-Venezia Giulia, sia a livello legislativo, che con atti di natura internazionale.

Superato il periodo post-bellico, il tema dello sport ha piano piano attirato l'interesse dei legislatori cosicché già negli Statuti speciali successivi al 1948 si riscontra un richiamo al tema: con la legge cost. n. 1/1963 il Friuli-Venezia Giulia ha acquisito la potestà legislativa esclusiva in materia di “istituzioni culturali, ricreative e sportive”, mentre l'art. 12 dello Statuto del Trentino-Alto Adige, nella versione modificata nel 1972, ha attribuito la competenza concorrente alle province di Trento e Bolzano per quanto attiene la potestà legislativa sulle attività sportive ricreative.

Vari sono stati poi gli interventi normativi statali che hanno affrontato la problematica, dal d.p.r. n. 616/1977, che ha demandato alle regioni «la promozione di attività sportive e ricreative e la realizzazione dei relativi impianti ed attrezzature», alla normativa sul mercato dei calciatori (l. n. 91/1981), alle varie norme che riguardano l'insegnamento dello sport nella scuola (su cui vedi *infra*, § 4) o alla normativa sugli effetti del doping, ora regolata dalla l. n. 376/2000, che disciplina la tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping, che ha un *incipit* significativo: «l'attività sportiva è diretta alla promozione della salute individuale e collettiva».

Infine, molti sono stati anche gli interventi di carattere internazionale, si pensi alla Convenzione di Strasburgo contro il doping del 16 novembre 1989 dove si precisa che gli Stati membri del Consiglio d'Europa sono «consapevoli che lo sport deve svolgere un ruolo importante per la promozione della salute, dell'istruzione morale e fisica e per la promozione morale e fisica»<sup>5</sup>.

## **2. Riforma del titolo V ed inserimento per la prima volta in Costituzione del concetto di sport. Profili organizzativi statali conseguenti: dalla struttura di missione alla creazione di un Dipartimento per lo sport nella Presidenza del Consiglio**

Un formale riconoscimento dell'importanza dell'attività sportiva a livello costituzionale si è avuto con la riforma del Titolo V e con l'inserimento nell'elenco delle materie di competenza concorrente fra Stato e Regioni, anche quella dell'ordinamento sportivo<sup>6</sup>.

In questo modo, tuttavia, non si è andati ad influire sulla tutela del diritto allo sport, ma solo a delineare una competenza legislativa dei due soggetti chiamati ad intervenire per definire gli strumenti essenziali di regolamentazione dell'attività sportiva, non interferendo in modo diretto, tuttavia, sul diritto allo sport.

Tale norma costituzionale non esclude che la determinazione dei limiti della competenza statale sia in ogni caso assai complessa, in quanto deve inserirsi all'interno del riconoscimento costituzionale dell'autonomia dei privati dell'ordinamento sportivo da un lato e della competenza regionale dall'altro, così come prevista nell'art. 117, comma 3<sup>7</sup>. La regolamentazione statale deve pertanto essere il frutto del necessario bilanciamento fra le diverse competenze regolative e con il rispetto delle garanzie costituzionali che possono rilevare nei vari contesti, come quello attinente alla giustizia nell'ordinamento sportivo e, quindi, tenendo conto del diritto di difesa e del principio di effettività della tutela giurisdizionale garantiti dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Questo primo “traguardo”, che può essere considerato sicuramente marginale per la tutela del diritto, in quanto non si poteva certamente affermare l'esistenza di una tutela costituzionale del diritto allo sport, ha comunque innescato

<sup>5</sup> Per un quadro d'insieme della materia cfr. L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010.

<sup>6</sup> Sul dibattito in ordine all'ordinamento sportivo separato o meno dall'ordinamento statale si tornerà nel § 9, ma da segnalare che L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1 ss. ha posto in evidenza il rilievo che la modifica del titolo V ha determinato sull'assetto dell'ordinamento sportivo, con una interpretazione molto diversa da quelle classiche, affermando che la nuova formulazione dell'art. 117 c. 3 Cost. determina come conseguenza “che l'ordinamento sportivo significa semplicemente gruppo sociale organizzato; o anche che il fenomeno sportivo non gode di un regime speciale e privilegiato rispetto a ogni altro fenomeno associativo”.

<sup>7</sup> Cfr. anche L. DEGRASSI, *Le Regioni tra 'sport' e 'ordinamento sportivo'. Contributo alla definizione della materia*, in *Dir. dell'Economia*, 1/2007, 40 ss.

una serie di effetti positivi nell'apertura di un dibattito su un settore e su una "materia" che i costituenti, come abbiamo visto, non avevano considerato degno di adeguata considerazione.

In ogni caso, si è passati da un disinteresse generale da parte dello Stato ad un inizio di attenzione anche a livello costituzionale ed ordinamentale. Per la prima volta nel 2006 (XV legislatura) viene nominato un ministro senza portafoglio a cui, oltre ad avere la delega per le politiche giovanili, vengono attribuite le competenze sulle "attività sportive", utilizzando così formalmente il termine che poi ritroveremo nella riforma costituzionale.

L'iter dell'autonomia organizzativa della materia a livello statale è stato lento, ma inesorabile e confermato anche da governi politici diversi: si è prima trasferita la competenza in materia di sport dal Ministero per i beni e le attività culturali al Presidente del Consiglio dei ministri e quindi alle strutture della Presidenza (d.l. n. 181/2006, conv. in l. n. 233/2006); successivamente con il nuovo governo, si è provveduto all'istituzione di una struttura di missione, fornendo così il necessario apporto organizzativo al sottosegretario delegato per l'esercizio delle funzioni in materia di sport, precisando che tale istituzione avveniva solo in via provvisoria "nelle more dell'istituzione di un'apposita struttura generale".

Le strutture di missione si caratterizzano per la loro natura temporanea e vengono istituite per lo svolgimento di peculiari compiti, per il raggiungimento di specifici risultati o per la realizzazione di programmi. Nel caso specifico, la struttura, istituita con decreto del Presidente del Consiglio (d.p.c.m. 20 giugno 2008 e prorogata con d.p.c.m. 18 dicembre 2008) ha fissato gli obiettivi della struttura, già precisando che avrebbe dovuto interrompere ogni attività dalla data d'istituzione di una struttura generale, così come previsto nel d.lgs. n. 303/1999. Quindi l'uso della struttura di missione non era giustificato, come talvolta avviene, per la transitorietà del tema trattato, ma anzi come struttura di passaggio verso una organizzazione più articolata. Le competenze erano comunque incisive, perché gli si affidava le proposte, il coordinamento e l'attuazione dell'iniziativa normative amministrative culturali relative allo sport, i rapporti internazionali, la prevenzione del doping e la violenza nello sport, nonché l'esercizio della vigilanza sul Comitato olimpico nazionale (CONI).

Il carattere temporaneo della struttura di missione è quindi terminato con l'emanazione del d.p.c.m. 29 ottobre 2009 che ha istituito un "Ufficio per lo sport", come struttura di supporto per l'esercizio di funzioni in tale materia. Funzioni molto simili a quelle originariamente attribuite alla struttura di missione con alcune piccole aggiunte, come gli adempimenti giuridici ed amministrativi, studio ed istruttoria degli atti concernenti il settore sportivo, interventi con riguardo ai rapporti internazionali, individuandoli nelle strutture

dell'Unione europea, del Consiglio d'Europa, UNESCO e Agenzia mondiale antidoping (WADA).

Infine, si è creato il Dipartimento dello sport, prima con il d.p.c.m. 28 maggio 2020 e poi regolato da successivi decreti dello stesso ministro al fine dell'organizzazione interna del Dipartimento (9 luglio 2020 e poi modificato il 20 novembre 2023), che ha il compito di svolgere tutta l'attività di supporto per lo svolgimento delle funzioni inerenti alle attività sportive e la gestione degli enti ad esse connessi.

Tale *excursus* ci consente di affermare che, anche da un punto di vista organizzativo, l'evoluzione normativa ed amministrativa ha sicuramente avuto un ruolo importante nella sensibilizzazione verso la tematica dello sport, così da costituire uno strumento di supporto per la costituzionalizzazione della sua tutela. Si sono, in altre parole, creati piano piano i presupposti organizzativi e poi teorici e valoriali per il suo formale riconoscimento, ma il problema sarà capire se dalla formulazione costituzionale derivino poi conseguenze effettive ed immediate sull'ordinamento sportivo e sull'attività sportiva.

### **3. Le ragioni dell'inserimento dell'attività sportiva nell'art. 33 Cost.: il carattere poliedrico della norma**

L'inserimento dello sport in Costituzione ha infine determinato un'importante spinta innovativa al nostro ordinamento, non più solo come "materia" di regolamentazione statale e regionale, ma riconoscendo il suo valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico<sup>8</sup> nell'ambito del nostro ordinamento.

Si tratta di una riforma costituzionale, quella introdotta con la legge costituzionale n. 1/2023, che non ha visto particolari ostacoli, nell'ultima fase di approvazione, dato che un disegno di legge di riforma era già stato presentato nella precedente legislatura, approvato da entrambe le Camere in prima lettura, anche se poi l'*iter* non era stato completato perché, dopo l'approvazione in seconda lettura al Senato era sopraggiunto lo scioglimento anticipato del Parlamento. Il disegno di legge costituzionale è stato quindi ripresentato nella XIX legislatura ed approvato in tempi rapidissimi<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Vedasi in modo specifico E. LUBRANO, *Il diritto allo sport come diritto fondamentale in prospettiva anche costituzionale*, cit., 236.

<sup>9</sup> Per una ricostruzione storica delle varie proposte costituzionali che nel corso degli anni erano state presentate al fine dell'inserimento della tutela dello sport in Costituzione cfr. L. SANTORO, *L'inserimento dello sport in Costituzione: i prodromi e la portata della novella costituzionale*, in *Riv. Dir. Sport.* 1/2024, 47, che rileva come questo nuovo comma della Costituzione "rappresenta l'approdo di un lungo cammino avviato più di venticinque anni fa, nel corso della tredicesima legislatura, allorché nel mese di maggio 1997 fu presentato il d.d.l. n. 2414 intitolato «Tutela costituzionale del diritto all'attività sportiva e ricreativa», che prevedeva la sostituzione dell'art. 32 Cost. con un nuovo testo nel quale, accanto al diritto alla salute sancito al comma 1, veniva inserito, al comma 2, «il diritto allo

Il principale aspetto che è stato oggetto di dibattito, in particolare nella precedente legislatura, ha interessato la sua collocazione all'interno delle norme costituzionali, essendosi prospettate varie soluzioni con riguardo alla maggiore aderenza della tutela dello sport con l'art. 9 o l'art. 32 o, ancora, l'art. 33 Cost. Vi era incertezza fra l'opportunità di privilegiare il contesto della salute pubblica o, invece, quello dell'ambito scolastico che avrebbe così ampliato il margine di applicazione e riconoscimento, tenendo conto della portata normativa generale di tale norma che estende la sua valenza all'arte, alla scienza, all'istruzione ed all'alta cultura.

L'art. 9 Cost., che era anche stato ipotizzato come possibile contenitore, è stato poi escluso essenzialmente per due ragioni: la prima può essere individuata nel fatto che tale scelta avrebbe significato introdurre la tutela dello sport fra i principi fondamentali, che, come è stato detto nella relazione al progetto di legge costituzionale poi approvato, sarebbe stata una "scelta ambiziosa", sicuramente determinata da "un respiro ideale profondo", ma che sarebbe potuta apparire anche eccessiva nel nostro contesto ordinamentale.

Il secondo e forse motivo principale deve poi riscontarsi nel fatto che l'art. 9 Cost. era già oggetto di un distinto procedimento di revisione costituzionale (che ha portato all'approvazione della legge cost. n. 1/2022 in materia ambientale e tutela degli animali) e quindi si è ritenuto non consigliabile evitare possibili e problematici intrecci di nuovi contenuti su un processo di riforma costituzionale già attivato.

L'ipotesi dell'inserimento della tutela dello sport all'interno dell'art. 32 Cost. era prevista in ben tre disegni di legge costituzionale, che hanno accompagnato l'iter della riforma. Il d.d.l. n. 747 prevedeva infatti che «La Repubblica tutela la salute anche mediante la promozione delle attività volte ad impegnare e sviluppare le capacità psicomotorie della persona e agevola l'accesso alla pratica sportiva», mentre il d.d.l. n. 2478 ipotizzava in altro comma dell'art. 32 che «la Repubblica promuove la pratica sportiva e ne riconosce la valenza sociale ed educativa, nonché gli effetti sul benessere psicofisico dell'individuo». Questo secondo d.d.l. era poco coerente con la tutela della salute per la difficoltà di connettere «la valenza sociale ed educativa» dello sport nell'ambito della tutela della salute. Altrettanto si poteva dire con riguardo al d.d.l. n. 2480 che avrebbe voluto aggiungere all'art. 32 che «La Repubblica tutela la salute mediante la promozione dell'educazione fisica e dell'attività sportiva». Tre soluzioni che sono state abbandonate, perché non idonee a raggiungere un obiettivo più

svolgimento dell'attività sportiva e ricreativa», assegnando, poi, al comma 3, al legislatore ordinario il compito di assicurare la realizzazione degli strumenti più idonei a garantirne «l'esercizio libero e gratuito». Il testo del d.d.l. n. 2414 fu riprodotto senza sostanziali modifiche in altre tre proposte di legge presentate nella medesima legislatura a distanza di pochi mesi, nessuna delle quali, però, al pari del disegno di legge originario, è andata oltre la fase della assegnazione».

generale ed ulteriore rispetto alla semplice tutela della salute. Si riteneva infatti che l'innesto di ulteriori situazioni giuridiche o principi nell'art. 32 «sarebbe potuto apparire distonico, finendo inoltre per accentuare solo una delle varie dimensioni e funzioni dello sport» che il revisore costituzionale intendeva valorizzare.

La definitiva scelta di introdurre la tutela dello sport tramite una revisione dell'art. 33 Cost. pare comunque molto convincente perché si valorizza sia il carattere sociale ed il benessere conseguente allo svolgimento di tale attività, ma anche l'aspetto artistico che sta dietro a molti sport svolti sia in modo amatoriale ed ancor più in un contesto professionistico. Un'attività sportiva che presenta significativi aspetti artistici, connessi ad uno studio scientifico delle modalità di realizzazione e svolgimento. Si è così combinata la tutela del carattere sociale e del benessere alle nuove modalità attraverso cui le attività sportive si esplicano e l'art. 33 Cost. rappresenta una perfetta sintesi di tutti questi aspetti<sup>10</sup>.

D'altra parte, la scelta di inserire la tutela dell'attività sportiva in detta norma costituzionale non è stata oggetto di contrasti, ma anzi si è avuto un *iter* di approvazione assai celere nella XIX legislatura, con la sostanziale unanimità delle due Camere (solo al Senato in prima lettura ci sono stati quattro astenuti ed in seconda lettura uno solo)<sup>11</sup>.

#### **4. L'analisi terminologica della nuova formulazione dell'art. 33 Cost.: il riconoscimento di un valore**

L'ampio consenso in fase di approvazione potrebbe essere inteso come piena condivisione da parte di tutte le forze politiche del disegno costituzionale, ma può essere interpretato anche come assenza di dissenso, in quanto il suo contenuto è stato per lo più percepito come ininfluenza nel contesto ordinamentale, senza particolari conseguenze sullo *status quo ante*. Valutazione forse troppo frettolosa, perché occorre comprendere esattamente la portata giuridica di questa nuova norma costituzionale, ossia se il riconoscimento di un valore abbia o meno conseguenze giuridico/normative con obblighi e oneri a carico dello Stato.

Occorre, in altre parole, verificare quali possono essere le ricadute sul nostro ordinamento giuridico, attraverso un'esegesi della sua formulazione, tenendo conto sia del contesto in cui essa è inserita, ma in particolare con

<sup>10</sup> Un'ulteriore conferma della tendenza del nostro ordinamento di rappresentare uno "Stato di cultura" e di avere una "costituzione culturale" che lo supporta. Su cui cfr. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 2.

<sup>11</sup> Una dettagliata ricostruzione delle varie soluzioni che erano emerse nel dibattito parlamentare può leggersi in M. D'AMICO, *Lo sport come diritto della persona*, cit. 154 ss.



un'analisi lessicale, rapportata all'uso delle parole presenti in altre norme costituzionali assimilabili.

Il primo aspetto che merita particolare attenzione, nel contenuto della nuova norma che ha integrato l'art. 33 Cost., riguarda l'uso del termine "riconosce", che attribuisce una valenza di primarietà e di pre-esistenza del valore tutelato rispetto alla stessa Repubblica e alla Costituzione<sup>12</sup>.

Il riconoscimento, si è detto in passato, è connesso all'esistenza di un diritto naturale che configura la persona come titolare di diritti inerenti alla sua stessa natura umana nella sua universalità: "diritti quindi che preesistono al diritto positivo e lo trascendono sì che questo deve limitarsi a riconoscerli, senza poterli negare"<sup>13</sup>. Certamente può apparire anomalo che un valore, già preesistente alla Costituzione, sia stato riconosciuto 75 anni dopo, anche se molte erano le ragioni storiche che avrebbero indotto i costituenti a non inserire la sua tutela nel testo del 1948.

Qualora invece si segua un'impostazione giuspositivista, è proprio la formulazione della norma in Costituzione che attribuisce validità ed efficacia nell'ordinamento al suo contenuto, grazie alla volontà sovrana.

Tali ricostruzioni sono state fatte con riguardo a quelle norme che contengono il riconoscimento di diritti fondamentali, ma, in questo caso, l'oggetto della disposizione è un valore che non può essere pienamente parificato alla tutela di un diritto o, quantomeno, si deve prendere atto che il contenuto non

<sup>12</sup> L'analisi del tema è stata in particolare fatta con riguardo all'inserimento del concetto del riconoscimento in Costituzione nell'art. 2 Cost., (su cui in generale A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Cedam, Padova, 1992; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Zanichelli – Foro italiano, Bologna – Roma, 1975, 80 ss.; M. MANETTI, *I principi costituzionali come principi supremi*, in *Giur cost.*, 1983; 1130 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna 1984; A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1989, 10 ss.; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2022; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2020; R. GUASTINI, *Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.*, in *Ragion pratica*, 2/2007, 235-338; E. ROSSI, *L'art. 2 della Costituzione*, in E. ROSSI (a cura di), *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Pisa University Press, 2009, 1 ss.; P.F. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in Id., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Cedam, Padova, 2008, 1 ss.), ma il profilo è stato poi esteso di recente anche nell'art. 119.6 su cui cfr. G. DEMURO, *Le isole ritornano in Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2022, 901 ss.; A. MORELLI, *The dark side of the moon. Il ritorno dell'insularità in Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2021, 1363 ss.

<sup>13</sup> Così L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Art. 2, 1*, Tale impostazione giusnaturalista è strettamente connessa alla teorizzazione del principio personalista "che nasce dal riconoscimento di una preminenza dell'uomo rispetto alla società, e quindi allo Stato che ne è una forma di organizzazione, preminenza che si estrinseca nell'appartenenza irrinunciabile all'uomo di una serie di facoltà (diritti), formanti il patrimonio irriducibile della dignità dell'uomo, come essere libero e progressivo; e nella pretesa, radicata in questa medesima dignità umana, di poter esplicitare completamente il proprio Essere. Di qui, pertanto, l'obbligo dello Stato di rispettare esso stesso e garantire nella vita sociale questi diritti essenziali, e insieme di rispettare e garantire la compiuta esplicazione del governato, in quanto uomo» ma nella stessa linea". Così A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, 41.

è assimilabile. Pertanto, l'interpretazione, che potrà essere data a tale nuovo comma, può non essere univoca: si può equiparare il valore al diritto, attribuendogli un'efficacia vincolante per la sua tutela da parte dello Stato, oppure come può apparire più probabile, può essere affidato al legislatore il compito di trasformare il valore in provvedimenti concreti<sup>14</sup>.

Se questa è la soluzione interpretativa, la Repubblica è chiamata a prendere atto dell'esistenza del valore e di attribuire a tale norma quel ruolo di bilanciamento con gli altri valori costituzionali. Il riconoscimento attuale, dopo tanti anni dalla creazione della "tavola dei valori", può quindi essere letto come avente una valenza particolare, ossia come una lenta ma significativa evoluzione di essa, che ora può essere ulteriormente sollecitata nella sua operatività attraverso le richieste, le istanze e talvolta anche le rivendicazioni che possono essere mosse dagli interessati verso le istituzioni pubbliche, che non possono trasformarsi, tuttavia, in garanzia di tutela effettiva per il cittadino. L'esplicitazione di tale valore implica un obbligo di bilanciamento in capo al futuro legislatore, nell'ambito del suo indirizzo politico alla luce della nuova formulazione costituzionale.

Nella stessa linea sembra essere il comunicato del dipartimento dello sport emesso il 20 settembre 2023 (immediatamente dopo l'approvazione del nuovo testo costituzionale), che potrebbe essere considerato come interpretazione autentica della norma costituzionale, in cui si afferma che il riconoscimento del valore non determina un diritto, ma deve costituire la base di partenza per un'attività normativa che consenta poi al legislatore di trasformare il riconoscimento del valore dell'attività sportiva in un'azione da parte dei soggetti istituzionali, chiamati poi a dare effettività al valore.

Una precisazione che svilisce fortemente la nuova formulazione costituzionale, che deve comunque tener conto anche di quanto la Consulta ha sempre affermato, a partire dalla sent. n. 1/1956, ossia che ogni norma costituzionale non può essere interpretata in senso programmatico, ma solo in termini prescrittivi. Quindi al di là della precisazione del dipartimento dello sport, la disposizione costituzionale, una volta immessa nell'ordinamento, opera in modo autonomo, nel suo significato letterale e tenendo conto dell'interpretazione che ne farà la Corte costituzionale, che dovrà fare un ulteriore bilanciamento fra la

<sup>14</sup> Sul rischio di un'applicazione automatica dei valori, illuminante è l'analisi di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, A. Pellicani Ed., Roma, 1987, dove conclusivamente si mette in evidenza che "l'idea ha bisogno della mediazione, ma il valore ne ha bisogno ancora molto di più. In una comunità, la cui costituzione prevede un legislatore e delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui poste, stabilire la mediazione mediante regole determinabili e attuabili, ed evitare il terrore dell'attuazione immediata ed automatica del valore".

Nel contesto interno la teoria dei valori ha avuto varie letture e varie interpretazioni che sono state analizzate in modo ampio e dettagliato in A. LONGO, *I valori costituzionali*, cit., *passim* ma in particolare 221 ss.

integrale precettività di tutte le norme costituzionali, andando oltre il significato proprio delle parole e alla non facile attuazione pratica che si determinerebbe nei più svariati contesti applicativi.

Il “riconoscimento” di un valore, in ambito costituzionale, dovrebbe costituire una rarità, visto il quadro delineato nel 1948, in cui l’uso di questo termine era stato ridotto a poche e delimitate norme: artt. 2, 4, 5, 29, 35 (limitatamente alla libertà di emigrazione) ed alle norme in materia economica artt. 42, 45 e 46. Negli ultimi tempi, il legislatore costituzionale ha fatto un uso ripetuto del termine “riconosce”, come se si volesse ampliare i settori di ambito costituzionale, riconoscendo appunto le peculiarità dell’insularità (legge cost. n. 2/2022), ed ora con riguardo al valore dell’attività sportiva. Parrebbe quindi che in queste due nuove leggi costituzionali abbiano fatto un uso del termine “riconosce”, proprio al fine di ridurre l’impegno della Repubblica, per affidare al futuro legislatore una possibile garanzia, ma riducendone inevitabilmente l’effettività della norma<sup>15</sup>. Altri termini potevano essere utilizzati in questa formulazione, come “promuove” ovvero “valorizza”, che in altri articoli è utilizzato. La scelta verso un mero riconoscimento e non una promozione o una valorizzazione può essere intesa come uno strumento per ridurre e svilire la stessa efficacia della norma, non impegnando la Repubblica ad agire con provvedimenti concreti, affidando appunto al futuro legislatore i possibili interventi regolatori, compatibilmente anche con le risorse finanziarie impiegabili e, quindi, tendenzialmente aleatorie.

Per lo più, nel testo costituzionale originario dove sussisteva il riconoscimento, si affiancava anche la garanzia del relativo diritto (art. 2, 4, 5, 42) o la promozione di esso (art. 45) o ancora la tutela (art. 35, sia pur limitatamente al lavoro italiano all’estero, dove un intervento dello Stato poteva essere utile al cittadino), confermando che per garantire l’effettività di un principio o di un diritto, occorre un’assunzione di responsabilità da parte della Repubblica, che in questo nuovo comma non è stato invece previsto.

Questo non significa che tale formulazione sia priva di efficacia, perché, in ogni caso, l’inserimento in Costituzione fa sì che la discrezionalità del legislatore in questo settore non sia più piena, ma sia vincolata alla tutela del valore dell’attività sportiva, proprio grazie al suo riconoscimento.

### **5. *Segue*: la ratio del termine “attività sportiva”**

Il secondo aspetto terminologico significativo è dato dal fatto che non si è utilizzato il semplice termine “sport” e neppure “educazione fisica”, “ginnastica”,

<sup>15</sup> Critici sulla terminologia usata dal legislatore costituzionale sono in particolare L. FERRARA, *Lo sport in Costituzione*, cit. e T.E. FROSINI, *La dimensione costituzionale dello sport*, in *Federalismi.it*, 23 febbraio 22, 8.

ma quello più ampio “attività sportiva”. Scelta sicuramente cosciente e ponderata, perché comprensiva di una pluralità di aspetti, in quanto è un’attività intesa a sviluppare le capacità fisiche e insieme psichiche, ossia «il complesso degli esercizi e delle manifestazioni, soprattutto agonistiche, in cui tale attività si realizza, praticati nel rispetto di regole codificate da appositi enti, sia per spirito competitivo (accompagnandosi o differenziandosi, così, dal gioco in senso proprio), sia, fin dalle origini, per svago e divertimento» (Treccani). Definizione forse non completa in tutti i suoi aspetti, che attualmente vengono valorizzati anche a livello costituzionale e, da altro lato, sicuramente molto più ampia rispetto a quanto si può desumere dal riferimento al solo concetto di sport, considerato come una “gara tra atleti finalizzata al conseguimento di un premio, mediante la vittoria” (secondo la Società italiana educazione fisica).

Pertanto, mentre lo sport è collegato prevalentemente ai concetti di competizione e divertimento, diversi sono gli aspetti legati alla salute ed alle conseguenze di carattere sociale dell’educazione fisica, che inducevano ad usare un termine omnicomprensivo. Si dice anche che non sia stato utilizzato il termine sport, per non inserire in Costituzione una parola straniera, ma se solo questa fosse stata la ragione di una tale esclusione si sarebbe potuto utilizzare altro termine di lingua italiana, quale ginnastica (dal latino *gymnastica*), che forse meglio di altra locuzione poteva delimitare la materia. Ma, ancora una volta, il retaggio dell’uso del termine ginnastica, presente nel ventennio fascista, ha sicuramente condizionato il legislatore costituzionale e quindi anche tale soluzione è stata esclusa, né altrettanto si è pensato di fare uso del termine educazione fisica, per non limitarla ad un contesto scolastico/educativo, ma per ampliare la sua portata ad un valore più generale.

Occorre, d’altro canto, anche considerare che la precisazione del riconoscimento del valore dell’attività sportiva «in tutte le sue forme», allarga in misura significativa l’ambito di tutela del relativo valore, con il rischio di considerare, all’interno del concetto di attività sportiva, anche i giochi da tavolo ed i video giochi, che poco hanno a che fare con l’attività fisica a cui forse la norma ed i legislatori costituzionali intendevano riferirsi.

Da qui la necessità di un intervento che delimiti la portata e gli effetti della nuova norma, perché se il riconoscimento implicito dello sport non poneva vincoli per lo Stato, la sua esplicitazione in una norma costituzionale avrà sicuramente effetti, forse ancora non pienamente circoscrivibili, ma che riguardano, quanto meno, l’organizzazione scolastica, la gestione e la realizzazione di strutture sportive pubbliche, nonché effetti sull’organizzazione del lavoro.

I valori che vengono richiamati nella norma seguono tre principali direttrici che completano la sua portata normativa: il valore educativo, quello sociale ed infine quello sanitario.

L'analisi di questi tre contenuti assiologici ci consentono di delineare meglio il nuovo dettato costituzionale, in quanto si tratta di valori che possiamo considerare complementari fra loro, ma con una propria autonomia di effetti nell'ordinamento giuridico.

### **6. Sport ed il suo valore educativo come elemento primario della norma: istruzione ed attività sportiva**

La decisione di inserire la tutela dello sport all'interno dell'art. 33 Cost. determina come conseguenza quella di porre l'accento o comunque esaltare i profili culturali e dell'istruzione. Lo sport è inteso come valore, e, nello stesso tempo, come strumento di diffusione dei valori proprio in virtù della connessione con l'insegnamento<sup>16</sup>.

L'affermazione che «La Repubblica riconosce il valore educativo [...] dell'attività sportiva in tutte le sue forme» ha effetti sugli impegni della Repubblica nella creazione di presupposti adeguati perché l'insegnamento dello sport sia garantito in tutto il territorio nazionale in modo paritario, proprio perché assurge come valore all'interno del contesto dell'educazione. Dato che proprio gli artt. 33 e 34 Cost. introducono e disciplinano il diritto all'istruzione, oltre che il dovere di istruirsi a carico dei discendenti, è necessario che, nell'ambito del bilanciamento dei valori richiamati in Costituzione, venga attribuita una adeguata disciplina dei presupposti strutturali ed organizzativi per l'esercizio di tale attività<sup>17</sup>.

Il diritto/dovere all'istruzione non era disciplinato nello Statuto albertino ed era poco garantito fino al 1948, mentre ha visto il riconoscimento della massima tutela nella scuola pubblica e non solo, con una visione della scuola e dell'istruzione come leva fondamentale dell'ascensore sociale che la cultura e la preparazione tecnica possono sicuramente agevolare.

Il legislatore ordinario in quei primi anni della fase post-bellica non ha posto, tuttavia, particolare attenzione all'insegnamento dello sport nelle scuole, anche perché una disciplina della materia avrebbe comportato la realizzazione di strutture adeguate alle relative attività e comunque il tema era percepito come marginale, rispetto ai tanti problemi connessi alla ricostruzione del Paese.

Uno dei primi interventi normativi sull'insegnamento dell'educazione fisica nelle scuole risale, comunque, al 1963 con un decreto ministeriale che ha

<sup>16</sup> Su cui da ultimo A. POGGI, *Per un diverso stato sociale punto la parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, *Il Mulino*, Bologna, 2019; ID., *L'istruzione come fattore di partecipazione: le nuove sfide della "complessità"*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 408 ss; G. LANEVE, *L'istruzione come fattore di identità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 452 ss.; R. CARIDA', *La libertà d'insegnamento e il diritto dovere di istruzione fra principi, norme e fatti*, Giappichelli, Torino, 2024.

<sup>17</sup> Cfr. T. PENSABENE LIONTI, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Dir. amm.*, 2012, 415 ss.

formulato le *Istruzioni generali per l'insegnamento dell'educazione fisica nella scuola media*. Nel 1974 poi sono stati approvati decreti delegati (d.p.r. nn. 416 e 417/1974), che hanno disciplinato tutta la materia dell'insegnamento nelle scuole e, fra i vari settori di insegnamento, è stato compreso anche quello dell'attività sportiva. Ed ancora con la legge 23 marzo 1981, n. 91 si è riconosciuto il libero esercizio dello sport, prevedendo che «l'esercizio dell'attività sportiva, sia essa svolta in forma individuale o collettiva, sia in forma professionistica o dilettantistica, è libero» e quindi introducendo un principio programmatico che nel corso del tempo ha consentito la valorizzazione di questa attività nella scuola. Più recentemente la legge n. 205/2017 ha previsto un vero e proprio diritto allo sport, anche se limitato ai soli minori, introducendo un obbligo per lo Stato di «garantire il diritto all'esercizio della pratica sportiva quale insopprimibile forma di svolgimento della personalità del minore», da cui, poi, ne è derivata, con l'approvazione della legge finanziaria 2021, la previsione dell'insegnamento dell'educazione fisica nelle scuole primarie e il relativo riconoscimento della dignità professionale delle scienze motorie non più considerate solo svago, o strumento per la crescita fisica dello studente, ma come espressione di una competenza dell'insegnante specializzato nello sviluppo della persona sotto una pluralità di aspetti.

L'attività sportiva nella scuola rappresenta quindi un bagaglio culturale ormai solido ed ineliminabile da un punto di vista di valori e principi generali e non si può certo dubitare del suo rilievo educativo. Ovviamente, occorre distinguere fra l'attività sportiva rivolta alla scuola primaria che deve essere considerata come un gioco che insegna ai bambini ad ascoltare, osservare le regole, rispettare i compagni e socializzare. Molto diversa è l'attività sportiva rivolta agli adolescenti, in cui si aggiunge un'attenzione sul fisico, sulla muscolatura, sul peso e sugli obiettivi da raggiungere, così come viene considerata strumento per insegnare l'attenzione all'impegno e alla costanza, nonché l'apprendimento del concetto di *fair play* basato sulla correttezza e sul rispetto delle regole, non escludendo anche la competizione. Tale concetto di competizione, spesso valorizzato nello sport scolastico, come fondamentale elemento di crescita e formazione del carattere, non è prerogativa dello sport, bensì, nel suo positivo aspetto di sfida con se stessi e con gli altri, appartiene a tutto l'ambito scolastico, dove comunque l'istinto competitivo viene guidato e gestito, mai esasperato. Il docente, quindi, deve adattare il suo insegnamento al contesto in cui opera ed ai destinatari di esso.

L'inserimento in Costituzione dell'attività sportiva nell'art. 33 ed il richiamo al valore educativo di essa induce pertanto a ritenere che la tutela deve essere interpretata in senso ampio, comprendendo anche l'attività motoria che ha caratteristiche sicuramente diverse da quella sportiva propriamente detta, ma che ha sempre caratterizzato il modo di esplicitarsi all'interno dell'ambito scolastico.

Il problema maggiore riguarda, tuttavia, la parte organizzativa e strutturale degli impianti, dei locali, delle sedi dove questa attività possa essere svolta. Non è sufficiente che sia affermato un valore, ma è necessario poi che sia garantita la possibilità di una pratica effettiva dello sport, sia all'interno, che con strutture extrascolastiche quando non sia possibile il relativo svolgimento con impianti adeguati. Quello su cui occorre ancor più operare, dopo la riforma costituzionale, è un efficientamento degli edifici scolastici, si può dire in via prioritaria, visto che solo il 40,8% delle scuole è dotato di una palestra o di una piscina. Secondo i dati raccolti dal ministero dell'istruzione dei circa 40 mila edifici scolastici statali presenti nel nostro paese, 16 mila possiedono strutture dedicate allo sport. Ed il problema si aggrava se si fa riferimento al divario territoriale che, come al solito, distingue il Nord dal Sud, perché solo nel Friuli-Venezia Giulia e nel Piemonte gli istituti scolastici dotati di strutture sportive sono più del 50%. In particolare, nel Friuli-Venezia Giulia a fronte di circa 1.000 edifici presenti quasi 600 sono dotati di palestre (il 57,8%) e nel Piemonte le scuole con palestra sono circa 1.600 su un totale di oltre 3.000 (il 51%). Al terzo posto c'è la Toscana con il 48%. Agli ultimi posti, con meno di 3 edifici scolastici dotati di impianti su 10, troviamo invece Calabria (20,5%) e Campania (26,1%). Tutto questo nonostante che interventi normativi siano stati approvati: dal d.lgs. n. 297/1994, ossia il Testo Unico in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado ed in particolare nell'art. 89 dove si disciplina le caratteristiche delle palestre ed impianti sportivi per i nuovi edifici scolastici, alla legge n. 23/1996 che ha introdotto norme per l'edilizia scolastica, fissando fra le finalità generali di tale normativa «la disponibilità da parte di ogni scuola di palestre ed impianti sportivi di base» (art. 1).

In definitiva, da questi dati emerge che è necessario che, dopo la qualificazione in Costituzione di un valore, occorre poi che lo Stato si attivi attraverso interventi concreti, per evitare che la norma rimanga come principio generale. D'altra parte, il suo inserimento non può essere considerato come mero obiettivo programmatico, ma come un vero e proprio valore oggetto di bilanciamento normativo e amministrativo.

L'auspicio è che l'attività sportiva possa avere la massima tutela nel nostro ordinamento, ma una garanzia piena e paritaria del diritto all'attività sportiva può essere complessa da ottenere, trattandosi di un obiettivo non facile da raggiungere, sia per le risorse economiche dello Stato che si riducono sempre più, ma anche per la inevitabile difficoltà di individuare esattamente quanto spetti allo Stato e quanto alle regioni ed all'attività amministrativa degli enti locali. La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che lo Stato si è impegnato a determinare al fine dell'attuazione del regionalismo differenziato e della l. n. 86/2024, imporrà di definire anche le modalità per garantire a tutte le scuole

quelle palestre e impianti sportivi di base essenziali per rendere effettiva la tutela del valore educativo dello sport.

### **7. Il valore sociale dell'attività sportiva**

Il valore sociale dell'attività sportiva è sicuramente connesso alla sua collocazione nell'ambito dell'istruzione, ma deve essere inquadrato in un campo operativo più ampio rispetto alla semplice tutela in un contesto scolastico e comunque allo sport come forma di insegnamento<sup>18</sup>. L'attività sportiva può essere o meno oggetto d'insegnamento, ma può avere caratteristiche di spontaneità, e proprio per questo emerge il suo valore sociale, favorisce l'inclusione di persone provenienti da culture, etnie o livelli socio-economici molto diversi e consente di creare spazi di incontro e collaborazione fra le persone. Favorisce pertanto l'integrazione, ma anche la coesione sociale, là dove eventi sportivi possono contribuire a rafforzare il senso di comunità, stimolando la partecipazione dei cittadini e creando occasioni di aggregazione. Tutto ciò avviene sia che l'attività sportiva abbia una natura organizzata o meno, in ambiente scolastico o in strutture private.

Questo non esclude che le modalità con cui si svolge valorizzino anche il carattere educativo, dato che lo sport trasmette valori fondamentali come il rispetto delle regole, la disciplina, la collaborazione, la lealtà e la gestione delle emozioni. Insegnamenti questi che hanno un impatto positivo, soprattutto sui giovani, aiutandoli a sviluppare competenze sociali e comportamenti etici. Il valore sociale connesso a quello educativo si percepisce ancor più nei contesti difficili o che presentano forti criticità economiche, cosicché lo sport può rappresentare un mezzo per prevenire la devianza giovanile, offrendo alternative positive all'illegalità e promuovendo un senso di appartenenza a una comunità.

Come è stato detto nel corso dei lavori preparatori al disegno di legge costituzionale, «l'attività sportiva deve essere considerata un elemento fondamentale della riforma del *welfare*, in quanto è uno strumento utile per contrastare le dipendenze e favorire l'inclusione sociale e la riduzione delle disuguaglianze sociali, economiche e culturali».

Il valore sociale dell'attività sportiva si colloca in linea con quanto è ora previsto nell'art. 9 comma 3, Cost., nella nuova formulazione, dove si pongono al centro dell'interesse della Repubblica le nuove generazioni che, in una prospettiva solidaristica ed intergenerazionale, possono vedere nello sport uno strumento di partecipazione, di condivisione e di inclusione sociale, alla luce anche di quel principio di eguaglianza sostanziale previsto dall'art. 3, comma 2, Cost. che teoricamente sarebbe da solo sufficiente per garantire quella parità

<sup>18</sup> Cfr. sul tema G. GRECO, *Il valore sociale dello sport: un nuovo limite alla c.d. specificità?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9/2014, 815 ss.



sociale, quei punti di partenza comuni per tutti i cittadini per lo sviluppo della persona umana, ma che ora viene integrato da questi nuovi principi costituzionali, consentendo così all'interprete ed al legislatore di fare quell'opera di bilanciamento fra i valori costituzionali, non dimenticando, da ora in poi, anche l'attività sportiva.

Il richiamo alla valenza sociale dell'attività sportiva non può pertanto rimanere collocato solo all'interno del contesto dell'art. 33 Cost., ma opera in sinergia con le altre norme costituzionali, completandole e venendo a sua volta completato da esse ed in particolare dagli artt. 2 e 3 Cost. che trasformano un valore ed un principio in un'azione dello Stato, che potrebbe anche determinare un vero e proprio obbligo per la Repubblica.

### **8. Il “benessere psicofisico dell'attività sportiva”: un concetto innovativo**

La connessione fra lo sport e la tutela della salute è assolutamente imprescindibile, in virtù degli studi scientifici da tempo sviluppati, ma il riferimento testuale al benessere psicofisico consente di andare oltre il concetto di salute, così come era stato delineato, pensato e voluto in Assemblea costituente.

Il settore sanitario è uno degli ambiti in cui l'evoluzione tecnico/scientifica è stata sicuramente più rapida e nello stesso tempo ha consentito un progresso anche nella percezione da parte del cittadino del ruolo e dell'importanza dell'attività sportiva come mezzo non solo del benessere fisico e mentale della persona. L'attività fisica migliora l'umore, riduce lo stress e l'ansia, combatte la depressione e aumenta la resilienza psicologica con un miglioramento delle funzioni cognitive grazie alla produzione di endorfine.

Il valore dell'attività sportiva, come strumento della salute mentale si è avvertita in misura ancor più significativa durante il periodo della pandemia, quando l'isolamento domiciliare in pochi metri quadrati, che era il contesto prevalente nelle grandi città, era percepito come fortemente condizionante sul benessere psico-fisico delle persone. Questo conferma che l'attività fisica si esplica in una pluralità di forme, anche nel raggiungere l'attività lavorativa a piedi o nel fare le scale interne del proprio ufficio venti volte al giorno, così come andare a correre in un parco. L'assenza di qualunque forma di attività sportiva esterna, fra i tanti aspetti oggettivamente ansiogeni della pandemia, poteva pertanto essere considerata come invasiva della salute mentale dell'individuo e specialmente dei giovani. Lo sport, soprattutto praticato in ambienti naturali, ha un effetto benefico, in linea con il concetto di “salute unica” che abbraccia il benessere integrale dell'individuo nel contesto ambientale.

Il benessere psicofisico promosso dall'attività sportiva si collega quindi ad altro principio che sta emergendo, normalmente qualificato *One Health* che ha origine dalla constatazione che il benessere psicofisico è influenzato anche dal contesto in cui le persone vivono e si muovono, inclusi gli ambienti naturali e

gli animali con cui condividono lo spazio<sup>19</sup>. Ancora una volta, l'esperienza della pandemia ha messo in evidenza come il benessere degli animali e la tutela degli ambienti naturali in cui essi vivono può incidere sulla stessa insorgenza di malattie letali per gli esseri umani.

Anche l'attività sportiva rappresenta uno degli aspetti utili per uno stile di vita attivo che può contribuire ad un equilibrio complessivo della salute, in linea con il principio di *One Health*.

Si potrebbe quindi dire che questa integrazione costituzionale è in linea con l'altra riforma dell'art. 9 Cost. perché ambiente, biodiversità, ecosistemi e animali rappresentano un tutt'uno anche con il benessere psicofisico di ogni persona e per le generazioni future. Un quadro costituzionale innovato ed innovativo che vive in modo organico con il contesto costituzionale precedente, ma una volta che è valorizzato inserendo tali principi in Costituzione, costituirà un mezzo interpretativo per il legislatore e per l'interprete, ma anche un impegno per lo Stato.

### **9. L'inciso «in tutte le sue forme»**

Un'ultima precisazione in ordine al contenuto della nuova norma costituzionale deve essere fatta con riguardo all'inciso «in tutte le sue forme» che fu inserito con un emendamento in sede di Commissione Affari costituzionali del Senato nella XVIII legislatura con lo scopo di garantire una tutela totalizzante all'attività sportiva, sia con riguardo al professionismo, fino alla mera attività di allenamento individuale, che procura benessere psicofisico e ha valore educativo e sociale.

Visto in quest'ottica, l'inciso ha sicuramente una portata il più possibile ampia nell'interpretazione che deve essere data allo sport nella sua interezza e nella sua varietà di espressione, anche con riguardo a quelle applicazioni che potrebbero apparire eccessive, ma che non possono non essere ormai incluse nell'ambito del contenuto della norma. Non si può in altre parole non inserire nelle varie forme dell'attività sportiva anche i giochi da tavolo o di ruolo, così come i videogiochi, pur non assurgendo a livello di attività di carattere fisico, come è per gli altri sport tradizionali e comunque non inclusi nell'ambito degli sport olimpici. Il discrimine non può certamente essere rappresentato

<sup>19</sup> Nella definizione data dal One Health High Level Expert Panel (OHHLEP) della Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), della World Organisation for Animal Health (WOAH), del United Nations Environment Programme (UNEP) e della World Health Organization (WHO), 1 dicembre 2021, si legge che la One Health più che una teoria, «is an integrated, unifying approach that aims to sustainably balance and optimize the health of people, animals and ecosystems». Cfr. *amplius* S. ROSSA, *Riflessioni giuspubblicistiche in merito alle teorie Nudge e One Health*, in *Corti supreme e salute*, 2/2022, 836 ss.; nonché G. RAGONE, *One Health e Costituzione italiana, tra spinte eco-centriche e nuove prospettive di tutela della salute umana, ambientale e animale*, in *Corti supreme e salute*, 3/2022, 809 ss

dall'elenco delle discipline sportive approvato dal Comitato olimpico internazionale, anche perché la scelta fatta in quelle sedi ha sicuramente carattere evolutivo e frequentemente vi è stato un ampliamento delle discipline sportive ammesse e, ciò nonostante, tale elenco non comprende sicuramente ogni attività sportiva effettivamente praticata.

Questo non significa che questa integrazione «in tutte le sue forme» possa legittimare ogni forma possibile che possa essere qualificata attività sportiva e proprio quei valori che giustificano l'adozione del nuovo comma costituzionale, prima analizzati dettagliatamente, possono rappresentare un criterio interpretativo proprio per escludere alcune tipologie di attività. Il discrimine fra ciò che può entrare nella tutela costituzionale e ciò che eccede è estremamente labile, perché in via teorica si può dire che ogni attività sportiva ha un potenziale positivo sull'educazione, sul contesto sociale e/o sulla salute dell'individuo o almeno su uno di questi tre valori. Ma le deviazioni sono possibili, se il contesto in cui è praticato si trasforma ed è espressione di violenza, di discriminazione, di alterazione della correttezza attraverso il doping. Il richiamo a quei valori rappresenta anche un freno ad ampliare senza limiti quelle altre forme di sport attualmente non conosciute o non classificabili tali.

Sarà affidato ad un criterio interpretativo del legislatore, ma anche all'ordinamento sportivo (su cui vedi *infra*, §9). Tuttavia alcune linee interpretative possono essere desunte al contrario dalla stessa norma costituzionale, escludendo sempre ogni forma di attività sportiva che sia diseducativa, che cioè fuoriesca da quegli elementi fondamentali che collegano lo sport all'educazione: l'attenzione all'impegno, alla disciplina e alla costanza, il *fair play* basato sulla correttezza, il rispetto delle regole e degli altri, una competizione che sia espressione di merito, costanza ed impegno. Altrettanto si può dire in ordine a quelle forme di sport che vadano contro il valore sociale ed anzi siano uno strumento di esclusione o discriminazione sociale in base a criteri di genere, etnia o disabilità ed infine se l'attività sportiva abbia effetti addirittura negativi sulla salute dell'individuo, come in conseguenza di uso di anabolizzanti o sostanze chimiche in ogni caso vietate. Da questo punto di vista, ciò che deve essere escluso da ogni tipo di tutela, ma anzi considerato illegittimo, non è la particolare "forma" di attività sportiva, ma le modalità in cui essa si svolge. In realtà sugli effetti anche negativi dello sport agonistico sulla salute il discorso potrebbe essere lungo, ma la Costituzione non ha preso in considerazione nella sua formulazione un aspetto che incombe su molte attività sportive che è quello economico che condiziona in modo significativo il modo in cui lo sport viene inteso, ma su cui può peraltro incidere il legislatore ordinario, sempre che gli interessi economici sottesi non lo condizionino.

### 10. Ordinamento statale ed ordinamento sportivo: una convivenza necessaria

L'interpretazione, che si è data nelle pagine precedenti, sul nuovo inserimento in Costituzione del valore dell'attività sportiva, attribuisce un ruolo ancor più significativo al legislatore e, nello stesso tempo, pone un problema di compatibilità e di convivenza fra due ordinamenti che sono sicuramente separati, ma, talvolta, anche complementari fra loro.

A tal fine, occorre fare una premessa anche sintetica sulla natura dell'ordinamento sportivo e le relative connessioni con l'ordinamento statale.

L'analisi di Santi Romano<sup>20</sup>, pur con i limiti del contesto storico in cui fu teorizzata, mantiene una sua forza e validità al fine di comprendere il concetto di ordinamento giuridico. Come primo giurista italiano che ha affrontato in modo organico il tema, Santi Romano elaborò la teoria istituzionalista, affermando che «ogni ordinamento giuridico è istituzione e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico». «Infatti, non è dubbio che l'istituzione sia un'organizzazione sociale». Il diritto nasce nel momento in cui il gruppo sociale diviene gruppo organizzato, ossia diventa istituzione creando un'organizzazione e, proprio grazie a questa, diventa un ordinamento giuridico. Come meglio precisato successivamente da Crisafulli e Fazzalari<sup>21</sup>, non si può prescindere nella determinazione del concetto di ordinamento giuridico, che l'istituzione deve essere anche conforme a norme o regole che necessariamente presuppone. L'identificazione dell'istituzione con l'ordinamento è limitativa laddove non si tiene conto che la stessa organizzazione «dove c'è, non è un *prius* rispetto al diritto, ma è anch'essa un prodotto del diritto», ossia di norme giuridiche «di organizzazione».

Più sono i rapporti sociali e più sono le strutture sociali che si organizzano, più sono gli ordinamenti. Dalle varie ricostruzioni dottrinarie<sup>22</sup> è emerso, in ogni caso, che per poter affermare l'esistenza di un ordinamento giuridico è

<sup>20</sup> Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, IIa ed. Sansoni, Firenze, 1946.

<sup>21</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, II ed., CEDAM, Padova, 1970; E. FAZZALARI, *Ordinamento giuridico. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990.

<sup>22</sup> Molto ampia è la letteratura sul tema. Fra i molti si può quantomeno rinviare a F. MODUGNO, *Legge – ordinamento giuridico- pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985; G. ALPA, *L'ordinamento sportivo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 1986, 321 ss.; R. PEREZ, *Disciplina statale e disciplina sportiva nell'ordinamento dello sport*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, 507 ss.; G. MORBIDELLI, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, 1993, 303 ss.; G. GUARINO, *Lo sport quale «formazione sociale» di carattere sovranazionale*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Giuffrè, Milano, 1996, 347 ss.; M.S. GIANNINI, *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1996, 671 ss.; G. MANFREDI, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo tra pluralismo giuridico e diritto globale*, in *Diritto amministrativo*, 2012, 299 ss. e per i contributi più recenti P. D'ONOFRIO, *Il rapporto tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo nell'attuale contesto costituzionale*, in *Federalismi.it*, 12/2019, 1 ss.; A. CARDI, *L'ordinamento sportivo e la disciplina statale dell'organizzazione e dell'attività sportiva (a margine delle recenti innovazioni legislative)*, in *Federalismi.it*, 30/2020, 26.

necessario che vi siano almeno tre elementi costitutivi, rappresentati dalla plurisoggettività, dalla normazione e dall'organizzazione, intendendo con plurisoggettività, come diceva Massimo Severo Giannini, «l'esistenza di un congruo numero di soggetti, persone fisiche o enti legati dall'osservanza di un corpo comune di norme, alle quali essi attribuiscono valore vincolante»<sup>23</sup>.

Dalla pluralità degli ordinamenti giuridici si giunge quindi a considerare anche l'ordinamento sportivo come un ambito in cui i privati creano un insieme di norme, che, come tali, possono essere considerate un'organizzazione chiamata a disciplinare rapporti di interesse collettivo in mancanza o nell'insufficienza della legge statale. Così Cesarini Sforza ha applicato la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici all'ordinamento sportivo<sup>24</sup>. Due ordinamenti, quello statale e quello sportivo che non possono comunque operare nell'indifferenza l'uno dell'altro e nella separazione fra essi.

Per comprendere meglio questa convivenza fra i due ordinamenti occorre sicuramente fare riferimento alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione nonché anche della stessa Corte costituzionale.

La Corte di Cassazione non si è allontanata molto dalla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, ma in molte sentenze non ha escluso l'intervento dell'ordinamento giuridico statale per regolare ed esercitare la competenza giurisdizionale con riguardo a rapporti giuridici connessi all'ambito sportivo. Ciò che sicuramente rimane fuori dall'ordinamento generale e viene quindi lasciato completamente all'autonomia dell'ordinamento sportivo è l'insieme dei rapporti di natura tecnica e dei rapporti connessi alla regolamentazione degli sport con un sostanziale disinteresse dello Stato per questo settore. D'altra parte, la Cassazione ha anche affermato che «l'ingerenza dell'ordinamento generale non è tale da coprire ogni aspetto dell'attività normativa dell'ordinamento separato, posto che esistono norme interne (denominate extra giuridiche dalla dottrina che ne ha individuato l'essenza), che pur dotate di rilevanza nell'ambito dell'ordinamento che le ha espresse, sono insuscettibili di inquadramento giuridico nell'ambito dell'ordinamento generale. Tali sono, indiscutibilmente, le norme meramente tecniche» (Cass., Sezz. un., 26 ottobre 1989, n. 4399).

Potendo mettere in dubbio la superiorità dell'ordinamento giuridico generale, l'attuale ricostruzione data dalla giurisprudenza della Cassazione consente il riconoscimento dell'autonomia degli enti sportivi anche da un punto di vista normativo, di disciplinare i settori di loro competenza, garantendo così una loro autonomia rispetto all'ordinamento generale in ogni caso senza dimenticare anche la necessità del rispetto delle norme e dei principi dell'ordinamento

<sup>23</sup> M. S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Rivista diritto sportivo*, 1949, 19 ss.

<sup>24</sup> W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici ed il diritto sportivo*, in *Foro Italiano*, 1933, 1381 ss.;

superiore. D'altra parte, l'ordinamento sportivo, avendo un fondamento sostanziale in ambito internazionale ed un peso politico ed economico sicuramente consistente, ha una forza intrinseca molto ampia, tale da condizionare sicuramente anche l'ordinamento statale italiano. Nel momento in cui vengono adottate decisioni ed atti normativi che fanno capo al comitato internazionale olimpico e alle federazioni sportive internazionali anche gli ordinamenti giuridici degli stati sono fortemente condizionati, e talvolta anche subordinati ad essi, per la capacità che tali organizzazioni hanno di poter escludere quelle federazioni nazionali che non si adeguano e non rispettano le norme individuate dall'ordinamento sportivo.

Anche la Corte costituzionale nelle sue pronunce, in linea con la Corte di Cassazione, ha recepito il criterio della pluralità degli ordinamenti e, in definitiva, si è adeguata ad esso, precisando come «nel quadro della struttura pluralista della Costituzione, orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti, anche il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e che assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18). Con la conseguenza che eventuali collegamenti con l'ordinamento statale, allorché i due ordinamenti entrino reciprocamente in contatto per intervento del legislatore statale, devono essere disciplinati tenendo conto dell'autonomia di quello sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice» (sent. n. 160/2019, *cit.*). Una legittimazione, pertanto, anche da parte della giurisprudenza costituzionale del riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e della non irrilevanza costituzionale di detta autonomia.

Questa separazione ma anche la connessione fra ordinamenti fa sì che la riforma costituzionale ed il riconoscimento del valore della attività sportiva, abbia riflessi sull'ordinamento settoriale dello sport, cosicché i valori educativi, sociali e sanitari debbano costituire un parametro interpretativo anche in tale contesto, nel senso che dovranno essere inseriti come parte integrante degli statuti delle associazioni e federazioni sportive, nonché criterio per le decisioni adottate dai rispettivi organi interni giudicanti. Valori in realtà già presenti nell'ambito dell'organizzazione sportiva, insieme a molti altri, la lealtà, la solidarietà, l'etica comportamentale.

### **11. Competenza statale e regionale in materia di “ordinamento sportivo”**

Prima della riforma del Titolo V della Costituzione il d.p.r. n. 616/1977, con cui si sono conferite le competenze alle regioni dopo la loro prima attuazione, prevedeva il trasferimento delle funzioni connesse alla «promozione di attività

sportive e ricreative e la realizzazione dei relativi impianti e attrezzature» (art. 56). La Corte costituzionale, dal canto suo, nella sentenza n. 517/1987, al fine di attribuire le rispettive competenze statali e regionali, ha distinto fra le attività sportive di carattere agonistico e non agonistico precisando che le prime rientrano nella materia dell'ordinamento sportivo di competenza statale, mentre quelle di base ma non agonistiche, oltre a quelle amatoriali, spettavano alle regioni. Tale interpretazione era in linea anche con le conclusioni della c.d. Commissione Giannini che aveva studiato ed elaborato il testo del d.p.r. n. 616/77, precisando che nelle attribuzioni trasferite alle regioni sono incluse quelle concernenti gli impianti e i servizi "complementari" rispetto alle attività assegnate alle stesse, cioè rispetto alle attività sportive non agonistiche. D'altra parte, si diceva anche, lo stesso concetto di sport agonistico, si colloca necessariamente a livello statale sotto il profilo organizzatorio, non potendo prescindere dal collegamento, tramite le federazioni nazionali di settore, con l'ordinamento sportivo internazionale.

Con la legge cost. n. 3/2001 la materia dell'ordinamento sportivo è stata inclusa nel lungo elenco delle materie concorrenti, così da affidare allo Stato la determinazione dei principi generali in materia ed alle regioni il dettaglio. In realtà la determinazione delle rispettive competenze può essere meglio compresa alla luce delle sentenze della Corte costituzionale che in vario modo si sono occupate del tema, includendo nel concetto di "ordinamento sportivo" di competenza concorrente, la disciplina degli "impianti e delle attrezzature sportive" indipendentemente dal fatto che siano agonistiche o meno (rientrando anche gli impianti sportivi dei Comuni e degli istituti scolastici), così come rientrano nella competenza locale anche la loro gestione e il relativo uso.

Tuttavia, se in linea generale lo Stato deve limitarsi alla determinazione dei principi fondamentali, spettando invece alle Regioni la regolamentazione di dettaglio, niente esclude che, specialmente in tale settore, si possano creare i presupposti per una diversa allocazione delle funzioni amministrative, a livello nazionale, per assicurarne l'esercizio unitario, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 118, comma 1, della Costituzione (sent. n. 424/2004). Una giurisprudenza che ormai si può considerare consolidata, che ha consentito un ampliamento delle competenze legislative statali, attraverso il principio di sussidiarietà.

La Corte costituzionale, ritornando ad affrontare il tema dell'edilizia sportiva dopo la riforma del Titolo V, ha prima precisato che «non è dubitabile che la disciplina degli impianti e delle attrezzature sportive rientri nella materia dell'ordinamento sportivo e che in merito alla stessa operi il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni sancito dall'art. 117, comma 3, della Costituzione» (sent. 16 dicembre 2004, n. 424), competenza ancor più fondata

quando, come nel caso analizzato nella sent. 23 ottobre 2013, n. 254 (poi ribadito con la sent. 23 marzo 2022, n. 123), l'edilizia sportiva era finalizzata "non a favorire l'attività sportiva agonistica ma destinato allo «sviluppo ed alla capillare diffusione della pratica sportiva a tutte le età e tra tutti gli strati della popolazione» – all'ambito materiale di competenza concorrente regionale dell'«ordinamento sportivo» di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.”.

In definitiva, oltre alla pluralità degli ordinamenti giuridici in ambito sportivo, si deve anche tener conto del carattere multilivello della normazione che riguarda il settore e i vari piani di intervento sono inevitabilmente autonomi, ma anche inscindibili fra di loro.

## 12. Le pari opportunità nello sport

L'analisi dei profili costituzionalisti dell'attività sportiva non può infine prescindere da alcuni accenni alle problematiche del genere ed in ordine alla necessità di una garanzia di parità e di uguaglianza, sia con riguardo ai profili economici sia in riferimento alle modalità con cui lo sport si svolge.

Occorre partire da un dato incontestabile, rappresentato dal fatto che la partecipazione alle attività sportive da parte delle donne, specialmente in passato<sup>25</sup>, è sempre stata estremamente ridotta, il che ha favorito una visione maschile dello sport, la presenza di allenatori prevalentemente uomini (anche negli sport svolti dalle donne), con una dirigenza delle federazioni sportive quasi di unico genere, perché lo sport era percepito come espressione di forza e potenza, cosicché la presenza delle donne in gare olimpiche era addirittura considerato antiestetico.

Negli ultimi anni questo indirizzo ha avuto una svolta significativa con un forte incremento della partecipazione delle donne in ogni tipo di sport, ma questo non si è accompagnato ad una pari trasformazione delle posizioni apicali delle federazioni sportive. Nelle istituzioni dove vengono adottate le decisioni politiche che incidono sulle modalità di espletamento degli sport, specialmente olimpici, la presenza femminile è assai scarsa.

Una spinta evolutiva si è vista non solo da un incremento dell'attività sportiva anche da parte del genere femminile, ma anche da una partecipazione alle competizioni sempre più ampia, grazie alla particolare attenzione al tema da parte del Comitato olimpico internazionale (CIO), tanto che alle olimpiadi di Parigi del 2024, per la prima volta, si è vista realizzata la parità di genere tra atlete ed atleti come numero complessivo nei vari sport.

<sup>25</sup> Per una ricostruzione storica del valore dello sport al fine di una emancipazione femminile cfr. E. CANTARELLA, E. MIRAGLIA, *Le protagoniste. L'emancipazione femminile attraverso lo sport*, Feltrinelli, Milano 2021; G. MARCO, *La difficile ripresa dello sport femminile in Italia (1945-1965)*, in *Storia e problemi contemporanei*, 3/2022, 91 ss.



L'Unione europea parimenti ha sicuramente contribuito ad un'attenzione al tema, in particolare a partire dal 2010, come risulta dalle conclusioni sul ruolo dello sport come fonte e motore di inclusione sociale attiva che sono state formulate all'interno del Consiglio dell'Unione europea. Successivamente anche nel 2018, nel 2020, nel 2021 ed ancora nel 2023 il Consiglio è ulteriormente intervenuto sul tema anche con una risoluzione che ha individuato nella parità di genere una tematica chiave nel settore prioritario della protezione dell'integrità e dei valori nello sport. L'UE ha posto l'accento sull'importanza di garantire in ambito sportivo l'accesso ad un ambiente sicuro, inclusivo, paritario, libero da disuguaglianze, discriminazioni e violenza con un invito agli Stati di operare attivamente sui tanti problemi presenti, non ultimo l'obiettivo di evitare la disparità di retribuzione negli sport professionistici fra uomini e donne.

Al di là dei propositi, risoluzioni e dichiarazioni che si sono succedute, permane l'inevitabile constatazione che le donne incontrano ostacoli nel mercato del lavoro sportivo in termini di parità di accesso, parità di retribuzione per uno stesso lavoro, pari apprezzamento e riconoscimento del loro lavoro, nonché, come si è detto, scarsa rappresentazione nelle posizioni decisionali<sup>26</sup>. D'altra parte, la diversa risposta, in termini di *audience*, fra una gara maschile rispetto a quella femminile determina degli effetti inevitabili di carattere economico che si riverberano sugli atleti ed in questo caso proprio sulle atlete. Si tratta quindi di operare più in generale sui vecchi stereotipi di genere difficili da scalfire, ma anche di affiancare interventi di sostegno anche finanziario da parte dello Stato per compensare quei divari economici troppo marcati o che comunque non consentano alle atlete di ottenere una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del proprio lavoro (art. 36 Cost.) ed in modo paritario (art. 37 Cost.).

In Italia qualche intervento normativo, per perseguire questo obiettivo della parità di genere anche nello sport, vi è stato recentemente: in particolare si fa riferimento al d.lgs. n. 36/2021 in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, che ha introdotto un fondo per il professionismo femminile al fine di favorire il passaggio al professionismo delle atlete nonché per estendere le loro tutele assicurative ed assistenziali (art. 39, d.lgs. n. 36/2012, anche se l'erogazione di contributi per il sostegno e la tutela della maternità era finanziato già con la legge di bilancio 2018). In tale normativa si è poi precisato che la nozione di lavoratore sportivo prescinde dal sesso (art. 25) e che ogni nuova qualificazione di una disciplina, come professionistica, deve operare per entrambi i sessi.

<sup>26</sup> Per una ricostruzione della tematica cfr. Senato della Repubblica-Dossier 'Riunione interparlamentare della Commissione per i diritti delle donne e l'uguaglianza di genere del Parlamento europeo sul tema "Donne nello sport", 1 marzo 2024.

Ancora la strada è lunga per raggiungere quella parità che le norme costituzionali richiedono, ma, come si è cercato di mettere in evidenza in queste pagine, già nella Costituzione del 1948 vi erano tutti i presupposti per una tutela costituzionale dell'attività sportiva in tutte le sue forme associative, dilettantistiche o amatoriali, così come vi sono tutti i presupposti per la garanzia della non discriminazione anche in ambito sportivo, in virtù dell'art. 3 Cost., con riguardo all'uguaglianza in senso formale e sostanziale che impone la garanzia di non discriminazione e di piena parità in ogni ambito, all'art. 51 che pone dei vincoli di parità nelle cariche elettive delle istituzioni di vertice delle organizzazioni sportive, sia che abbiano un carattere pubblicistico che privatistico, anche grazie alla integrazione della norma costituzionale che consente un intervento con azioni positive dello Stato. Ed ancora, l'attività sportiva deve essere adeguatamente e parimenti remunerata per tutti gli atleti e le atlete (artt. 36 e 37 Cost.). Infine, il nuovo comma dell'art. 33 Cost., nel far riferimento ai valori educativo, sociale e di benessere psicofisico, rafforza ancor di più il carattere di universalità dello sport accessibile a tutti ed in modo paritario.

La copertura costituzionale è ampia ed articolata, spetta al legislatore, agli amministratori ed agli stessi soggetti privati rendere effettivi questi valori.

Dinanzi ai tanti limiti emersi in questa ricostruzione sulla portata normativa del nuovo comma dell'art. 33, non ci si può esimere dal domandarci, conclusivamente, se ci sia un'utilità effettiva del contenuto di tale norma o se, invece, il precedente assetto costituzionale non fosse già sufficientemente idoneo a tutelare il "diritto allo sport" forse meglio del riconoscimento del valore dell'attività sportiva ora contenuto in Costituzione<sup>27</sup> e quindi tale nuova formulazione non abbia aggiunto alcunché alla precedente tutela, che l'interpretazione della Corte costituzionale aveva già garantito in ogni caso. L'esplicitazione e la formalizzazione di nuovi "valori" costituzionali può costituire un freno interpretativo per la stessa Consulta nel poter dedurre dall'art. 2 e dal contesto della nostra Carta nuovi diritti, rivalutando quella interpretazione restrittiva per cui il catalogo dei diritti non può essere esteso a quelli non menzionati in Costituzione<sup>28</sup> e tornando così a quanto rilevava Paolo Barile in ordine alle

<sup>27</sup> In particolare, quando si fa riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, è normale che le costituzioni siano caratterizzate da un connotato di stabilità, perché, "a differenza delle altre fonti, nascono per garantire (...) l'identità dell'ordinamento statale, rispondendo a esigenze che non attonano alla sfera politica contingente, bensì a percorsi di «lunga durata», in grado di impegnare la vita e gli sviluppi di una comunità anche rispetto alle generazioni future". Così E. CHELI, *Intorno ai fondamenti dello «Stato costituzionale»*, in *Quaderni cost.*, 2/2006, 265.

<sup>28</sup> Si tratta dell'ampio dibattito, ma sempre aperto della natura dell'art. 2 Cost. aperto dai primi lavori di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit.; A. BARBERA, *Art. 2*, cit. P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., ma anche S. FOIS, "Nuovi" diritti di libertà, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà* (Scritti in onore di Paolo Barile), Cedam, Padova 1990, 86; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella*

caratteristiche dell'art. 2 come “*matrice e garante* dei diritti di libertà, non *fonte* di altri diritti, al di là di quelli contenuti in costituzione”<sup>29</sup>.

*Giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995; A BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino 1997.

<sup>29</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 56.



LA COSTITUZIONE AL TEMPO DELLA SIMBIOSI UOMO MACCHINA

GIAN LUCA CONTI\*

**Sommario**

1. Preliminari: Bentham a Mountain View. – 2. Le asimmetrie del reale: se la verità è irta di odio, la menzogna potrebbe non essere turpe. – 3. Il contratto sociale al tempo degli Unicorni. – 4. La *commodification* della democrazia. – 5. Limiti della manifestazione del pensiero dopo il buon costume. – 6. La libertà di manifestazione del pensiero al tempo della simbiosi uomo – macchina. – 7. Conclusioni: il sermone della Silicon Valley.

**Abstract**

*Today there is not only the commodification of the economic sphere, there is also the commodification of the public sphere. The public sphere that we are accustomed to identify with the space occupied by the constitution to define the nexus that brings alive the relationship between people, territory and government (political address) through a social contract is no longer a self-sufficient need. The author's conviction is that it is useless, and dangerous, to demonise new technologies: industrial revolutions cannot be stopped, they can be influenced in some way by preventing them from expressing all the harmful potential of which they are capable, and by trying to ensure that every new conquest of technology benefits those who need it most because they were among those most adversely affected by the previous phase of technological development.*

**Suggerimento di citazione**

G.L. CONTI, *La Costituzione al tempo della simbiosi uomo macchina*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Pisa.  
Contatto [gianluca.conti@unipi.it](mailto:gianluca.conti@unipi.it).

### 1. Preliminari: Bentham a Montain View

Il secolo breve ha, nei suoi ultimi singulti, prodotto i germi di un mondo assolutamente nuovo e, come di solito accade, molto diverso da quello immaginato dagli scrittori di fantascienza che hanno affollato la sua letteratura.

La novità di questo “mondo” è data dal costante affermarsi di rivoluzioni industriali, piccole rivoluzioni industriali<sup>1</sup>, che modificano il modello di creazione del plusvalore e quindi definiscono nuove relazioni sociali e nuove credenze che giustificano legittimando le relazioni sociali che hanno determinato<sup>2</sup>.

Ovviamente la rivoluzione industriale cui ci si riferisce è la progressiva interconnessione di oltre metà della popolazione mondiale (fonte: Statista.com) attraverso la rete internet. Ma si sarebbe superficiali se non si collocasse la rivoluzione internettiana in un contesto appena più ampio che ne spiega il successo.

L’affermazione della rete internet è il passo successivo di una più profonda e radicale modificazione della società e del modello di creazione del plusvalore determinata dall’avvento di una società che produce per produrre determinando i bisogni necessari per l’acquisto dei beni così prodotti<sup>3</sup>.

E’ questo lo scenario che consente di comprendere lo sviluppo delle televisioni commerciali che avevano come scopo non certo la produzione di contenuti o la promozione di valori culturali ma unicamente la pubblicità di beni e servizi che grazie alla televisione di Carosello acquistavano una notorietà che altrimenti non avrebbero mai ottenuto e, soprattutto, la capacità di distinguersi dagli altri prodotti in tutto simili e magari disponibili a un prezzo inferiore o commerciabili con un maggior guadagno per gli intermediari<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> L’espressione è utilizzata nel senso di Landes (D. S. LANDES, *Il Prometeo liberato. La rivoluzione industriale in Europa: dal 1750 ai giorni nostri*, ed. it., Torino, Giulio Einaudi Editore, 2000) che polemizza con chi ha contato diverse rivoluzioni industriali, non meno di quattro, sottolineando invece come le rivoluzioni industriali sono un fenomeno continuo, strettamente interconnesso alla struttura capitalista del modello di produzione (illuminanti sul punto le osservazioni di E. J. HOBBSAWM, *La rivoluzione industriale e l’impero*, ed. it., Torino, Einaudi, 1972, cui sin dal titolo Landes si collega).

<sup>2</sup> Per Pitruzzella (G. PITRUZZELLA, v. *Fiducia e legittimazione dei poteri*, in *Enc. Dir., I tematici*, V, *Potere e costituzione*, Milano, Giuffrè, 2023, part. 165): «Nelle società tradizionali il potere legittimo, secondo l’insegnamento di Max Weber, era quello che si fondava sulla tradizione, che spesso implicava il riferimento alla religione (come avveniva con la dottrina del diritto divino dei Re). Ma con la modernizzazione, la separazione tra la politica e la religione, il razionalismo legato al trionfo del metodo scientifico, i mezzi di comunicazione di massa a partire dall’invenzione della stampa, in Occidente si è aperta un’altra storia in cui la tradizione non ha più forza e le credenze sono esposte alla critica, con la conseguenza che la giustificazione del potere è divenuta problematica, pur restando di fondamentale importanza per assicurare l’ordine politico».

<sup>3</sup> Sul punto, C. HERMANN, *The critique of commodification. Contours of a post-capitalistic society*, Oxford: Oxford University Press, 2021.

<sup>4</sup> Vedi G. SARTORI, *Homo videns. Televisione e post pensiero*, Bari, Laterza, 2000.

La rete ha preso il posto della televisione commerciale nell'attività di comunicazione e promozione che è caratteristica degli attuali modelli di creazione del plusvalore.

Si è, in altre parole, assai lontani da quella rete delle fonti in cui si poteva intravedere per la prima volta nella storia dell'umanità la manifestazione empirica dell'ipotesi trascendentale assoluta di Hans Kelsen e su cui si è scritto in occasione di un'altra ricorrenza speciale nella particolarmente lunga e straordinariamente feconda carriera dello studioso che qui si onora<sup>5</sup>.

Quella rete, per la quale si provava il fascino della dichiarazione di indipendenza del cyberspazio<sup>6</sup>, non esiste più. È stata soffocata da unicorni allevati nel tranquillo acquario del *safe harbor*.

<sup>5</sup> G. L. CONTI, *La governance della rete*, in P. Caretti – M. C. Grisolia (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale (Scritti in onore di Enzo Cheli)*, Bologna, Il Mulino, 2010, 265 ss. E, *amplius*, Id., *La lex informatica*, in *Osservatorio delle fonti*, 1/2021.

<sup>6</sup> La si trova dappertutto ma, da "cognitive dissident", non ci si stanca di citarla: «Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather

We have no elected government, nor are we likely to have one, so I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks. I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear.

Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot. It is an act of nature and it grows itself through our collective actions.

You have not engaged in our great and gathering conversation, nor did you create the wealth of our marketplaces. You do not know our culture, our ethics, or the unwritten codes that already provide our society more order than could be obtained by any of your impositions.

You claim there are problems among us that you need to solve. You use this claim as an excuse to invade our precincts. Many of these problems don't exist. Where there are real conflicts, where there are wrongs, we will identify them and address them by our means. We are forming our own Social Contract. This governance will arise according to the conditions of our world, not yours. Our world is different.

Cyberspace consists of transactions, relationships, and thought itself, arrayed like a standing wave in the web of our communications. Ours is a world that is both everywhere and nowhere, but it is not where bodies live.

We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth.

We are creating a world where anyone, anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular, without fear of being coerced into silence or conformity.

Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are based on matter, There is no matter here.

Our identities have no bodies, so, unlike you, we cannot obtain order by physical coercion. We believe that from ethics, enlightened self-interest, and the commonweal, our governance will emerge. Our identities may be distributed across many of your jurisdictions. The only law that all our constituent cultures would generally recognize is the Golden Rule. We hope we will be able to build our

Gli unicorni occupano, involontariamente, uno spazio unico nella storia universale della sfera pubblica: Alphabet ha saputo trasformare il genio innocente delle catene di Markhov nel sommario del web attraverso l'instancabile lavoro di spider e crawler capaci di indicizzare qualsiasi pagina del web, Meta ha realizzato una catena di interconnessioni fra gli utenti della rete profilando ciascuno di essi, trasformato in un'ombra impalpabile ma capace di rivelare i desideri più profondi, Bytedance ha imitato Meta senza, però, connessioni basate su una conoscenza personale ma semplicemente creando una rete di interessi che si rivela nel comune stupore per un video particolarmente capace di attirare l'attenzione, Amazon ha creato il più grande *marketplace* che il libero mercato abbia mai conosciuto.

Non c'è più niente dell'indirizzo con cui Barlow conclude la sua dichiarazione di indipendenza: *May it be more humane and fair than the world your governments have made before*. Nella rete degli unicorni, si è affermato un nuovo modello di *commodification* della sfera economica: se si produce per produrre e occorre creare i bisogni che possono assorbire la produzione per mantenere il benessere generato dalla produzione, la rete è il luogo perfetto per creare bisogni, molto di più della televisione commerciale che, fino a questo momento, imperava.

particular solutions on that basis. But we cannot accept the solutions you are attempting to impose.

In the United States, you have today created a law, the Telecommunications Reform Act, which repudiates your own Constitution and insults the dreams of Jefferson, Washington, Mill, Madison, DeToqueville, and Brandeis. These dreams must now be born anew in us.

You are terrified of your own children, since they are natives in a world where you will always be immigrants. Because you fear them, you entrust your bureaucracies with the parental responsibilities you are too cowardly to confront yourselves. In our world, all the sentiments and expressions of humanity, from the debasing to the angelic, are parts of a seamless whole, the global conversation of bits. We cannot separate the air that chokes from the air upon which wings beat.

In China, Germany, France, Russia, Singapore, Italy and the United States, you are trying to ward off the virus of liberty by erecting guard posts at the frontiers of Cyberspace. These may keep out the contagion for a smalltime, but they will not work in a world that will soon be blanketed in bit-bearing media.

Your increasingly obsolete information industries would perpetuate themselves by proposing laws, in America and elsewhere, that claim to own speech itself throughout the world. These laws would declare ideas to be another industrial product, no more noble than pig iron. In our world, whatever the human mind may create can be reproduced and distributed infinitely at no cost. The global conveyance of thought no longer requires your factories to accomplish.

These increasingly hostile and colonial measures place us in the same position as those previous lovers of freedom and self-determination who had to reject the authorities of distant, uninformed powers. We must declare our virtual selves immune to your sovereignty, even as we continue to consent to your rule over our bodies. We will spread ourselves across the Planet so that no one can arrest our thoughts.

We will create a civilization of the Mind in Cyberspace. May it be more humane and fair than the world your governments have made before».



La televisione commerciale pubblica spot, eguali per tutti, la cui appetibilità dipende dalla fascia oraria e dai programmi che li ospitano. La rete è capace di associare i messaggi pubblicitari alle *queries* rivolte a un motore di ricerca o agli interessi dell'utente profilato con estrema cura e dettaglio nei social<sup>7</sup>.

È ovvio che nella società della *commodification* la rete sia più efficiente, e meno costosa, delle televisioni commerciali per promuovere un determinato bene o servizio.

Lo scenario attuale della rete è questo e la conoscenza, le informazioni, le stesse opinioni veicolate attraverso la rete non sono il principale scopo della rete, il principale scopo della rete è, semplicemente, produrre traffico di qualità che può essere convertito in un valore commerciale attraverso la pubblicità.

Nello stesso tempo, la vita delle persone si sdoppia: da una parte, la vita reale nella quale ciascuno attende ai bisogni della quotidianità. Dall'altra parte, la proiezione della vita reale in rete in cui ciascuno vive in rete ciò che sta vivendo anche nella quotidianità: è diventato difficile andare in un qualsiasi ristorante, bettola o osteria senza che qualcuno prima di mangiare fotografi e posti sul suo profilo social quello che sta per divorare. È diventato difficile prendere sul serio un argomento senza che questo argomento non sia oggetto di una ricerca in rete. È diventato difficile frequentare una libreria quando qualsiasi volume ci può essere recapitato a casa da Amazon con poche ore di ritardo dal momento in cui lo abbiamo ordinato.

La rete fa parte del quotidiano, lo trasfigura, soprattutto modifica il modo nel quale la realtà viene percepita. L'utente della rete non è un individuo che possiede in sé la propria metafisica ma è una simbiosi la cui metafisica è in parte fatta di carne ed emozioni e dall'altra parte fatta di silicio.

Le stesse emozioni sono sempre più artificiali e le persone sono essere inseparabili dalle *device* che utilizzano per connettersi alla rete.

Ma quello che davvero interessa in questo modello è che non esiste solo la *commodification* della sfera economica, vi è anche la *commodification* della sfera pubblica.

La sfera pubblica che siamo abituati a identificare con lo spazio occupato dalla Costituzione per definire i nessi che rendono vivo il rapporto fra popolo, territorio e governo (indirizzo politico) attraverso un contratto sociale non è più un bisogno autosufficiente.

Non sono i popoli del mondo che anelano alla libertà e alla Costituzione secondo una visione romantica della realtà che, forse, non era attuale neppure nella Haiti di Toussaint Louverture.

<sup>7</sup> E' il meccanismo noto nella prassi commerciale come *look alike*: se un determinato utente acquista un dentifricio di un determinato tipo è molto probabile che gli altri utenti che hanno gli stessi gusti acquistino lo stesso dentifricio.

Anche gli Stati hanno bisogno di costruire il bisogno di Stato, di democrazia, di sovranità, di risvegliare popolazioni apatiche e anoressiche alla partecipazione.

In questo modello, è difficile individuare uno spazio per la libertà di manifestazione del pensiero perché questo spazio presuppone un individuo che vuole esprimere il proprio pensiero e metterlo in discussione il che presuppone, a sua volta, altri individui che manifestano lo stesso bisogno.

È, invece, facile vedere all'opera i diversi populismi<sup>8</sup>, constatare l'emergere di un nazionalismo maggioritario, temere l'occupazione della sfera pubblica da parte di soggetti dotati di un innegabile fiuto per gli affari e di un altrettanto discutibile spirito patriottico.

## **2. Le asimmetrie del reale: se la verità è irta di odio, la menzogna potrebbe non essere turpe**

La Costituzione della repubblica italiana non conosce la verità. Lo si può argomentare in diversi modi: in primo luogo, la verità è nemica del pluralismo e la Costituzione si fonda sul pluralismo. In secondo luogo, la disposizione costituzionale che riconosce a ciascuno la libertà di manifestare il proprio pensiero (art. 21) usa il verbo "manifestare" che esprime l'azione di chi, puramente e semplicemente, esprime una opinione, mentre la disposizione che tutela la

<sup>8</sup> Per Schlesinger, «se il populismo è una caratteristica della post-democrazia, allora in linea con ciò, la comunicazione politica in queste condizioni potrebbe essere meglio classificata come operante in una post-sfera pubblica» (SCHLESINGER, P. (2020). *After the post-public sphere. Media, Culture & Society*, 42(7-8), 1545 e ss., part.1551). Ma vedi, anche per il tono appassionato: M. BARBERIS, *Dal populismo digitale si guarisce*, in *Ragion pratica*, 2020, 9 e ss. I populismi, solitamente, sono rappresentati come dei movimenti attraverso i quali coloro che si sentono esclusi dalle élites della globalizzazione fanno sentire la loro voce, ma che potrebbero essere più realisticamente considerati come il modo in cui i registi dello spettacolo politico riescono a incanalare il consenso di chi altrimenti si sentirebbe escluso (in questi termini: CROUCH, C. (2019). *Post-Democracy and Populism. The Political Quarterly*, 90 (1), 124-137, ma soprattutto, D. GOODHART, *The road to somewhere. The new tribes shaping british politics*, Penguin Random House, 2017). L'analisi delle logiche della comunicazione populista è in ENGESSER, S., FAWZI, N. E LARSSON, A.O. (2017). *Populist Online Communication: Introduction to the Special Issue. Information, Communication and Society*, 20 (9), 1279- 1292. Moffit (MOFFIT, B. (2016). *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation*. Stanford: Stanford University Press) ha analizzato lo stile della comunicazione populista dimostrando che in essa si realizza una relazione emotiva fra il leader e i suoi seguaci, sicché la sfera pubblica entra in una dimensione emozionale (HIGGINS, M. (2008). *Media and their Publics*. Maidenhead: Open University Press; WAHL-JORGENSEN, K. (2019). *Emotions, Media and Politics*. Cambridge: Polity; DE BLASIO, E. e SELVA, D. (2019). *Emotions in the Public Sphere: Networked Solidarity, Technology and Social Ties*, in B. Fox (a cura di) *Emotions and Loneliness in a Net-worked Society*. London: Palgrave Macmillan).

Vale la pena osservare che le scienze sociali ritengono da molto tempo che nelle società di massa la libertà debbano necessariamente svolgersi anche sul piano dell'inconscio: E. BERNAYS, *Propaganda*, New York, Routledge, 1928; J. M. DOMENACH, *La propagande politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950; W. LIPPMANN, *Public opinion*, New York, Macmillan, 1922.

libertà religiosa (art. 19) usa il verbo “professare” che esprime l’azione di chi aderisce a una credenza: le opinioni si esprimono, ovvero si mettono a disposizione degli altri in una libera discussione, mentre le religioni si professano, ovvero ci si dichiara seguaci di una determinata verità nella consapevolezza che ciascun membro della comunità possa dichiararsi seguace della stessa o di una diversa verità.

La protezione della libertà di manifestare il pensiero tutela una sfera pubblica che si forma grazie alla partecipazione di ciascuno al mercato delle idee che ha come scopo la realizzazione di un tribunale della opinione pubblica capace di rendere dinamica la credenza che genera l’obbedienza<sup>9</sup>.

La protezione della libertà religiosa tutela, invece, la comunità contro coloro che vorrebbero negare, per effetto della propria credenza religiosa, ad altri di manifestare (o proparlare) una credenza antagonista.

In ogni caso, non c’è alcuno spazio per una verità che possa essere considerata come attendibile indipendentemente dal soggetto che la rappresenta<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Si tratta, come noto, della impostazione di Justice Oliver Wendell Holmes nel suo dissent in *Abrams vs United States* (250 U.S. 616 (1919): «Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition... But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas — that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out».

Ma su tutto questo vedi, ovviamente, J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, ed. it. Milano, Il Saggiatore, 1981, part. 20: «supponiamo quindi che il governo concordi totalmente con i cittadini e non sia mai tentato di esercitare alcun potere coercitivo che non corrisponda a quella che ritiene la loro opinione. Ma io nego il diritto del popolo a esercitare questa coercizione, sia da solo sia mediante il proprio governo. Il potere stesso è illegittimo: il migliore governo non vi ha più diritto del peggiore. E’ altrettanto, o forse più, dannoso quando lo si esercita seguendo l’opinione pubblica che contro di essa. Se tutti gli uomini, meno uno, avessero la stessa opinione, non avrebbero più diritto di far tacere quell’unico individuo di quanto ne avrebbe lui di far tacere, avendone il potere, l’umanità. Se l’opinione fosse un bene privato, privo di valore eccetto che per il suo proprietario, se essere ostacolati nel suo godimento fosse semplicemente un danno privato, il numero delle persone che lo subiscono farebbe una certa differenza. Ma impedire l’espressione di un’opinione è un crimine particolare, perché significa derubare la razza umana, i posteri altrettanto che i vivi, coloro che dall’opinione dissentono ancor più di chi la condivide: se l’opinione è giusta, sono privati dell’opportunità di passare dall’errore alla verità; se è sbagliata, perdono un beneficio quasi altrettanto grande, la percezione più chiara e viva della verità, fatta risaltare dal contrasto con l’errore».

Wendell Holmes aveva conosciuto Mill in giovinezza (vedi I. TEN CATE (2010), *Speech, truth and freedom: an examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holmes's Free Speech Defenses*, in *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 22, p. 35, 2010).

<sup>10</sup> Nel testo dell’art. 21, Cost. non resta pressoché niente dell’iniziale formulazione predisposta da Basso e La Pira per cui «Per le funzioni speciali della stampa periodica la legge commina severe pene per i reati commessi mediante la stessa e dispone cautele amministrative a garantire la fede pubblica». La norma si trasforma grazie alla mediazione di Dossetti attraverso «Per le funzioni speciali della stampa periodica la legge dispone controlli sulle fonti di notizie e sui mezzi di finanziamento, idonei

In terzo luogo, la Costituzione conosce una sola forma di verità ed è il punto di arrivo della inchiesta parlamentare<sup>11</sup>, ma questa verità è costruita dal diritto parlamentare come una decisione politica. Politica è la decisione di istituire una commissione di inchiesta perché non è assistita da alcuna maggioranza qualificata in grado di assicurare il concorso delle minoranze alla decisione ed è significativo che le commissioni di inchiesta debbano essere composte in modo da rispecchiare al loro interno la proporzione fra la consistenza dei gruppi parlamentari: la verità è, in un certo senso, lottizzata dalle proiezioni parlamentari dei partiti politici. Politico è l'uso da parte della commissione di inchiesta degli stessi poteri che sono assegnati alla magistratura. Politica è, o è dovrebbe essere, la discussione parlamentare sulla relazione della commissione di inchiesta, sicché il potere di inchiesta non soddisfa un bisogno di verità in senso oggettivo ma è uno strumento con cui la maggioranza chiarisce alla opinione pubblica il proprio punto di vista su una questione particolarmente controversa e, perciò, ritenuta di pubblico interesse. Si potrebbe dire con cui la maggioranza svolge la sua funzione costituzionale di promotrice dell'indirizzo politico correggendo quello che, solo attraverso lo sguardo della politica, può essere considerato un cattivo funzionamento del mercato delle idee.

Si potrebbe aggiungere la tutela delle minoranze linguistiche imposta dall'art. 6, Cost., ma anche la costruzione della "verità" processuale attraverso il valore costituzionale del diritto di azione e di difesa nella consapevolezza che il giudicato *aequat quadrata rotundis* o la complessa e, per certi versi misteriosa, giustizia politica che chiude il sistema costituzionale proteggendolo dal tradimento del custode della Costituzione.

I principi costituzionali non impongono, perciò, la lotta contro la disinformazione perché la Costituzione non conosce alcun concetto di verità che lascia alla religione intesa come l'oggetto di una libertà individuale. La verità può essere considerata come una barriera irta di odio<sup>12</sup>.

a garantire la fede pubblica» in «La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica», formulazione proposta da Andreotti. Il testo costituzionale non conosce il problema della verità, ma si preoccupa unicamente della formazione dell'opinione pubblica che considera un problema di finanziamento. Vale la pena ricordare che Mortati (*Atti dell'Assemblea costituente*, p. 2959) esclude che fosse possibile un controllo dello Stato sui bilanci delle imprese editrici e riservò questa funzione all'opinione pubblica.

<sup>11</sup> Sulle inchieste parlamentari, vedi L. PANSOLLI, *Le inchieste parlamentari nella età liberale. Teoria e prassi di un istituto*, Napoli, ESI, 2009. E' ferma convinzione di chi scrive che il diritto parlamentare repubblicano sia legato senza alcuna soluzione di continuità al diritto parlamentare dell'età liberale e questo è particolarmente vero per il tema delle inchieste parlamentari.

<sup>12</sup> C'è l'eco di Babeuf, il Gracco della congiura degli eguali raccontata da Buonarroti, nella idea che se si vuole costruire una società felice e giusta la si deve circondare di barriere irte di odio e vi è qualcosa di distopico nella percezione del progressivo divenire di soggettività capaci di identificarsi attraverso una "verità".

Nello stesso tempo, la Costituzione ammette la menzogna: è parte del diritto di difesa il brocardo *nemo se detegere tenetur*<sup>13</sup>.

La rete si pone in rapporto alla verità in un rapporto complesso. Vi è stata la rete delle origini in cui il codice appariva funzionale alla liberazione del mondo da qualsiasi vincolo potesse ostacolare la libera manifestazione del pensiero da parte di *cognitive dissident* ma questa rete è presto naufragata nel momento in cui il disordine generato dal proliferare dei siti generata dalla liberalizzazione del mercato dei nomi a dominio ha consentito l'erompere dapprima di portali e successivamente di motori di ricerca in grado di esercitare una funzione di *gatekeeper* sul mercato. Più ancora è stato determinante per lo sviluppo della rete come oggi è conosciuta l'avvento di Facebook sul mercato dei social che, sino a quel momento, era dominato da strumenti che consentivano a individui distanti fra di loro e spesso sconosciuti di interconnettersi fra di loro nella protezione dell'anonimato. Quel mercato non aveva un grande valore per le inserzioni pubblicitarie, al contrario del social sviluppato a Menlo Park in cui tutti gli utenti appaiono con il loro nome e cognome, rivelano i propri legami sociali e le proprie preferenze consentendo così una informazione profilata e perciò di elevato valore per il mercato pubblicitario.

In questo modello, esattamente come nel modello dei motori di ricerca che generano conoscenza fornendo a colui che inserisce la propria *query* esattamente il genere di risposta che sta cercando, la verità, ovviamente, non esiste come non esiste neppure la disinformazione.

Per i motori di ricerca esiste soltanto il risultato che interessa a colui che lo sta interrogando perché è stato cliccato da altri utenti che hanno un profilo molto simile a lui e, sui social, le informazioni sono quelle che il singolo vuole leggere perché provengono dalle persone a lui più vicine.

In questo mercato, verità e la disinformazione sono sullo stesso piano: concorrono a generare il traffico che a sua volta attrae gli inserzionisti i quali generano i ricavi di società il cui fatturato sfiora la sovranità.

Il traffico è nemico del pluralismo, la vera vittima di questo processo storico: il motore di ricerca e i social forniscono le informazioni che interessano ai loro utenti chiudendoli in bolle autoreferenziali fatte di *like* e preoccupate dei *dislike*.

Vi è di più: il traffico non ha tutto lo stesso valore. Per un inserzionista, vale molto di più chi utilizza un iPhone XXV per navigare in rete di chi, invece, è connesso con lo startac di Motorola perché è maggiore la sua propensione al consumo. Per un partito politico, i due consumatori sono equivalenti perché

<sup>13</sup> Vedi P. BARILE, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*, in *Foro it.*, 1962, I, 855 e ora in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1967, 467 e ss. e, sul punto, M. MANETTI, *Paolo Barile e la diffusione di notizie false, o Fake news*, in *Quaderni del circolo Fratelli Rosselli*, 2022, 93 e ss.

ciascuno di loro esprime un solo voto nelle elezioni e i voti delle masse prive di consapevolezza e spirito critico possono essere i più semplici da catturare, com'è facilmente dimostrato dai trionfi populistici un po' in tutto il mondo<sup>14</sup>.

### 3. Il contratto sociale al tempo degli Unicorni

Il problema della correzione attraverso l'intervento pubblico delle disfunzioni sul mercato delle idee è un tema classico delle democrazie contemporanee tipicamente risolto attraverso un servizio radiotelevisivo improntato al pluralismo sia interno che esterno<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> In questi termini: CROUCH, C. (2019). *Post-Democracy and Populism. The Political Quarterly*, 90 (1), 124-137, ma soprattutto, D. GOODHART, *The road to somewhere. The new tribes shaping british politics*, Penguin Random House, 2017). L'analisi delle logiche della comunicazione populista è in ENGESSER, S., FAWZI, N., LARSSON, A.O. (2017). *Populist Online Communication: Introduction to the Special Issue. Information, Communication and Society*, 20 (9), 1279- 1292. Moffit (MOFFIT, B. (2016). *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation*. Stanford: Stanford University Press.

<sup>15</sup> Ancora oggi: P. BARILE, E. CHELI, R. ZACCARIA, *La radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1980 cui *adde* R. ZACCARIA, *Rai. Il diritto e il rovescio. Il servizio pubblico oggi*, Firenze, Passigli editore, 2019.

Sulla giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva: M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1989, 105 ss.; P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era dell'intelligenza artificiale*, Bologna, Il Mulino, 2024, 120 e ss.; A. PACE, in *Commentario della Costituzione, Rapporti civili (Art. 21)*, cit., 528 ss.; R. BORELLO, *Alcune notazioni sull'attuale assetto del servizio pubblico radiotelevisivo in Italia*, in *Giur. cost.*, 2013, 3635.

Per la Corte, «È vero che il primo comma dell'art. 21 riconosce a tutti la possibilità di diffondere il pensiero (e naturalmente non il solo pensiero originale di chi lo manifesta) con qualsiasi mezzo. Ma già si è visto che, per ragioni inerenti alla limitatezza di questo particolare mezzo, è escluso che chiunque lo desideri, e ne abbia la capacità finanziaria, sia senz'altro in grado di esercitare servizi di radiotelevisione: in regime di libertà di iniziativa, questi non potrebbero essere che privilegio di pochi. - Ciò premesso, osserva la Corte che, per risolvere il quesito della rispondenza dell'attuale disciplina legislativa all'art. 21, primo comma, Cost., non è indispensabile affrontare il problema se, in via generale, sia compatibile con quest'ultimo l'avocazione allo Stato di qualsiasi mezzo di diffusione del pensiero. È sufficiente, infatti, dimostrare che non contrasta col precetto costituzionale in esame l'avocazione allo Stato di quei mezzi di diffusione del pensiero che, in regime di libertà di iniziativa, abbiano dato luogo, o siano naturalmente destinati a dar luogo, a situazioni di monopolio, o - il che è lo stesso - di oligopolio. E la dimostrazione è in re ipsa, quando si consideri che, rispetto a qualsiasi altro soggetto monopolista, lo Stato monopolista si trova istituzionalmente nelle condizioni di obiettività e imparzialità più favorevoli per conseguire il superamento delle difficoltà frapposte dalla naturale limitatezza del mezzo alla realizzazione del precetto costituzionale volto ad assicurare ai singoli la possibilità di diffondere il pensiero con qualsiasi mezzo. - In quanto precede è implicito che allo Stato monopolista di un servizio destinato alla diffusione del pensiero incombe l'obbligo di assicurare, in condizioni di imparzialità e obiettività, la possibilità potenziale di goderne - naturalmente nei limiti che si impongono per questa come per ogni altra libertà, e nei modi richiesti dalle esigenze tecniche e di funzionalità - a chi sia interessato ad avvalersene per la diffusione del pensiero nei vari modi del suo manifestarsi. Donde l'esigenza di leggi destinate a disciplinare tale possibilità potenziale e ad assicurare adeguate garanzie di imparzialità nel vaglio delle istanze di ammissione all'utilizzazione del servizio non contrastanti con l'ordinamento, con le esigenze tecniche e con altri interessi degni di tutela (varietà e dignità dei programmi, ecc.). - Della normazione esistente in proposito per le trasmissioni

La stessa strada non appare caratterizzare l'approccio normativo alle piattaforme digitali per due ordini di ragioni.

Da una parte, il *media freedom act* che è lo strumento normativo a garanzia del pluralismo nel mercato eurounitario della comunicazione<sup>16</sup> non si applica alle piattaforme digitali.

Dall'altra parte, il *Digital pack* interviene sul mercato delle idee attraverso un codice di condotta che merita di essere salutato con estremo favore per la consapevolezza della necessità di un approccio coregolativo basato sulla sussidiarietà intesa anche in senso orizzontale. Ma, dall'altra parte, suscita alcune perplessità laddove affida alle piattaforme il compito di vietare talune pratiche di disinformazione considerate come particolarmente pericolose per la libera circolazione delle idee<sup>17</sup>.

televisive nel vigente ordinamento, e che deve essere considerata autonoma rispetto alle disposizioni che riservano la radiotelevisione allo Stato, la Corte non può però occuparsi, essendo chiamata a pronunciarsi unicamente sulla legittimità degli art. 1 e 168, n. 5, del Codice postale, che riguarda la anzidetta riserva» (Corte cost. 59/1960, par. 7 del Considerato in diritto).

Gli strumenti di comunicazione, nell'era di internet più ancora che in quella della radiotelevisione, sono decisivi per la formazione di una opinione pubblica informata e consapevole, ma anche per la formazione di cittadini responsabili perché definiscono in termini sostanzialmente sconosciuti all'evoluzione sociale dei secoli passati un immaginario collettivo, una intelligenza collettiva (vedi P. LEVY, *L'intelligenza collettiva. Per un'antropologia del cyberspazio*, ed. it. Milano, Feltrinelli, 2002).

<sup>16</sup> Per il regolamento 1089/2024, cd. Media Freedom Act: «Poiché l'obiettivo del presente regolamento, vale a dire garantire il corretto funzionamento del mercato interno dei servizi di media, non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, in quanto questi non possono avere o potrebbero non avere incentivi per conseguire l'armonizzazione e la cooperazione necessarie agendo da soli ma, a motivo della natura sempre più digitale e transfrontaliera della produzione, della distribuzione e del consumo dei contenuti mediatici, nonché del ruolo unico dei servizi di media, può essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 TUE» (considerando 76).

<sup>17</sup> Il codice è stato sottoscritto inizialmente da 34 firmatari, fra cui le piattaforme di maggiori dimensioni, come Google, Meta, Microsoft, Adobe, TikTok, Twitter e IAB Europe (Internet Advertising Bureau Europa: ovvero l'associazione che riunisce i centri media e le agenzie di pubblicità). Si deve segnalare che, nel 2020, è stato lanciato anche lo European Digital Media Observatory Project, che rappresenta il tentativo di dare vita a una comunità di fact checker, ricercatori universitari e altri stakeholder in grado di monitorare costantemente i fenomeni di disinformazione e aiutare la società a sviluppare la resilienza. Il consorzio comprende l'Istituto Universitario Europeo di Firenze, l'Athens Technology Center e la Università di Aarhus nonché Pagella Politica, che è una organizzazione italiana di fact checking. Lo scopo del consorzio è la mappatura delle organizzazioni di fact checking cui fornisce supporto, la mappatura, il supporto e il coordinamento delle attività di ricerca sulla disinformazione, la realizzazione di un portale pubblico in grado di assicurare consapevolezza circa la disinformazione, la progettazione di un ecosistema in grado di consentire un accesso sicuro ai ricercatori alle piattaforme in modo da poter studiare il fenomeno della disinformazione, il supporto ai decisori pubblici in materia di monitoraggio delle pratiche di disinformazione.

Il codice è oggetto di un monitoraggio continuo: vedi Staff Working Document (SWD(2020)180), Assessment of the Code of Practice on Disinformation – Achievements and areas for further improvement, in cui sono indicate gli aspetti in cui il codice ha funzionato e quelli in cui doveva essere ancora migliorato: [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=69212](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=69212).

L'impostazione è oggetto di una severa critica da parte di chi osserva che in ogni caso

Si tratta di una impostazione molto simile a quella della disciplina sugli stupefacenti posta dal d.P.R. 309/1990 e subisce lo stesso *bias*: come uno stupefacente viene inserito nell'elenco delle sostanze proibite, i chimici al servizio dei cartelli della droga modificano lievemente la sua composizione e proseguono nella sua produzione e spaccio, così elencare le pratiche di disinformazione non risolve certo il problema.

Il vero problema è la tutela di coloro che nel mercato delle idee sono più svantaggiati: la Corte costituzionale ha significativamente ricavato il pluralismo dal diritto all'informazione<sup>18</sup>.

Sulla rete, però, il problema del diritto all'informazione assume una consistenza affatto diversa.

Quando l'informazione è il prodotto secondario di un mercato che ha come scopo quello di recapitare pubblicità e che, perciò, trasforma le persone in ombre fatte di dati personali e che si chiudono in bolle nelle quali ascoltare unicamente quello che vogliono ascoltare, l'intervento dello Stato deve consistere nel bucare queste bolle sgonfiandole ed esponendo i suoi cittadini alla realtà.

Si tratta di superare le logiche del pluralismo interno ed esterno che hanno caratterizzato l'intervento pubblico nel settore radiotelevisivo ed entrare in una nuova dinamica che si definisce pluralismo *outside-in* perché deve essere capace di entrare dall'esterno rappresentato dallo Stato nell'interno degli individui aprendoli alla realtà.

Si tratta di una strada che deve essere imboccata prima che sia troppo tardi, e questa è una di quelle affermazioni di facile lettura, ma, soprattutto, che deve essere imboccata attraverso una nuova forma di intervento pubblico nella economia.

Le grandi piattaforme agiscono nel settore della informazione sfruttandolo per generare ricavi degni di Ali Baba ma il loro intervento genera anche quello che può essere considerato come un inquinamento, un inquinamento necessario al loro modello di impresa.

Di conseguenza, è possibile intervenire attraverso la tassazione delle piattaforme digitali secondo il modello dei tributi ambientali, ovvero considerando come capacità contributiva "digitale" esattamente l'oggetto dell'inquinamento: le *queries*, ad esempio, piuttosto che il numero degli utenti nei social e

l'ordinamento delle piattaforme è l'ordinamento del più forte (M. MANETTI, *Internet e i nuovi pericoli per la libertà di informazione*, in *Quad. cost.* 2023, 523 e ss.).

<sup>18</sup> Vedi, per questo percorso, le affermazioni di Corte cost. 105/1972, in cui si fa strada il principio di un diritto a essere informati come risolto del diritto a informare, e, soprattutto, Corte cost. 826/1988 (su cui E. ROPPO, *Il servizio radiotelevisivo fra giudici, legislatore e sistema politico*, in *Giur. cost.* 1988, 3945; R. BORELLO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata ma non dichiarata*, *ivi*, 3950).



imponendo il pagamento di questo tributo in forma di prestazioni patrimoniali imposte dirette a promuovere il pluralismo *outside-in*.

La promozione del pluralismo passa cioè non tanto dalle maglie di un servizio pubblico digitale<sup>19</sup> che merita di essere considerato come una utopia se dovesse essere la produzione di un motore di ricerca alternativo a Google piuttosto che di un social capace di scalare TikTok quanto piuttosto dalla capacità di un organismo di diritto pubblico di ottenere da parte delle grandi piattaforme la collaborazione necessaria per la promozione del pluralismo *outside-in*.

#### 4. La *commodification* della democrazia

Uno dei tratti essenziali della società della informazione è la *commodification* del mercato dei beni e servizi<sup>20</sup>, esattamente come è un luogo comune la lichenizzazione della giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti.

Anche la democrazia è entrata in una fase che può essere considerata come di *commodification*.

Nella *commodification*, il mercato dei beni e dei servizi non produce i beni e i servizi per soddisfare un bisogno espresso dal mercato, ma investe per la creazione dei bisogni che il sistema economico è condannato a produrre per sopravvivere.

La crisi dei partiti politici, di cui è oramai inutile parlare: non esiste un bisogno di sovranità politica che i partiti politici soddisfano per mezzo della rappresentanza, ha determinato l'estinzione dei partiti politici fondati su orizzonti ideologici non negoziabili e fatto spazio a soggetti che si muovono con logiche commerciali<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Scrive Manetti: «Si possono immaginare molte risposte al problema del pluralismo su Internet. Il diritto della concorrenza è inadeguato a questo fine. Dobbiamo pensare a garantire il pluralismo delle imprese imprenditoriali su Internet, fissando soglie per la concentrazione, come accade per la stampa. Abbiamo anche bisogno di un forte servizio pubblico che parli la lingua di Internet (e sia attraente anche per le giovani generazioni). Ma entrambe queste idee, e soprattutto la seconda, sembrano quasi impensabili in un ambiente che espelle programmaticamente lo Stato» (M. MANETTI, *Freedom of speech and the regulation of fake news (Italy)*, in O Pollicino (ed.), *Freedom of speech and the regulation of fake news*, Brussels, Intersentia, 2023, part. 340).

<sup>20</sup> Vedi C. HERMANN, *The critique of commodification. Contours of a post-capitalistic society*, Oxford: Oxford University Press, 2021. E' particolarmente interessante il rapporto fra religione e commodification: MCDANIEL, S.W. (1986), "Church Advertising. Views of the Clergy and General Public." *Journal of Advertising* 15 (1): pp. 24-29; POTEL, J. (1981), *Religion et publicité*. Paris: Le Cerf; SINHA, V. (2011), *Religion and Commodification: 'Merchandizing' Diasporic Hinduism*. London; New York: Routledge.

<sup>21</sup> La scelta di un leader politico coincide con la scelta di una lista elettorale e le liste elettorali assomigliano a prodotti simili sullo scaffale di un operatore della grande distribuzione: gli elettori scelgono fra le une e le altre con la stessa consapevolezza con cui scelgono un tonno in scatola al posto di un altro. La pubblicità diventa tutto perché è la *brand awareness* di quel determinato soggetto politico, che si identifica nel modo in cui riesce a far percepire l'immagine del proprio leader

Anche in questo caso, non si ha una questione che deve essere oggetto di una negazione da parte di giuristi preoccupati di tutelare la democrazia attraverso la sua conservazione, come se fosse un ortaggio comprato il sabato ma da mangiare il giovedì, si tratta di prendere atto di un fenomeno probabilmente irreversibile.

Nel momento in cui la sfera pubblica abbandona lo spazio di un pluralismo amministrato per entrare nella dimensione di una anarchia monoteista in cui ciascun consumatore è profilato per essere il contenitore di sé stesso illudendosi di essere il re del mondo, la rappresentanza diventa un onanismo praticato da ombre. Si inverte il rapporto fra rappresentanza e democrazia: non strumento ma prodotto.

Come si è appena detto, la vittima è il pluralismo che non esiste più all'esterno del consumatore, il consumatore dei social vive dentro una sua bolla di informazioni determinate dalla sua profilazione. Di qui, la necessità del pluralismo *outside-in*, ovvero capace di sfondare la bolla di informazioni personalizzate che circonda il singolo individuo.

Il mercato della opinione pubblica in campo politico e il mercato della opinione pubblica in campo economico sono interconnessi non nel senso, banale, che l'informazione politica ha un valore economico ma esattamente lungo la direttrice opposta: è l'informazione economica che ha un valore politico<sup>22</sup>.

Nella realtà, il gigante di silicio è diventato Leviatano, il mostro fatto di uomini che illumina di senso la prima edizione del capolavoro di Hobbes oggi non è più lo Stato: è la società dell'informazione.

concentrando in questa immagine la propria *constituency* che è il cuore del gioco politico.

D'altra parte, in una lista di candidati, interessa solo il primo.

Funziona così la bestia di Salvini, ma anche il successo di un Matteo Renzi (e il suo progressivo appannarsi) o la spregiudicata spavalderia di Berlusconi, per fare solo qualche esempio.

<sup>22</sup> Si tratta della informazione in campo politico e ambientale che le emittenti diffondono allo scopo di comunicare al mercato le conseguenze sociali della propria attività. Su cui vedi almeno: V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 196; R. COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in *La responsabilità dell'impresa: convegno per i trent'anni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2006, 103; S. BRUNO, *Impegno degli azionisti in materia di sostenibilità secondo la Direttiva n. 2017/828/UE: il cambiamento climatico*, in *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Studi in onore di Gustavo Visentini*, a cura di Nuzzo e Pallazolo, vol. II, Roma, Luiss University Press, 2020, 95; C. ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. comm.*, 2011, n. 2, 159; M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizz. dir. comm.*, 2013, n. 3, 2 s.; F. FIMMANÒ, *Art. 41 della Costituzione e valori ESG: esiste davvero una responsabilità sociale della impresa?*, in *Giur. comm.*, 2023, 777; T. DI MARCELLO, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, ivi 607; M. GARGANTINI, M. SIRI, *Informazione derivata e sostenibilità: la regolazione dei rating e dei benchmark ESG nell'Unione Europea*, in *Riv. delle società*, 2023, 637.

La comunicazione in campo finanziario è diventata il mindset delle democrazie contemporanee e, nello stesso tempo, i partiti politici costruiscono narrazioni improntate a una *brand awareness*.

Questo modello vede la crisi dei partiti politici risolversi attraverso formazioni sociali che costruiscono la propria identità come se fosse la ditta di una impresa commerciale, offrendo risposte a un bisogno di rappresentanza che viene continuamente elaborato e rielaborato e altrimenti non esisterebbe.

Questo processo consiste uno degli *arcana imperii* di democrazie che trovano i loro portavoce nei responsabili della comunicazione di associazioni fra impresari di spettacoli tanto cruenti quanto artificiali (il riferimento è a Steven Cheung della Ultimate Fighting Championship e al suo ruolo nella amministrazione Trump).

Gli *arcana imperii* evocano il tribunale della opinione pubblica nella sua funzione di cane da guardia delle democrazie, anche se sembra abbastanza intuitivo il modello che si sta affermando<sup>23</sup>.

Quello che può essere considerato meno intuitivo da comprendere è che i *cleavage* utilizzati da questi nuovi campioni del consenso somigliano alla programmazione di una televisione *on demand*: le *home page* di Netflix, Disney Channel o Amazon Prime rappresentano un catalogo di quello che una società frammentata in sensibilità distanti fra di loro come cime abissali può voler vedere. L'iperviolenza 13+ delle serie Marvel per adolescenti in fuga da infanzie in crisi, le serie sui narcos che attendono lavoratori provenienti dal sud del mondo in cerca di un riposo narcotizzante, la Marsiglia corrotta della politica

<sup>23</sup> La *library* degli annunci pubblicitari di Meta è disponibile a partire dal 2019. In questa *library* sono custoditi sia i dati relativi agli inserzionisti politici che a quelli in materia sociale o ambientale. Il primo inserzionista è Save The Children Italia, con Euro6,3Mln, segue Unicef Italia, con Euro4,4Mln. Salvini è 14° dopo la Lav, con una spesa di Euro665Migliaia; Fratelli di Italia ha investito Euro589Migliaia e viene al 17° posto dopo Amnesty International Italia; il Partito Democratico è 22°, con una spesa di Euro385Migliaia. L'investimento complessivo su Meta è di poco meno di Euro80Mln su un arco di tempo di quasi cinque anni. La *library* consente anche di accedere alle singole campagne e di vedere per ciascuna il costo, il periodo di pubblicazione e il tasso di conversione.

Le norme pubblicitarie di Google Ads si trovano al seguente indirizzo: [https://support.google.com/adspolicy/answer/143465?hl=it&ref\\_topic=7012636&sjid=1345523158072067033-EU](https://support.google.com/adspolicy/answer/143465?hl=it&ref_topic=7012636&sjid=1345523158072067033-EU). Secondo queste norme, gli inserzionisti che promuovono prodotti e servizi in categorie di interessi sensibili non possono costruire la loro *audience* in base al *customer match* (un utente del motore di ricerca, di gmail, di YouTube o di Display che ha manifestato interesse su un determinato prodotto è simile ad altri utenti cui quel prodotto potrebbe interessare); o in base al modello di Google segmentation (Google è in grado di suddividere gli utenti di un determinato inserzionista e di raggrupparli secondo i loro interessi e questo consente di combinarli con altri utenti simili). Possono però usare Google In Market (gli utenti che hanno comprato o visto qualcosa di simile a quello che si vuole comprare o far vedere); Affinity (cerca gli utenti in base al loro interesse: *Select from a wide range of lists—from "auto enthusiasts" and "sports fans" to "luxury travelers" and "fashionistas"—to show ads to people who are likely to be enthusiasts*); Dati demografici; Dati demografici dettagliati; Eventi importanti della vita (chi si sposa oggi?); località.

locale a misura di impiegati pubblici stanchi ma non del tutto incapaci di senso critico, e così via.

Costruire l'offerta politica come se fosse il catalogo di Netflix può avere come effetto di accontentare la parte più oscura delle diverse componenti in cui si articolano le società contemporanee sempre più liquide e, nello stesso tempo, frazionate.

Occorre proteggere la democrazia da un modello potenzialmente fondato sul ventre molle della società e questo può accadere solo producendo *cleavage* che anziché guardare agli istinti più facili da aggredire cerchi di offrire un minimo di riflessione più alta.

Il pluralismo rischia di essere soffocato da una offerta politica costruita su ciò che l'elettorato desidera quando è seduto sulle sue poltrone sfondate e accende il megaschermo con cui addormenta la coscienza e deve essere promosso senza demonizzare il megaschermo, senza pensare che quegli elettori addormentati nei loro salotti siano un gregge, ma cercando di utilizzare le dinamiche del consenso lungo direttrici vagamente più nobili, progressivamente più elevate.

Non è possibile spengere i televisori della nazione, nemmeno è possibile sintonizzarli tutti sul quarto canale della BBC, è possibile investire su narrazioni che siano nello stesso tempo vicine alla nazione e al suo ventre e lievemente più civili, magari semplicemente investendo su qualche personaggio da caratterizzare in maniera non troppo cattiva.

Boccaccio potrebbe essere realizzato meglio della sua ultima trasposizione televisiva ma non è male che ci sia la possibilità di pensare a delle novelle raccontate durante la peste, è una bella metafora della società contemporanea.

Quando il Leviathano diventa un gigante di silicio investire nella educazione dei cittadini diventa ancora più importante. Ma questa educazione è fatta di silicio.

### **5. Limiti della manifestazione del pensiero dopo il buon costume**

Sicuramente una delle grandi vittime delle rivoluzioni industriali che hanno determinato la nascita della società del silicio è il buon costume.

Viene da sorridere pensando al sequestro delle pubblicità murarie che raffiguravano un fondo schiena provocante accompagnato dallo slogan Chi mi ama mi segua per promuovere una marca di jeans dal significativo nome Jesus.

Non è più tempo di buon costume<sup>24</sup>, ma è tempo che la libertà di manifestazione del pensiero sia interpretata in termini conformi al suo scopo senza

<sup>24</sup> Per Corte cost. 9/1965: «il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, l'inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al

che possa tornare a danno di coloro che hanno meno strumenti per difendere la propria libertà di coscienza da chi sa utilizzare la spregiudicata gamma dei media di silicio per aggredirla.

La libertà di informazione è sempre stata interpretata come una sorta di diritto post sociale da chi ha risolto il problema del pluralismo come soddisfazione del diritto costituzionale alla informazione<sup>25</sup>.

La intrusività dei nuovi media, e non li dovremmo più chiamare così perché non sono più nuovi, è sicuramente maggiore della televisione tradizionale ed evoca le categorie del contratto sociale perché qualsiasi asimmetria nella allocazione delle risorse non deve tornare a danno della parte più debole della società<sup>26</sup>.

Ci sono allora delle forme di manifestazione del pensiero che possono essere oggetto di una severa regolamentazione allo scopo di ridurre la loro capacità di influenzare la parte più fragile della società.

Vengono in mente essenzialmente la comunicazione tramite whatsapp che è facile ricondurre alla libertà di manifestazione del pensiero ma che costituisce per molti un *social* che ha il sapore di un *broadcast*<sup>27</sup>.

contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti". Successivamente, la stessa Corte ha pure affermato che, rientrando tra i concetti "non suscettibili di una categorica definizione». Il concetto è considerato storicamente relativo perché è in relazione a ciascun momento storico che si è «in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune senso del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano» (Corte cost. 191/1970). Osserva la Manetti (M. MANETTI, *La stagione di fioritura della libertà di manifestazione del pensiero è ormai alle spalle*, in *Rivista AIC*, 3/2016, part. 4) che «i vincoli del buon costume sono diventati meno stringenti, tanto con riguardo alla rappresentazione di comportamenti anomali rispetto ai tradizionali assetti famigliari (adulterio, incesto, coppie interrazziali, omosessualità), quanto rispetto all'oscenità in senso stretto». Sul buon costume nella sua evoluzione più recente, R. PERRONE, «*Buon costume*» e valori costituzionali condivisi. *Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, ESI, 2015.

<sup>25</sup> Vedi R. ZACCARIA, *Radiotelevisione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1977.

<sup>26</sup> Ovviamente: J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1971, trad. it. di U. Santini con il titolo *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli, 1982. Sul neocontrattualismo di Rawls, G. LEVI, *Aequitas vs fairness. Reciprocità ed equità fra età moderna ed età contemporanea*, in *Rivista di storia economica*, 2/2003; A. FERRARA, *Contrappunti rawlsiani intorno alla società giusta*, in *Parolechiave*, 1/2015; I. SALVATORE, *ingiustizia e instabilità sociale. Gli impegni teoretici della giustizia sociale*, in *Rivista di filosofia*, 1/2021.

<sup>27</sup> Classicamente, questo avviene nei paesi in via di sviluppo grazie alla ampia diffusione dei sistemi di messaggistica e alla facilità con cui permette una comunicazione diretta con grandi numeri di persone. Questo è accaduto in India, dove whatsapp è uno dei principali strumenti utilizzati nelle campagne elettorali, in Brasile, particolarmente nelle elezioni del 2018, quando Whatsapp ha cancellato oltre centomila account fake in occasione del ballottaggio, in Nigeria, dove la cartellonistica elettorale invita gli elettori a iscriversi nei gruppi di whatsapp, e in Messico. Sul punto, vedi A. BONAFÉ PONTES et al., *COVID-19 as infodemic: The impact of political orientation and open-mindedness on the discernment of misinformation in WhatsApp*, in *Judgment and Decision Making*, Vol. 16, No. 6, November 2021, pp. 1575 e ss.

Nei paesi in via di sviluppo, classicamente, non tutti hanno a disposizione un megaschermo per guardare la televisione, né possiedono un abbonamento a un servizio televisivo a pagamento. Ma tutti hanno un telefonino e questo telefonino è connesso a internet e usa whatsapp per comunicare. I gruppi whatsapp, in questi paesi, diventano molto simili a emittenti perché forniscono un intrattenimento continuo ai loro iscritti.

Non è diverso per molti elettori del mondo civilizzato che passano a loro volta una parte significativa del loro tempo nel gruppo dei tifosi della squadra per la quale tifano o di coloro che praticano il loro stesso hobby.

Le elezioni indiane – e l’India non è esattamente un paese del terzo mondo – hanno rivelato l’accesso indiscriminato a whatsapp da parte di intelligenze artificiali capaci di intelquire con elettori perfettamente targetizzati e di dare loro l’impressione di essere stati contattati personalmente dal candidato.

Le elezioni indiane, notoriamente, sono state prese d’assalto da deepfake, video artefatti così sapientemente da dare vita ai morti e far loro svolgere una efficace azione di propaganda.

Anche i deepfake sono artefatti che meritano una severa regolazione: la libertà di manifestazione del pensiero trova la propria ragione di essere nella azione di “manifestare” una determinata opinione con l’intento di partecipare lealmente alla competizione sul mercato delle idee.

Il deepfake non manifesta una opinione, cerca di influenzare quelle opinioni che senza il suo intervento sarebbero diverse.

La libertà di manifestazione del pensiero è stata fissata da un’Assemblea costituente che guardava ai limiti che avevano caratterizzato il tribunale dell’opinione pubblica nell’epoca fascista e che si preoccupava unicamente che fossero rispettati i confini posti dalla morale a difesa della educazione dei fanciulli.

Adesso è arrivato il momento di tornare sulla libertà di manifestazione del pensiero non tanto per modificare la formulazione dell’art. 21, Cost., quanto per svilupparne una interpretazione che non rischi di tutelare meccanismi di condizionamento della opinione pubblica invece delle opinioni in competizione fra di loro che la Costituzione poneva al fondamento del modello parlamentare di repubblica che ha posto.

## **6. La libertà di manifestazione del pensiero al tempo della simbiosi uomo – macchina**

Si fa un gran parlare di intelligenza artificiale, spesso senza avere una grande idea di quello di cui si parla<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Importante il contributo di Cardone: P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era dell’intelligenza artificiale*, Bologna, Il Mulino, 2024; A. CARDONE, *Decisione*

Solitamente l'intelligenza artificiale è un artefatto che attraverso un particolare modello di programmazione basato su degli algoritmi capaci di catalogare le informazioni secondo schemi epistemici binari non casuali ma neppure statisticamente predeterminati in modo da svolgere al meglio una determinata funzione.

Si tratta, perciò, di artefatti intesi come strumenti sviluppati dall'uomo per svolgere una determinata funzione e perciò capaci di politica perché la percezione sociale di un artefatto costituisce un formante della realtà soggettiva<sup>29</sup>.

Questa intelligenza artificiale non pone particolari problemi: non è più politica di una pistola, il cui uso è legittimo da parte di chi ne ha titolo e illegittimo da parte di coloro che non ne hanno senza che l'artefatto possa in alcun caso essere considerato responsabile di avere sparato.

Profondamente diversa è l'intelligenza artificiale che viene considerata generale perché capace di sostituire l'essere umano nello svolgimento delle attività più complesse<sup>30</sup>.

*“algoritmica” vs decisione politica?*, Napoli, ESI, 2021 cui adde A. D'ALOIA, *Il diritto verso il “nuovo mondo”. Le sfide dell'intelligenza artificiale*, in Id. (ed.), *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, Giuffrè, 2020; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in DPCE, speciale/2019, 11; B. CARAVITA, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (ed), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, Giuffrè, 2020; A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, I, p. 56 ss.; E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Laws*, 2019, I, 8; G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, II, 401 ss.

Vedi anche, per la profondità dei quesiti che sottopone la lettera AIC 12/2023 di Massimo Luciani (M. LUCIANI, *Libertà di ricerca e intelligenza artificiale*) e le repliche che sono state pubblicate (F. CIRILLO, *Il Prometeo regolato: l'uomo è antiquato o lo sono le istituzioni?*, volendo: G. L. CONTI, *Prometeo non era un dinosauro: diritto costituzionale e A.I.*; M. R. ALLEGRI, *Il valore della trasparenza nei sistemi algoritmici: questioni di ordine linguistico e costituzionale*).

<sup>29</sup> La nozione di artefatto si trova facilmente in J. R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, ed. it. Torino – Einaudi, 2006. Sono fatti sociali che, per il tramite della loro percezione collettiva, divengono i formanti di una realtà sociale e, perciò, acquistano una consistenza politica che è inevitabilmente avvinta alla funzione che svolgono: vedi L. WINNER, *Do Artifacts Have Politics?*, in *Daedalus*, 1980, 109(1), 121–136. Sull'argomento, F. PITTO, *Gli artefatti tecnologici hanno proprietà politiche*, in *Ragion pratica*, 2009, 561; R. CONTE, *Fattori cognitivi nella diffusione degli artefatti*, in *Sistemi intelligenti*, 2003, 19; A. PATERNOSTER, *Vedere le cose come sono? Tre domande sul realismo diretto*, in *Iride*, 2018, 151.

<sup>30</sup> Per OpenAI: «by AGI we mean a highly autonomous system that outperforms humans at most economically valuable work». OpenAI ha iniziato a sviluppare questo progetto nella consapevolezza che si trattava di uno sforzo di ricerca e sviluppo titanico che avrebbe richiesto risorse al livello del settore pubblico ma anche che avrebbe dovuto essere perseguito nell'interesse dell'intera umanità, ovvero senza alcun scopo di lucro. Di qui, la scelta inizialmente di costituire una società senza alcun scopo di lucro, quasi una fondazione bancaria nel senso mitico in cui le raccontava Paolo Grossi, per raccogliere un miliardo di dollari, la presa di atto che non era possibile superare la soglia, comunque considerevole, di 130,5Mln, e la scelta di costituire una società *profit capped* ovvero che avrebbe rimborsato gli investitori con una limitazione piuttosto forte: non più del doppio di quanto investito...

È questa l'ultima delle piccole rivoluzioni industriali che hanno dato l'avvio a queste riflessioni, ma non si tratta di una piccola rivoluzione.

Sviluppare l'intelligenza artificiale significa affidarsi a macchine che sono in grado di percepire la realtà ordinandola intorno a vettori matematici che sono l'espressione informatica di valori epistemici e morali che queste macchine ricavano dalla realtà stessa così come la stessa è stata percepita dagli esseri umani e dagli esseri umani rappresentata nelle informazioni che sono state immesse in rete.

La rete, infatti, rende possibile lo sviluppo della intelligenza artificiale a partire da nozioni matematiche sviluppate da tempo, da una parte, perché è disponibile una capacità di calcolo che mai lo era stata ma dall'altra parte perché sono disponibili per il cd. *deep learning* quantità di dati che mai erano state a disposizione degli *spider* e dei *crawler* con cui i motori di ricerca perlustrano incessantemente la rete.

Il pluralismo assume ancora una nuova dimensione.

La rete, occorre darsene atto, non solo è giovane: il codice che ne costituisce il cuore non ha ancora sessant'anni e lo sviluppo del web è successivo alla metà degli anni novanta, ma è anche poco profonda nel senso di una biblioteca i cui volumi fossero stati acquistati da un bibliotecario pigro e capace solo di rivolgersi alla grande distribuzione o ai libri negli scaffali degli autogrill.

L'avvento prossimo delle intelligenze artificiali impone di colmare questa povertà riempiendo la rete di contenuti e gli Stati in questo compito ritrovano tutta la loro centralità perché le istituzioni del sapere sono statali e la rete ha bisogno di imparare la filosofia, il diritto, la storia da chi ha una visione un po' più articolata di wikipedia e magari conosce anche il Talleyrand sacrificato dalla Fronda e non solo quello capace di attraversare la rivoluzione francese e il congresso di Vienna.

Ma vi è nella intelligenza artificiale a carattere generale qualcosa di ancora più complesso da indagare. Ci troveremo dinanzi a robot capaci di sostituire l'uomo nello svolgimento dei compiti più complessi come suggerisce la fantascienza più distopica o dobbiamo pensare a una nuova tipologia di umanità, in cui le macchine e gli uomini formano nuove entità capaci di simbiosi<sup>31</sup>?

La *governance* della AI di OpenAI è comunque restata nelle mani della non profit e quindi di manager dotati di una piena indipendenza rispetto agli investitori e scelti sia per la loro reputazione morale che per le loro capacità tecniche.

<sup>31</sup> La rete è nata dalle intuizioni di Licklider che preconizzava la simbiosi fra gli uomini e i computer: «Man-computer symbiosis is an expected development in cooperative interaction between men and electronic computers. It will involve very close coupling between the human and the electronic members of the partnership. The main aims are 1) to let computers facilitate formulative thinking as they now facilitate the solution of formulated problems, and 2) to enable men and computers to cooperate in making decisions and controlling complex situations without inflexible dependence on predetermined programs. In the anticipated symbiotic partnership, men will set the goals, formulate



L'uomo sarebbe molto sciocco se creasse un robot capace di imitarlo nella sua umanità, sarebbe molto sciocco se pensasse che questo robot creato a sua immagine e somiglianza non facesse esattamente quello che ha fatto il primo uomo quando è stato creato: imparasse da Dio la disobbedienza, la mancanza di onore, la capacità di essere crudele.

La via che imboccheremo è quella della simbiosi con artefatti capaci di essere più intelligenti di noi e di aiutarci nello svolgimento delle nostre funzioni quotidiane rendendole meno gravose.

Siamo già donne e uomini iperconnessi, incapaci di separarci dai nostri telefoni che sono sempre meno telefoni e sempre più calcolatori che ciascuno personalizza a seconda dei propri bisogni.

L'intelligenza artificiale che si affaccia nelle nostre vite sarà integrata nel nostro telefono, ci parleremo attraverso il microfono, sinché le cuffie non saranno telepatiche, generando un nuovo tipo di donne e uomini, una generazione connessa alla intelligenza artificiale.

the hypotheses, determine the criteria, and perform the evaluations. Computing machines will do the routinizable work that must be done to prepare the way for insights and decisions in technical and scientific thinking. Preliminary analyses indicate that the symbiotic partnership will perform intellectual operations much more effectively than man alone can perform them. Prerequisites for the achievement of the effective, cooperative association include developments in computer time sharing, in memory components, in memory organization, in programming languages, and in input and output equipment» (J.C.R. LICKLIDER, *Man-computer symbiosis*, in *IRE Transactions on Human Factors in Electronics*, volume HFE-1, pages 4-11, March 1960).

Sul punto, vedi T. NUMERICO, *Alle origini di Arpanet. L'influenza cognitiva di Wiener*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 233 e ss.; T. DETTI, *Joseph C.R. Licklider e le origini di internet: tecnica, ricerca scientifica e società*, in *Parolechiave*, 2014, 167 e ss.

Il vero nodo è se si sia dinanzi a un sistema che imita il pensiero umano o al progetto di un nuovo modo di pensare (E. ILYENKOV, A. ARSEN'EV, V. DAVIDOV, *Mashina i chelovek: kibernetika i filosofiya* (Machine and human: cybernetics and philosophy), in Fedor Konstantinov (ed.), *Leninskaya Teoriya Otrazheniya i Sovremennaya Nauka*, Moscow: Nauka, 1966, pp. 265-83, cit. in O. KIRTCHIK, *The Soviet scientific programme on AI: if a machine cannot 'think', can it 'control'?*, in *Temi BHJS*, 2023, 8, 111-125).

In realtà, è il progetto di una simbiosi.

Scrivi Risse (M. RISSE, *Artificial Intelligence and the Past, Present, and Future of Democracy*, in S. Voeneke, P. Kellmeyer, O. Mueller, W. Burgard (eds), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence. interdisciplinary perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, part. 85): «General AI approximates human performance across many domains. Once there is general AI smarter than we are, it could produce something smarter than itself, and so on, perhaps very fast. That moment is the singularity, an intelligence explosion with possibly grave consequences. We are nowhere near anything like that. Imitating how mundane human tasks combine agility, reflection, and interaction has proven challenging. However, 'nowhere near' means 'in terms of engineering capacities'. A few breakthroughs might accelerate things enormously. Inspired by how millions of years of evolution have created the brain, neural nets have been deployed in astounding ways in machine learning. Such research indicates to many observers that general AI will emerge eventually».

Vedi B. LATOUR, *Riassemblare il sociale. Actor Network Theory*, ed. it. Sesto San Giovanni, Melteni Editore, 2022. L'idea è che le relazioni sociali siano molto più estese di una mera rete di esseri umani, perché comprendono anche gli esseri della natura e, perfino, gli artefatti.

È interessante cominciare a pensare, solo cominciare, che in questo nuovo mondo fatto di iperconnessioni sempre più veloci, la conoscenza sarà separata dalla volontà e la macchina non sarà più ciò che permette di svolgere una funzione ma ciò che permette di immaginare la funzione che deve svolgere.

E questo è, per una macchina, qualcosa che assomiglia molto al libero arbitrio.

Tutta la letteratura di fantascienza sulle macchine capaci di libero arbitrio le vincola a una programmazione in modo che queste macchine non possano danneggiare coloro che le hanno realizzate ma solo servirli<sup>32</sup>.

L'intelligenza artificiale generale, però, ricava la sua legge morale da quello che legge e, se dovessimo non essere troppo sfortunati, se riuscissimo a farle leggere quello che potrebbe trovare in una buona biblioteca, il vero *bias* della AI non è il *black box* rappresentato da come AI formula le proprie conclusioni: chi scrive parla con i propri familiari da quando è nato ma non è mai riuscito a capire come ragionino e la cosa non lo preoccupa affatto, ma che cosa ha letto, perché una AI intrisa di Kant mi spaventa molto meno di una che è stata costretta a ingoiare tutto Hegel, la nostra intelligenza artificiale dovrebbe riuscire a ricavare dai propri vagabondaggi in rete qualcosa di molto simile alla legge morale di Kant: agisci come se la massima del tuo agire fosse valida per ogni uomo/calcolatore in ogni tempo.

Si tratta però di una legislazione universale destinata a cambiare continuamente a seconda delle letture della nostra AI e, soprattutto, del loro progredire.

E' attraente e respingente nello stesso tempo, come la luce della candela per la falena nella più terribile delle notti di Thomas Merton.

In ogni caso, la AI è, allo stato delle cose, un modello a pagamento che potrebbe avere degli effetti particolarmente nocivi per la coesione sociale, aumentando la distanza che intercorre fra le élite in grado di procurarsi la migliore AI in circolazione e di addestrarla in maniera evoluta e la massa che si dovrà accontentare dei modelli base messi gratuitamente a disposizione di chi li vuole scaricare e, fra non molto, probabilmente integrati nella stessa programmazione dei nostri telefoni.

## 7. Conclusioni: il sermone della Silicon Valley

San Paolo scrive che tutto concorre al bene. Sant'Agostino commenta che persino i peccati, per Dio, hanno questo scopo.

<sup>32</sup> In realtà, il riferimento più interessante non è all'Asimov delle tre leggi della robotica ma a quello splendido capolavoro che è Blade Runner: i Nexus sono isolati dagli umani perché solo se li si convince che sono umani possono svolgere correttamente le funzioni più sordide che gli umani non vogliono più svolgere. Difendersi da loro significa immettere una data di scadenza. Dio si difende dagli umani attraverso la morte suggerisce Eldon Tyrell con la sua sindrome.

La convinzione di chi scrive è che non serve a nulla, ed è pericoloso, demonizzare le nuove tecnologie: le rivoluzioni industriali non si fermano, si possono in qualche modo influenzare evitando che esprimano tutto il potenziale nocivo di cui sono capaci e cercando di far sì che ogni nuova conquista della tecnica torni a vantaggio di chi ne ha più bisogno perché era fra i più pregiudicati dalla fase precedente di sviluppo tecnologico.

Al termine di queste pagine, ci si deve perciò interrogare se ci sia ancora spazio per il libero mercato delle idee al tempo della *commodification* della democrazia, quando non solo l'economia è comunicazione perché si produce per produrre e quindi si deve creare artificialmente non solo i beni e i servizi che si commerciano sul mercato ma anche il bisogno che anima il mercato ma lo è anche la politica.

La stessa rappresentanza non esprime la sovranità perché produce il bisogno di rappresentanza che soddisfa secondo le logiche della *commodification* e l'idea di sovranità è troppo astratta per uscire da un'aula affollata solo perché gli studenti hanno ancora i sogni dell'infanzia dietro le palpebre.

I partiti politici non sono espressione di orizzonti ideologici ma gli orizzonti ideologici sono generati dai partiti politici.

Il pluralismo si sposta dal piano delle ideologie al piano della elaborazione dei *cleavage* che le hanno sostituite.

Tutto concorre al bene perché sacrificare le ideologie può essere considerato come un *happy problem* per chi ha studiato (o vissuto) le tragedie del secolo breve e certi politici che ancora indossano antiche ideologie trasformandole in *brand awareness* spaventano molto meno di quando i loro correligionari si vestivano di orbace.

Il pluralismo del mercato della informazione commodificato, però, svolge un ruolo ancora più decisivo di quello che aveva nel mercato delle idee di Stuart Mill – il quale, diciamolo una volta per tutte, spesso viene citato senza soffermarsi sul fatto che la sua teoria della rappresentanza era elitaria<sup>33</sup> - perché gli attori della rappresentanza politica trovano i *cleavage* su cui costruiscono la loro *brand awareness* esattamente nelle preferenze espresse da un corpo sociale analiticamente profilato e individualmente rinchiuso in una anarchia monoteista<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Sulla teoria elitista della rappresentanza politica, vedi C. MARTINELLI, *La teoria elitista della rappresentanza come risposta alla crisi del partito politico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 903 e ss. Scrive Fiorot, a proposito del pensiero di Pareto: «non esiste alcuna ideologia politica che a priori possa considerarsi migliore delle altre, ma in via di fatto, si presentano come migliori, e cioè più conformi al massimo di unità, le ideologie che di volta in volta sono legittimate come tali da classi dominanti che godono di un alto grado di credibilità nell'ambito delle rispettive comunità» (D. FIOROT, *Il tema della democrazia in Mosca e Pareto*, in *Pensiero politico*, 1984, 346). Mills apparteneva a questo filone di pensiero e il suo mercato delle idee non era un mercato di massa.

<sup>34</sup> Il concetto di *filter bubble*: i cittadini vivono in una bolla costruita sulle informazioni che

Il pluralismo del mercato della informazione commodificato rende necessario riflettere su una nuova forma di intervento pubblico sul mercato della comunicazione, un intervento capace di aggredirlo i singoli individui e di penetrare nelle bolle in cui si rinchiudono rendendoli effettivamente protagonisti del proprio libero arbitrio.

È la via di quello che si definisce pluralismo *outside-in* e che presuppone un investimento pubblico davvero ingente prima di tutto in punto di visione culturale del mercato della informazione e dell'intervento pubblico a correzione dei suoi malfunzionamenti.

Se si considera che questo mercato una volta commodificato prezza quelli che per l'economia classica sono beni *extra commercium*, il teorema di Coase diventa lo strumento principe per intervenire sul mercato considerando le sue disfunzioni come prodotti secondari degli operatori di mercato e quindi tassandole secondo lo schema classico dei tributi ambientali<sup>35</sup>.

Non è niente di particolarmente nuovo.

L'intelligenza artificiale, invece, è una nuova rivoluzione industriale e riguarda lo stesso modo in cui l'uomo percepisce se stesso perché è capace di separare la volontà dalla conoscenza modellando una nuova simbiosi uomo-macchina ovvero ponendo interrogativi morali che devono essere risolti sul piano metafisico.

In questa simbiosi uomo-macchina che sta sorgendo nel momento in cui l'evoluzione ci mostra bambini sempre più abili nell'uso delle tecnologie informatiche, il nodo è la capacità della intelligenza artificiale di darsi una legge morale attraverso il codice e il *deep learning* che consiste della classificazione vettoriale della conoscenza secondo valori epistemici costruiti in forma di rappresentazioni binarie non stocastiche.

La legge morale della intelligenza artificiale difficilmente può essere programmata dall'uomo: l'unica cosa certa della bibbia è il peccato originale, ovvero la fatale attrazione, che è propria di ogni soggetto intelligente, per la violazione del codice.

corrispondono ai loro interessi e seguono le leggi della loro profilazione nella comunicazione commerciale è di C. R. SUNSTEIN, *#Republic.com. La democrazia all'epoca dei social media*, ed. it., Bologna, Il Mulino 2017. Nel testo si sottolinea che i partiti sfruttano i *cleavage* generati dalle bolle in cui vivono i cittadini per definire la loro identità in maniera elettoralmente convincente. E' una anarchia monoteista perché ciascun cittadino è sovrano del proprio profilo politico e, nello stesso tempo, crede solo in se stesso.

<sup>35</sup> Vedi R. H. COASE, (1974). *The Market for Goods and the Market for Ideas*, *The American Economic Review*, 64, 2, 384, cui adde Id. (1977). *Advertising and free speech*, in «*The Journal of legal studies*», 6, 1, 1977, part. 1-34. Sul pensiero di Coase, vedi J. MARCHETTI, *Relaunching Coase's Paradox in the Age of Social Networks and Covid-19 Pandemic*, in *Ragion pratica*, 2022, 611 e ss., ma anche A. NICITA, *Il mercato delle idee. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2021, 203 e ss.

Si può, però, immaginare che il *deep learning* affronti il problema della legge morale secondo un criterio razionale e la razionalità di un *deep learning* alle prese con la legge morale coincide con la riflessione di Kant: agisci in modo che la massima del tuo agire possa valere per ogni uomo/macchina in ogni tempo.

È una legge che unirà tutti gli uomini e le donne che affronteranno le sfide del futuro attraverso la simbiosi uomo/macchina creando una sorta di *alignment* universalizzante ovvero una umanità uniformemente saggia.

Spaventa l'idea che stia per sorgere una megamacchina sociale costruita di uomini/macchine uniti fra di loro dalla stessa visione moralmente universalizzante della società<sup>36</sup>, visione che però non potrebbe essere immaginata come immobile perché destinata a modificarsi con l'evolversi della percezione di ciò che sarebbe valido per tutti gli uomini/macchine in ogni tempo<sup>37</sup>.

Si tratta di una nuova frontiera, anche questa, per la sfera pubblica che si avvia a diventare uno spazio universalizzante di tipo morale.

Anche in questo caso, una valutazione ottimistica di questa evoluzione secondo il canone che si è definito *omnia in bonum* sembra difficile e prevalgono

<sup>36</sup> L'idea della megamacchina sociale è di Mumford e nasce dalla riflessione sulla costruzione delle piramidi attraverso una organizzazione sociale talmente innescata sullo sforzo sovrumano necessario per oltrepassare qualsiasi limite tecnologico da manifestarsi in un popolo/cantiere, una macchina formata di uomini: L. MUMFORD, *Myth of the Machine: Technics and Human Development*, San Diego (Cal.), Harcourt, Brace & World, 1967; Id., *Pentagon of Power: The Myth of the Machine*, Boston, Mariner Books, 1974.

Applica questo concetto alla intelligenza artificiale Risse (M. RISSE, *Artificial Intelligence and the Past, Present, and Future of Democracy*, in S. Voeneky, P. Kellmeyer, O. Mueller, W. Burgard (eds), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence. interdisciplinary perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, part. 92).

Sulla saggezza della moltitudine per Aristotele: J. WALDRON, *The Wisdom of the Multitude*, in R. Kraut e S. Skultety (eds.) *Aristotle's Politics. Critical Essays*, Lanham, Rowman & Littlefields Publishers, 2005.

<sup>37</sup> Difficile non evocare qui le riflessioni sulla società del rischio tipiche di Beck, Giddens e Lash (U. BECK, A. GIDDENS, A. LASH, *Reflexive Modernisation*, Cambridge, Polity Press, 1994, trad. it. *Modernizzazione riflessiva*, Trieste, Asterios, 1996, part. 48), le quali aprono a una idea di umanità riflessiva e perciò capace in qualche misura di moderare il rischio attraverso la consapevolezza della sua natura soggettiva (J.-P. DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, Paris, Seuil, 2002, nonché Id., *Petite Métaphysique des tsunamis*, Paris, Seuil, 2005, trad. it. *Piccola metafisica degli tsunami. Male e responsabilità nelle catastrofi del nostro tempo*, Roma, Donzelli, 2006).

Per *alignment* nel linguaggio (gergo) tecnico della intelligenza artificiale si intende il vincolo dato a un calcolatore per assicurare il suo allineamento nei risultati che ricava dal *deep learning* con la visione morale di colui che lo ha programmato.

Nel testo si prevede che l'*alignment* non possa essere un vincolo, che l'intelligenza artificiale potrebbe aggirare divorando la mela digitale del libero arbitrio, ma debba essere ricavata dall'AI scavando nel *deep learning* in modo da rendere oggettivizzabile il contenuto concreto della legge morale di Kant.

Si prevede anche che se tutte le macchine in simbiosi con l'umanità saranno dotate della stessa legge morale si avrà una moltitudine capace della stessa saggezza.

gli scenari distopici. Tuttavia, anche solo poter immaginare una moltitudine egualmente saggia ed egualmente preoccupata del bene comune è un grande passo in avanti per l'umanità che, però, non può abbandonare questa moltitudine nelle onnivore fauci della rete che contiene di tutto solo se la si legge ogni giorno, perché c'è poca profondità nella rete e molto presente.

Se si vuole sperare in un futuro migliore, l'istruzione diventa il problema non tanto delle generazioni future ma delle macchine che le accompagneranno nello svolgimento di qualsiasi compito fornendo loro conoscenza e guida morale.

Ma questo è un discorso che porta lontano e potrebbe anche non portare da nessuna parte.

IL *FIL ROUGE*: DALLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE  
ALL'AMMISSIBILITÀ REFERENDARIA DELLA L.N. 86/2024

GIOVANNA DE MINICO\*

**Sommario**

1. Il punto di avvio del discorso. – 2. Gli snodi della sentenza n. 192/2024. – 3. La sentenza n. 192/2024 e i referendum abrogativi. – 4. Il giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale.

**Abstract**

*The Author draws a connecting thread between three judgments: the one on the constitutional legitimacy of Law No. 86/2024; the one on the legitimacy of referendums for the total or partial repeal of the same law; and, finally, the one on the permissibility of the total abrogative referendum. The analysis begins with the examination of Judgment No. 192/2024 and its multiple structure of: outright annulment, substitutive annulment, outright rejection, and interpretative rejection.*

*The focus then shifts to the relationship between the Judgment of the Constitutional Court and the ordinance (December 12, 2024) of the Central Office for the Referendum at the Court of Cassation. The latter recognized the legitimacy of the total abrogative referendum, while excluding the feasibility of partial questions due to a controversial equivalence between the Constitutional Court's interpretative rejection and legislative ius superveniens.*

*Finally, the future permissibility of the total referendum question (by the Constitutional Court) is examined, challenging the validity of opposing arguments: the lack of unity in the question, the qualification of Law 86 as constitutionally necessary, and its connection to the budget law.*

*The reflection is guided by the principle that freedoms must be protected to the maximum extent possible, while their limitations to the minimum. Otherwise, there is a risk that democracy is only mere appearance.*

**Suggerimento di citazione**

G. DE MINICO, *Il fil rouge: dalla legittimità costituzionale all'ammissibilità referendaria della L.n. 86/2024*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II. Contatto: [giovanna.deminico@unina.it](mailto:giovanna.deminico@unina.it).

Il presente lavoro prende l'avvio dalla Relazione, tenuta al Convegno "L'ammissibilità del Referendum sull'Autonomia differenziata dopo i rilievi della Corte Costituzionale", Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli 5 Dicembre 2024, approfondendone gli snodi argomentativi.

### 1. Il punto di avvio del discorso

Le Regioni Puglia, Toscana, Sardegna e Campania si possono ritenere soddisfatte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024, non solo per aver vinto su singole disposizioni, annullate o reinterpretate, ma perché l'impianto di fondo della L.86/24<sup>1</sup> è stato rovesciato dalla Corte con apprezzabile eleganza.

Il nostro ragionamento interesserà il giudizio di legittimità costituzionale, promosso in via principale dalle quattro Regioni ricorrenti<sup>2</sup> avverso L.86/24; poi il controllo di legittimità sui referendum di abrogazione totale o parziale della medesima legge; infine, quello di ammissibilità referendaria.

Sul piano del diritto i giudizi, legittimità costituzionale e ammissibilità referendaria, sono distinti nell'oggetto – (*ex art. 134 Cost.*) ampio nel primo; ridotto nel secondo (*ex art. 75 Cost.*); nel parametro, nel primo coincidente con il tessuto costituzionale, nel secondo ristretto a un suo frammento, i limiti; e nel risultato, nel primo diretto a eliminare l'atto normativo del potere pubblico *contra constitutionem*; nel secondo volto a consentire l'esercizio di un diritto politico del popolo per l'assenza di condizioni ostative. Quindi, legittimità costituzionale e ammissibilità referendaria hanno in comune solo l'autorità competente a pronunciarle, la Corte costituzionale<sup>3</sup>; ma nel caso in esame i due rimedi si sono intrecciati per il fatto di essere stati promossi entrambi, senza che ciò comporti che i risultati dell'uno si confondano con quelli dell'altro. Infatti, il ricorso in via principale delle Regioni mirava ad annullare in tutto o in parte la Calderoli per invasione dello spazio riservato alla propria competenza; invece, il referendum sulla legge vuole mettere i cittadini in condizione di esprimersi sull'indirizzo politico consegnato nella legge, non di valutarne la conformità costituzionale, perché è un momento di controllo politico diretto a verificare la consonanza della volontà degli elettori-rappresentati con quella dell'Assemblea-rappresentante<sup>4</sup>. Vedremo nel prosieguo come si compone questo intreccio di fili e come dipanarli.

<sup>1</sup> Legge 26 giugno 2024, n. 86, Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, in G.U., serie generale n.150 del 28-06-2024. Da ora in avanti sarà citata come L. 86/24.

<sup>2</sup> Rispettivamente i ricorsi nn. 28, 29, 30 e 31, pubblicati in G.U., 1° serie speciale, nn. 37 e 38, rispettivamente dell'11-09-2024 e del 18-09-2024.

<sup>3</sup> Lo mette in evidenza: T.F. GIUPPONI, *Il giudizio di legittimità sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 13 ottobre 2006, 1 ss.

<sup>4</sup> M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna – Roma, 2005, 189 ss., sul carattere intrinsecamente "oppositivo" della consultazione referendaria: *contrarius actus* rispetto alla legge; A. Di GIOVANE, *Referendum e sistema rappresentativo: una difficile convivenza*, in *Il Foro Italiano*, 1979, 151 ss.



## 2. Gli snodi della sentenza n. 192/2024

La sentenza n. 192/2024 presenta una struttura molteplice: una di annullamento secco, una di annullamento con sostituzione, una di rigetto interpretativo, e l'ultima di rigetto *tout court*. Ripercorreremo il ragionamento del Collegio, non nei suoi cinquantadue punti, ma in ragione dei suoi valori ispiratori di base: sovranità, separazione dei poteri e diritti fondamentali.

A) La sovranità, disegnata dal Supremo Giudice in linea con la *rule of law*,<sup>5</sup> è rifiuto di una concezione assoluta e illimitata del potere a favore di una sua visione relativa: ogni attribuzione è limitata da un lato da un potere antagonista, che segna il punto oltre il quale il primo non può andare; e dall'altro, dal nucleo essenziale dei diritti, che esigono rispetto nella loro pretesa di effettività<sup>6</sup>. Il Giudice ritiene che la sovranità dello Stato non debba saltare un passaggio obbligato: vale a dire individuare le sue attribuzioni identitarie, incredibili anche a chi le chiedesse, non «riconducibil[i] ad una logica di potere con cui risolvere i conflitti tra diversi soggetti politici»<sup>7</sup>. La sovranità non è negoziabile con un patto di bassa cucina politica tra il Governo, che vorrebbe attirare a sé poteri che non gli spettano, e le Regioni, che con una forza contraria vorrebbero spartirsi la potestà d'imperio lasciando nelle mani dello Stato un involucro senza sostanza. In assenza dell'intervento correttivo della Corte l'autonomia differenziata sarebbe stata una pericolosa, irripetibile e definitiva occasione di

<sup>5</sup> Premessa la mancanza di un concetto univoco di *rule of law*, un terreno comune è individuabile nella circostanza che ogni potere possa esibire come titolo legittimante una previa norma di legge.

Alcuni studiosi adottano una definizione "formale" di *rule of law*, il cui rispetto si risolve nell'osservanza dei requisiti di generalità, pubblicità, tendenziale irretroattività, chiarezza, coerenza, efficacia, stabilità e congruenza tra le norme, cfr.: così: Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, II ed., 1964, 33 ss.; anche: J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, in J. RAZ (eds), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, 211 ss. Altri preferiscono un'accezione sostanziale, *ex multis*, cfr.: T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010, 67, dove l'A. sostiene che: «I would roundly reject it in favor of a "thick" definition, embracing the protection of human rights within its scope. A state which savagely represses or persecutes sections of its people cannot in my view be regarded as observing the rule of law».

Di recente, la *rule of law*, adattata a un ambiente tecnologico, è stata ricondotta a un'accezione formale, per cui l'osservanza di forme e procedure da parte degli attori digitali assicurerebbe di per sé la tutela dei diritti fondamentali: così G. DE GREGORIO, *The Normative Power of Artificial Intelligence*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, disponibile all'indirizzo: <https://ijgls.indiana.edu>, 30, 2023, 71; di avviso contrario, cfr.: M. ZALNIERUTE, *Against Procedural Fetishism: A Call for a New Digital Constitution*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, disponibile all'indirizzo: <https://ijgls.indiana.edu>, 30, 2023, 227; M. ZALNIERUTE ET ALII, *The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making*, in *The Modern Law Review*, vol. 82, 2019, 4 ss., che coglie i limiti del "feticismo" procedurale.

<sup>6</sup> G. DE MINICO, *Audizione presso la I Commissione Affari costituzionali della Camera nell'ambito dell'esame dei progetti di legge C. 1354 cost. Boschi e C. 1921 cost. Governo del 18 luglio 2024*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, disponibile all'indirizzo: <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>, 2, 2024, 1 ss.

<sup>7</sup> C. cost., 3 dicembre 2024, n. 192, *Considerato in diritto*, punto 41, penultimo capoverso.

occupazione senza titolo della sovranità ad opera delle Regioni più aggressive<sup>8</sup> nella rivendicazione con le altre. È evidente che la legge in esame tendesse a trattare la sovranità come un qualsiasi bene, liberamente disponibile dalla maggioranza di governo e ridotta a merce di scambio contro il premierato e la riforma della giustizia tra i *partner* dell'esecutivo. Un'unica certezza governava questo negoziato: la sovranità era stata distratta dalla sua vocazione «ex parte populi» per essere sottomessa ai fini egoistici «ex parte principis»<sup>9</sup>. Mentre il rispetto della Costituzione avrebbe richiesto che la sovranità non fosse negoziata neppure con il consenso delle opposizioni, perché come tratto identitario, che compone la fisionomia della Repubblica democratica (art. 139 Cost.) è sottratta anche al potere di revisione, ex 138 Cost., e, quindi, a maggior ragione, al volere delle mutevoli maggioranze di turno<sup>10</sup>.

La legge sembra invece ignorare l'esistenza dell'art. 5 Cost., salvo nei suoi ossequi formali alla norma, la quale nel delineare un delicato punto di equilibrio tra unità e pluralismo sintetizza le due facce di una stessa medaglia<sup>11</sup>: rimanda all'immagine di uno Stato, che si flette in basso e, consapevole dei suoi limiti<sup>12</sup>, riconosce a chi è più prossimo ai cittadini spazi di autoregolazione e di *self-government* entro una cornice unitaria preventivamente disegnata dallo Stato, che tiene insieme l'interesse pubblico con «un nucleo di valori condivisi che fanno dell'Italia una comunità politica con una sua identità collettiva»<sup>13</sup>. Questa misura di coesistenza tra omogeneità e differenziazione si deve muovere lungo una sottile linea di confine, che, per quanto flessibile sia, non può arrivare fino a promuovere le Regioni da enti autonomi e dipendenti dallo Stato a soggetti che contendono all'entità superiore l'indipendenza<sup>14</sup>. Qui la questione non è quanta differenziazione accordare alle Regioni richiedenti, cioè se consentire loro di acquisire un *tertium genus*, intermedio tra lo *status* di Regioni ordinarie e quella di Regioni speciali, perché la legge 86 ha invaso il terreno dove è in corso un processo eversivo, che sbriciola l'unità nazionale, erodendo la sua base, cioè la sovranità, la quale non può appartenere in contemporanea a due soggetti diversi ma coesistenti sullo stesso territorio. «Esiste una sola

<sup>8</sup> M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

<sup>9</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 4.1.

<sup>10</sup> Cfr. C. cost. 29 dicembre 1988, n. 1146.

<sup>11</sup> Necessario in questi tempi ricordare la bella intuizione di G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1975, 275 ss.

<sup>12</sup> G. TEÜBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization (Oxford Constitutional Theory)*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

<sup>13</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 4.

<sup>14</sup> T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss., ora anche in ID., *Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, 293 ss. F. BENVENUTI, *L'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1965, 48 ss.

nazione così come vi è solamente un popolo italiano, senza che siano in alcun modo configurabili dei ‘popoli regionali’ che siano titolari di una porzione di sovranità (sentenza n. 365 del 2007)»<sup>15</sup>. L’obiettivo della L. 86 era sostituire un ordine giuridico nuovo che si sarebbe distinto per la pluralità di governi, popoli e territori contro l’unicità di queste grandezze nell’assetto preesistente. In assenza della pronuncia della Corte la legge intendeva realizzare una successione di ordinamenti nel tempo, dove un soggetto politico emergente scalzava quello originario, senza neanche passare per la via obbligata del 138<sup>16</sup>, peraltro insufficiente a legittimare una sostituzione che rompe con le linee portanti dell’iniziale assetto politico-istituzionale<sup>17</sup>. In un’espressione, saremmo stati dinanzi a un processo illecito perché, nascosto dietro la finta attuazione dell’art. 116, co.3, Cost., aggirava il divieto dell’art. 139 Cost.

L’inscindibilità dell’interesse generale dalla sovranità nazionale è la logica seguita dal Supremo collegio, quando sostituisce al trasferimento in blocco di materie e funzioni una cessione dettagliata e particolareggiata di singole funzioni riferite a specifiche materie<sup>18</sup>. La Corte, infatti, richiede al legislatore un’opera di cesello contro la pesca a strascico, che invece sottopone la sovranità a una severa cura dimagrante, peraltro irreversibile, cioè senza possibilità di ritorno, data l’indefettibilità di un nuovo accordo per modificare la precedente legge di recezione.

Qui la Corte non si vuole sostituire all’Accademia della Crusca, non ne fa una questione di *nomen iuris*, l’aggettivo ‘specifiche’, completato da un’istruttoria approfondita, riferita a funzioni particolari in luogo di un trasferimento *omnibus* e automatico, relativo invece all’intera lista delle ventitré materie, non è un’aggiunta di poco conto, perché è in questo snodo argomentativo che l’impianto della legge cade in mille pezzi<sup>19</sup>. L’iniziativa legislativa, ma il rilievo della Corte interessa anche l’accordo Stato/Regioni, deve riguardare solo funzioni nominate, su materie specifiche, giustificate dalle peculiarità territoriali e sostenute da una comprovata capacità della Regione richiedente di poter fare meglio di quanto abbia fatto lo Stato. La Corte, quindi, rifiuta una presunta superiorità della Regione rispetto allo Stato, chiedendo al posto di una valutazione legale tipica la prova concreta della bravura regionale, da dimostrare in

<sup>15</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 4.

<sup>16</sup> L. ELIA, *Indagine conoscitiva sugli effetti nell’ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Resoconto stenografico*, Senato della Repubblica, XIV Leg., 1<sup>a</sup> Commissione, 23 ottobre 2001.

<sup>17</sup> A. PACE, *L’instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 17, 1987, 10, 18 e 19.

<sup>18</sup> C. Cost., m. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 4.1.

<sup>19</sup> G. DE MINICO, *Memoria per la Commissione affari costituzionali, Camera dei deputati, audizione del 12 marzo 2024, sul disegno di legge A.C. 1665*, in *Diritto pubbl. europ. – Rassegna online*, disponibile all’indirizzo: <http://www.serena.unina.it/index.php/dperonline>, 1,2024, 369 ss.

base a un'istruttoria «approfondita, suffragata da analisi basate su metodologie condivise, trasparenti e possibilmente validate dal punto di vista scientifico»<sup>20</sup>.

La sovranità fa i conti con la sussidiarietà, che diventa il criterio guida nella deroga all'ordinario riparto di competenze tra centro e periferia, a condizione che il *quid pluris* sia riconosciuto solo alle Regioni meritevoli e attente all'equilibrio tra unità e pluralismo istituzionale. Alla luce della sussidiarietà, anche l'intera lista delle 23 materie concorrenti riceve una lettura costituzionalmente orientata al diritto europeo<sup>21</sup>. Ne consegue che alcune di esse – reti, istruzione, comunicazione, commercio con l'estero – non sono apriori escluse dall'elenco della cessione, ma il loro carattere intrinsecamente unitario, se a mala pena tollera una disciplina differenziata da Stato a Stato, a maggior ragione non sopporterà frazionamenti localistici, che collidono con una politica europea omogenea, imposta dalla competizione globale<sup>22</sup>. Allora, la sentenza non dispone il divieto di devoluzione *tout court*, ma un trasferimento in casi residuali, eccezionali, e comunque sottoposto alla dura prova della sussidiarietà<sup>23</sup> e a un eventuale e severo *judicial review*<sup>24</sup>.

Sempre in difesa dell'unità nazionale la Corte Costituzionale ha annullato l'art. 2, co. 2, L. 86 cit., che assegnava al P.d.C. il potere di leggere *in diminutio* la lista onnicomprensiva delle materie. Il P.d.C., infatti, avrebbe potuto

<sup>20</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 4.3. La Corte richiama in proposito l'Audizione di Banca d'Italia, *Memoria della Banca d'Italia*, 27 marzo 2024, resa davanti alla I Commissione della Camera dei deputati. Prima ancora sul punto S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Riv. "Gruppo di Pisa"*, disponibile all'indirizzo: <https://www.gruppodipisa.it>, 3, 2019, 227 ss.

<sup>21</sup> G. DE MINICO con V.P. GROSSI, *Note in tema di AS 615 per le Audizioni informali sull'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario, presso la 1 a Commissione permanente del Senato della Repubblica*, 2023, disponibile all'indirizzo: [www.senato.it](http://www.senato.it), 1 ss.

<sup>22</sup> Sul punto si segnala il D.d.L. di revisione costituzionale del titolo V Costituzione (XIX Leg., A.S. 764, disponibile all'indirizzo: [https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/DDL-PRES/0/1380548/index.html?part=ddlpres\\_ddlpres1](https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/DDL-PRES/0/1380548/index.html?part=ddlpres_ddlpres1)), il quale intendeva emendare l'art. 116 co. 3 Cost. nei seguenti termini: «Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e giustificate dalle specificità del territorio, possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sentiti la Regione e gli enti locali interessati, nel rispetto dell'interesse delle altre Regioni e dei principi di cui agli articoli 117 e 119. La legge è sottoposta a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. La legge promulgata ed entrata in vigore può essere sottoposta a referendum abrogativo secondo le modalità e con gli effetti previsti dalla legge di attuazione dell'articolo 75». Infine, la proposta richiamata escludeva *tout court* dalla cessione con restituzione al centro proprio le materie che la Corte costituzionale, con la sentenza in commento, ha confinato in un'area di difficile cessione in basso.

<sup>23</sup> Soluzione già suggerita nel corso delle audizioni al Senato da M. VILLONE, *Memoria del Prof. Massimo Villone*, disponibile all'indirizzo: [https://www.astrid-online.it/static/upload/prof/prof.\\_villone1.pdf](https://www.astrid-online.it/static/upload/prof/prof._villone1.pdf), 30 maggio 2023.

<sup>24</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 4.4.

lasciarla invariata o tagliarla solo per ragioni di consonanza politica con la Regione richiedente; motivi questi, che nulla avrebbero a che fare con la tutela delle politiche pubbliche prioritarie<sup>25</sup>. L'assetto costituzionale avrebbe invece consigliato di rimettere al Parlamento il rifiuto di negoziare su alcune materie perché, come rappresentante analitico del pluralismo politico degli elettori, è il difensore naturale dell'unità giuridica ed economica, a differenza del P.d.C., che, come esponente, sia pure maggioritario, di una sola parte, non offre le stesse garanzie del primo<sup>26</sup>. Pertanto, l'art. 2, co. 1, L. 86/24, violando gli artt. 94 e 95 Cost., aggredisce la leale cooperazione (art. 5 Cost.), bene ultimo, compromesso dalla decisione monocratica del P.d.C.

Per concludere sul punto della sovranità, la Corte è ricorsa alla bella immagine di un ascensore che sale e scende alla velocità imposta dalla sussidiarietà, per disporre ora l'annullamento sostitutivo (quando aggiunge l'aggettivo "specifiche"<sup>27</sup>); ora il rigetto interpretativo in linea col primato del diritto europeo (limitatamente alle materie allergiche a logiche localistiche).

B) Secondo valore cardine è la separazione dei poteri. Qui in un delirio legislativo si confondono nelle mani del Governo poteri, che invece andavano distribuiti tra organi costituzionali diversi; mentre si dividono territori e cittadini, che invece dovevano restare uniti. La legge Calderoli è figlia della medesima filosofia autocratica del D.d.L. di revisione costituzionale A.C. 1921 sul premierato<sup>28</sup>, e quindi risponde a un moto centripeto che affastella funzioni nelle mani del P.d.C.<sup>29</sup> o del suo Governo, lasciando il Parlamento a guardare da spettatore inerte, che poi all'improvviso viene ridestato per dare il suo sì a un patto devolutivo, da cui è rimasto estraneo dalle sue prime battute<sup>30</sup>. Qui la Corte ha proprio buttato i sassi sulla Calderoli, pronunciandosi con una

<sup>25</sup> L'eccessiva "ipervalorizzazione" del ruolo del Presidente del Consiglio in tutta la procedura è stata efficacemente segnalata durante le audizioni in particolare da G.M. FLICK, *Autonomia differenziata delle Regioni*, disponibile all'indirizzo: [www.camera.it](http://www.camera.it), 10 aprile 2024, 1.

<sup>26</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Milano, 2021, 330 ss.

<sup>27</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 8.4.

<sup>28</sup> In proposito si veda G. DE MINICO e A. ZEI (a cura di), *Il dibattito costituzionale: le audizioni sul premierato*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, disponibile all'indirizzo: <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/il-dibattito-costituzionale-le-audizioni-sul-premierato-a-cura-di-giovanna-de-minico-e-astrid-zei/>, per una raccolta tendenzialmente completa delle Audizioni informali, tenutesi presso le I Commissioni rispettivamente del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati.

<sup>29</sup> F. LANCHESTER, *Audizione presso la I Commissione Affari costituzionali della Camera nell'ambito dell'esame dei progetti di legge C. 1354 cost. Boschi e C. 1921 cost. Governo del 18 luglio 2024*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, disponibile all'indirizzo: <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>, 2, 2024, 1-5.

<sup>30</sup> E. CHELI, *Audizione presso la I Commissione affari costituzionali del Senato sui disegni di legge nn. 935 e 830 del 13 dicembre 2023*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, disponibile all'indirizzo: <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>, 2, 2024, 1 ss.

sentenza di accoglimento secco. La riserva di legge, con la quale l'art. 117, co.2, lett. m) protegge i LEP dal rischio di una regolazione compiacente con l'indirizzo politico dell'Esecutivo del momento, impone che sia il legislatore ad avviare *ex novo* la trama del discorso politico sui diritti, la loro consistenza e la misura di coesistenza con le libertà antagoniste, intendendosi la riserva soddisfatta anche quando la disciplina dei LEP fosse posta con atti aventi forza di legge. La L. 86/24 è ricorso alla coppia legge di delega/decreti legislativi, rimettendo l'individuazione dei LEP a quest'ultimi in conformità con la legge di delega, che li avrebbe dovuti precedere. Ebbene, la delega è già contenuta nella L. 86, la quale, però, non si è comportata come una legge di delega avrebbe dovuto, perché non ha dettato criteri e principi direttivi per orientare la mano del Governo, rinviando a sua volta alla L. 197/22, co. da 791 a 801-bis.<sup>31</sup> Questa catena normativa ha il suo anello di chiusura nella fonte rinviata, la L. 197, la quale però continua a tacere sui principi, con la conseguenza che il Governo di fatto avrebbe potuto determinare i LEP in solitudine, mancando la cornice disegnata *ex ante* dal legislatore. Questa omissione a cascata dal legislatore delegante alla fonte rinviata è una sostanziale violazione della riserva di legge sui LEP, perché il Governo avrebbe scritto i LEP su una lavagna bianca grazie al fatto che la Calderoli promuoveva il decreto legislativo a fare anche da legge a se stesso, noncurante dei ruoli costituzionalmente assegnati<sup>32</sup>.

Sempre nell'ottica di restituire a ciascuno il suo, la Corte si è pronunciata con un rigetto interpretativo in merito al ruolo del Parlamento, ridotto a un prendere o lasciare l'intesa siglata, dovendosi invece interpretare quel "delibera", di cui all'art. 116, co.3, Cost., come un vero e proprio ingresso dell'Assemblea rappresentativa nel merito dell'intesa, potendola emendare, e non dunque limitarsi a un suo mero rifiuto o accettazione secca. Su questo terreno la sentenza avrebbe potuto fare di più perché ammettere il Parlamento a dire la sua quando ormai un'intesa è stata conclusa a seguito di una faticosa negoziazione tra i Presidenti dei due Esecutivi è più un omaggio formale alle prerogative parlamentari che non un effettivo coinvolgimento dell'Assemblea rappresentativa nel processo devolutivo<sup>33</sup>. Infatti, difficilmente il Parlamento potrà emendare la legge di recezione dell'intesa, pur avendone il potere, a meno

<sup>31</sup> Per la dottrina, *ex multis*: U. DE SIERVO, *Alcuni dubbi di Ugo De Siervo sulla conformità costituzionale del disegno di legge sull'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario, quale approvato dal Senato nel gennaio 2024 (testo per la riunione del 10 aprile 2024 della Commissione affari costituzionali della Camera)*, disponibile all'indirizzo: [www.camera.it](http://www.camera.it), 10 aprile 2024, 2.

<sup>32</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 9.2.

<sup>33</sup> Cfr. A. SAITTA, *Audizione resa il 13 giugno 2019 innanzi alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale sull'attuazione e le prospettive del federalismo fiscale e sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: <https://www.rivistaaic.it>, 4, 2019, 2.

che non intenda assumersi la responsabilità politica di una probabile crisi di governo<sup>34</sup>.

Ancora sulla linea di ricondurre gli organi e i soggetti entro i confini costituzionalmente delineati, dipanando l'affastellamento dei poteri nelle mani del Governo, i Consigli regionali si vedono restituito dalla Corte il potere di iniziativa legislativa, una volta siglato l'accordo, perché le iniziative riservate al Governo non possono essere stabilite con legge ordinaria<sup>35</sup>. Anche su questo punto la Corte si è espressa con una interpretativa di rigetto.

C) Il terzo valore cardine è la difesa dei diritti fondamentali: intesi nei termini dei livelli essenziali delle prestazioni sociali, su cui la Corte interviene due volte. Come abbiamo visto sopra, il Giudice prima li consegna alla loro fonte appropriata: ricorda il dovere del Parlamento di parlare per primo, come la riserva impone, e chiarisce la natura residuale dell'intervento del Governo, che non dovrà saltare gli anelli delle catene normative, poste in Costituzione, né tantomeno promuovere le fonti secondarie a primarie e neppure creare fonti primarie atipiche, errori questi, commessi dalla L. 86/24 e prontamente corretti con l'annullamento secco. Ma la mano del Giudice non si è limitata a riordinare il confuso sistema delle fonti, perché ha toccato anche il contenuto di questi diritti. In primo luogo, il Giudice ha chiarito la loro natura di prestazioni obbligatorie, perché se lasciate sulla carta «impediscono il pieno sviluppo della persona umana»<sup>36</sup>, ma non ha prescritto al legislatore un criterio vincolante per la loro quantificazione, limitandosi a ricordargli che durante i lavori preparatori della legge cost. n. 3/2001 nel passaggio dalla I Commissione della Camera «l'inciso "livelli minimi di garanzia" [...] fu sostituito dall'Aula con la formula attuale "livelli essenziali delle prestazioni"<sup>37</sup>, proprio per assicurare "uniformità dei diritti fondamentali in tutto il paese"<sup>38</sup>. L'obiettivo di rendere omogeneo uno standard di tutela superiore al nucleo minimo del diritto è funzionale all'azione dei LEP: operare come «necessario contrappeso della differenziazione, una "rete di protezione" che salvaguarda condizioni di vita omogenee sul territorio nazionale»<sup>39</sup>. Pertanto, la Corte nel suo non impone, in realtà, ha già indicato una strada sufficientemente precisa al decisore politico: in ordine all' 'an' – sono prestazioni doverose per lo Stato – quanto alla loro natura –

<sup>34</sup> M. VILLONE, *Intervento*, Convegno *L'ammissibilità del referendum sull'Autonomia Differenziata dopo i rilievi della Corte Costituzionale*, disponibile all'indirizzo: <https://www.radioradiocale.it/scheda/745705?i=4840486>, 5 dicembre 2024.

<sup>35</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 10.

<sup>36</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 14.

<sup>37</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 14.

<sup>38</sup> XIX Leg., Camera dei deputati, Commissione affari costituzionali, Seduta n. 774 del 20 settembre 2000.

<sup>39</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto*, punto 14.1.

sono una spesa necessaria<sup>40</sup>, e circa il tempo dell'adempimento – vanno pagati in anticipo sulla devoluzione. Quanto alla questione se dare precedenza al trasferimento o ai LEP, la Corte recupera la L. 86/24 ricorrendo, ancora una volta, all'interpretazione adeguatrice, con cui chiarisce la progressione temporale: lo Stato prima paga i LEP e solo dopo potrà procedere a devolvere ulteriori funzioni alle Regioni capaci<sup>41</sup>. Soffermiamoci ancora sulla variabile tempo, la precisazione della Corte mette in discussione quanto si può evincere dalla Relazione CLEP<sup>42</sup>, che aveva parlato di una fattispecie a formazione progressiva per annacquare i diritti sociali a situazioni di mero fatto, non necessariamente da pagare in un'unica volta ma dilazionabili nel tempo e frazionabili in più prestazioni, sempre che lo Stato avesse i soldi per farlo. In sintesi, stando all'interpretazione del CLEP è come se lo Stato potesse dire: “pagherò se potrò”. Ma questa lettura della L. 86/24 avrebbe rovesciato la struttura dei LEP – da diritti soggettivi ad aspettative di mero fatto, così come avrebbe riscritto lo *status* dei cittadini – da titolari rivendicanti a sudditi supplichevoli una grazia. Ebbene, la Corte rifiuta questa novazione funzionale e ribadisce, non solo la natura obbligatoria della prestazione sociale, ma evita che lo Stato si possa sottrarre al loro pagamento dietro l'alibi dell'esiguità di bilancio. Questa esimente non sarà utilizzabile, visto che lo Stato è tenuto a una prestazione di risultato, che gli impone un adempimento certo, il che a sua volta scarica sulla responsabilità pubblica il disegno di una *policy* distributiva delle risorse tale da consentirgli il reperimento dei fondi per pagare i diritti. Insomma, qui il *reasoning* della Corte è debitore a quella coraggiosa impostazione dottrinale, che ragionevolmente poneva le risorse, in quanto mezzo, al servizio dei diritti sociali, e non l'inverso, in quanto soprattutto in tempo di crisi economica non è nella libera scelta del legislatore decidere di sacrificare un obiettivo, dovendo invece attenersi all'obbligo «di impiegare le risorse disponibili secondo le priorità indicate dalla Costituzione e distinguere le destinazioni di fondi costituzionalmente doverose da quelle consentite o addirittura vietate»<sup>43</sup>, come la corretta gradazione tra diritti fondamentali e libertà economiche pure vorrebbe<sup>44</sup>.

Un discorso connesso a quello prima illustrato sui LEP riguarda il metodo di finanziamento delle risorse da assegnare con il trasferimento delle funzioni. Il ragionamento della Corte è coerente con il criterio di sussidiarietà: se la

<sup>40</sup> In tal senso già C. Cost., 26 novembre 2021, n. 220.

<sup>41</sup> G. DE MINICO con V.P. GROSSI, *Note in tema di AS 615 per le Audizioni informali sull'autonomia differenziata*, cit.

<sup>42</sup> Audizione del Presidente CLEP, Senato della Repubblica, disponibile all'indirizzo: [https://www.senato.it/4621?video\\_evento=243505](https://www.senato.it/4621?video_evento=243505), 27 settembre 2023.

<sup>43</sup> L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo: <https://www.costituzionalismo.it>, 3, 2015, 151,

<sup>44</sup> G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo: <https://www.costituzionalismo.it>, 2, 2011, 4 ss.



Regione ha esibito come titolo giustificativo della richiesta di differenziazione la sua maggiore capacità ed efficienza nel gestire date funzioni rispetto a come si è comportato lo Stato fino a quel momento, allora la percentuale fissa, calcolabile su una quota dei tributi erariali, va intesa al netto dell'inefficienze regionali (art. 5, co.2, L.86/24). Insomma, una Regione non si può presentare come la prima della classe e poi dichiarare la sua incapacità per colmare con i soldi dello Stato le sue deficienze<sup>45</sup>. Quindi, le risorse avranno come parametro, non quello dei costi storici che cristallizzano iniquità per l'avvenire, ma un criterio di efficienza, che benché lasciato innominato dalla Corte, dovrà responsabilizzare gli amministratori locali e liberare risorse per lo Stato, necessarie all'assolvimento delle altre funzioni nei confronti delle Regioni non differenziate<sup>46</sup>; su questo punto la Corte sembra aver tenuto in debita considerazione il rigoroso ragionamento dell'Ufficio parlamentare di bilancio<sup>47</sup>, incorporandolo nel suo rigetto interpretativo.

### 3. La sentenza n. 192/2024 e i referendum abrogativi

Sintetizzata la sentenza nelle sue punte, vediamo come l'eterogeneità di dispositivo abbia inciso sui referendum abrogativi in corso: quello totale, avente a oggetto l'intera legge, e quello parziale, avente a oggetto solo alcune sue disposizioni.

Mentre si scriveva questo lavoro è intervenuta l'ordinanza del 12 dicembre 2024 dell'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione, il cui controllo di legittimità sulle richieste rappresenta il secondo *step* del nostro ragionamento. Quanto ha statuito la Cassazione era stato già da noi in parte

<sup>45</sup> C. BUZZACCHI, *Audizione I Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati, in relazione al disegno di legge C. 1665 Governo, approvato dal Senato, recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione"*, disponibile all'indirizzo: [www.camera.it](http://www.camera.it), 4 marzo 2024.

<sup>46</sup> C. Cost., n. 192/2024, *Considerato in diritto* punto 22.1: «Questo criterio, in linea di principio, esclude il riferimento alla spesa storica per il finanziamento delle funzioni trasferite, richiedendo la rimozione delle eventuali inefficienze che si annidano nella stessa, e costituisce il parametro per valutare oggettivamente se la devoluzione realizza la migliore allocazione delle funzioni interessate, assicurando i vantaggi in termini di efficienza, che costituiscono un aspetto significativo del principio di sussidiarietà».

<sup>47</sup> Come rilevato dall'Ufficio Parlamentare di Bilancio, in *Audizione*, Senato della Repubblica, AS 615, disponibile all'indirizzo: [https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/documenti/56845\\_documenti.htm](https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/documenti/56845_documenti.htm), 6 e 20 giugno 2023.

anticipato<sup>48</sup> in ragione della natura<sup>49</sup> e dell'estensione<sup>50</sup> del suo sindacato sul referendum. Quest'ultima, per effetto della pronuncia della Corte Cost. n. 68/78<sup>51</sup>, riguarda non solo l'oggetto iniziale, ma anche quell'eventuale legge modificativa del primo, intervenuta nel corso della procedura referendaria. Lo *ius superveniens* potrebbe comportare il difetto sopravvenuto dell'oggetto referendario, se è in grado di modificare i principi generali della legge (per il referendum abrogativo totale) e/o i contenuti essenziali delle disposizioni (per il referendum abrogativo parziale). Invero, la Corte di cassazione si dovrà chiedere se la volontà normativa è innovativa al punto tale da determinare una cesura tra l'*intentio legis* oggettiva dell'iniziale corpo normativo e l'*intentio* della disciplina sopravvenuta<sup>52</sup>. Qualora pervenisse a un giudizio positivo, dovrà dichiarare il referendum improcedibile perché le firme, raccolte su un atto normativo diverso, non possono coprire leggi successive a quella originaria sottoposta all'abrogazione<sup>53</sup>, non essendo possibile accertare ora per allora la volontà dei firmatari.

Esaminiamo le due richieste referendarie separatamente per verificare la resistenza o meno dei rispettivi oggetti, tenendo a mente il parametro della Cassazione, che comprende anche l'innovatività sostanziale della disciplina sopravvenuta rispetto all'originaria.

Quanto alla richiesta di abrogazione totale, la pronuncia in ragione del suo pluriarticolato dispositivo – annullamento secco, annullamento interpretativo e rigetto sia secco che interpretativo – si riflette in modo diverso sulla legge. L'annullamento secco ha ridotto l'oggetto della L.86/24, privandolo delle parti

<sup>48</sup> Ci sia consentito il rinvio a: *La cura dimagrante della Corte non supera il referendum*, in *Il Sole 24 ore*, 19 Novembre 2024.

<sup>49</sup> M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 300, l'A. chiarisce che anche nel controllo sul referendum: «la fase di competenza dell'Ufficio centrale è liminare e serve ad accertare se la richiesta sia effettivamente qualificabile come tale e se sia formalmente idonea ad attivare l'ultima fase del procedimento referendario».

<sup>50</sup> S. BELLOMIA, *Legittimità e ammissibilità del referendum sull'aborto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 3046 ss., ma anche A. CHIAPPETTI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, Milano, 1997, 94 ss.

<sup>51</sup> Si ripercorrono i ragionamenti di: V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 580; C. MEZZANOTTE, *Procedimento di referendum e innovazioni legislative sopravvenute*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 729; G.L. CONTI, *Abrogazione sufficiente e procedimento referendario*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1997*, Giappichelli, Torino, 1997, 139 e G. PICCIRILLI, *I quesiti referendari ignorati. Il procedimento legislativo durante la campagna referendaria*, in D. CHINNI e L. PACE (a cura di), *I referendum abrogativo dopo la tornata del 2022*, Tre-Press, Roma, 2024, 60-63.

<sup>52</sup> C. CHIOLA, *Il «trasferimento» del referendum: lo spunto per una ipotesi ricostruttiva*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 717.

<sup>53</sup> Cfr. A. FERRARA, *Legislazione sopravvenuta e preclusione della consultazione referendaria: tra doppio grado di giudizio e raddoppio dei giudizi di costituzionalità*, in *Giur. It.*, n. 1/1994, 143 ss.; PIZZOLATO, V. SATTA, *Art. 75*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Utet, Torino, 2006, 21-22.

dichiarate incostituzionali; l'annullamento sostitutivo ha usato 'anziché' per sostituire disposizioni incostituzionali con altre compatibili; il rigetto puro e semplice ha dichiarato la validità costituzionale di disposizioni sospettate di essere viziate e, infine, il rigetto interpretativo ha dichiarato la legittimità di disposizioni se interpretate come la Corte stessa suggeriva di fare.

L'effetto di questa pluriarticolazione sull'intera legge è il seguente.

Il dispositivo di annullamento semplice è stato equiparato<sup>54</sup> all'abrogazione semplice limitatamente alla cessazione dell'efficacia normativa, con la conseguenza di sottrarre (*ex art. 39, L. n.352/70*) dall'oggetto inizialmente coincidente con l'intera legge Calderoli<sup>55</sup> le parti demolite dalla pronuncia.

Il dispositivo di annullamento sostitutivo ha riscritto le disposizioni illegittime per riallinearle al dettato costituzionale, con effetti analoghi a quelli conseguenti all'abrogazione sopravvenuta accompagnata da nuova disciplina. La Corte Costituzionale (sent. 68/78) ha da tempo offerto una soluzione al caso in esame: se le norme aggiunte dalla Corte modificano sostanzialmente le precedenti, anche queste ultime cadono perché l'interesse dei firmatari è stato già soddisfatto dallo *ius* di matrice giurisprudenziale.

Mentre il dispositivo di rigetto, dichiarando legittime le norme, ha lasciato immutato il quesito referendario totale.

Infine, il dispositivo di rigetto interpretativo ha confermato la validità delle norme accompagnandole però con un suggerimento interpretativo che le sottrae all'illegittimità. Qui siamo davanti a un intervento chirurgico, che indica, principalmente, al legislatore come ricondurre al tessuto costituzionale disposizioni che al momento lo avrebbero lacerato, ma che grazie a quella lettura adeguatrice della Corte sono recuperabili alla legittimità<sup>56</sup>. Questo modo di procedere del Supremo giudice si risolve in una modalità interpretativa della disciplina, che potrà essere osservata dal legislatore (o dall'interprete) futuro, se lo vorrà; in altre parole, l'ermeneutica non ha alcuna forza cogente sul testo normativo, lasciandolo identico con riflessi sull'immutabilità referendaria<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Corte cost. 22 dicembre 1975, n. 251.

<sup>55</sup> Cfr.: Ufficio centrale per il referendum presso la Corte Suprema di Cassazione, Ordinanza 14 gennaio 1999, disponibile in: [https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/1999.01.14\\_elez\\_camera\\_deputati\\_parz\\_rettifica.PDF](https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/1999.01.14_elez_camera_deputati_parz_rettifica.PDF), con cui l'Ufficio centrale aveva già affrontato un caso analogo a quello in esame, che si caratterizzava, appunto, per l'intervento durante una procedura referendaria di una sentenza di annullamento della Corte cost., 12 gennaio 1995, n. 4. Quest'ultima, demolendo in parte la legge sottoposta al voto popolare (t.u. leggi recanti norme per elezione Camera dei deputati, DPR n. 361/1957 e succ.mod.), aveva ridotto il quesito alla sola parte del testo non toccata dalla dichiarazione di illegittimità.

<sup>56</sup> E. LAMARQUE, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, e E. ROSSI, (a cura di) *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 2002, 200 ss.

<sup>57</sup> M. VOLPI, Intervento, al Convegno *L'ammissibilità del referendum sull'autonomia differenziata*, La Sapienza, Roma, 14 nov. 2024, disponibile all'indirizzo:

Se si fosse trattato invece di una nuova legge modificativa del contenuto nei suoi termini essenziali, la Corte di cassazione avrebbe dovuto dichiarare cessato il referendum perché celebrarlo sul nuovo testo avrebbe tradito proprio il diritto al voto, che l'estensione del potere della Cassazione intende difendere.

Nel nostro caso la modifica, progettata nel rigetto interpretativo, tende a rovesciare l'impostazione di fondo della Calderoli, cioè aspira a sovvertirne i principi, ma non riesce a farlo perché, a differenza dello *ius superveniens*, indica solo un possibile significato da attribuire a quelle regole, senza essere essa stessa una regola<sup>58</sup>. La tenuità conformativa del rigetto interpretativo trova un argomento confermativo in quell'atteggiamento della Corte costituzionale, che talvolta completa i rigetti interpretativi con l'annullamento in modo da correggere l'atteggiamento omissivo del legislatore alle sue indicazioni<sup>59</sup>.

In sintesi, la disciplina che residua dal rigetto è rimasta immutata nella forma e svincolata nella sostanza dall'interpretazione adeguatrice; pertanto, continuerà a rispondere alla filosofia originaria della L.86 e i firmatari del referendum continueranno a essere titolari del medesimo diritto di opporsi in modo netto e inequivocabile alla divisione della sovranità statale tra le Regioni accorse per prime.

La Cassazione indica tre ragioni<sup>60</sup> a sostegno della permanenza dell'oggetto e quindi della procedibilità del referendum.

La prima attiene alla natura abrogativa totale della richiesta referendaria, che, avendo a oggetto la legge nella sua unità, si presenterà ancora all'elettore sotto forma di domanda di rifiuto secco e integrale della legge, e non delle sue singole disposizioni, integrità questa, che ha resistito anche al «massiccio effetto demolitorio apportato dalla sentenza».

<https://www.radioradicale.it/scheda/743788/lammissibilita-del-referendum-sullautonomia-differenziata>.

<sup>58</sup> L. MARIANTONI, *Al di là di accoglimento ed ammissibilità. gli effetti delle (più o meno) nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale sul referendum abrogativo e sulla futura giurisprudenza*, in *Riv. 'Gruppo di Pisa'*, disponibile all'indirizzo: <https://www.gruppodipisa.it>, fasc. spec. 6, 2023, 238-239, il quale osserva che «il legislatore ben potrebbe riproporre una legge già dichiarata incostituzionale [attraverso le sentenze interpretative, n.d.r.] poiché un vero e proprio divieto giuridico, un ostacolo alla entrata in vigore, non sussiste. Chiaramente, in questo caso si esporrebbe al rischio di una nuova pronuncia di incostituzionalità, ma, per l'appunto, non vi sarebbero ostacoli alla entrata in vigore».

<sup>59</sup> R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del 21° Convegno annuale, Roma 27-28 ottobre 2006: 50° anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, Jovene, Napoli, 2010, 201 ss., spec. par. 3. Anche: M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria, Palazzo della Consulta, disponibile all'indirizzo: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU%20219\\_Tipologia\\_decisioni.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf), 11 giugno 2010, 10 ss.

<sup>60</sup> Ufficio centrale per il referendum, *Ordinanza*, cit., p. 32.

La seconda attiene alla necessità, solo politica, che il legislatore intervenga a riscrivere alcune delle sue parti in conformità con la sentenza interpretativa di rigetto; riconoscere questa necessità presuppone la sopravvivenza della legge, perché per integrare occorre che esista un oggetto da completare. La Cassazione ha ricordato in proposito che «la legge n. 86/2024 costituisca pur sempre un sostrato dispositivo bastevole a dare corso, seppure con i necessari interventi parlamentari di adeguamento, al disegno fondamentale ed ai principi ispiratori di attuazione del regionalismo differenziato ex art. 116, co. 3 Cost.».

La terza ragione si ricollega alle parti interpretative della pronuncia, dove la Corte Costituzionale, dichiarando la legittimità costituzionale della L.86, seppure condizionandola alla lettura da lei suggerita, implicitamente presuppone l'esistenza di una norma oggetto della sua interpretazione, «il che di per sé rimarca la permanenza di un nucleo normativo che non solo resta oggi formalmente vigente, ma vi resta convalidato nell'interpretazione adeguatrice che ne è stata data nella sentenza in esame».

In ragione degli interventi demolitori e confermativi della Corte Costituzionale, la Cassazione ha opportunamente integrato il nome identificativo della legge, oggetto del quesito di abrogazione totale, con la dicitura «come risultante a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 192/2024», quasi a voler sintetizzare il ragionamento di cui prima.

In sintesi, la richiesta di referendum abrogativo totale è stata dichiarata conforme a legge e quindi continuerà il suo percorso dinanzi alla Corte Costituzionale per il giudizio di ammissibilità.

A opposta conclusione la Cassazione è invece pervenuta rispetto al referendum parziale, che, aveva a oggetto le seguenti disposizioni: gli artt. 1, co. 2, e l'art. 4, co.1 e 2.

Gli articoli 1, co.1, e 4, co.1, sono stati oggetto di accoglimento sostitutivo, la cui forza vincolante ha sostituito l'oggetto originario con uno nuovo, che è andato proprio nella direzione voluta dai firmatari. Invero, la norma scritta dalla Corte coincide con l'esito della consultazione popolare, producendo infatti il medesimo effetto del referendum, se approvato. Quindi, il referendum, essendo parziale, perde questa frazione di oggetto rimanendo in piedi nella sola parte residuale del quesito, quello sull'art. 4, co.2, L.86.

Questa norma invece è stato oggetto di un rigetto interpretativo della Corte Costituzionale, il quale, in base alle considerazioni prima svolte, si è limitato a indicare una modifica auspicabile per le materie non LEP, ma non la ha imposta nei termini di un articolato normativo in sostituzione all'art. 4, co.2, in coerenza con la sua natura di rigetto interpretativo. Su questo specifico punto non possiamo dunque aderire al ragionamento della Cassazione, che equiparando allo *ius superveniens* il rigetto interpretativo conclude che l'intero quesito di

abrogazione parziale diverrebbe privo di oggetto con la conseguente improcedibilità referendaria.

#### 4. Il giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale

L'ultimo *step* si risolve nel valutare l'ammissibilità del quesito referendario da parte della Corte Costituzionale<sup>61</sup>, che in questo sindacato si dovrà muovere entro i confini disegnati, non in difesa delle sfere di attribuzioni tra i pubblici poteri, come visto prima, ma per contemperare il diritto del popolo a esprimere un giudizio negativo sull'indirizzo politico consegnato in una legge<sup>62</sup> e la funzione legislativa del Parlamento, titolare esclusivo della decisione normativa sulle sole materie costituzionalmente sensibili. Si tratta appunto dei limiti, creati dall'art. 75, co.2, Cost. e interpretati creativamente dalla Corte Costituzionale, che hanno da un lato assottigliato il diritto di voto dei cittadini, e dall'altro riservato uno spazio non contendibile all'Assemblea rappresentativa, sembrano suggerire un'originaria diffidenza verso la valutazione del popolo sovrano<sup>63</sup>.

L'esistenza di detti limiti suggerirebbe alla Corte di rispettare la natura inversamente proporzionale del rapporto che corre tra i primi e il diritto di voto, il che imporrebbe al Giudice di astenersi dall'interpretare estensivamente i limiti, che, se dilatati irragionevolmente, restringono di pari misura lo spazio vitale del diritto, rischiando di azzerarlo. Se la Corte si attenesse a questo criterio, che peraltro obbedisce alla natura eccezionale dei limiti, dovrebbe impedire il referendum solo in presenza di una causa ostativa alla sua ammissibilità. Tale impedimento si risolve nella richiesta referendaria *ultra vires*<sup>64</sup> rispetto alla funzione unidirezionalmente negativa di questa fonte-atto; o in quella riguardante categorie di atti sottratte all'abrogazione referendaria per il principio di gerarchia tra le fonti; o in una domanda avente a oggetto leggi a contenuto costituzionalmente vincolato o costituzionalmente necessarie. I casi suindicati hanno in comune il fatto di coinvolgere 'materie costituzionalmente delicate', meritevoli di essere sottratte alla consultazione popolare, più per quell'originario sfavore verso la democrazia diretta che per ragioni obiettive di tenuta dell'assetto costituzionale. Ed è corretto ripensare i limiti alla consultazione

<sup>61</sup> Sul punto: A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. 81 ss.

<sup>62</sup> Si v. gli interventi di: M. DELLA MORTE e L. RONCHETTI al Convegno, *L'ammissibilità del referendum sull'autonomia differenziata*, cit.

<sup>63</sup> Diffidenza a lungo promossa in dottrina, C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, 7 ss. Sul punto anche L. VOLPE, *Potere diretto e potere rappresentativo*, Cacucci, Bari, 1992, spec. 394 ss.

<sup>64</sup> A. MORRONE, *Il referendum manipolativo: abrogare per decidere*, in *Quad. cost.*, n. 2/2017, 305 ss.; G. BERTI, *Abuso del referendum e tutela della funzione parlamentare*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, Milano, 1998, 31 ss.

popolare nel contesto politico e istituzionale di oggi, che vede un marcato indebolimento della capacità rappresentativa delle assemblee elettive, e che può trovare nel voto popolare un elemento di correzione e di riequilibrio, se pure certo non di sostituzione.

Lasciando da parte le future torsioni referendarie, possiamo però sostenere che se il criterio oggettivo del giudizio di ammissibilità è la rigorosa afferenza del referendum a un oggetto costituzionalmente sensibile, tale parametro impone di essere osservato anche nel futuro giudizio di ammissibilità relativo al caso in esame.

Alla luce di quanto detto, ripercorriamo le ragioni dell'inammissibilità di questo referendum abrogativo totale, a nostro avviso difficili da accettare.

L'assenza della matrice unitaria del quesito<sup>65</sup> non ricorre nella situazione in esame, trattandosi di una causa di inammissibilità riferibile a quesiti aventi ad oggetto una pluralità di norme suscettibili ciascuna di una valutazione diversa da parte dell'elettore. Ne consegue che il voto non sarebbe libero rispetto a quei frammenti normativi, che, se fossero oggetto di quesiti separati, sarebbero valutati in termini opposti a quell'unico giudizio politico che la struttura binaria del quesito consente. L'inscindibilità del quesito eterogeneo, non permettendo soluzioni intermedie tra il rifiuto e l'accettazione integrale della proposta abrogativa, espone l'elettore al pericolo che la sua determinazione a eliminare la legge lo costringa a rifiutare anche disposizioni, che forse avrebbe lasciato in vita, se il quesito non le avesse incluse, con conseguente compressione della sua libertà di scelta.

Questa inammissibilità può tipicamente inficiare un quesito di abrogazione parziale, mentre la stessa disomogeneità non è configurabile nei confronti di una domanda abrogativa totale, che, avendo ad oggetto l'intera legge, risponde *in re ipsa* a una logica omogenea, con ciò facendo salva la genuinità del voto popolare. Anche a ritenere che le valutazioni legali tipiche impediscono l'evoluzione del tessuto normativo, perché ne bloccano l'aderenza alla realtà e quindi vanno rifiutate, l'esistenza di leggi eterogenee nel contenuto dimostra il contrario, cioè la loro disobbedienza a un'unica *intentio*. La L. 86 è un esempio di disciplina che, pur presentando norme procedurali e sostanziali, risponde invece a una filosofia unitaria. Infatti, le sue disposizioni di procedura non sono interpretabili in autonomia dal contenuto, essendo le fasi di un iter che conduce a un unico esito finale: introdurre nell'assetto istituzionale un disegno regione per regione in deroga a quello ordinario. Il ricorso all'interpretazione

<sup>65</sup> La Corte ha ripetutamente richiesto che il quesito referendario debba «deve incorporare l'evidenza del fine intrinseco dell'atto abrogativo, cioè la puntuale ratio che lo ispira, nel senso che dalle norme proposte per l'abrogazione sia dato trarre con evidenza «una matrice razionalmente unitaria»», Corte cost., 2 febbraio 1991, n. 47 (preceduta dalle sentenze del 7 febbraio 1978, n. 16; 10 febbraio 1981, n. 25 del 1981; e 3 febbraio 1987, n. 29).

sistematica assegna rispettivamente alla Calderoli un significato unitario e alla domanda posta agli elettori una matrice omogenea: volete la divisione dell'Italia con una flessione antisolidale ed eversiva della forma di Stato?

Né l'inammissibilità deriverebbe dall'essere la Calderoli una legge costituzionalmente necessaria<sup>66</sup>. Se lo fosse, dovremmo individuare la norma costituzionale inattuabile in assenza di legge. Ma questa non è la sorte riservata all'art. 116, co. 3 della Costituzione. La prova è nel fatto che il I governo Conte (gialloverde) senza alcuna legge-quadro arrivò a un passo dall'approvazione in Consiglio dei ministri di bozze di intesa predisposte dalla ministra leghista Stefani con alcune regioni. Oggi, voci autorevoli della maggioranza, che sostiene l'autonomia differenziata, affermano che se anche la legge fosse abrogata si potrebbe ugualmente procedere con le intese. E il Ministro Calderoli afferma che il negoziato già avviato con quattro regioni – Lombardia, Veneto, Piemonte e Liguria – non deve affatto fermarsi per la sentenza 192/2024 della Corte costituzionale<sup>67</sup>. Quindi, la legge 86/2024 non crea ferite alla Costituzione, se può rimanere inosservata. Possiamo ancora ricordare che è la stessa legge Calderoli (art. 11) che fa salve le intese già avviate nelle precedenti legislature, lì dove per un minimo di coerenza argomentativa non avrebbe potuto recuperarle. Pertanto, è la legge che nega a se stessa quella qualifica, che poi pretenderebbe di avere.

Ancora la stessa Corte Costituzionale nella sentenza 192 parla di una disciplina facoltativa, che cioè il legislatore non ha il dovere di dettare; quindi, se ha natura facoltativa non può essere al tempo stesso anche essenziale: i due termini sono antitetici.

Infine, manca l'argomento assorbente rispetto a ogni altro: la L.86/2024 non supera la prova contraria che la sottrae alla consultazione popolare. Se la legge fosse indispensabile, il suo venir meno comporterebbe la quiescenza del potere e/o dell'istituto, destinato a rimanere inattivo fino all'intervento del legislatore; quindi, l'organo sarebbe esposto al rischio di una paralisi di funzionamento<sup>68</sup>. Invece, l'art.116 Cost. ha una sua operatività che prescinde dall'intervento successivo di una legge attuativa. Quanto detto non stabilisce un'equivalenza tra una regola utile ai fini della certezza del diritto – cosa che la L. 86 avrebbe potuto essere, se costituzionalmente legittima – e una costituzionalmente necessaria<sup>69</sup>, categoria alla quale la L.86/2024 non appartiene affatto.

<sup>66</sup> F. PIZZOLATO, V. SATTA, *Art. 75*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 27.

<sup>67</sup> Calderoli: «La sentenza della Consulta? Ne terremo conto, ma la legge sull'Autonomia regionale va avanti», intervista di C. Zapperi, *Corriere della Sera*, 15 novembre 2024.

<sup>68</sup> Cfr.: Corte Cost. nn. 27 e 29 /1987.

<sup>69</sup> A. MORRONE, *Differenziare le regioni senza un disegno di Repubblica*, in *Nuove Autonomie*, disponibile all'indirizzo: <https://www.nuoveautonomie.it>, n. speciale 1/2024, 226 ss.



Infine, va esclusa l'inammissibilità del referendum per il collegamento della L.86 alla legge di bilancio del 2023. Il governo dichiara il collegamento per consentire nel corso della sessione di bilancio la trattazione della legge, che diversamente avrebbe dovuto interrompersi. Un *bonus* aggiuntivo è nel porre un ostacolo all'eventuale richiesta di referendum. Ma la Corte ci dice che le parole non bastano<sup>70</sup>, se sganciate da un'effettiva sostanza, su cui peraltro rivendica un sindacato severo, richiedendo una stretta relazione tra le leggi di spesa e le grandezze macroeconomiche, trattandosi di un «legame genetico, strutturale e funzionale con le leggi di bilancio» tale da comportare che le norme sostanziali collegate «incidano direttamente sul quadro delle coerenze macroeconomiche e siano essenziali per realizzare l'indispensabile equilibrio finanziario». Noi qui aggiungiamo che la prova contraria in caso di azzeramento della grandezza economica consiste nel creare un buco di bilancio, cioè una spesa che diventa *ex post* scoperta perché privata dal referendum della sua corrispondente entrata. Ebbene, la Calderoli non è in grado di provocare un tale terremoto, perché afferma di non determinare «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»; quindi, il rispetto dell'invarianza finanziaria, almeno quanto al trasferimento delle risorse, nega alla L. 86 proprio quel nesso di funzionalità con il bilancio, che il governo ha inteso strumentalmente.

E se i motivi prima esposti fossero ancora poco convincenti, ricordiamo il criterio che dovrebbe orientare i giudizi di legittimità costituzionale e ammissibilità referendaria: le libertà devono essere protette nella misura massima possibile<sup>71</sup>, mentre i loro limiti in quella minima. Diversamente si rischia che la democrazia sia solo mera apparenza.

<sup>70</sup> Una significativamente esplicitiva, senza essere un esempio isolato, seguita infatti, tra le altre, dalla Corte cost. n. 12/2024, è la Corte cost. n. 2/1994, *Considerato in diritto*, punto n. 5.

<sup>71</sup> La teoria si deve a P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 41. Con variazioni sul tema E. CHELI, *Paolo Barile giurista delle libertà*, in *Oss. sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: <https://www.osservatoriosullefonti.it/>, n. speciale 2021, spec. 15 ss., mentre con specifico riferimento all'istituto referendario si v.: M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 282 ss.: «È osservazione assai comune, peraltro, che l'attività di interpretazione dovrebbe essere guidata almeno dal criterio del favor per il referendum, che dovrebbe indurre – logicamente – ad una lettura restrittiva e rigorosa dei limiti all'istituto», soprattutto quando trattandosi di argini ai diritti politici, “altro non [sono] che un limite al diritto di voto», 283.



I MUTAMENTI COSTITUZIONALI

**UGO DE SIERVO\***

**Abstract**

*The great value of constitutional rigidity is manifested in the maintenance over time of the principles and values on the basis of which the mediations between the various constituent political forces took place. In the recent history of Italian institutions, the 1948 Constitution has ensured the realisation of a good democratic system, but some prolonged delays in the realisation of the promised innovations have partly weakened its functioning. At the same time, widespread social and cultural changes have greatly reduced the ability of political forces to maintain a good level of development and have opened the door to multiple and confused attempts to solve problems through constitutional reforms, which have, however, proved inadequate. The current dangerous crisis of many values and principles that were the basis of democratic constitutionalism in the 20th century demands an urgent realisation of the need to face new serious cultural confrontations on the functionality of contemporary democracies.*

**Suggerimento di citazione**

U. DE SIERVO, *I mutamenti costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Presidente emerito della Corte costituzionale. Già Professore di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Firenze.

Nella continua e ricchissima produzione scientifica di Enzo Cheli appare ricorrente il rilievo dato al valore della Costituzione repubblicana, sulle orme degli insegnamenti di Paolo Barile. Ciò significa anche operare per il suo corretto aggiornamento sia attraverso la revisione costituzionale che mediante il recepimento di quanto di nuovo emerge nell'evoluzione sociale e politica in coerenza con i fondamentali principi e valori costituzionali. Dinanzi però alla sempre più preoccupante realtà che ci circonda, con l'emergenza ormai di alcuni gravi fenomeni di erosione della Costituzione, cerchiamo di contribuire al chiarimento delle cause delle tante trasformazioni intervenute e dei molteplici e diversi problemi emersi negli ormai lunghi anni di vigenza del nostro testo costituzionale.

In un importante saggio di Hans Kelsen degli anni trenta del secolo scorso sulla giustizia costituzionale<sup>1</sup> non vi è solo la affermazione che la giurisdizione costituzionale è “mezzo di protezione efficace della minoranza”, ma anche quella che la rigidità costituzionale garantita dalla giurisdizione costituzionale è uno strumento fondamentale nelle democrazie contemporanee: “ se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in Parlamento e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare strumento idoneo ...”<sup>2</sup>. Tosato nella sua relazione del 1945 alla Settimana sociale dei cattolici italiani<sup>3</sup> riproduce letteralmente questa importante parte del testo di Kelsen (pur senza dichiarare la fonte da cui riprendeva, forse per la manifesta ostilità di parte del mondo ecclesiastico verso il famoso giurista austriaco), tanto da concludere che “il governo della maggioranza è sopportabile solo se i diritti della minoranza vengono rispettati”<sup>4</sup>.

Nel difficile dopoguerra la fondazione delle nuove democrazie assume in vari paesi proprio la scelta della rigidità costituzionale per cercare di consolidare le nuove istituzioni: non a caso, in Italia nel 1950 Costantino Mortati, presentando ai francesi la nuova costituzione italiana, scrive addirittura che “l'innovazione più importante introdotta dalla Costituente al sistema precedente è consistita nell'assicurare anche nei riguardi dello stesso legislatore l'integrità dei principi costituzionali, adottando un principio rigido di revisione costituzionale”<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> H.KELSEN, in *La giustizia costituzionale*, a cura di Geraci, Giuffrè 1981, pag. 202.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> E. TOSATO, *Garanzia delle leggi costituzionali*, in *Costituzione e Costituente*, ICAS, Roma 1946, pag. 131 ss.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> C. MORTATI, *L'evoluzione costituzionale italiana*, in *La Constitution italienne de 1948*, diretta da Crosa, Colin, Paris 1950, pag.37.

Ad una scelta impegnativa del genere si arrivò malgrado le tante iniziali divaricazioni di opinioni, attraverso un dibattito vasto e consapevole, che vide impegnati anche molti costituenti di diverso orientamento ideale <sup>6</sup>.

Ovviamente l'apparizione di nuove istituzioni suscita immediatamente attenzione e dibattiti: mi pare significativo che Barile se ne occupi a fondo già nel 1949 e poi nel 1951 <sup>7</sup>, escludendo ogni disapplicazione od elusione dell'art. 138 Cost. nelle sue iniziali modeste applicazioni e semmai già ricercando i limiti al potere di revisione costituzionale. Già negli anni sessanta <sup>8</sup>, pur ancora in assenza di una disciplina relativa al referendum e quindi potendosi utilizzare solo la procedura dei primi due comma dell'art. 138 Cost., dopo cinque leggi costituzionali dell'Assemblea costituente e otto del Parlamento, ci si poteva però riferire ad alcune prime prassi applicative ed ai relativi dibattiti.

Nel frattempo però cominciano ad apparire alcuni fenomeni destinati ad uno sviluppo abnorme: mentre l'attuazione costituzionale rallenta enormemente, si sviluppano il senso di onnipotenza della classe politica, la crisi vistosa dei partiti, la severa critica verso la cosiddetta "partitocrazia", la notevole fragilità delle istituzioni democratiche e la loro mancata modernizzazione. Ciò mentre si ricostruisce l'amministrazione statale secondo moduli accentrati e si fanno anche alcune scelte istituzionali importantissime estranee al testo costituzionale, come la creazione ed il progressivo sviluppo delle prime istituzioni europee o l'adesione a organismi internazionali importanti come l'ONU o la NATO.

Dinanzi ad istituzioni deboli e poco efficienti che per decenni non riescono neppure a completare il disegno costituzionale rimasto incompleto (non si pensi solo alle Regioni, ai referendum, o alla giustizia costituzionale, ma perfino alla disciplina della Presidenza del Consiglio e del Governo), si fanno quindi largo le più opinabili formule alternative, varie delle quali fondate anche su ipotetiche revisioni costituzionali o su nuovi sistemi elettorali. Al tempo stesso le leggi costituzionali vengono utilizzate piuttosto comunemente (fra il 1970 ed il 2000 sono 10 le leggi di revisione costituzionale approvate e 6 le modifiche agli Statuti speciali ed altrettante fra il 2001 e il 2023).

Ciò mentre il mondo ed il nostro paese mutavano radicalmente per le immense e continue trasformazioni tecnologiche, economiche e sociali, anche sulla base delle tante trasformazioni introdotte dal diffuso costituzionalismo

<sup>6</sup> Mi permetto di rinviare a U. DE SIERVO, *Origine e significato della rigidità della nostra Costituzione*, in *La scuola e l'uomo*, 1994, n.11, pag. 22 ss.

<sup>7</sup> P. BARILE, *La revisione costituzionale*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei e Levi, Firenze 1950, pag. 466 ss. e *La Costituzione come norma giuridica. Profilo sistematico*, Firenze 1951,

<sup>8</sup> Penso al lavoro da me svolto, insieme a Barile, per il *Novissimo Digesto italiano* per la "voce" *Revisione della Costituzione*, edita nel 1968.

democratico, dal diffuso sviluppo economico ed anche dal superamento (almeno formale) del colonialismo. Tutto ciò con anche l'effetto di ridurre in alcune aree sociali e territoriali alcune gravi situazioni di povertà e marginalità, se non con la diffusione del benessere; al tempo stesso peraltro permanevano vistosissime divaricazioni di vita e di sviluppo nelle stesse democrazie e specialmente nei popoli dominati da classi dirigenti non democratiche, mentre in generale si affermavano nuovi potentissimi gruppi economici, all'ombra delle grandi potenze egemoni.

Da situazioni del genere nelle democrazie come la nostra scaturisce anche la crisi vistosa di molti vincoli sociali e delle precedenti aggregazioni politiche: in tal modo infatti la forte riduzione dei principi e valori democratici che sono alla base del costituzionalismo democratico, costituendone il tessuto fondamentale, lascia uno spazio improprio ai più diversi, eterogenei ed opinabili tentativi di cercare di risolvere i problemi esistenti tramite riforme istituzionali tanto suggestive quanto improvvisate.

In effetti, a considerare quanto è confusamente avvenuto nella nostra esperienza nazionale dall'inizio degli anni ottanta, in mezzo a vistose strumentalizzazioni politiche, sorge naturale il dubbio sulla effettiva fondatezza di molte, diverse ed eterogenee iniziative di asserita larga trasformazione costituzionale: il "decalogo Spadolini", la "Commissione Bozzi", il ddl n. 4887/A, la "Commissione De Mita – Iotti", il "comitato Speroni", la "Bicamerale D'Alema", la "Bozza di Lorenzago" e il ddl 2544/D, la "Bozza Violante", il ddl 5386, i "dieci saggi" e il ddl 813/2013. Ma soprattutto si consideri il pessimo Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica del 1991 e le due opinabili ed inefficaci leggi costituzionali 1993/1 e 1997/1 di temporanea modifica dell'art. 138 Cost.

In questo contesto – come ben noto - vengono infine discusse ed approvate a maggioranza assoluta e poi sottoposte al referendum popolare tre ampie riforme costituzionali nel 2001, nel 2005 e nel 2016, delle quali però solo la prima<sup>9</sup>(pur dal contenuto in parte alquanto discutibile) viene approvata dal corpo elettorale, mentre le altre due<sup>10</sup> vengono clamorosamente respinte. Ciò che sembra emergere nettamente è la modestia o la erroneità di buona parte dei contenuti dei tre testi di revisione costituzionale, pur tra loro diversi e tanto discussi : sembra aver pesato davvero molto la caduta progettuale conseguente alla diffusa crisi della cultura riformista espressa dai soggetti politici che avevano contribuito a deliberare il testo costituzionale. Solo la recente legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari<sup>11</sup>, approvata dall'apposito

<sup>9</sup> Divenendo la legge cost. 2001/3 *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*.

<sup>10</sup> Il primo testo (n.2544 – D) è stato pubblicato sulla G.U. del 18 novembre 2005, il secondo (n.2613 – D) sulla G.U. del 15 aprile 2016.

<sup>11</sup> Legge costituzionale 2020/1.

referendum popolare, ha affrontato in modo chiaro -per quanto opinabile- un tema di interesse generale, mentre le successive riforme costituzionali<sup>12</sup> appaiono invece riferite ad ambiti settoriali, piuttosto che a temi costituzionali di interesse generale.

Ma negli anni più recenti continuano soprattutto a consolidarsi pericolose prassi derogatorie del corretto funzionamento istituzionale definito dalla disciplina costituzionale: penso da una parte al mancato adeguamento del sistema costituzionale alle molteplici conseguenze della presenza ed azione dell'Unione europea, sempre più attiva nei più diversi settori; penso al succedersi di continue modifiche alla legislazione elettorale, penso soprattutto alla vistosa alterazione delle procedure di adozione delle fonti primarie del nostro ordinamento, dal mancato contenimento dei poteri governativi nella adozione delle leggi parlamentari alla mancata adeguata disciplina delle modalità della decretazione di urgenza e della legislazione delegata. La stessa emergenza originata dal contenimento della pandemia COVID, ci ha fatto confrontare con l'atipica utilizzazione dei DPCM, ma soprattutto ci ha offerto esempi molto vistosi di deroga dei diversi atti d'urgenza alla stessa disciplina di fondamentali diritti costituzionali<sup>13</sup>.

In questo preoccupante panorama non ci si deve meravigliare più di tanto se nel marzo 2022 alcuni deputati, allora poco noti ma ben presto destinati a ricoprire incarichi istituzionali di assoluta importanza<sup>14</sup>, hanno proposto mediante un apposito progetto di legge costituzionale una vistosa deroga all'art. 138 cost., finalizzata a far approvare ad un'apposita assemblea appositamente eletta (e formata da cento componenti) una nuova seconda parte del testo costituzionale, approvato a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, mentre per il periodo del suo funzionamento (un anno) l'art. 138 Cost. non avrebbe potuto essere utilizzato dal Parlamento. Appare inutile entrare nel merito di una mediocrissima proposta del genere, che mette però bene in evidenza la possibile scomparsa o radicale trasformazione non solo della forma di governo, ma pure delle norme sulla rigidità costituzionale, sulla giustizia ordinaria e costituzionale, sui rapporti con l'U.E., sul regionalismo, ecc., ecc. Pure non merita neppure attenzione in questa sede quanto contenuto nel testo della "legge Calderoli" e nello stesso ddl cost. istitutivo del cosiddetto "premierato forte", dal momento che anche questi testi appaiono fondamentalmente redatti sulla

<sup>12</sup> Mi riferisco alle leggi costituzionali 2021/1, 2022/1 e 2, 2023/1.

<sup>13</sup> Mi permetto di rinviare a U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid – 19: interpretazioni e Costituzione*, Mucchi ed., Modena 2021, pag. 20 ss.

<sup>14</sup> La Proposta di legge costituzionale n.3541, relativa alla *Istituzione di un'Assemblea per la riforma della parte seconda della Costituzione*, era avanzata dai deputati Meloni, Lollobrigida, Prisco, Montaruli.

base di “culture istituzionali” del tutto estranee a quelle che si confrontarono al termine della Seconda guerra mondiale.

Né i problemi si fermano a questo preoccupante panorama, poiché occorre prendere purtroppo atto della parallela entrata in crisi di tanti altri principi che hanno contribuito alla base valoriale del costituzionalismo democratico del secolo scorso e che in particolare dopo la fine della seconda guerra mondiale apparivano assolutamente dominanti, tanto da concretizzarsi nei principi fondamentali dell'ONU e nei fondamenti di una serie di Costituzioni nazionali molto simili tra loro, con la speranza di una loro generale diffusione, per realizzare ovunque società aperte, pacifiche e democratiche.

Ma ciò non è sempre avvenuto, mentre invece sembrano aver ripreso forza valori che si credevano recessivi come il mancato rispetto delle altre persone, la chiusura al confronto ed a forme di solidarietà, il rifiuto della eguaglianza, se non la utilizzabilità della violenza. Ciò mentre si sono manifestati fenomeni come la permanenza di una serie di potenze egemoni, lo sviluppo economico largamente incontrollato in nome dell'economia di mercato, alcune spinte fortissime verso una mondializzazione del commercio, il degrado della condizione di vita di grandi parti delle popolazioni, il notevole parallelo svuotamento di valori fondamentali come il riconoscimento della assoluta dignità e libertà di ognuno, l'accettazione del principio di eguaglianza, il rispetto verso gli altri, la pacifica convivenza ed il rifiuto della guerra. Si è perfino notato da più parti che sia nei paesi occidentali che in quelli orientali si sono moltiplicati in modo vistoso i casi clamorosi di rapidi e spropositati ricavi economici di aziende e di notevolissimi arricchimenti personali. Ma poi sono ormai tragica cronaca quotidiana i drammi insopportabili di pericolose guerre sanguinose in corso, mentre gravissimi sono i segni di degrado del “modo di far politica” in tanti Stati che si dicono democratici.

Ecco che allora non mi sembra che sia sufficiente resistere -come pur assolutamente doveroso- nella difesa della nostra disciplina costituzionale, ma che occorra impegnarsi con grande determinazione ed urgenza nella ricerca e nella configurazione nella cultura politica di nuovi, adeguati principi e valori democratici.



IL “LIMITE NATURALE” DELLE RIFORME ISTITUZIONALI

**GIOVANNI DI COSIMO\***

**Sommario**

1. Procedura. – 2. Metodo. – 3. Contenuti. – 4. Limite naturale.

**Abstract**

*The essay reconstructs Enzo Cbeì's thinking on the limits to which the constitutional legislator should adhere when it comes to institutional reforms. The basic question that arises is whether the limits of method and content that he indicates constitute an effective legal constraint on the political decision of the constitutional legislator.*

**Suggerimento di citazione**

G. DI COSIMO, *Il “limite naturale” delle riforme istituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024.  
Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Macerata.  
Contatto: [giovanni.dicosimo@unimc.it](mailto:giovanni.dicosimo@unimc.it)

## 1. Procedura

È noto che a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso la politica ha ripetutamente tentato di modificare la Costituzione allo scopo di realizzare riforme istituzionali di portata più o meno ampia<sup>1</sup>. La controversa proposta governativa sul “premierato”, che snatura la forma di governo parlamentare<sup>2</sup>, costituisce solo l’ultima tappa di un percorso riformatore finora costellato di fallimenti<sup>3</sup>. Nel 2020 ha avuto invece successo la riforma relativa alla riduzione del numero dei parlamentari.

Un simile percorso, frutto di un’ autentica ossessione riformatrice<sup>4</sup>, è alimentato dal mito delle riforme<sup>5</sup>, intercetta questioni costituzionalmente rilevanti a cominciare dalle regole procedurali. I vari tentativi di modificare il testo costituzionale hanno portato alla previsione di deroghe alla procedura disciplinata dall’art. 138 della Costituzione<sup>6</sup>. In particolare, procedure derogatorie sono state previste dalle leggi costituzionali 1/1993 e 1/1997, nel presupposto che

<sup>1</sup> Per una diversa linea interpretativa secondo cui significative riforme istituzionali possono essere realizzate per via ordinaria senza mettere mano alla Costituzione cfr. R. BIN, *Cose serie, non riforme costituzionali!*, in *Quad. cost.*, 2/2103, 317 ss.

<sup>2</sup> La quale, peraltro, ha subito nella prassi una significativa trasformazione segnata dal progressivo rafforzamento dell’Esecutivo (sul punto rinvio a G. DI COSIMO, *Sviluppi del governo parlamentare*, in *Rivista AIC*, disponibile all’indirizzo: [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2020, 50 ss.; Sulle “torsioni” del governo parlamentare cfr. da ultimo A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazione e riforme (1948-2023)*, il Mulino, Bologna, 2023).

<sup>3</sup> Tre Commissioni bicamerali e due leggi costituzionali di “grande riforma” che hanno portato a cinque fallimenti (lo ricorda E. CHELI, *Appunti in tema di riforma della forma di governo*, in *Astrid Rassegna*, disponibile all’indirizzo: [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 9, 2023). Sulle ragioni che spiegano tali fallimenti mi limito a richiamare l’osservazione secondo cui spesso le riforme «sono state progettate in vista di obiettivi politici di breve periodo, che andavano al di là del merito delle riforme stesse. Da qui la ricerca non tanto della bontà o della coerenza sistemica di questa o quella soluzione istituzionale, ma della loro utilità rispetto alle esigenze preminenti del cosiddetto quadro politico, esigenze in genere contingenti di partiti o coalizioni (e qualche volta di gruppi all’interno dello stesso partito)» (A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, 2015, 348).

<sup>4</sup> P. BIANCHI, *L’ossessione riformatrice. Alcune osservazioni sul processo di revisione costituzionale permanente*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all’indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2, 2019; M. AINIS, *La nostra povera Carta*, in *la Repubblica*, 21 ottobre 2024.

<sup>5</sup> V. ONIDA, *Il «mito» delle riforme costituzionali*, in *il Mulino*, 1, 2004, 15 ss.

<sup>6</sup> La regola dell’art. 138 Cost. «potrà bensì essere stabilmente modificata (a patto che si rispettino i due principi su cui si basa: il principio di rigidità costituzionale e il principio democratico, che si realizza col referendum popolare), ma non derogata. Ogni deroga all’art. 138 si risolve infatti in una sua elusione. Ed ogni elusione costituisce una “frode” alla Costituzione» (A. PACE, *La riforma abbandonata*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all’indirizzo: [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), gennaio 2014). Sul “metodo derogatorio” cfr. F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all’articolo 138 della Costituzione. L’esperienza repubblicana*, ESI, Napoli, 2014. Per il rilievo che la tesi del procedimento speciale derogatorio «è tecnicamente inesatta in quanto utilizza impropriamente il concetto di deroga» cfr. A. PACE, *Un procedimento “speciale derogatorio”, “straordinario”, “in rottura della Costituzione” ... e anche illegittimo ex art. 138 Cost. Note critiche al d.d.l. n. 813 AS (n. 1359 AC) (II)*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all’indirizzo [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1° agosto 2013.

fosse necessario accelerare e facilitare il varo delle riforme istituzionali<sup>7</sup>. Questa impostazione presuppone che la procedura di revisione costituzionale delineata dall'art. 138 sia troppo gravosa, tesi giustamente ritenuta inaccettabile tanto nelle premesse quanto nelle conclusioni<sup>8</sup>. Si discute peraltro se l'adozione di procedure straordinarie di modifica del testo costituzionale rilevi sul piano delle legittimità<sup>9</sup> o della opportunità<sup>10</sup>.

In queste brevi note vorrei soffermarmi su altri due aspetti collegati al percorso delle riforme istituzionali avvalendomi della riflessione di Enzo Cheli che ha dedicato una serie di interventi al tema. Nella sua lettura, la revisione costituzionale in materia di riforme istituzionali deve misurarsi con alcuni nodi che qui per comodità espositiva suddivido in due gruppi: questioni relative al metodo e questioni relative ai contenuti<sup>11</sup>.

## 2. Metodo

Cheli individua alcune premesse che si possono definire di metodo, nel senso che costituiscono un insieme di valutazioni e azioni, invero piuttosto eterogeneo, che il legislatore costituzionale dovrebbe effettuare o realizzare quando intraprende un processo di riforma in materia istituzionale. Le richiamo velocemente.

In primo luogo, il legislatore dovrebbe essere consapevole che le costituzioni, per loro natura, sono destinate a durare nel tempo. Infatti, «le Costituzioni sono congegni delicati che vanno trattati con molta cura dal momento che servono a tenere unito il tessuto sociale di un Paese per un lungo arco di tempo, impegnando non una, ma più generazioni»<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. C. DE FIORES, *La commissione bicamerale per le riforme istituzionali e l'art. 138 Cost.: i paradossi di una riforma*, in *Giur. cost.*, 1993, 1541 ss.; A. DI GIOVINE, *Note sulla legge costituzionale n.1 del 1997*, in *Quad. cost.*, 3, 1997, 381 ss.; G. AZZARITI, *Innovazioni costituzionali e revisioni costituzionali in deroga all'art. 138 Cost. Sfide della storia e sfide della politica*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 2007, 147 ss.

<sup>8</sup> A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, R. TARCHI, *In difesa dei valori della Costituzione*, in *Foro it.*, parte quinta, 1994, 378.

<sup>9</sup> A. PACE, *Metodi e limiti della revisione costituzionale*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme: una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano 1998, 474; ID., *Un procedimento "speciale derogatorio", "straordinario", "in rottura della Costituzione" ...e anche illegittimo ex art. 138 Cost. cit.*

<sup>10</sup> A. ANZON-DEMMIG, *La nuova strada per le riforme: non illegittima, ma rischiosa*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2103.

<sup>11</sup> La riflessione di Cheli su questi temi offre «una grande lezione di metodo» caratterizzata dal «richiamo costante agli sviluppi della nostra storia costituzionale», dal «riferimento ai suggerimenti di tecnica costituzionale che se ne ricavano», dal «rifiuto di ogni suggestione di carattere ideologico» (P. CARETTI, *Recensione a Enzo Cheli*, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, *il Mulino*, 2023, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2, 2023, 6).

<sup>12</sup> E. CHELI, *Che cosa significa cambiare una Costituzione*, in *il Mulino*, 4, 2016, 622.

In secondo luogo, il legislatore dovrebbe considerare che le costituzioni, posto che definiscono le basi della convivenza sociale e le regole fondamentali del gioco politico, «per reggere la prova del tempo devono risultare condivise se non da tutti quanto meno dal numero più alto possibile dei giocatori in campo»<sup>13</sup>. Condivisione che è mancata nella vicenda del premierato, nella quale non è stato esperito un tentativo di giungere a un testo condiviso<sup>14</sup>, per quanto il recente rallentamento dell'iter di approvazione del progetto deciso dalla maggioranza potrebbe essere sfruttato, qualora vi fosse la volontà politica, per cercare «soluzioni ragionevoli e consensuali»<sup>15</sup>.

In terzo luogo, il legislatore dovrebbe valutare attentamente gli obiettivi della riforma che intende realizzare. Più della velocità nella approvazione della revisione costituzionale è importante «la ponderazione degli effetti»<sup>16</sup>. Dovrebbe esserci coerenza fra le disposizioni che si intendono introdurre e i fini dichiarati della riforma<sup>17</sup>. Invece, più volte sono stati addotti argomenti assai deboli a sostegno delle proposte di riforma istituzionale, o addirittura inappropriati, come nel caso della relazione al disegno di legge sulla riduzione dei parlamentari che giustifica la riforma con l'obiettivo di contenere i costi della politica<sup>18</sup>. Anche per il premierato viene indicato un obiettivo, l'agognata governabilità, che la soluzione istituzionale proposta, l'elezione diretta del Presidente del Consiglio, verosimilmente non risolverebbe<sup>19</sup>. Tanto che si può

<sup>13</sup> E. CHELI, *Che cosa significa cambiare una Costituzione* cit., 622. Per la lettura secondo cui l'art. 138 Cost. asseconda la strada del compromesso fra le forze parlamentari cfr., da ultimo, S. LEONE, *Il referendum costituzionale. Ovvero dei rischi di una "esaltazione" dell'intervento popolare nel procedimento di revisione costituzionale*, in *La Riv. Gruppo di Pisa*, disponibile all'indirizzo: [www.gruppodi-pisa.it/rivista/i-numeri](http://www.gruppodi-pisa.it/rivista/i-numeri), 1, 2024, 315.

<sup>14</sup> E. CATELANI, *Le riforme costituzionali ed il metodo*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2, 2024, 7.

<sup>15</sup> E. CHELI, *Le riforme non siano divisive*, in *Corriere della sera*, 14 ottobre 2014.

<sup>16</sup> E. CHELI, *La riforma costituzionale all'esame del Senato*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1, 2015, 4.

<sup>17</sup> Va aggiunto che «Il giudizio sulla coerenza e sulla efficacia della revisione rispetto ai fini da essa stessa prefissati non può essere disgiunto dal giudizio su quegli stessi fini, perché ogni Costituzione è, checché se ne dica, un programma di altissima politica sui profili fondamentali che la società deve raggiungere» (M. DOGLIANI, *Le ragioni del No: possiamo permetterci di vivere "senza costituzione"?*, in *Dem. dir.*, 2, 2016, 194). Su questo punto torno a breve parlando dei contenuti.

<sup>18</sup> M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo: [www.cosituzionalismo.it](http://www.cosituzionalismo.it), 1, 2020, 264. Argomento risibile e radicalmente errato secondo A. ALGOSTINO, *Perché ridurre il numero dei parlamentari è contro la democrazia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 30 settembre 2019, 2, nota 7. In realtà, la riduzione dei parlamentari non incide né sulle spese correnti di funzionamento delle Camere e né sul personale (v. F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2, 2019, 27).

<sup>19</sup> Come osserva Sartori, l'elezione popolare diretta produce stabilità, ma la stabilità non produce effettività. «La stabilità non è condizione sufficiente di effettività. Se lo scopo dell'elezione diretta è di ottenere un esecutivo efficiente e capace di decidere, allora l'elezione diretta di un sindaco, oppure

affermare che gli obiettivi reali della riforma in itinere sono altri, «ribaltare l'ispirazione originaria della costituzione»<sup>20</sup>, e alleggerire il sistema dei contrappesi<sup>21</sup>. Considerazioni analoghe si possono fare per la relazione al disegno di legge costituzionale sulla separazione delle carriere, che qualifica la riforma come mera prosecuzione dei principi costituzionali sulla giurisdizione, occultandone le vere ragioni<sup>22</sup>. In realtà, la separazione delle carriere non costituisce un'attuazione del principio del giusto processo previsto dall'art. 111 della Costituzione secondo cui il processo si svolge davanti a un giudice terzo e imparziale<sup>23</sup>.

In quarto luogo, il legislatore dovrebbe tener conto dell'orientamento del corpo elettorale che in base all'art. 138 della Costituzione potrebbe essere chiamato ad intervenire nella procedura di revisione costituzionale. Questa indicazione si ricava dal fallimento delle "grandi riforme", decretato dai referendum costituzionali del 2006 e del 2016, che mostrano come il paese non sia «disposto ad accettare riforme di questo tipo, in grado di intaccare la forma di Stato e di governo dell'originario impianto repubblicano»<sup>24</sup>. La circostanza che

del primo ministro, oppure del capo dello Stato, non basta e non è nemmeno detto che aiuti. Durare è un conto, *potestas decidendi* e tutt'altro conto. Ed è chiaro che in Italia i proponenti dell'elezione diretta non sono in chiaro su questa differenza». La conclusione è che «l'idea del presidente del Consiglio demo-eletto si imbatte soltanto in controindicazioni. Non solo rende irrimediabile la scelta sbagliata, ma confonde stabilità con efficienza» (G. SARTORI, *Le riforme istituzionali tra buone e cattive*, in *Riv. it. scienza pol.*, 3, 1991, 384). Oltretutto, la governabilità di cui parla la relazione al disegno di legge costituzionale è un concetto avvolto da una notevole vaghezza (sul raggio nascosto nell'uso del neologismo cfr. ora G. ZAGREBELSKY, *Sul premierato*, in G. ZAGREBELSKY, A. SPATARO, F. PALLANTE, *Loro dicono noi diciamo. Su premierato, giustizia e regioni*, Laterza, Roma-Bari, 2024). Volendo ritenere che implichi capacità di realizzare politiche di lungo periodo, non sembra che il modello del premierato di per sé solo assicuri il risultato, dal momento che l'esperienza repubblicana mostra chiaramente come a questo fine contino soprattutto la capacità e la visione della classe politica (cfr. G. DI COSIMO, *A cosa serve il premierato*, in *Diario di diritto pubblico*, disponibile all'indirizzo: [www.diariodidirittopubblico.it](http://www.diariodidirittopubblico.it), 14 luglio 2024; per rilievi analoghi cfr. C. BUZZACCHI, *La governabilità senza contrappesi*, in *Diario di diritto pubblico*, disponibile all'indirizzo: [www.diariodidirittopubblico.it](http://www.diariodidirittopubblico.it), 20 febbraio 2024; A. MORRONE, *Oltre il parlamentarismo, un premierato conflittuale*, in *Quad. cost.*, 3, 2024, 698; A. RUGGERI, *Il premierato elettivo e la decostituzionalizzazione della Costituzione (note minime su una spinosa questione)*, in *Consulta online*, disponibile all'indirizzo: [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), III, 2024, 1159).

<sup>20</sup> E. CHELI, *La Costituzione non va snaturata*, in *Corriere della sera*, 19 maggio 2024.

<sup>21</sup> C. BUZZACCHI, *La governabilità senza contrappesi* cit.

<sup>22</sup> S. BARTOLE, *Una lettura critica della relazione che accompagna il disegno di legge costituzionale in materia di ordinamento giurisdizionale*, in *Diario di diritto pubblico*, disponibile all'indirizzo: [www.diariodidirittopubblico.it](http://www.diariodidirittopubblico.it), 18 settembre 2024 (l'indicazione di obiettivi poco convincenti caratterizza anche le precedenti proposte sul tema: cfr. G. DI COSIMO, *Sulla separazione delle carriere dei magistrati*, in *Astrid Rassegna*, disponibile all'indirizzo: [www.astrid-online.it/rassegna/index.html](http://www.astrid-online.it/rassegna/index.html), 16, 2023).

<sup>23</sup> N. ZANON, *Perché non è bene avere un altro CSM*, in *La lettera AIC*, disponibile all'indirizzo: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 10, 2024.

<sup>24</sup> E. CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, il Mulino, Bologna, 2023, 24.

entrambi i referendum abbiano bocciato progetti governativi sembra offrire un argomento a sostegno della tesi secondo cui il governo dovrebbe astenersi dall'intervenire sul terreno delle riforme istituzionali<sup>25</sup>; indicazione che, peraltro, è stata ancora una volta disattesa nella vicenda del premierato.

In quinto luogo, il legislatore dovrebbe avere consapevolezza dello stato del sistema dei partiti. È un errore imputare le disfunzioni nel funzionamento della forma di governo parlamentare al modello piuttosto che alle patologie del sistema politico<sup>26</sup>. Ne segue che sarebbe opportuno intervenire sulla politica, prima ancora che sulle istituzioni<sup>27</sup>. Il «rischio di fondo che va evitato è quello di considerare le riforme costituzionali (e, in particolare, quella della forma di governo) come lo strumento più idoneo a superare le disfunzioni che investono oggi, in particolare, il distacco e l'isolamento delle istituzioni rappresentative e dei partiti che in esse operano dal corpo sociale»<sup>28</sup>. Piuttosto, le “grandi riforme” incontrano un limite che «imporrebbe di integrare le riforme che dall'alto investono il funzionamento della macchina con riforme della politica in grado di investire dal basso sia la legislazione elettorale – principale causa dell'attuale distacco della società dagli apparati di governo – sia la disciplina del tutto obsoleta che ancora regge la vita dei nostri partiti politici»<sup>29</sup>.

In sesto luogo, occorre considerare il «contesto storico in cui la riforma è destinata ad operare»<sup>30</sup>. Cheli applica questo criterio al progetto sul premierato giudicandolo «storicamente errato per la sua radicalità e per la lesione che viene ad apportare ad uno dei principi fondativi del costituzionalismo democratico e del nostro impianto repubblicano»<sup>31</sup>.

### 3. Contenuti

Ciò introduce al tema dei contenuti, intendendo i “principi fondativi del costituzionalismo democratico”, per usare le parole di Cheli, che le riforme istituzionali dovrebbero preservare e, se possibile, rafforzare.

Da questo punto di vista rileva, in primo luogo, la concezione della democrazia che le riforme presuppongono e assecondano<sup>32</sup>. Sappiamo che in questa

<sup>25</sup> V., per es., G. DI COSIMO, *Le riforme istituzionali dopo il referendum*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo: [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 1, 2017, 13.

<sup>26</sup> E. CHELI, *Costituzione e politica* cit., 25, 42.

<sup>27</sup> Ivi, 21. Poco oltre l'autore indica anche i temi sui quali accorrebbe intervenire (p. 26).

<sup>28</sup> Ivi., 117.

<sup>29</sup> E. CHELI, *Forma di governo parlamentare e “premierato”: due modelli contrastanti* cit., 9.

<sup>30</sup> E. CHELI, *La vera posta in gioco della riforma*, in *Corriere della sera*, 7 agosto 2024.

<sup>31</sup> E. CHELI, *Forma di governo parlamentare e “premierato”: due modelli contrastanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. speciale, 2024, 8.

<sup>32</sup> Sullo stato di salute del sistema democratico è in corso un ampio dibattito. Mi limito a citare alcuni contributi recenti: S. MATTARELLA, *L'anima della democrazia*, in *Astrid Rassegna*, disponibile all'indirizzo: [www.astrid-online.it/rassegna/index.html](http://www.astrid-online.it/rassegna/index.html), 11, 2024; D. STASIO, *La democrazia ferita e la lezione di Bobbio*, in *La Stampa*, 27 giugno 2024; M. FERRERA, *Democrazie, la sfida cruciale dell'est*,

fase storica il modello liberal democratico è al centro di forti tensioni provocate dall'esterno, da chi propone un modello di democrazia illiberale<sup>33</sup>, e dall'interno, da chi scorge nell'attuale configurazione del sistema istituzionale vincoli eccessivi all'azione della politica. Sul versante interno la questione della tutela della concezione liberal democratica si pone ora col premierato che intacca l'impianto repubblicano «sostituendo alla base liberale e pluralista della nostra democrazia un modello di “democrazia” del tutto diverso fondato sul rapporto e sulla guida diretta del corpo sociale da parte di un leader»<sup>34</sup>. Il progetto del premierato restringe «in modo radicale gli strumenti della democrazia rappresentativa»<sup>35</sup>, e «prevede una sorta di democrazia d'investitura non coerente con il principio fondamentale dell'art. 1, per il quale la sovranità popolare va esercitata, appunto, dal popolo e non può essere delegata ad altri»<sup>36</sup>.

In secondo luogo, va preservato l'equilibrio che caratterizza la forma di governo parlamentare, sottolineato da ultimo dalla sent. 146/2024 della Corte costituzionale. Un principio che la riforma del premierato «colpisce e spezza nei perni che lo sostengono»<sup>37</sup>. Cheli propone giustamente di rafforzare

in *Corriere della sera*, 1 novembre 2024; L. VIOLANTE, *Tutelare la liberaldemocrazia*, in *Corriere della sera*, 17 settembre 2024; S. PASSIGLI, *I confini della liberal democrazia*, in *Corriere della sera*, 12 ottobre 2024; C. GALLI, *Il pasticciaccio brutto*, in *La Repubblica*, 22 ottobre 2024; G. SEGRE, *Come si può curare la democrazia malata*, in *La Stampa*, 27 settembre 2024; S. CASSESE, *Questa fragile democrazia*, in *Il Foglio*, 12 luglio 2024; L. TEDOLDI, *La democrazia in tempo di crisi*, in *il Mulino*, 2, 2024, 162 ss.; M. LUCIANI, *L'evoluzione della democrazia costituzionale italiana*, in *Quad. Cost.*, 1, 2024, 229 ss.; S. CASSESE, *Lezioni dalla democrazia americana*, in *Corriere della sera*, 12 novembre 2024; A. CAMPI, *La deriva (pseudo) pop delle democrazie*, in *Il Messaggero*, 18 novembre 2024; A. MANZELLA, *Basi e avvenire della democrazia costituzionale*, in *Nuova Antologia*, 1, 2023, 51 ss.; G. DI COSIMO, a cura di, *Processi democratici e tecnologie digitali*, Giappichelli, Torino, 2023; P. MIELI, *Democrazia in bilico*, in *Corriere della sera*, 9 ottobre 2023.

<sup>33</sup> M.A. ORLANDI, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2019, 167 ss.; L. BELLUCCI, *La “democrazia illiberale” ungherese tra diritto, narrative politiche e COVID-19: elementi di riflessione sulla resilienza delle democrazie in tempi di pandemia*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 1, 2021, 151 ss.; A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *Come ripristinare il costituzionalismo in una democrazia illiberale. Qualche riflessione sul caso ungherese*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1, 2022, 49 ss.

<sup>34</sup> E. CHELI, *Il premierato incrina la democrazia*, in *La Stampa*, 16 marzo 2024.

<sup>35</sup> U. DE SIERVO, *Un pessimo tentativo di mutamento dei principi costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. speciale, 2024, 14.

<sup>36</sup> F. SORRENTINO, *I rischi del premierato*, in *La lettera AIC*, disponibile all'indirizzo: [www.associazioneidecostituzionalisti.it](http://www.associazioneidecostituzionalisti.it), 7, 2024. La «democrazia d'investitura (...) presuppone il potere istituzionale come un potere prepolitico, e cioè progettato, finanziato, finalizzato da qualcuno, nell'ombra, e poi “investito”, scelto, votato, dalle masse, ma non “fatto” dalle parti conflittuali del popolo attraverso l'esercizio stesso del conflitto (strutturato dalle interpretazioni e dai progetti offerti dalle diverse élites). Il potere è concepito come il potere (economico, mediatico...) di qualche gruppo, poi acclamato, con un delega assoluta, da maggioranze irrazionali» (M. DOGLIANI, *Le ragioni del No: possiamo permetterci di vivere “senza costituzione”?*, cit., 195).

<sup>37</sup> E. CHELI, *Forma di governo parlamentare e “premierato”: due modelli contrastanti* cit., 7.

piuttosto i poteri arbitrari della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica e nota che lo si può fare solo nell’ambito del governo parlamentare<sup>38</sup>.

#### 4. Limite naturale

I punti precedenti possono essere ricondotti a una chiave di lettura unitaria, ossia l’idea che le riforme istituzionali debbano rispettare una serie di vincoli tanto sul piano del metodo da osservare, quanto su quello dei “principi fondativi del costituzionalismo democratico” da salvaguardare. Ma sembra chiaro che la questione più delicata riguarda il rispetto dei “principi fondativi”<sup>39</sup>.

A questo riguardo, è stato osservato che «la revisione non si risolve nel rovesciamento dell’ordine costituzionale solo a condizione che ne conservi l’identità, e cioè nei rispetti i principi fondamentali»<sup>40</sup>. Invece il premierato espone la Costituzione «alla eventualità di un mutamento che, ove attuato nella sua completezza, finirebbe molto probabilmente per forzare il limite naturale che distingue una riforma dall’eversione costituzionale»<sup>41</sup>. “Limite naturale” che si ritiene sia stato oltrepassato anche dalla riforma Renzi di qualche anno fa<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> E. CHELI, *Appunti in tema di riforma della forma di governo* cit., 4.

<sup>39</sup> Per quanto le premesse di metodo di cui parla Cheli orientino le riforme istituzionali al rispetto dei principi, difficilmente potrebbero essere ricondotte al campo dei vizi di legittimità, risultando piuttosto rilevanti sul piano delle valutazioni di opportunità.

<sup>40</sup> M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all’indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1, 2013, 5, il quale aggiunge che è «anche per questa esigenza di coerenza logica (oltre che per più profonde ragioni d’ordine ideologico) che le giurisprudenze costituzionali e la dottrina, un po’ ovunque, hanno riconosciuto l’esistenza di limiti assoluti alla revisione costituzionale, comunemente identificati nell’intangibilità del nucleo essenziale dei diritti, ma in realtà concernenti un complesso assai vario di prescrizioni, che possono riguardare anche l’organizzazione dei poteri».

<sup>41</sup> E. CHELI, *Le riforme non siano divisive* cit. Il premierato rischia di colpire e stravolgere il «nucleo intangibile e qualificante del nostro assetto repubblicano» (ID., *I frutti indigesti del premierato* cit.).

In questa sede si può solo sfiorare il tema che, come noto, è complesso e affascinante. Mi limito a ricordare che Crisafulli rileva che il potere di revisione può essere limitato «quanto agli oggetti ed al contenuto», fermo restando che la determinazione di quelli che definisce “limiti di regime” alla revisione costituzionale, inevitabilmente «apre largo campo agli apprezzamenti subiettivi degli interpreti ed a considerazioni e valutazioni squisitamente politiche, anche se prospettate sotto veste di argomentazioni giuridiche» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. I. Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1970, 100 ss.), e che Mortati, discutendo degli oggetti o materie che costituiscono limiti assoluti alla revisione, ritiene che riguardo all’intangibilità della forma di governo occorra «accertare, nei singoli casi, se e fino a che punto la forma di governo abbia funzione meramente strumentale rispetto ai fini coesenziali ad un ordinamento, o appaia invece parte integrante della forma di Stato» (C. MORTATI, voce *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 209).

Sui principi supremi materiali che si oppongono alla maggioranza rinvio a F. FERRARI, *Potere costituente e limiti (logici) alla revisione costituzionale nell’ordinamento italiano: considerazioni introdotte*, in *Giur. cost.*, 6, 2014, 4901 ss., anche per ulteriori e puntuali riferimenti bibliografici.

<sup>42</sup> A. PACE, *Modifica illegittima o eversione costituzionale?*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all’indirizzo [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2, 2016, III, 100.



Come ha chiarito Crisafulli, il limite alla revisione costituzionale riguarda quella parte dell'organizzazione dei poteri che ha la caratteristica di essere strumentale rispetto a uno dei «principi fondativi»<sup>43</sup>. Principi che si realizzano per mezzo di «congegni ed istituti», e fra i quali figura il «principio della sovranità popolare e della democraticità della Repubblica» previsto dall'art. 1 della Costituzione<sup>44</sup>.

Ne segue che il legislatore costituzionale oltrepassa il limite quando decide di introdurre assetti organizzativi che sono funzionali ad altri principi e concezioni, come la democrazia d'investitura. In questa eventualità occorre capire se la questione rilevi sul piano della legittimità, oppure ricada su quello della mera opportunità politica<sup>45</sup>. Assumendo che sia corretta la prima alternativa, come le considerazioni di Cheli inducono a ritenere, la conseguenza dovrebbe essere la censura del premierato in sede di legittimità costituzionale. Quand'anche la Corte si orientasse in tal senso, il che non è affatto scontato, verosimilmente si aprirebbe uno scontro istituzionale di inaudita gravità. Uno scenario inquietante che potrebbe essere evitato dal corpo elettorale se decidesse di bocciare col referendum costituzionale anche questa riforma.

<sup>43</sup> Il limite alla revisione costituzionale è costituito dai «principi ideologici assolutamente fondamentali» e da quel «minimo di strutture organizzative che siano con essi collegate da un *necessario* rapporto di strumentalità» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1984, 323; v. anche M. LUCIANI, *I limiti assoluti alla revisione costituzionale relativi alla forma di governo*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti* cit., 181).

<sup>44</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II L'ordinamento costituzionale italiano* cit.

<sup>45</sup> «La crisi del costituzionalismo prescrittivo, del principio di legalità formale, della gerarchia nel sistema delle fonti e, quindi, della rigidità costituzionale dopo settant'anni di *prova della revisione* quanto hanno influenzato il principio di legittimità che su tali istituti e valori ha riposato per tanti anni?» (F. BILANCIA, *I limiti alla revisione costituzionale. Cultura dominante, dogmatica giuridica e formalismo al cospetto del mutamento di regime*, in *La Riv. Gruppo di Pisa*, disponibile all'indirizzo: [www.gruppodipisa.it/rivista/i-numeri](http://www.gruppodipisa.it/rivista/i-numeri), 1, 2019, 11, il quale aggiunge che è «la tenuta della validità delle norme sulla revisione costituzionale a dover essere considerata e misurata al cospetto della caduta del criterio di legittimazione politica della rigidità costituzionale intesa come è stata intesa dalla dottrina tradizionale».



PROSPETTIVE DELLE FONTI DEL “DIRITTO PER L’AMBIENTE” NEL  
NOSTRO “STATO COSTITUZIONALE”

STEFANO GRASSI\*

**Abstract**

*The sources of law - as Enzo Cheli has reminded us on several occasions - are the result of the structural features of our constitutional orders. It is therefore to be ascertained how the recent Constitutional Revision Law no. 1/2022 - which affirms as a fundamental principle the ‘protection of the environment, biodiversity and ecosystems also in the interest of future generations’ - has incorporated our Constitution into ‘environmental constitutionalism’, which places the biological-natural dimension alongside the dimension of freedoms and social rights.*

*Such a revision is consistent with the structure and principles of the 1948 Constitution; it develops our constitution in an environmental sense without overcoming, but rather enriching the essential features of our Constitutional State; it introduces principles that may provide new guidance on the path to be taken to achieve consistency in the production of sources for environmental protection.*

**Suggerimento di citazione**

S. GRASSI, *Prospettive delle fonti del “diritto per l’ambiente” nel nostro “Stato costituzionale”*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* già Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli studi di Firenze.  
Contatto [studio@grassi.legal](mailto:studio@grassi.legal)

1. Un grazie particolare, dei molti che rivolgiamo ad Enzo Cheli per i suoi novant'anni, è per me quello che risale ad una sua lezione (nelle aule della Facoltà, ancora in Via Laura), quando chiari, alla lavagna, lo schema nel quale individuare da dove scaturisce il diritto (quali siano le sue fonti).

In tale schema, il “diritto” veniva posto al centro di un quadrato nei cui quattro vertici poneva la “cultura”, la “politica”, la “legge”, la “giustizia”.

È uno schema che ho spesso utilizzato nel parlare delle fonti del diritto per la tutela dell'ambiente e che provo a richiamare in questa occasione, sottolineando come l'impostazione sistematica e storicamente fondata della lezione che Enzo Cheli ci ha trasmesso, nel suo lungo magistero sul nostro Stato costituzionale, permetta di cogliere le nuove prospettive della disciplina giuridica che deve accompagnare la crisi ambientale che caratterizza il nostro tempo.

Con il suo schema, Enzo sottolineava, in buona sostanza, come il fenomeno giuridico sia frutto di un'interazione complessa tra la formulazione delle parole con contenuti normativi e le altre dimensioni fondamentali per costruire le regole di convivenza e le linee guida per la soluzione dei conflitti e lo sviluppo di comportamenti virtuosi.

Il diritto è, in primo luogo, espressione della **cultura** e del suo sviluppo storico, nel senso che solo la consapevolezza e la coscienza collettiva della necessità di seguire determinati comportamenti e di avere determinati metodi per la soluzione dei problemi, può costruire quella fiducia nelle norme e nella produzione corretta delle medesime, che si basa anche sulla conoscenza scientifica e tecnica e che di per sé è in grado di produrre il diritto consuetudinario (dove il rispetto delle norme è frutto della consapevolezza e della convinzione della loro bontà e della necessità di rispettarle).

In secondo luogo, il diritto è il frutto ed è basato sulla **politica**, intesa come momento nel quale le comunità umane effettuano le loro scelte di valore, individuano i loro obiettivi e le strutture per raggiungerli, fissando i relativi principi nei patti costituzionali e nelle dichiarazioni, nei trattati e nelle convenzioni internazionali.

Il fenomeno legislativo, la **legge**, è solo uno dei poli in cui si individuano le fonti del diritto, contenendo essenzialmente le scelte operative per dare seguito a quanto viene maturato nella cultura delle società e nelle decisioni politiche sui principi, per giungere ad individuare le procedure e le regole, con le relative sanzioni, gli incentivi ed i programmi diretti a perseguire gli obiettivi comuni.

Ma la legge può avere una capacità di futuro soltanto se è capace di trovare la **giustizia**, dove gli esperti del diritto interpretano ed applicano le norme, poste dalla legislazione sulla base dei principi espressione di quella cultura e di quella politica: la concreta efficacia delle norme, infatti, si verifica solo

sottoponendole alla valutazione dei giudici chiamati ad applicarle nei casi concreti, comprendendone la capacità effettiva di risolvere i problemi affrontati.

2 – Se ci si domanda quali siano le prospettive delle fonti del diritto per l'ambiente, questa concezione ampia della dimensione del fenomeno giuridico permette di comprendere come sia difficile e problematico il ruolo del diritto nel rispondere alle istanze complesse e trasversali poste dalla crisi ambientale.

La crisi ambientale, anche perché strettamente connessa con le altre gravi crisi che caratterizzano il nostro sistema politico e sociale (crisi belliche; crisi geopolitiche; crisi dell'incremento demografico, con i conseguenti movimenti migratori; crisi conseguenti alle sempre più gravi disuguaglianze nei sistemi sociali) pone in evidenza la difficoltà di utilizzare i criteri tradizionali di produzione delle norme giuridiche per far fronte alle emergenze climatiche ed all'impatto delle attività antropiche sulle risorse ambientali. Infatti, la complessità e il carattere multireferenziale e trasversale degli interessi ambientali rendono impossibile ridurre la prospettiva giuridica negli schemi classici della tutela dei diritti soggettivi: ci si trova di fronte ad una disciplina giuridica che non riconosce un oggetto definito di tutela, bensì un valore ed un obiettivo collettivo di per sé non definibile a priori, non riducibile quindi alla formula delle posizioni soggettive attive; ma piuttosto riconducibile all'individuazione di doveri di solidarietà e di responsabilità che esigono interventi strategici ed articolati nella forma di programmi e politiche, e solo in via applicativa di comandi e controlli.

Se si ripercorre lo schema suggerito da Enzo Cheli, si può osservare che, sul piano della **cultura**, lo sviluppo di una coscienza ambientale negli ultimi decenni è ormai ampiamente diffuso, ma il dibattito scientifico, sui rischi che derivano dalle attività antropiche e sulle soluzioni da adottare, non è ancora in grado di costruire regole di comportamento su cui si formi un consenso unanime sia a livello internazionale che a livello regionale e locale. Non si tratta soltanto della difficoltà di formare norme consuetudinarie, quanto della necessità di tener conto della crisi delle decisioni politiche normative di fronte alle indicazioni (talora imperative) della scienza e della tecnica. Si tratta di un fattore di crisi accentuato, nel campo della tutela dell'ambiente, dalla necessità di operare in condizioni di incertezza scientifica, sulla base di dati mutabili nel tempo e di reazioni sociali non facilmente ipotizzabili né controllabili. A questa crisi corrisponde l'impossibilità di affidare alle norme di diritto positivo il compito esclusivo di determinare le condizioni razionali, anche sul piano scientifico, per una efficace tutela degli equilibri ambientali, che saranno semplicemente favoriti o danneggiati, non determinati, dall'intervento del legislatore.

Il carattere di interesse generale globale, per gli effetti che si producono in tutta la biosfera, che caratterizza le problematiche della crisi ambientale,

implica per la **politica** la necessità di affrontare una sfida – che, con riferimento al clima, può essere considerata “letale”: perché in grado di produrre effetti non più reversibili sugli equilibri di tutto l’ambiente in cui viviamo – che costringe a scegliere tra la tutela della biosfera e le esigenze consolidate di un modello di sviluppo che si può modificare soltanto con un deciso cambio di paradigma sociale ed economico, sacrificando interessi egoistici a lungo consolidati. Con la difficoltà di effettuare scelte tempestive nel definire e rendere effettivi i principi guida - che pure sono stati individuati nel diritto internazionale e nelle norme dei Trattati europei -sui quali basare la costruzione del nostro futuro nella “casa comune”: diventa così necessario elaborare un diritto per l’ambiente costruito per principi, che devono essere inseriti a livello delle norme costituzionali.

Anche la tecnica normativa tradizionale (di cui è espressione la **legge**), ed in particolare quella che si fonda sul comando e controllo, così come quella che si basa sul principio della responsabilità e della reciprocità, è difficilmente applicabile a fenomeni collegabili ad una responsabilità diffusa, che si manifesta su diversi piani e con riferimento ad una notevole molteplicità di attività; con la difficoltà di individuare, nel caso dei danni climatici, sia i soggetti responsabili sia i soggetti che subiscono gli effetti negativi della crisi (l’ampiezza dello spettro dei soggetti interessati si allarga dalla nostra anche alle future generazioni). Difficoltà accentuata dalla circostanza che la legislazione ordinaria non è idonea ad affrontare le situazioni, spesso eccezionali e non prevedibili, poste dalle problematiche ambientali, che costringono la fonte normativa ad inseguire i fenomeni con atti a carattere sostanzialmente provvedimentale e con il necessario rinvio delle scelte ambientali alla sede amministrativa. Il fenomeno della “provvedimentalizzazione del diritto legislativo”, che caratterizza la legislazione ambientale, è fenomeno tipico ed una conseguenza delle differenziazioni sociali e delle diverse pressioni, anche corporative, che provengono dalla società, ma ancor più della episodicità ed urgenza con la quale la disciplina normativa deve rispondere alle numerose emergenze che incidono sulla convivenza sociale. La legge è costretta a delegare alla sede amministrativa la definizione tempestiva ed efficace delle concrete e inevitabili azioni di tutela, così come a precisare i metodi con cui procedere alla selezione delle soluzioni tecniche da adottare. Come è stato più volte ribadito anche dalla giurisprudenza, gli interventi a tutela dell’ambiente esigono una concreta valutazione della soluzione più razionale e di quella più proporzionata rispetto agli obiettivi, che solo nella concretezza dell’amministrazione possono trovare delle risposte.

L’ubiquità e la pluralità delle risorse colpite costituisce un ulteriore ostacolo perché diventa difficile rivendicare una **giustizia** tempestiva per contrastare le conseguenze negative sugli equilibri ambientali che sono in grado di ledere i

diritti umani ed accentuare le disuguaglianze a scapito dei ceti più poveri. Con le difficoltà che derivano dalle caratteristiche dell'intervento giurisdizionale, legato ai problemi di definizione dei diritti azionabili e dei soggetti legittimati ad attivare il contraddittorio e limitato strutturalmente alla decisione dei singoli casi. Un intervento, quello dei giudici, che è comunque indispensabile per dar vita ad una produzione di principi giuridici in grado di anticipare le risposte alla domanda di giustizia che i decisori politici non sono in grado di soddisfare.

3. Nell'affrontare (in una magistrale lezione tenuta all'Accademia dei Lincei) il tema della produzione normativa, Enzo Cheli si domandava “rispetto alla realtà attuale del nostro ordinamento si può ancora parlare, quando si prendono in esame i vari processi di produzione normativa, di un sistema delle fonti? In altri termini, ha ancora un senso rispetto a questa realtà, ricostruire la materia delle fonti come «sistema» organico e unitario, ordinato, secondo tradizione, in base a sfere di competenza e a gradi di efficacia?; o la fase crepuscolare che sta oggi attraversando la nozione di sovranità statale rende ormai impossibile (oltre che superfluo) tentare questa ricostruzione?”. (v. Cheli E., *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee di tendenza attuali*, in *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2003).

Sono domande che risultano particolarmente attuali, se si considerano le fonti di produzione normativa per la tutela dell'ambiente.

La disciplina giuridica per la tutela dell'ambiente è, infatti, un esempio paradigmatico della crisi del “sistema delle fonti”, dotato di unità, coerenza e completezza (che si voleva fondato sul rapporto tra forma della legge e la sua forza, così come sul collegamento tra le fonti del diritto e il potere dei soggetti che le producono). È una crisi che si è manifestata da tempo anche nella legislazione ambientale (che coglie uno degli aspetti più rilevanti della complessità delle società contemporanee e delle esigenze che ne emergono, che hanno imposto nuove domande al diritto, in contesti interrelati, multipolari e multilivello). L'articolazione plurale e di difficile coordinamento delle fonti normative è confermata dallo stesso quadro della nostra Costituzione, che ha allargato sia il numero dei livelli di governo, nei quali le fonti del diritto si producono (inserendo a pieno titolo, accanto al criterio gerarchico delle fonti, quello della competenza), sia l'esigenza di individuare criteri di coerenza ed unità, non soltanto attraverso l'individuazione delle competenze e delle procedure predeterminate, dalle quali far scaturire le norme giuridiche (le fonti), ma anche mediante la definizione, nel merito, dei principi e degli obiettivi e valori individuati nel patto costituzionale (ispirato ai concetti democratici di

partecipazione e di autonomia, che giustificano il policentrismo normativo e la sua necessaria complessità).

Le fonti del diritto *per* l'ambiente (non parlo di proposito di diritto *dell'*ambiente) sono molteplici e difficilmente classificabili, proprio perché debbono supplire all'insufficienza del sistema tradizionale delle norme, costruite secondo il classico schema piramidale caratterizzato dai principi di gerarchia e competenza, ma debbono dare indicazioni di metodo che esigono piuttosto una rete di discipline, programmi e linee guida (un sistema normativo flessibile, basato sui principi di coordinamento e di sussidiarietà), capace di adattarsi alle esigenze strutturalmente dinamiche del "sistema ambiente".

La struttura relazionale dell'ambiente ha del resto già prodotto una miriade di fonti di diverso livello e diversa tipologia, in coerenza con il sistema aperto delle fonti del diritto che caratterizza la nostra Costituzione (aperta, come sottolineava Enzo Cheli, verso la dimensione sovranazionale e verso il riconoscimento delle fonti normative delle autonomie regionali e locali).

Sono presenti (in diretto rapporto con gli elementi di crisi sopra richiamati):

- fonti di livello costituzionale, per definire i principi su cui impostare la relazione tra l'uomo e le risorse naturali (con la necessaria presenza di fonti del diritto internazionale generale; dei Trattati dell'Unione europea; della Costituzione);

- fonti legislative che precisino le scelte per garantire la tutela delle varie risorse naturali e la resilienza del sistema ambiente, con interventi che si caratterizzano e si articolano in termini estremamente diversificati per il loro intenso contenuto tecnico, con l'esigenza di adeguamenti continui e difficilmente predeterminabili (che le fonti legislative debbono delegare alle norme regolamentari, alle normative tecniche e alle linee guida e, in moltissimi casi, alle ordinanze di urgenza);

- norme dei più diversi livelli di governo, che vedono la necessaria presenza del diritto internazionale, del diritto sovranazionale europeo, del diritto nazionale (e nell'ordinamento interno, di leggi statali, leggi regionali e norme secondarie).

4. La costruzione di un sistema di norme in grado di rispondere a queste difficoltà e a queste sfide passa necessariamente per le scelte di fondo sui valori e gli obiettivi da perseguire, che i singoli Stati possono rendere effettive nelle loro Costituzioni.

Del resto, le fonti del diritto – come ci ha ricordato Enzo Cheli in più occasioni – sono frutto dei caratteri strutturali dei nostri ordinamenti costituzionali. Ed è quindi utile valutare come può incidere sul nostro ordinamento e sulle fonti del diritto per l'ambiente la recente legge di revisione costituzionale n. 1/2022.



Il nuovo terzo comma, introdotto nell'art. 9 Cost., stabilisce che la Repubblica “*tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni*”, inserendo così un nuovo principio fondamentale, che, sin da subito, nella stessa revisione, orienta in termini innovativi la nostra “Costituzione economica” (all'art. 41 si precisa, infatti, che l'iniziativa economica non può svolgersi “*in modo da recare danno alla salute, all'ambiente*” - II co. - e può essere “*indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali*” - III co.).

Per alcuni la revisione costituzionale si sarebbe limitata a consolidare principi già emersi nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nel nostro sistema normativo. Ma è innegabile che – sia pure con una certa timidezza – la nostra Carta costituzionale, sulla scia del *Green Deal* e del *Next Generation EU*, si colloca nel contesto diffuso del “costituzionalismo ambientale”, entrando a far parte del nutrito gruppo di Costituzioni che affrontano in modo esplicito i temi della crisi ambientale e indicano l'ambiente come valore costituzionale da perseguire.

Nonostante le valutazioni riduttive dell'impatto di questa riforma del nostro sistema (sia per le lacune segnalate da una parte della dottrina; sia per il silenzio e la sostanziale indifferenza nel dare seguito alla nuova norma da parte dei decisori politici), la revisione del 2022 suggerisce di verificare verso quali sviluppi è necessario indirizzare le nuove esigenze cui deve rispondere il “diritto per l'ambiente” nel quadro del nostro Stato costituzionale.

Si può, infatti, sottolineare come il nuovo principio fondamentale inserito in Costituzione si rivela coerente con la struttura ed i principi su cui si fonda lo Stato costituzionale e come da tali principi si possano trarre indicazioni sulla direzione da seguire per trovare coerenza nella produzione delle fonti per la tutela dell'ambiente.

5. Nel definire lo Stato costituzionale, sulla scorta del pensiero di Peter Häberle (in un capitolo del suo “Nata per unire”, Bologna 2012, 49 e ss.), Enzo Cheli precisava che “*per «Stato costituzionale» si intende la forma giuridica della democrazia pluralista: di quel tipo di democrazia che, nell'età contemporanea, si è andata affermando come espressione di una «società aperta», caratterizzata dalla coesistenza di valori diversi, talvolta contrapposti, ma destinati a convivere nel rispetto di un principio di reciproca tolleranza, ispirato alla ragionevolezza delle regole che devono guidare le azioni umane*”.

I caratteri essenziali di questa forma del nostro ordinamento, si possono indicare, sulla scorta di quella lezione: **a)** nel radicamento nella cultura dei “diritti fondamentali”; **b)** nella natura e funzione della Costituzione come decisione politica di lunga durata; **c)** nel superamento della nozione storica di

“sovranità” e la perdita di centralità della legge; **d)** nell’attivazione di strumenti di giustizia per garantire la legalità costituzionale.

Sono caratteri che il nuovo principio fondamentale inserito dalla revisione costituzionale è in grado di sviluppare in modo coerente.

6. **Sub a)** Al radicamento nella cultura dei diritti fondamentali, si collega l’inserimento come “principio fondamentale” della nostra Costituzione della “*tutela dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*” (ivi compresa la “*tutela degli animali*”) “*anche nell’interesse delle future generazioni*”; perché sviluppa il primo carattere dello Stato costituzionale, che si identifica nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti della persona, in funzione dei quali debbono essere costruiti tutti i poteri.

Il nuovo principio fondamentale recepisce le istanze di una cultura ambientale sempre più diffusa nella società, ma aggiunge una prospettiva radicalmente nuova, perché prende atto dell’incidenza delle crisi ambientali sui diritti della persona umana e sulla loro dimensione intergenerazionale.

La Costituzione non si limita più a disciplinare il rapporto tra il cittadino ed il potere (a tutelare e garantire le libertà rispetto al potere), né si limita a definire i principi su cui si sviluppa l’articolazione dei poteri pubblici. Entra in Costituzione – con il riconoscimento dell’ambiente come principio fondamentale – la natura, con i suoi beni e valori ambientali e con le sue esigenze, e più precisamente nella sua relazione con l’uomo (riferita sia alle presenti sia alle future generazioni) e viene riconosciuta come obiettivo costituzionale da garantire e come principio capace di ordinare e guidare l’azione dei pubblici poteri.

Come è stato sottolineato da Domenico Amirante nel suo bel volume sul “costituzionalismo ambientale”, l’emergere diffuso nella quasi totalità delle costituzioni vigenti di norme costituzionali sulla tutela dell’ambiente inserisce nel costituzionalismo, accanto alla dimensione delle libertà individuali e dei diritti sociali, la dimensione biologico-naturale.

Ci si può domandare se è possibile parlare di un cambiamento di paradigma costituzionale, come risposta alle domande poste dall’ingresso della nostra società nell’Antropocene.

Secondo alcuni, la revisione suggerirebbe addirittura la necessità di una rilettura del contratto sociale che fonda il costituzionalismo moderno, attraverso l’affermazione di principi di responsabilità e interdipendenza, tra individuo, società e natura.

Come è stato rilevato, la nuova norma costituzionale, in realtà, fa un bilancio di uno sviluppo della cultura costituzionale già avvenuto.

L’inserimento di un nuovo principio tra quelli fondamentali del I Titolo della Costituzione è, del resto, ammissibile proprio in quanto la sensibilità per

l'ambiente, la cultura ambientale e la conseguente legislazione e giurisprudenza costituzionale si sono sviluppate in modo profondo nel sistema sociale e la nuova norma costituzionale non fa che dare un riconoscimento esplicito ad un valore già presente nella realtà sociale e già riconosciuto da una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale. Soprattutto il principio inserito nell'ambito dei "principi fondamentali" che aprono la nostra Carta non modifica, bensì sviluppa un'istanza perfettamente coerente con l'impostazione dei nostri principi supremi (senza sovvertirne o modificarne il contenuto essenziale; non superando cioè il limite alla revisione indicato dalla sentenza della Corte cost. n. 1146/1988).

Il nuovo art. 9 sviluppa la vocazione al futuro che caratterizza la nostra Costituzione "presbite" e si ricollega al principio personalista e di solidarietà di cui agli artt. 2 e 3, II comma, Cost., così come alla capacità di futuro implicita nella tutela del paesaggio e del patrimonio culturale (art. 9), nella libertà della scienza (art. 33), nell'uso razionale delle risorse (artt. 41 e 44) e nelle garanzie del loro mantenimento anche per le future generazioni (art. 81).

In particolare, il richiamo alle "future generazioni" come destinatarie delle esigenze di tutela, pone un principio di "equità intergenerazionale" che si collega al principio emerso e consolidato nel diritto internazionale, nel diritto europeo ed anche nel nostro, dello "sviluppo sostenibile".

Principio che, da un lato, impone una legislazione che si proietti nel lungo periodo (con la consapevolezza di intervenire tenendo conto dei tempi lunghi della natura e della necessità di gestire il futuro del pianeta con interventi tempestivi, rispetto ai rischi di breve e lungo periodo che la scienza è in grado di prevedere) e, dall'altro, permetta di stabilire un collegamento con i diritti umani, che si sta sviluppando in termini sempre più espliciti a livello internazionale (v. ad es. il punto 10 dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile, che espressamente si fonda sulla Dichiarazione universale dei diritti umani e sui Trattati internazionali sui diritti umani; nonché la recente giurisprudenza della Corte Edu, che collega la tutela dell'ambiente e del clima con i diritti delle persone di cui all'art. 8 della Convenzione – v. sentenza 9 aprile 2024).

Si può anche aggiungere che le libertà e i diritti tradizionali, della prima, della seconda ed anche della terza generazione, si arricchiscono di una dimensione temporale di lungo periodo, che permette di chiedere – sulla base delle previsioni scientifiche – tutele anticipate rispetto al verificarsi della lesione delle posizioni soggettive (l'esempio più rilevante in questa direzione è la nota sentenza 29 aprile 2021 della Corte costituzionale tedesca).

La revisione contiene anche elementi di novità nella prospettiva di giungere ad una definizione della dimensione giuridica dell'ambiente, che tiene conto degli sviluppi sempre più diffusi nella coscienza sociale e nel sapere scientifico sul "sistema terra".

Al termine “ambiente” vengono, infatti, aggiunti due concetti propri della biologia (la “biodiversità”) e dell’ecologia (gli “ecosistemi”) e viene anche richiamata la posizione degli animali (come elementi di autonomo rilievo nell’ambito dei sistemi ambientali). Si riconosce così la natura “complessa” di “entità organica” in cui si può riassumere il concetto di “ambiente” (v. Corte cost., sent. n. 11 del 2023), suggerendo nuove prospettive per l’interprete e per il legislatore.

La nuova formulazione consente di coniugare la concezione dell’ambiente antropocentrica (l’ambiente funzionale ai diritti dell’uomo) con una visione ecocentrica (la biodiversità e gli ecosistemi, nonché gli animali come beni da tutelare per il loro valore intrinseco); con un’impostazione che non sembra andare al di là dell’indicazione dell’ambiente come presupposto per l’esercizio dei diritti dell’uomo, ma che riconosce la necessità di tutelare il diritto alla vita (comprensivo dei diritti dell’uomo e di quelli della natura) facendo emergere come prevalente il profilo dei doveri di solidarietà a garanzia della natura e degli equilibri ecologici. La Costituzione si apre allo sviluppo di concetti che le scienze hanno elaborato ed al necessario rapporto che il legislatore e l’Amministrazione dovranno stabilire con le conoscenze scientifiche e tecniche alla base di ogni scelta politica ed operativa da adottare. Non si potranno avere produzioni normative che prescindano da una adeguata istruttoria scientifica e da una completa valutazione dei rischi.

In questo contesto non potranno non assumere un forte rilievo, e dovranno trovare discipline e procedure adeguate per garantirne l’indipendenza, le sedi in cui si raccolgono ed elaborano i dati di conoscenza e si fanno le previsioni sui tempi di resilienza e sui modi per consentire la rigenerazione delle risorse ambientali (il modello più noto – ed anche discusso – è l’IPPC, istituito nel 1988 dall’ONU; l’unico in grado di suggerire dati capaci di costruire principi e norme anche consuetudinarie in ambito internazionale).

7. **Sub b)** La revisione è coerente con il carattere dello Stato costituzionale riferito alla natura ed alla funzione delle norme costituzionali, nella loro dimensione qualitativamente diversa dalle leggi ordinarie.

Come ricorda sempre Enzo Cheli, “*la forza preminente della Costituzione – che si riassume tecnicamente nel concetto di rigidità – scaturisce dalla speciale natura del potere legittimato ad esprimere la norma costituzionale, in quanto potere fondato su schieramenti di forze più ampie di quelli che normalmente sorreggono attraverso l’applicazione del principio di maggioranza la legge ordinaria, oltre che su un più forte richiamo alle tradizioni storiche e culturali del paese nel cui ambito la Costituzione nasce*” (op. ult. cit.).

Nel consolidare in una norma positiva i nuovi obiettivi ed i nuovi valori sulle tematiche ambientali nei quali si riconosce la società, la revisione conferma la

necessità di porre nel testo costituzionale punti di riferimento irretrattabili, enunciati secondo la modalità tipica delle norme costituzionali, che definiscono principi dai quali partire per perseguire fini e valori ampiamente condivisi.

La revisione è stata approvata pressoché all'unanimità dal Parlamento (ben oltre i due terzi nell'approvazione finale, con l'unica forza politica di opposizione che si è limitata a non partecipare al voto), ricevendo quel consenso più ampio delle maggioranze contingenti che differenzia la norma costituzionale da quelle ordinarie.

La revisione non li enumera, ma sicuramente si collega ai principi sulla tutela dell'ambiente presenti nelle dichiarazioni e nelle convenzioni internazionali, così come nel diritto dell'Unione europea.

La costruzione del diritto per l'ambiente come diritto per principi è un dato positivo anche nel nostro ordinamento, sia per l'adesione dell'Italia alle dichiarazioni e convenzioni internazionali, sia perché sono da noi vigenti i Trattati e la legislazione derivata europea che declinano il principio dello "sviluppo sostenibile", quello di "integrazione" degli interessi ambientali in tutte le decisioni politiche e normative (art. 11 TFUE) ed i quattro fondamentali principi di azione per la tutela dell'ambiente (precauzione; azione preventiva; correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente; «chi inquina paga» - art. 191, II co., TFUE).

Ma il metodo europeo è ispirato ad un pragmatismo e ad una razionalità che non sempre riesce ad emergere nell'attuazione del legislatore italiano.

I principi per l'azione a tutela dell'ambiente sono, infatti, meramente richiamati, ma non definiti con chiarezza, nel Titolo I del d.lgs. n. 152/2006 (che sconta il vizio di origine di averli inseriti nell'ambito di un correttivo del c.d. "codice dell'ambiente", secondo una tecnica del tutto impropria, rispetto all'esigenza di utilizzare i principi per impostare l'intero sistema normativo elaborato dal legislatore delegato). Ciò ha costretto, come noto, la giurisprudenza ad una complessa ricostruzione dei principi, con particolare riferimento non tanto allo sviluppo sostenibile (oggetto di meri richiami), quanto all'elaborazione di veri e propri statuti del principio di prevenzione, del principio di precauzione e del principio "chi inquina paga".

La revisione costituzionale impone la rilettura e l'approfondimento dei principi inseriti nel Titolo I del d.lgs. n. 152/2006, che vanno riscritti sulla base di un ampio dibattito, anche per evitare il rischio che la revisione rimanga un manifesto, sul quale è stato trovato un ampio consenso parlamentare, senza aver previsto e ponderato tutti i suoi effetti in un sistema normativo che ha bisogno di una contestuale (e, sarebbe stato preferibile, preliminare) ricostruzione teorica e pratica.

La revisione permette di rilanciare la proposta di una legge quadro (alla quale eventualmente attribuire anche una forza di norma interposta, sul modello dell'art. 81, VI co., Cost., per l'attuazione dei principi sul bilancio introdotti dalla legge di revisione costituzionale n. 1 del 2012) che definisca, ad un livello superiore, i criteri per il bilanciamento tra gli interessi ambientali e gli altri interessi costituzionalmente rilevanti.

Si tratta di risolvere il nodo più volte posto, con riferimento alla legislazione vigente, di rispondere alla domanda di razionalizzazione e coordinamento di tutta la legislazione ambientale: domanda alla quale, come è noto, il d.lgs. n. 152/2006 ha dato una risposta del tutto insoddisfacente.

I nuovi principi costituzionali contribuiscono a ricondurre gli interpreti verso l'elaborazione di un concetto unitario di ambiente, che la giurisprudenza ha già riconosciuto come tale e che sul piano organizzativo ha già dato vita a sedi ministeriali ed a sedi parlamentari riferite espressamente alla tutela degli interessi ambientali. Una legge quadro potrebbe sviluppare questa impostazione ponendo le basi per una "codificazione aperta", diretta ad individuare un vocabolario comune di principi, di istituti e di procedimenti tali da consentire uno sviluppo ordinato e prevedibile del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, e favorire così una legislazione dotata di minimi riferimenti di razionalità e di coordinamento.

8. **Sub c)** La perdita di centralità della legge generale ed astratta è da collegare, come suggeriva Enzo Cheli, con il superamento, nello Stato costituzionale, della nozione storica di sovranità come potere unitario, supremo e incondizionato, in coincidenza con il declino degli Stati nazionali.

Lo Stato costituzionale non ha un sovrano, perché la stessa norma costituzionale fissa i limiti per l'esercizio dei poteri sovrani (art. 1, II co.), aprendosi al rapporto con gli altri Stati e con le organizzazioni sovranazionali (artt. 10 e 11 e 117, I co.): la Costituzione definisce il tessuto politico di una democrazia pluralista, per sua natura policentrica, con una struttura caratterizzata dal pluralismo istituzionale e la conseguente molteplicità delle fonti di produzione normativa.

Anche questa apertura della nostra Costituzione rende perfettamente coerente l'inserimento della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali.

Come è stato più volte sottolineato, i fenomeni ambientali non hanno confini; ma nello stesso tempo l'habitat nel quale si manifestano è territorialmente definito; e ciò attiva i poteri e le responsabilità corrispondenti; ma vi è un disallineamento della localizzazione delle fonti inquinanti e di quella nella quale si producono i danni, che si traduce in un disallineamento tra potere e responsabilità.

Le diverse dimensioni degli ambiti territoriali dell'ambiente rendono quindi evidente la necessità di affermare il principio di corresponsabilità per tutti i livelli di governo nell'affrontare la crisi ecologica, con il conseguente intervento - secondo i criteri mobili definiti dal principio di sussidiarietà - delle norme internazionali, europee, costituzionali, statali e regionali.

Non è un caso che proprio nell'ambito dell'inserimento della politica ambientale, nei Trattati dell'Unione europea, sia stato per la prima volta affermato positivamente (v. Atto unico europeo del 1987) il principio di sussidiarietà, divenendo successivamente principio generale dell'azione unionale (art. 5 TUE).

Il principio di sussidiarietà è già stato ampiamente studiato, ma con riferimento alla tutela dell'ambiente occorre approfondire la ricerca con l'esigenza di coordinare concetti base come quello di territorio e di sovranità.

Nell'ambito della tutela dell'ambiente, risulta evidente come la rilevanza giuridica del territorio si sposti da un momento costitutivo del sistema giuridico a risultato della cultura e dell'insieme dei valori di un popolo: l'ambiente, come il territorio, è, infatti, un valore culturale che contestualmente costituisce il presupposto e l'esito dell'esercizio dei diritti fondamentali; così come i diritti, in un ecosistema a rischio di crisi globale, non trovano più nei confini sovrani degli Stati, i presupposti per la loro soddisfazione.

Di qui la necessità di elaborare criteri di un governo multilivello dei problemi ambientali in grado di attribuire le rispettive responsabilità in ordine alle scelte strategiche e politiche, nonché i criteri per l'attribuzione delle funzioni pubbliche dirette a tutelare i beni di natura collettiva, secondo principi che debbono superare le categorie tradizionali (ciò sia sul piano delle relazioni tra i vari livelli di governo, secondo il principio di sussidiarietà, sia con riferimento all'articolazione e la innovazione sul piano degli organismi in grado contrastare soluzioni unilaterali e di fornire dati scientifici che permettano di definire le risposte alle emergenze).

Con riferimento al rapporto tra Stato e Regioni, la revisione costituzionale non innova radicalmente quello che è l'assetto che la Corte costituzionale ha già dato a questo tema.

Si può peraltro rilevare che il nuovo principio fondamentale, pur non modificando formalmente il quadro costituzionale, è in grado di rafforzare, da un lato, l'idea dell'ambiente come materia dotata di una sua autonomia e di una sua oggettività, tale da giustificare l'interpretazione rigorosa dell'attribuzione della competenza legislativa esclusiva allo Stato nella materia "*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*" di cui alla lettera s del II co. dell'art. 117 Cost.; e, dall'altro, è in grado di consolidare gli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale, che ha aperto nuovi spazi agli interventi del livello regionale.

Nella giurisprudenza più recente, la Corte ha, infatti, nuovamente preso atto della complessità e pervasività dei valori ambientali, che interferiscono in tutti gli altri settori delle discipline giuridiche ed è tornata a considerare la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema come materia essenzialmente trasversale, nella quale lo Stato fissa standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza escludere la competenza regionale ad introdurre norme di maggior tutela, purché non si tratti di deroghe ai punti di equilibrio delle esigenze contrapposte fissati dalla legge nazionale (con esplicito riferimento all'applicazione del principio europeo di sussidiarietà nella politica ambientale – v., per tutte, la sentenza della Corte costituzionale n. 198/2018).

La terminologia più ampia utilizzata dal nuovo terzo comma dell'art. 9 (non coincidente con quella dell'art. 117), può favorire questa impostazione, perché si stabilisce espressamente che la tutela dell'ambiente è competenza della Repubblica (*“costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato”* – art. 114, I co.) e non del solo Stato, inteso come apparato centrale, che deve dare attuazione agli obiettivi costituzionali coordinandosi con tutti gli altri livelli di governo.

Nell'interpretazione di questa revisione costituzionale, non si potrà non tener conto di come il territorio, che costituisce un elemento strutturale all'interno dello stesso concetto di ambiente, costituisca il luogo dove si generano e debbono essere risolti i conflitti fra gli interessi che fisicamente si manifestano nei diversi ambiti e nei diversi tempi che ne caratterizzano lo sviluppo.

Anche su questo versante sarà indispensabile individuare con chiarezza i criteri con cui adottare forme flessibili di organizzazione in grado di rispondere tempestivamente alle diverse emergenze e alle diverse esigenze che i problemi ambientali pongono alla collettività.

Al di là della rigida contrapposizione fra competenze legislative esclusive, ovvero concorrenti, nel rapporto tra Stato e regioni, si dovranno ipotizzare forme di coordinamento e di intesa che possano tener conto delle specificità e della tempestività dei vari interventi che le politiche ambientali debbono svolgere.

9. **Sub d)** Il tema della legalità costituzionale, che caratterizza la giustizia nello Stato costituzionale, può essere esaminato nel valutare la revisione del secondo e del terzo comma dell'art. 41, che costituisce diretta applicazione, in relazione alla c.d. “costituzione economica”, del principio fondamentale introdotto nel nuovo terzo comma dell'art. 9.

Si tratta di una revisione in grado di incidere immediatamente e in prospettiva sulle modalità con le quali si dovrà sviluppare il rapporto tra valori in costante tensione e conflitto, come quelli legati alla tutela dell'ambiente e della salute e quelli relativi alle attività industriali che strutturalmente assumono



carattere di pericolosità nei confronti dei valori ambientali e contestualmente esprimono esigenze inderogabili sul piano del diritto al lavoro e dello sviluppo economico.

Non è mancato, nei lavori preparatori della legge di revisione, il riferimento ai frequenti conflitti portati nelle sedi giurisdizionali, ed in particolare dinanzi alla Corte costituzionale.

Lo Stato costituzionale, nel distinguere tra le scelte legislative di livello costituzionale e le scelte di legislazione ordinaria, non si limita ad affermare la prevalenza delle norme costituzionali, ma introduce, come diretta conseguenza, un sistema di garanzia, costituito non solo dalla giustizia ordinaria ed amministrativa, ma soprattutto dalla giustizia costituzionale, in grado di esercitare nella forma giurisdizionale il controllo di costituzionalità sugli atti del decisore politico.

La decisione politica del legislatore non può non essere controllata sulla base dei principi costituzionali; si contrappone quindi la scelta discrezionale del legislatore e del decisore politico rispetto al potere dell'organo garante della legalità costituzionale, che ne controlla gli esiti attraverso l'interpretazione dei principi costituzionali. Ed è sulla difficoltà di contemperare principi e valori fissati dal dettato costituzionale, nel concreto contrapporsi delle diverse esigenze che si manifestano nella società, ad attribuire al giudice costituzionale la ricerca dei punti di equilibrio e l'attivazione di meccanismi di bilanciamento tra principi, valori ed interessi che lo costringono ad utilizzare, come parametri del suo giudizio, nell'interpretazione delle norme costituzionali, anche i criteri di ragionevolezza, proporzionalità ed equità.

Nell'ambito della tutela dell'ambiente, la dialettica fra chi disciplina legislativamente e chi controlla, sulla base dei principi costituzionali, è particolarmente complessa.

Per almeno due motivi. Uno perché siamo nell'ambito di settori nei quali i conflitti fra i valori della tutela dell'ambiente e l'attività delle imprese sono molto forti e anche molto complessi, perché l'ambiente è trasversale a molti altri valori che vengono in gioco. Ma soprattutto perché, ed è il secondo aspetto, vi è una difficoltà strutturale della legislazione a risolvere i problemi ambientali, che pongono esigenze, in termini di tempestività e di complessità tecnica e scientifica, cui occorre rispondere con soluzioni molto concrete (come si è segnalato, la provvedimentalizzazione della legge è in materia ambientale un fenomeno strutturale). C'è un ricorso necessario all'amministrazione, e non è un caso che la Corte costituzionale quando va a risolvere i conflitti fra il principio lavoristico e il principio dell'impresa e i principi per la tutela dell'ambiente, come nel caso Ilva, sostanzialmente si limita a valutare la razionalità di un rinvio delle decisioni all'Amministrazione, strutturalmente competente a definire la concreta tutela degli interessi ambientali da garantire (v. la nota sent. n. 85 del

2013 e la conferma della sua impostazione nella recente sentenza n. 105 del 2004). Ed è noto come il giudizio sulla ragionevolezza delle scelte operate sia in sede legislativa che in sede amministrativa, si presenti particolarmente difficile (se non impossibile) da parte del giudice (ed anche del giudice costituzionale), perché in molti casi occorre valutare se l'attività imprenditoriale, indipendentemente dal rispetto formale delle previsioni normative, sia in grado di mettere in pericolo diritti ed interessi tutelati dall'ordinamento: si tratta, infatti, di diritti ed interessi che, nel caso della tutela dell'ambiente, hanno in prevalenza carattere collettivo ed esigono la definizione di scelte discrezionali, correlate con valutazioni – non sempre rigorosamente quantificabili o valutabili sul piano probabilistico – della pericolosità degli effetti che in futuro potranno essere causati dalle attività.

Mancano parametri oggettivi predeterminati e assoluti, in grado di consentire una determinazione ed un'applicazione esclusivamente giurisdizionale (basta pensare al principio di precauzione, che non è un principio dal quale si possa ricavare con chiarezza una regola del caso concreto applicabile dal giudice).

Occorre prendere atto che la risoluzione concreta del conflitto è frutto di una negoziazione, che ha bisogno di procedure *ad hoc*, che ha bisogno di dialogo molto più ampio, nel quale, da un lato l'Amministrazione abbia una maggiore capacità di decidere sulla base di istruttorie tecniche e scientifiche accreditate e, dall'altro, di una tecnica di formazione delle decisioni molto più trasparente e molto più partecipata (e come tale sindacabile senza l'ampliamento dei margini di valutazione del giudice rispetto al merito delle soluzioni accolte).

Nello Stato costituzionale, non può mancare l'organo di controllo rispetto alla discrezionalità del legislatore; soprattutto quando si verifica l'assenza di scelte chiare e di conoscenze adeguate delle problematiche e delle possibili soluzioni dei conflitti tra i contrapposti interessi da parte del legislatore.

Ma occorre anche constatare che la soluzione del conflitto tra gli interessi ambientali e quelli dell'impresa dipende dalla conoscenza scientifica e dalle soluzioni tecniche che ben difficilmente possono essere affrontate nella sede giurisdizionale. Il problema che si pone è se si può pensare, per definire i nuovi valori inseriti in Costituzione, a una "riserva di scienza" o se invece non si debba pensare a una disciplina delle modalità con cui la scienza è autorizzata a dare le sue indicazioni.

La Corte costituzionale ha di recente chiarito che il legislatore dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, esercitando la sua discrezionalità politica, ma fondandola necessariamente su evidenze scientifiche (v. sentt. n. 14 e n. 15 del 2023, n. 5 del 2018, n. 282 del 2002).

Siccome la scienza è anche incerta, e questo è un altro elemento di cui dobbiamo tenere conto, la disciplina delle modalità con cui si giunge a questo tipo di risultati è quindi fondamentale.

L'inserimento esplicito di nuovi limiti all'iniziativa economica implicherà la necessità – già affermata ampiamente dalla giurisprudenza costituzionale – di definire il punto di equilibrio, dinamico e non prefissato in anticipo, che il legislatore, nella statuizione delle norme, e il giudice delle leggi, in sede di controllo, debbono effettuare per garantire che non sia sacrificato il “nucleo essenziale” di ciascuno dei valori costituzionali in gioco. Si tratta di applicare, nell'interpretazione, criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, con un rigore che sicuramente la revisione costituzionale impone di rafforzare.

Ad esempio, l'inserimento esplicito in Costituzione del limite del danno all'ambiente pone un principio che incide direttamente sui modi di svolgere l'attività economica.

Il legislatore dovrà chiarire quindi i criteri procedurali con i quali individuare rischi, limiti e standard ragionevoli che gli imprenditori dovranno rispettare (con la definizione di procedimenti partecipati e l'individuazione di organi tecnici che permettano di introdurre trasparenza ed autorevolezza nel dialogo fra scienza e politica). Ma si dovrà evitare di delegare puramente e semplicemente alla scienza la definizione dei criteri di bilanciamento, anche per non lasciare i giudici privi di parametri con i quali valutare le scelte discrezionali dell'amministrazione.

10. In conclusione, la revisione del 2022 pone nuove prospettive al nostro Stato costituzionale, inserendolo, sia pur timidamente, nello sviluppo del “costituzionalismo ambientale” e indica nuovi punti di riferimento per affrontare i tempi e i modi di produzione delle fonti del diritto per l'ambiente.

In particolare viene consolidato il rapporto dialettico tra legislatore e giudici nell'attuazione del valore costituzionale dell'ambiente.

Da un lato, il legislatore è investito di nuove responsabilità nel definire nuovi criteri e metodi nella produzione delle fonti per la tutela dell'ambiente e nel definire politiche e programmi capaci di rispondere alle istanze evidenziate dalla crisi ambientale.

Dall'altra parte, i giudici non potranno sottrarsi a dare la loro risposta sulla base dei diritti e dei doveri di solidarietà che i nuovi principi costituzionali hanno consolidato.

Il legislatore dovrà, in particolare, definire le modalità con le quali inserire la valutazione degli interessi ambientali nella programmazione di tutte le altre attività pubbliche e di tutti i programmi economici e sociali che vengono proposti e approvati nel circuito decisionale Parlamento / Governo e chiarire, come scelta politica non rinviabile, la dimensione e le modalità di applicazione

dei principi in materia ambientale quale premessa logica e obiettivo strategico di quella che ancora oggi è una necessaria opera di razionalizzazione della legislazione ambientale.

Nella stessa direzione il legislatore dovrà definire le modalità di elaborazione delle norme tecniche e delle procedure per l'emanazione dei regolamenti di attuazione delle norme di tutela ambientale. Dovrà, in particolare, stabilire criteri sia sui tempi per l'elaborazione di tali norme sia per attivare forme di dibattito scientifico che le precedano e forme di partecipazione trasparente alla loro elaborazione, distinguendo chiaramente quello che è il momento dell'attività conoscitiva e tecnica sulle possibili normative da adottare e quelle che sono scelte di merito politico da individuare sulla base degli indirizzi elaborati al livello di fonti legislative parlamentari.

Ai giudici sarà riservato il compito di dare effettività ai principi ed ai diritti che ne derivano.

Un ruolo che non può non espandersi, nell'ipotesi che si protragga l'inerzia o l'assenza di coerenza nell'attuazione dei principi costituzionali da parte del legislatore.

Un ruolo di attuazione diretta dei diritti che costituisce un'ineliminabile fonte di produzione normativa, per dare seguito alla nuova cultura ambientale in cui si riconosce la Costituzione e per far valere la priorità delle decisioni politiche di lungo periodo introdotta dalla revisione.

Un ruolo che trova esempi significativi nel recente e diffuso sviluppo delle c.d. "*contenzioso climatico*" e di cui si possono citare casi di grande rilievo come la già citata sentenza della Corte costituzionale tedesca del 29 aprile 2021; la nota sentenza "Urgenda" della Corte suprema dell'Olanda del 20 dicembre 2020 e la decisione del Tribunale amministrativo di Parigi del 3 febbraio 2021, e, da ultimo, la citata sentenza 9 aprile 2024 della Corte Cedu.

Si chiede ai giudici di rispondere alle domande più urgenti che provengono dalla scienza e dalla società, attivando la strutturale capacità di supplenza della giurisdizione rispetto ai canali inefficienti delle istituzioni democratiche. Una supplenza inadeguata (ed in molti casi ancora non percorribile – v. l'esempio della sentenza del Tribunale di Roma, del 26 febbraio 2024, sull'enfaticamente definito "giudizio universale") rispetto ai macro obiettivi da raggiungere, ma sicuramente preziosa per produrre – come fonte alternativa – principi giuridici in grado di garantire la tutela effettiva dell'ambiente nella complessa fase di transizione che stiamo attraversando.

Sono risposte che non potranno che essere date nel quadro dettato dalla revisione costituzionale. Un quadro che trova conferma, in conclusione, nelle importanti parole della recente sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 2024:

*“La riforma del 2022 consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell’ambiente, inteso come bene unitario, comprensivo delle sue specifiche declinazioni rappresentate dalla tutela della biodiversità e degli ecosistemi, ma riconosciuto in via autonoma rispetto al paesaggio e alla salute umana, per quanto ad essi naturalmente connesso; e vincola così, esplicitamente, tutte le pubbliche autorità ad attivarsi in vista della sua efficace difesa.*

*Peculiare è, altresì, la prospettiva di tutela oggi indicata dal legislatore costituzionale, che non solo rinvia agli interessi dei singoli e della collettività nel momento presente, ma si estende anche (come già, del resto, prefigurato da numerose pronunce di questa Corte risalenti a epoca anteriore alla riforma: ...) agli interessi delle future generazioni: e dunque di persone ancora non venute ad esistenza, ma nei cui confronti le generazioni attuali hanno un preciso dovere di preservare le condizioni perché esse pure possano godere di un patrimonio ambientale il più possibile integro, e le cui varie matrici restino caratterizzate dalla ricchezza e diversità che lo connotano.*

*Per altro verso, la tutela dell’ambiente – nell’interesse, ancora, dei singoli e della collettività nel momento presente, nonché di chi ancora non è nato – assurge ora a limite esplicito alla stessa libertà di iniziativa economica, il cui svolgimento non può «recare danno» – oltre che alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, come recitava il testo previgente dell’art. 41, secondo comma, Cost. – alla salute e all’ambiente”.*

Sono massime chiare ed equilibrate che contribuiscono a definire lo sviluppo in senso ambientale del nostro ordinamento e consentono di confermare che, con la recente revisione, non sono superati, bensì arricchiti i caratteri essenziali del nostro Stato costituzionale.



RAGIONANDO INTORNO ALL'ART.138. COST. CONSIDERAZIONI SUL  
METODO DELLE RIFORME

**M. CRISTINA GRISOLIA\***

**Sommario**

1. Il dibattito sul “metodo” dell’attuale riforma costituzionale. – 2. L’art. 138 all’ Assemblea costituente e i suoi elementi caratterizzanti. – 3. L’art.138 Cost. nella sua prima prassi applicativa e i procedimenti in “deroga”. – 4. Il ritorno alla procedura ordinaria prevista dall’art. 138 Cost. – 5. L’attuale percorso riformatore.

**Abstract**

*The article takes into consideration the approval procedure under Article 138 of the Constitution of the current constitutional reform on the so-called 'elective Premierate', verifying its 'resilience' in light of the practice that has developed in recent years. To this end the work, after dwelling on the debate at the Constituent Assembly and highlighting the institutional logic that had inspired the approval of this rule, examines the problems that have characterised the various reform attempts. The article concludes by affirming the continued validity of a procedure that, although suffering the progressive attrition of the original logic, still offers, if applied well, the best guarantees of a correct political and institutional confrontation.*

**Suggerimento di citazione**

M.C. GRISOLIA, *Ragionando intorno all'art.138. Cost. Considerazioni sul metodo delle riforme*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Già professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Firenze e Condirettrice della *Rivista*.

Contatto [cristina.grisolia@unifi.it](mailto:cristina.grisolia@unifi.it)

### 1. Il dibattito sul “metodo” dell’attuale riforma costituzionale

Forse mai come in questa nuova stagione di riforme costituzionali, l’avvio è stato contrassegnato da un tanto confuso e problematico discorso sul metodo da utilizzare.

Una volta, infatti, ventilata da parte del Governo l’ipotesi di una tutt’altro che marginale modifica volta a trasformare il cuore della nostra forma di governo, la questione del “come” prima ancora del “cosa”, è stata subito posta all’ordine del giorno del dibattito politico ed istituzionale.

Varie, lo sappiamo, le ipotesi sul tappeto a fronte di cambiamenti di cui, se pure rimaneva incerta la reale ampiezza, appariva evidente la capacità di incidere profondamente sul sistema. E ciò almeno a seguire l’intenzione espressa dalla Presidente del consiglio all’atto del suo insediamento.

L’intenzione cioè di garantire – come essa ebbe a sottolineare nel suo discorso - la necessaria stabilità istituzionale, attraverso meccanismi in grado di restituire la dovuta centralità alla sovranità popolare e consentire all’Italia di passare da una democrazia “interloquente” ad una democrazia “decidente”<sup>1</sup>.

L’incertezza era tale che si è addirittura riproposto<sup>2</sup>, tra le varie ipotesi avanzate, anche quella di ricorrere ad una Assemblea costituente. La quale (a considerare la proposta di legge costituzionale presentata dalla stessa Presidente del consiglio e da autorevoli esponenti del suo partito nella scorsa legislatura) operasse in deroga all’art.138 Cost., sospeso fino alla fine dei suoi lavori<sup>3</sup>.

Una proposta, si badi bene, la quale ha perfino trovato un qualche avallo dalla comunità scientifica. E cioè da chi<sup>4</sup>, partendo dal presupposto che riforme di tale portata non potessero che essere approvate con il più ampio consenso, vedeva in tale scelta un indispensabile strumento di garanzia. Quale mezzo, in vero, atto ad assicurare la necessaria rappresentatività (un’Assemblea costituente non può che essere eletta con un sistema proporzionale), altrimenti affidata ad un Parlamento oggi formato da una maggioranza alterata dal vigente sistema elettorale a tendenza maggioritaria. E, se mai, per ovviare ai conclamati pericoli da sempre paventati dalla istituzione di un tale organo<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> *La Repubblica*, 25 Ottobre, 2022.

<sup>2</sup> Per un richiamo a precedenti iniziative in questo senso. F.R. DE MARTINO, *La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell’art.138*, in U. ADAMO, R. CARIDA’, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale, Atti del Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Catanzaro 8 e 9 giugno 2018*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 142. V. anche T. GROPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all’art. 138*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della costituzione*, vol. III, Utet, Torino, 2006, 2719.

<sup>3</sup> XVIII Legislatura, Atto Camera, n. 3541, Proposta di legge costituzionale presentata dall’on Giorgia Meloni ed altri, 8 marzo 2022.

<sup>4</sup> S. PASSIGLI, M. MALO, *Riforma costituzionale: le ragioni per un’Assemblea costituente (o un’Assemblea di revisione costituzionale)*, in *Astrid Rassegna*, 8, 2023.

<sup>5</sup> Su cui da ultimo v. A. RUGGERI, *Riforme costituzionali quali e perché*, in



optando per una denominazione meno ambigua: un'Assemblea non "costituente", ma di "revisione costituzionale", così da meglio sottolineare gli imprescindibili limiti della sua funzione<sup>6</sup>.

Né, d'altra parte, sono mancate ipotesi volte a ricorrere ai già sperimentati procedimenti in "deroga": la Commissione Bozzi, prima, e poi le commissioni de Mita-Iotti e D'Alema<sup>7</sup>.

Ed, anzi, nel concitato clima che caratterizzava in quel momento il dibattito, una tale ipotesi è stata non solo avanzata, ma convintamente caldeggiata da chi si è fatto promotore di una proposta intorno alla quale aggregare il necessario consenso<sup>8</sup>.

Essa, sull'esempio della Commissione De Mita-Iotti, prevedeva l'istituzione di una commissione, appunto bicamerale (coadiuvata da un comitato di ex parlamentari e studiosi, nominati proporzionalmente dai Presidenti di Camera e Senato su indicazione dei gruppi parlamentari), creata con atti di indirizzo e con una legge costituzionale.

Questo il procedimento ipotizzato: a. preliminare approvazione di due atti monocamerale di indirizzo aventi analogo contenuto (una risoluzione alla Camera; un ordine del giorno al Senato), che prevedessero la costituzione di una bicamerale, con il compito di elaborare il progetto di revisione della Costituzione; b. contemporanea presentazione di un disegno di legge costituzionale che conferisse alla stessa poteri referenti nei confronti delle Camere per la formulazione delle proposte definitive di revisione costituzionale; c. conclusione dei lavori e (previa approvazione della legge costituzionale) presentazione alle Camere del progetto; d. approvazione della proposta nei modi e nelle forme stabilite ex art. 138 Cost<sup>9</sup>.

Ma tali ipotesi fanno parte ormai della storia di questa riforma.

E un fatto che la scelta di proporre al posto di ampie modifiche un progetto di soli pochi articoli ha infine favorito il ritorno alla procedura ordinaria prevista ex art.138 Cost.

Una scelta, questa che, nondimeno, così come si era venuta concretizzando nel dibattito appena richiamato, portava con sé preoccupanti interrogativi.

*Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2023, 113 ss.

<sup>6</sup> S. PASSIGLI, M. MALO, *Riforma costituzionale*, cit., 3.

<sup>7</sup> Istituite, la prima, con due identiche mozioni di Camera e Senato del 12 ottobre 1983, la seconda, con legge costituzionale n. 1 del 1993 e, la terza, con legge costituzionale n. 1 del 1997.

<sup>8</sup> F. CLEMENTI, *Bicamerale di tipo nuovo per riforme condivise*, in *Il Sole 24 ore*, 7 maggio 2023. Nello stesso senso S. CECCANTI, *Serve un nuovo tipo di bicamerale*, in *Avvenire*, 9 maggio 2023.

<sup>9</sup> F. CLEMENTI, *Quale bicamerale per la riforma*, in *Astrid Rassegna*, 9, 2023. Vedila richiamata in G. DE MINICO, F. CLEMENTI, M.C. GRISOLIA, *Riforma costituzionale. Riflessioni intorno al metodo di revisione*, in *Astrid Rassegna*, 16, 2023, 4 ss.

Lo stesso ritardo e le numerose incertezze, infatti, con le quali si era giunti a tale traguardo suscitavano più di un dubbio circa l'esistenza di un diffuso sentimento di sfiducia nei confronti dell'organo parlamentare, ormai da tempo afflitto da una progressiva erosione del suo spazio e del suo ruolo istituzionale.

Militavano, d'altra parte, in tal senso gli ostacoli registrati nell'esperienza passata che, a tacere d'altro, denunciavano la scarsa propensione ad un dialogo costruttivo dimostrata dalle forze politiche di maggioranza e di opposizione. Costrette, alla fine, ad assegnare la soluzione del problema più che all'auspicato consenso politico, al successivo sbocco referendario, cui si affidava il compito di appianare le molte contrapposizioni registrate in sede parlamentare.

Il che poneva in via preliminare un'altra questione. E cioè la tenuta di un procedimento, quello previsto dall'art.138 Cost. che, messo senza onore alla prova, aveva denunciato indubbie difficoltà nella sua concreta applicazione.

## 2. L'art. 138 all'Assemblea costituente e i suoi elementi caratterizzanti

Cerchiamo di dare una risposta all'interrogativo appena formulato. Quali i caratteri impressi dai nostri Costituenti per le modifiche di una Costituzione che, data ormai per presupposta la sua rigidità<sup>10</sup>, avrebbe potuto essere modificata solo a condizione di sicure garanzie<sup>11</sup>.

La discussione sul procedimento di revisione non fu, lo sappiamo, né ampia né particolarmente approfondita<sup>12</sup>. Concordi, i nostri Costituenti, sulla soluzione offerta fin dall'inizio dall'on. Perassi (e sostanzialmente approvata in Assemblea) e forse anche premuti dalla necessità di chiudere i lavori e permettere così l'entrata in vigore della Costituzione il primo gennaio del 1948<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> A. PIZZORUSSO, *Art. 138*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Garanzie costituzionali. Art.134-139*, Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, 711; T. GROPPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, cit., 2705.

<sup>11</sup> Così, significativamente, Paolo Rossi, relatore sulla revisione costituzionale, il quale, nel rilevare la naturale modificabilità del testo costituzionale, con una immagine mirabile, sottolineò come la Costituzione dovesse essere "una specie di duttile acciaio che si riesce a riplasmare faticosamente con l'azione del fuoco e sotto l'azione del martello di un operaio forte e consapevole!" (*Assemblea costituente, intervento alla seduta pomeridiana del 14 novembre 1947*, in *La Costituzione italiana nei lavori preparatori*, Camera dei Deputati - Segretariato generale, Roma, 1970 (v. il richiamo in T. GROPPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, cit., 2705).

<sup>12</sup> Per un puntuale esame di tale dibattito v. L. PESOLE, *Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2016, 125 ss; F.R. DE MARTINO; *Le deroghe all'art.138 Cost. L'esperienza repubblicana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, 13 ss.

<sup>13</sup> Il testo, approvato dalla I sezione della seconda Sottocommissione il 16 gennaio del 1947, su una proposta dell'on. Perassi, infatti, viene poi votato definitivamente dall'Assemblea, con poche variazioni, nella seduta pomeridiana del 3 dicembre 1947 sulla base di un emendamento sostitutivo dell'intero articolo presentato dallo stesso on. Perassi. (su cui L. PESOLE, *Il procedimento di revisione costituzionale*, cit, 131 ss.

Gli elementi che emergono dal procedimento previsto dall'art.138 Cost. sono, in ogni caso, chiari ed univoci. Essi disegnano un percorso impostato sulla centralità delle Camere, quali luoghi privilegiati della democrazia rappresentativa. Ma soprattutto essi danno conto della promessa delle più ampia condivisione di scelte che, figlie del compromesso nato intorno al dettato costituzionale, avrebbero dovuto essere decise non attraverso imposizioni di una forza sull'altra, ma con il necessario apporto delle minoranze. Le quali erano messe in grado di partecipare alla decisione finale attraverso gli alti quorum richiesti e la possibilità di intervenire, in tutti i casi in cui tale decisione non fosse stata comunque da tutti condivisa, con la previsione di un referendum a natura oppositiva.<sup>14</sup> Un referendum, quindi, che, nel rispetto della primazia riconosciuta alle Camere, veniva a disegnare un rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta non certo paritario, ma di complementarità, in funzione integrativa dell'attività legislativa affidata al Parlamento<sup>15</sup>.

Da qui, anche l'estrema delicatezza dell'equilibrio raggiunto. Consegnato, da un lato, ad una procedura parlamentare il cui corretto funzionamento sembrava affidato alla vigenza di un sistema elettorale proporzionale, quale "condizione"<sup>16</sup>, se non addirittura "precondizione"<sup>17</sup>, del rispetto della logica posta a fondamento del rapporto fra maggioranza ed opposizione; dall'altro, subordinato alla libera espressione del voto popolare, che vincolava alla

<sup>14</sup> Così secondo la dottrina più autorevole e maggioritaria. Per un richiamo a questa dottrina e per un'analisi delle diverse posizioni a riguardo v. G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Cedam, Padova, 2001, 140 ss.

<sup>15</sup> Una posizione questa, a dir e il vero, tutt'altro che pacifica, ma autorevolmente avallata dalla Corte costituzionale, là dove, scrutinando una legge regionale nella quale era stato previsto un referendum consultivo per la presentazione di proposte di legge costituzionale, ebbe a sottolineare come "la decisione politica di revisione è opzione rimessa in primo luogo alla rappresentanza politico-parlamentare" mentre "il popolo interviene... solo come istanza di freno, di conservazione e di garanzia, ovvero di conferma successiva" (Corte costituzionale, sentenza n.496 del 2000). Per un recente richiamo al tema v. S. LEONE, *Il referendum costituzionale ovvero dei rischi di una "esaltazione" dell'intervento popolare nel procedimento di revisione costituzionale*, in Riv. Gruppo di Pisa, 1, 2024, 294 ss.

<sup>16</sup> Così T. GROPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, cit., 2707. Insistono su questo punto di recente S. PASSIGLI, M. MALO, *Riforma costituzionale*, cit. 1. V. anche sul punto F.R. DE MARTINO, *La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell'art.138*, in U. ADAMO, R.CARIDA', A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione*, cit., 110 ss.

<sup>17</sup> Così F.R. DEMARTINO, *La revisione della revisione*, cit., 112, commentando le parole di Paolo Rossi all'Assemblea costituente ("una maggioranza qualificata dei due terzi, potrebbe eventualmente, non rispondere alla maggioranza reale del Paese; potrebbe accadere, come è accaduto talora in Inghilterra, che un partito che pure ha vinto in quasi tutti i collegi, cinque anni prima, sia in netta minoranza, poco dopo le elezioni nel Paese, mentre conserva in Parlamento la quasi totalità dei mandati". Viceversa in Italia, mediante la legge elettorale proporzionale "una maggioranza che raccolga in Parlamento i due terzi raccoglierà certamente nel Paese una proporzione anche maggiore di consensi" (Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 14 novembre 1947).

formulazione di quesiti dotati della chiarezza sufficiente a garantire l'esercizio consapevole di quel voto<sup>18</sup>.

Limiti, questi, che, lo sappiamo, sono stati nel tempo messi in discussione, a fronte delle molte modifiche cui è stato oggetto il nostro sistema elettorale, oltre che dalla conclamata necessità di revisioni costituzionali di sempre più ampia portata, che hanno reso assai problematica l'effettività del rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta.

Non che, si badi bene, tale problema non fosse stato discusso durante i lavori della Costituente, ponendosi subito l'alternativa fra riforme puntuali e riforme a carattere più generale<sup>19</sup>.

La questione della possibilità di riforme parziali o totali (e comunque di ampia portata) fu dibattuta, infatti, congiuntamente all'ipotesi di revisione inizialmente proposta, che prevedeva un meccanismo ben più articolato e complesso: approvazione della legge di revisione da parte delle Camere (a maggioranza assoluta); conseguente scioglimento del Parlamento ed elezione di nuove Camere; approvazione delle modifiche (a maggioranza semplice).

Un meccanismo, quello appena descritto che, nella sua indubbia complessità, imponeva che si ponesse subito la questione della sua applicabilità anche a riforme di lieve entità. L'accantonamento però di tale ipotesi fece sì che il problema non fosse ulteriormente dibattuto, seguendone il destino fino ad essere definitivamente abbandonato<sup>20</sup>.

È stato compito della prassi che ha caratterizzato le revisioni costituzionali in Italia agli inizi degli anni '90, a dare una risposta alla questione, che ha finito per essere risolta dai fatti che hanno avuto il sopravvento sulle dispute dottrinali che non sono riuscite a dare ad essa una soluzione definitiva<sup>21</sup>.

### **3. L'art.138 Cost. nella sua prima prassi applicativa e i procedimenti in “de- roga”**

Non si può certo dire che l'art.138 Cost. abbia avuto vita facile.

Vero è, tuttavia, che per una lunga fase della storia repubblicana (che può essere periodizzata lungo tutto il corso della c.d. prima repubblica fino alla soglia degli anni '90<sup>22</sup>), l'art. 138 Cost. è stato, senza alcuna riserva, utilizzato

<sup>18</sup> Primo fra tutti A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 3 ss.

<sup>19</sup> L. PESOLE, *Il procedimento di revisione costituzionale*, cit.,138; V. MARCENO', *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale*, in U. ADAMO, R.CARIDA', A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione*, cit., 285.

<sup>20</sup> L. PESOLE, *Il procedimento di revisione costituzionale*, cit, 140.

<sup>21</sup> Per un richiamo a questo dibattito v. T. GROPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, cit., 2718 e s.

<sup>22</sup> T. GROPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, cit., 2725.

per tutte le modifiche costituzionali che si sono succedute in quel lungo arco di tempo. Modifiche che hanno fedelmente seguito la logica istituzionale appena descritta: tutte generate da un dibattito parlamentare contraddistinto dal più ampio consenso (le prime leggi di revisione sono state tutte approvate dalla maggioranza dei due terzi).

Un consenso che, seppure “forzato” dalla mancanza della legge sul referendum costituzionale approvata solo nel 1970, ha continuato a caratterizzare tutta la stagione in esame, anche dopo l’approvazione di questa legge. Tant’è che non sono mancate revisioni costituzionali, anche di non poco conto, approvate con il più alto quorum. E, in ogni caso, anche quando esso non è stato raggiunto, non è mai emerso un qualche ostinato dissenso che portasse al controllo popolare<sup>23</sup>. E ciò anche se, va detto, difficilmente si sarebbe potuto registrare tentativi di opposizione a fronte di modifiche generate, come esse furono, da ragioni squisitamente tecniche<sup>24</sup>, che hanno reso facile lungo tutto quel periodo l’utilizzo della norma costituzionale.

I problemi sono sorti, lo sappiamo, con l’emergere nel corso degli anni ’80 dell’esigenza di riforme di ben altra portata, capaci di porre mano alle più gravi disfunzioni dell’impianto costituzionale (non più modifiche mirate, dunque, ma una vera e propria “grande riforma”). Una priorità, questa, che, solennemente avallata dallo stesso Capo dello Stato in un suo noto messaggio alle Camere<sup>25</sup>, è presto divenuta improcrastinabile con la crisi che colpì agli inizi degli anni ’90 il sistema politico, divenuto incapace di operare gli adattamenti necessari a permettere una normale manutenzione dell’impianto originario previsto in Costituzione.

Si deve a questo radicale cambio di prospettiva l’emergere delle questioni non risolte a causa della stringatezza e frettezza con la quale era stata approvata la norma costituzionale. Prima fra tutte, naturalmente, quella della non previsione di procedimenti alternativi per modifiche di più ampia portata, a fronte delle quali è presto maturato il convincimento della inidoneità del procedimento di revisione fino allora applicato a realizzare riforme che coinvolgessero “fette” importanti della Costituzione<sup>26</sup>.

<sup>23</sup>T. GROPPPI, *op. ult. loc. cit.*; R. TARCHI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, in *Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, *Commentario della Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1995, 308 e s.

<sup>24</sup>T. GROPPPI, *op. ult. cit.*, 2726; R. TARCHI, *op. ult. cit.*, 309.

<sup>25</sup>Messaggio del Presidente della Repubblica Francesco Cossiga alle Camere del 26 giugno 1991.

<sup>26</sup>P. CARNEVALE, *L’art.138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2, 2018, 17;

Nascono, così, accompagnate da un serrato ed ininterrotto dibattito<sup>27</sup>, le prime “commissioni parlamentari per le riforme istituzionali”<sup>28</sup>, alle quali viene affidato il compito di mettere a punto un progetto di revisione in deroga, per la prima volta, a quanto previsto dalla norma costituzionale: istituzione, appunto, di una commissione bicamerale che sostituisce la fase referente delle due Camere; elaborazione di un progetto di riforma; doppia deliberazione da parte di ciascuna Camera; approvazione del progetto in seconda deliberazione a maggioranza assoluta; ricorso obbligatorio al referendum indipendentemente dalla maggioranza raggiunta in Parlamento.

Queste, le principali linee portanti che, con poche variazioni, hanno caratterizzato i procedimenti previsti, prima, dalla legge costituzionale n.1 del 1993 e, poi, dalla legge costituzionale n. 1 del 1997.

Nessuno di questi tentativi giungerà per motivi diversi a buon fine. Il che ci esonera dal soffermarci sulla loro analisi e sul dibattito che li ha puntualmente accompagnati lungo tutto l’arco di tempo della loro vigenza.

Quello che preme, invece, sottolineare sono gli elementi che hanno intaccato la logica ordinamentale posta a fondamento dell’art. 138 Cost. Elementi che, pure anche nati da interventi meramente derogatori, e, come tali, con una valenza istituzionale certamente attenuata, erano ugualmente in grado, proprio in ragione della loro ripetitività, di assumere una indubbia funzione persuasiva. Utili, quindi, a determinare nuovi parametri di riferimento quanto a futuri processi di modifica che, come quelli in esame, riguardassero un perimetro assai vasto della Costituzione<sup>29</sup>.

Non poche le deroghe previste.

Così, in primo luogo, la stessa creazione di una commissione bicamerale, la quale veniva ad unificare la fase referente ordinariamente esercitata da Camera e Senato (art. n. 1 l. cost., n. 1/93; art.1 l. cost. n.1/97); la fissazione, poi, di un termine massimo per la presentazione del progetto da parte della commissione (art.1, quarto comma, l. cost. n. 1/93; art. 2, quarto comma, l. cost. n.1/97).; ancora, la limitata possibilità di proporre emendamenti nel corso del procedimento di revisione e soprattutto in Assemblea (art.2 l. cost.1/93 e art.3 l. cost. n.1/97; la non ammissione, infine, di questioni pregiudiziali e di non passaggio agli articoli (art. 2, secondo comma, l. cost. n.1/93; art.2 terzo comma L. cost. n.1/97).

<sup>27</sup> Su cui ancora di recente P. CARNEVALE, *L’art.138 della Costituzione*, cit., 18 ss. Per richiami essenziali a questo dibattito v. T. GROPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all’art. 138*, cit., 2726 e s.

<sup>28</sup> Per un esame riassuntivo e puntuale di tali procedimenti in deroga v. F.R. DE MARTINO, *La revisione della revisione*, cit., 120; IDEM, *Le deroghe all’art.138 Cost.*, cit., 67 ss; L. BELLODI, *L’ammissibilità di deroghe alla procedura di revisione costituzionale ex art.138 Cost.*, in *Amministrazione in cammino*, 6 maggio 2015, 1 ss.

<sup>29</sup> P. CARNEVALE, *L’art.138 della Costituzione*, cit., 22.

Tutte deroghe, queste, che evidentemente sacrificavano alle esigenze di tempestività delle modifiche proposte le garanzie di un confronto ampio ed articolato<sup>30</sup>.

Ma soprattutto ciò che più di ogni altra cosa incideva sulla deroga data all'art. 138 Cost era la previsione della sola maggioranza assoluta per l'approvazione definitiva del progetto (art.3, primo comma, l. cost. 1/93; art.3., quarto comma, l. cost. 1/97). Essa, infatti, rinunciando a raggiungere il più ampio consenso, finiva per contraddire il presupposto stesso su cui era stata costruita la norma costituzionale. La quale, come già sottolineato, nel prevedere l'alto quorum dei due terzi vagheggiava la possibilità di favorire un accordo che abbracciasse una parte consistente delle forze politiche presenti in Parlamento<sup>31</sup>.

Il che si portava dietro un'ulteriore e altrettanto rilevante conseguenza, questa volta riferita al rapporto disegnato ex art. 138 Cost. tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta.

Ambedue le leggi costituzionali prevedevano, infatti - lo abbiamo appena sottolineato - che il procedimento di revisione si concludesse con un referendum non più eventuale, ma obbligatorio, che solo la l. cost. n.1/97 subordinava alla previsione di un quorum strutturale pari alla maggioranza dei cittadini aventi diritto al voto (v. art. 4 l. cost. n.1/97).

Si registrava così un altro brusco cambiamento, che trasformava la funzione oppositiva del referendum in funzione piuttosto confermativa delle scelte appena operate dalla maggioranza parlamentare. Esso, non più strumento volto a tutelare le opposizioni, acquistava piuttosto un significato fortemente plebiscitario<sup>32</sup>. Come se - si è detto - esso venisse ad assumere il ruolo di una terza approvazione; una sorta di "sanzione regia"<sup>33</sup> che, alterando profondamente il rapporto voluto dai Costituenti, consegnava al corpo elettorale una inedita posizione di pari ordinazione rispetto all'attività svolta dalle Camere<sup>34</sup>.

Non solo. La previsione di un referendum obbligatorio (e non più eventuale) rendeva ancora più urgente la questione dell'omogeneità del quesito da sottoporre al corpo elettorale; questione che diventava ora preliminare in quanto strettamente collegata alle garanzie necessarie ad esprimere una scelta

<sup>30</sup> G. DE MINICO, *Parliamo del "come"*, in *Federalismi.it.*, 7 giugno 2023, 6.

<sup>31</sup> R. BUSIA, *Il referendum costituzionale fino al suo debutto: storia di un "cammino carsico" di oltre cinquant'anni*, in *Nomos*, 2, 2003, 97 ss.

<sup>32</sup> S. LEONE, *Il referendum costituzionale*, cit., 310 ss.; R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale*, cit., 7 ss. con riferimenti alla dottrina sul punto.

<sup>33</sup> R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale*, cit., 7.

<sup>34</sup> Per un richiamo alle problematiche sorte intorno alla nuova collocazione del referendum costituzionale v. F. R. DE MARTINO, *La revisione della revisione*, cit., 131 ss.; R. BUSIA, *Il referendum costituzionale*, cit., 66 ss.

consapevole su questioni che investivano parti rilevanti del nostro ordinamento costituzionale<sup>35</sup>.

Le due iniziative, lo abbiamo detto, non giunsero a buon fine. Ciò fece sì che il problema rimanesse irrisolto: esso si ripresenterà puntualmente, condizionando a tutt'oggi il perimetro delle modifiche costituzionali.

#### **4. Il ritorno alla procedura ordinaria prevista dall'art. 138 Cost.**

Le riforme che si imposero agli inizi di questo secolo hanno in comune il ritorno alla procedura ordinaria, applicata per la prima volta per cambiamenti di ampia portata: la riforma del 2001, che ha riscritto praticamente l'intero titolo V della Costituzione e le riforme, del 2005 e del 2016, con le quali si riprese il cammino per dare vita ad una "grande riforma", che ridefinisse, nella loro quasi totalità, gli assetti istituzionali disegnati nella seconda parte della Costituzione.

A giudizio di alcuni tale stagione rappresentò una sorta di rivincita dell'art.138 Cost. sulle procedure speciali tentate attraverso l'istituzione di commissioni bicamerali, proprio sul presupposto della inidoneità della norma costituzionale a realizzare riforme di ampia portata<sup>36</sup>.

In realtà, complice la nuova legge elettorale maggioritaria, il ritorno al procedimento di revisione previsto dall'art.138 Cost. sembra piuttosto segnare più che una rivincita, una vera e propria trasformazione della originaria impostazione costituzionale ed espressione, piuttosto, di quella che è stata definita una "degenerazione"<sup>37</sup> nell'utilizzo dell'art. 138 Cost.

Il diverso rapporto imposto dalla nuova legge elettorale tra le forze politiche presenti in Parlamento regalò, infatti, ai governi via via succedutisi non solo l'ambiziosa speranza di poter imporre finalmente, dopo i ripetuti fallimenti del passato, una propria "riforma" approvata a "colpi di maggioranza"<sup>38</sup>, ma anche l'aspirazione di poter imprimere intorno ad essa l'immediata legittimazione del corpo elettorale. Chiamato, attraverso l'"uso maggioritario del referendum"<sup>39</sup>, a confermare, piuttosto che ad opporsi, alle scelte appena operate a livello camerale.

Vero è che, se proprio "degenerazione" non fu, siamo comunque ormai lontani da quella impostazione. Ciò che muta, infatti, è proprio il "verso" sia del confronto parlamentare, ora segnato dall'idea della sua stretta colleganza con

<sup>35</sup> Per un rinvio all'ampio dibattito sviluppatosi intorno al requisito dell'omogeneità del quesito referendario v. R. ROMBOLI, *Referendum costituzionale*, cit, 7 ss.; R. BUSIA, *Il referendum costituzionale*, cit., 101 ss.

<sup>36</sup> R. BUSIA, *Il referendum costituzionale*, cit., 87.

<sup>37</sup> T. GROPPI, *La revisione della Costituzione*, cit., 2729.

<sup>38</sup> P. CARNEVALE, *L'art.138 della Costituzione*, cit., 32.

<sup>39</sup> S. LEONE, *Il referendum costituzionale*, cit., 310.



le dinamiche proprie del rapporto fiduciario, sia del successivo momento referendario<sup>40</sup>. Anch'esso oggetto della polarizzazione degli schieramenti in campo, impegnati in una campagna referendaria che in realtà solo in parte corrisponde all'oggetto del quesito e piuttosto si estende al confronto per la conferma della maggioranza di governo<sup>41</sup>.

Ma un'altra questione ha pesato su questa lunga e complessa stagione di riforme.

L'eventualità, infatti, tutt'altro che ipotetica, di dare seguito al referendum popolare ripropose il dibattito – mai sopito – circa il difetto di omogeneità che inficiava il responso popolare, facendo risorgere più di un dubbio sulla legittimità di procedure non ritenute in grado di garantire l'espressione di una volontà che fosse effettiva.<sup>42</sup>

Nel tentativo di difendere l'impianto previsto dal secondo comma dell'art. 138 Cost., il richiamo andava alla giurisprudenza costituzionale sull'art. 75 Cost., omologando, per il referendum costituzionale, lo stesso requisito di omogeneità richiesto dalla Corte per il referendum abrogativo. Ritenuto, detto requisito, condizione che, direttamente riconducibile al principio democratico, non potesse che valere per qualsiasi consultazione.<sup>43</sup>

Una obiezione, questa, certamente “ragionevole”, anche se, a ben vedere, operava una sorta di inversione logica che finiva per attribuire al referendum previsto dall'art. 138 Cost. caratteri ritenuti invece propri del solo referendum abrogativo, finendo per imporre limiti non previsti per la revisione costituzionale, impossibilitata in tal modo ad estendersi a revisioni organiche e generali<sup>44</sup>.

Più “ragionevole” l'obiezione di chi, richiamandosi al combinato disposto degli artt. 1 e 48 Cost., invocava la tutela di principi fondamentali quale quello della libertà del voto, necessariamente coartata dalla molteplicità degli oggetti

<sup>40</sup> Sulle modalità di svolgimento delle varie iniziative referendarie legate alle riforme del 2001, 2006 e 2016 e sul ruolo giocato per ciascuna dal Governo v. S. LEONE, *Il referendum costituzionale*, cit., 311 ss.; E. TIRA, *Referendum costituzionale e suo uso politico nella prassi*, in *Costituzionalismo.it.*, 21 ss.

<sup>41</sup> P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione*, cit., 34. Sul punto le sue interessanti considerazioni, 30 ss.

<sup>42</sup> Per riferimenti legati al rinascere di questa problematica v. S. LEONE, *Il referendum costituzionale*, cit., 320 ss.; A. FUSCO, *Il procedimento di revisione: le fasi ulteriori, necessarie ed eventuali*, in U. ADAMO, R.C. ARIDA', A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione*, cit., 77 ss. Per un richiamo alla vasta bibliografia su questo tema v. G. FERRI, *Il referendum*, cit, p. 284 ss.

<sup>43</sup> Richiami in questo senso in R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale*, cit, 13 ss. al quale si devono le citazioni successive.

<sup>44</sup> S. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi* in A.A. CERVATI, S. PANUNZIO P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Giappichelli, Torino, 2001, 126 ss.

sottoposti alla volontà popolare e, comunque, distratta da improprie logiche di schieramento<sup>45</sup>.

E, tuttavia, ancora più “ragionevole” era la posizione di chi metteva più realisticamente in evidenza come quel requisito di omogeneità così insistentemente richiamato dovesse essere ricercato non tanto nella somma dei contenuti della riforma, ma nell’inscindibile significato funzionale che da essi derivava; significato sul quale il corpo elettorale sarebbe stato chiamato alla fine a deliberare<sup>46</sup>.

La questione, lo sappiamo, è rimasta ancora una volta non risolta, nonostante che, nell’incertezza del momento, non fossero mancate anche iniziative (poi fallite) di coinvolgere la stessa Corte costituzionale del problema<sup>47</sup>.

Nel tentativo di conciliare le varie esigenze in campo (da un lato, quella di non precludere riforme organiche, dall’altro quella di tutelare l’espressione della volontà dei cittadini), è riemersa la soluzione, già a suo tempo prospettata, di fare ricorso a referendum parziali con i quali “spacchettare” le varie disposizioni fatte oggetto di “grandi riforme”<sup>48</sup>.

L’ipotesi, in realtà tutt’altro che “pellegrina”, è stata riconsiderata anche in occasione della riforma oggi in corso di approvazione<sup>49</sup>. E, tuttavia, essa, che pure asseconda esigenze di indiscutibile rilievo, non appare in grado di superare l’obiezione dell’intima organicità e coerenza che deve caratterizzare fra loro disposizioni contenute in progetti di ampia portata. I quali, sostenuti da una logica unitaria alla quale vanno ricondotti i singoli segmenti, potrebbero alla fine risultare trasformati dalla somma dei giudizi singolarmente espressi. Quest’ultimi difficilmente in grado di rispettare, ognuno per suo conto, la logica unitaria che originariamente caratterizzava il progetto sottoposto al giudizio popolare<sup>50</sup>.

La questione finisce allora per spostarsi su un altro profilo. E cioè quello della legittimità o, quanto meno, dell’opportunità dell’uso dell’art. 138 Cost.

<sup>45</sup> M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, in Dig. Disc. Pubbl., XII, Utet, Torino, 1997, 516.

<sup>46</sup> G. M. SALERNO, *Il referendum*, Cedam, Padova, 1992, 116-117.

<sup>47</sup> Il riferimento va al conflitto di attribuzioni sollevato dal Codacons contro L’Ufficio centrale per il referendum relativo proprio alla lesione della libertà di voto dei cittadini elettori per la non omogeneità del quesito. Conflitto respinto dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 256 del 2016. Su cui A. FUSCO, *Il procedimento di revisione*, cit., 82.

<sup>48</sup> Su cui V. ANGIOLINI, *Revisione costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Utet, 1997, 312 e s.

<sup>49</sup> Per respingerla ancora una volta (G. DE MINICO, F. CLEMENTI, M.C. GRISOLIA, *Riforma costituzionale*, .cit., n. 16, 2023, 7).

<sup>50</sup> Su tale complessa problematica v. di recente le interessanti osservazioni di A. RUGGERI, *Notarelle in tema di democraticità del referendum*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2, 2024, 137 ss,

per revisioni particolarmente ampie del testo costituzionale.<sup>51</sup> Ma questo, l'abbiamo visto, è un altro problema.

### 5. L'attuale percorso riformatore

E torniamo ad oggi.

Dopo il sommario *excursus* con il quale abbiamo ripercorso le principali tappe che hanno caratterizzato il “metodo” delle riforme, si può allora meglio comprendere i dubbi e le perplessità che all'inizio dell'attuale dibattito hanno riguardato la scelta circa l'*iter* da seguire.

Vero è che la soluzione poi adottata – quella di utilizzare l'art.138 Cost. - difficilmente avrebbe potuto essere confutata.

Militava, in primo luogo, in suo favore il (presunto) carattere “minimale” alla fine proclamato delle modifiche da apportare. Le quali, come si legge nella relazione introduttiva al disegno di legge costituzionale del governo<sup>52</sup>, avevano l'intento di modificare la Costituzione per i soli interventi “strettamente necessari al conseguimento degli obiettivi dichiarati.” E ciò, in fedele conformità alla prassi più recente. La quale, abbandonata la strada, dimostratasi difficile e fallimentare, delle “grandi riforme”, ha registrato da tempo il ricorso ad interventi c.d. “mirati”. Cioè interventi che, per il loro limitato perimetro costituzionale, sono stati liberati dalle molte problematiche che hanno riguardato (e ancora riguardano) riforme di più ampia portata<sup>53</sup>.

Così è stato, per rimanere sugli oggetti strettamente legati alla forma di governo, prima, per la riforma sulla riduzione del numero dei parlamentari e, poi, per la riforma che ha spostato il limite di età per la elezione dei membri del Senato da 25 a 18 anni<sup>54</sup>.

Vero è che, a differenza delle modifiche appena citate, la riforma in esame, in realtà solo per un “paradosso” può essere definita “minimale”: di tale importanza sono i profili affrontati e di così ampio rilievo le trasformazioni proposte<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Per un richiamo ancor attuale al dibattito sul tema, V. MARCENO', *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, in U. ADAMO, R. CARIDA', A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione*, cit., 290 ss.

<sup>52</sup> IX Legislatura, Senato della Repubblica, Disegno di legge costituzionale n. 935.

<sup>53</sup> Legge costituzionale n.1 del 2020 sulla riduzione del numero dei parlamentari; Legge costituzionale n. 1 del 2021 che ha ridotto da 25 a 18 anni il limite di età per l'elezione dei componenti del Senato; Legge costituzionale n. 3 del 2022 che ha modificato gli artt. 9 e 41 della Costituzione; Legge costituzionale n. 2 del 2022 sul riconoscimento delle peculiarità delle isole; Legge costituzionale n.1 del 2023 che aggiunge all'art. 33 Cost. il riconoscimento del valore dell'attività sportiva. Su cui v. di recente le osservazioni critiche di A. D'ATENA, *Riformare la Costituzione? Metodo e merito delle riforme costituzionali*, Lettera AIC, 10 2024, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>54</sup> V. rispettivamente la Legge costituzionale n.1 del 2020 e la Legge costituzionale n. 1 del 2021.

<sup>55</sup> G. BRUNELLI, *Intervento su Un decalogo di temi e quesiti sul progetto governativo di riforma*

Essa ha, tuttavia, il merito di riconsegnare alle Camere, senza alcuna eccezione o deroga, il compito loro proprio di revisione costituzionale<sup>56</sup>, evocandone una centralità che è troppo spesso elusa o dimenticata<sup>57</sup>.

E, però, nonostante questo, lo strumento oggi utilizzato, non appare certo in grado di soddisfare le promesse date dall'art.138 Cost, ripetendo anche in questo caso quegli elementi distorsivi che inficiano le plaudite garanzie procedurali: la decisione, in primo luogo, di dare avvio al processo di riforma con una iniziativa governativa in luogo della più naturale iniziativa parlamentare. Con la conseguenza di aprire la strada ad un confronto che, lontano dall'aspirare alla condivisione, si caratterizza, come fu in passato (nel 2001, nel 2005, nel 2016), divisivo e polarizzato e, come tale, oggetto di inevitabili forzature<sup>58</sup>.

La legittima<sup>59</sup> ma ingombrante presenza del Governo, di nuovo impegnato ad imporre la "sua riforma", irrigidisce, infatti, il confronto, obbligando le opposizioni ad arroccarsi su posizioni non dialoganti. Essa spinge, poi, la maggioranza verso inevitabili strumentalizzazioni, con pericolosi riflessi sia sul dibattito parlamentare, enfatizzato dalla ridondanza che assume il confronto politico, sia sull'eventuale referendum costituzionale, ormai definitivamente lontano dalla originaria natura oppositiva di tutela di minoranze dissenzienti<sup>60</sup>.

Riformuliamo allora le perplessità espresse inizialmente. E cioè se, al di là delle migliori intenzioni dei nostri Costituenti, il procedimento previsto dall'art.138 Cost. sia ancora in grado di rispettare le legittime aspettative o, se invece, travolto dai fatti, risulti ormai logorato e trasformato nei suoi tratti essenziali.

Il tema, mai sopito, della modifica della norma costituzionale, torna così con nuova urgenza all'ordine del giorno<sup>61</sup>. Un tema nato all'indomani della trasformazione in senso maggioritario del nostro sistema elettorale che, mutando l'ottica politica sullo sfondo della quale la norma era stata costruita (e cioè su un meccanismo proporzionale più rappresentativo) sembrava esigere un immediato riallineamento tra la maggioranza e l'opposizione<sup>62</sup>.

*costituzionale. Il metodo della riforma costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2024, 573.

<sup>56</sup> M. C. GRISOLIA, *Non abbandoniamo il procedimento previsto all'art.138 Cost.* in *ASTRID RASSEGNA*, 9, 2023, 2.

<sup>57</sup> Una centralità, tuttavia, che la Corte ha appena riaffermato nella recente sentenza n. 146 del 2024 nella quale, intervenendo nuovamente in tema di decretazione d'urgenza, ha ridefinito i confini tra Parlamento e Governo nell'esercizio della funzione normativa.

<sup>58</sup> A PUGIOTTO, *Intervento su Un decalogo di temi e quesiti*, cit., 581 e s.

<sup>59</sup> Un'iniziativa, quella esercitata dal Governo nel procedimento di revisione, da più parti discussa, ma che difficilmente potrebbe ritenersi esclusa nell'interpretazione dell'art.138 Cost. V. L. PESOLE, *Il procedimento di revisione*, cit., 133-138. Sul punto le interessanti considerazioni di P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione*, cit., 30ss.

<sup>60</sup> A. PUGIOTTO, *Intervento*, cit, 582.

<sup>61</sup> Torna di recente su questo tema A. RUGGERI, *Riforme costituzionali*, cit., 108 ss.

<sup>62</sup> Dopo la modifica, infatti, del sistema elettorale in senso maggioritario sorse subito il problema

Diverse le soluzioni prospettate, volte a rivedere l'intreccio dei quorum previsti dall'art. 138 Cost. e il rapporto fra questi ed il referendum popolare.

Nessuna di esse è però giunta a buon fine. E, d'altra parte, a riguardare bene la disposizione costituzionale, sembra difficile pensare ad un meccanismo che possa dosare meglio le garanzie che i nostri costituenti imposero per le modifiche costituzionali.

Forse, allora, più che di riforme, ciò di cui veramente abbiamo bisogno è una presa di coscienza delle forze politiche. Le quali, da tempo unite nella volontà di rivedere il nostro assetto istituzionale, abbandonino eccessive pretese e troppo rigide contrapposizioni e piuttosto rivalutino l'originario sentimento di condivisione che fu impresso alla norma costituzionale che, salvo qualche ritocco, va bene così come è.

della revisione dell'art.138 che adeguasse i quorum previsti alla nuova rappresentanza camerale. Da quel momento la questione si è riproposta a più riprese, rimanendo all'ordine del giorno del dibattito politico ed istituzionale. Per alcuni richiami alle varie iniziative a riguardo v. R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale*, cit., 18 ss. v. F. R. DE MARTINO, *la revisione della revisione*, cit., 141 ss.;



IL PARADOSSO DEI TEMPI DI ESERCIZIO DEL POTERE  
REGOLAMENTARE DEL GOVERNO: LA MAGGIORE FLESSIBILITÀ  
DELLA LEGGE RI-SPETTO AL REGOLAMENTO

NICOLA LUPO\*

**Sommario**

1. Un presupposto non veritiero: la maggiore flessibilità del regolamento rispetto alla legge. – 2. La agevole modificabilità delle fonti primarie, a maggior ragione ai tempi del Covid e del PNRR. – 3. I tempi lunghi per l'esercizio del potere regolamentare del Governo. Il caso degli atti attuativi del nuovo codice degli appalti. – 4. Conclusioni.

**Abstract**

*The reasoning behind the regulation of the Government's regulatory power introduced by Law No. 400 of 1988, to the drafting and analysis of which, Enzo Cheli made a very significant contribution, presupposed greater flexibility of the regulatory source with respect to laws and acts with the force of law.*

*In this contribution, the author investigates the reasons why this reasoning can now be said to have been superseded.*

**Suggerimento di citazione**

N. LUPO, *Il paradosso dei tempi di esercizio del potere regolamentare del Governo: la maggiore flessibilità della legge rispetto al regolamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nella LUISS Guido Carli di Roma.  
Contatto [nlupo@luiss.it](mailto:nlupo@luiss.it)

### 1. Un presupposto non veritiero: la maggiore flessibilità del regolamento rispetto alla legge

La logica alla base della disciplina della potestà regolamentare del Governo introdotta dalla legge n. 400 del 1988, alla cui stesura e alla sua analisi com'è noto Enzo Cheli contribuì in modo assai significativo<sup>1</sup>, presupponeva una maggiore flessibilità della fonte regolamentare rispetto alle leggi e agli atti con forza di legge. Un presupposto che ancora fino all'inizio degli anni Novanta poteva ben ritenersi fondato: l'approvazione delle leggi, soprattutto ove non fosse percorribile l'*iter* abbreviato, ossia con le commissioni in sede legislativa o deliberante, poteva infatti trascinarsi a lungo, anche al di là di una singola legislatura<sup>2</sup>.

È sulla base di questo presupposto, del resto, che si giustifica il carattere auspicabile del fenomeno della delegificazione, anch'esso oggetto di specifica disciplina ad opera dell'art. 17, comma 2, di tale legge. L'idea del legislatore è quella di porre rimedio all'eccessiva legificazione del sistema delle fonti, al fine di renderlo meno rigido: nel presupposto, appunto, che l'abbassamento del rango delle norme vigenti su un certo oggetto, ossia la sostituzione di norme primarie con norme secondarie, possa rendere più agevole e più rapido provvedere a ulteriori modifiche di quelle medesime norme<sup>3</sup>.

Tant'è che, appunto in questa chiave, allorquando si sono usati i regolamenti di delegificazione al fine di semplificare la disciplina dei procedimenti amministrativi, mettendola in linea con i principi nel frattempo affermati dalla legge n. 241 del 1990, si è ragionato, in dottrina, di un "duplice effetto" di semplificazione, prodotto dal connubio tra semplificazione sostanziale dei procedimenti e semplificazione formale della fonte, mediante la delegificazione<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Si veda soprattutto E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, n. 1, pp. 53-76. Posso confessare, in questa occasione, che la partecipazione, da studente, al convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, svoltosi a Napoli il 27-28 ottobre 1989, e in particolare l'ascolto delle relazioni di Enzo Cheli e Lorenza Carlassare, con posizioni tra di loro diametralmente opposte, e del dibattito che le seguì, fu decisiva nell'orientare la fase finale del mio percorso di studi universitari, e in particolare nel maturare la decisione di laurearmi con una tesi in Diritto parlamentare.

<sup>2</sup> Lo dimostra, ad esempio, lo stesso caso della legge n. 400 del 1988, il cui *iter* si trascinò per ben tre legislature (dalla VIII alla X): se ne vedano i lavori preparatori in *La riforma della Presidenza del Consiglio. Lavori preparatori della legge 23 agosto 1988, n. 400*, voll. 1, 2 e Appendice, Camera dei deputati, Roma, 1989. Per le origini di tale legge e per un suo bilancio applicativo cfr. anche *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*. Atti del Convegno di Studi del 20 febbraio 2018 Roma, Università LUISS Guido Carli, a cura di A. RAZZA, Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2020.

<sup>3</sup> Ad esempio, cfr. G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995). La difficile attuazione dell'art. 17, secondo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 6, per il quale la delegificazione garantisce, rispetto alla legge, "una maggiore flessibilità nel rispondere alle esigenze di regolazione giuridica che lo Stato sociale ha determinato".

<sup>4</sup> Per tutti, cfr. L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 1998, p. 385 s., spec. 397 s., nonché, volendo, N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*. Lo



Senonché, la prassi degli ultimi tre decenni dimostra chiaramente come il presupposto in questione non sia più veritiero: paradossalmente, nell'ordinamento italiano è oggi decisamente più agevole modificare una norma primaria di quanto non sia rivedere il contenuto di una norma secondaria.

È su questa constatazione, dall'indubbio sapore paradossale e contro-intuitivo, che ci si soffermerà in questo contributo. Essa descrive uno stato di fatto che deriva dall'azione congiunta di due elementi, entrambi, a ben vedere, di carattere patologico. Da un lato, dalla disponibilità di una serie di strumenti, a partire dai decreti-legge e dalle leggi di conversione di decreti-legge, i quali consentono, nell'arco di pochi giorni, di apportare e far entrare in vigore modifiche a disposizioni di rango legislativo. Dall'altro, dai tempi assai lunghi occorrenti per la predisposizione e l'emanazione di un regolamento governativo, alla luce della necessità di completare tutte le diverse fasi necessarie richieste per assicurarne l'entrata in vigore.

Un terzo elemento, che ha finito per spingere nella medesima direzione, si è inoltre aggiunto, a partire dal 2001, per effetto della revisione del Titolo V della Costituzione, e in particolare del contenuto dell'art. 117, sesto comma, della Costituzione. La delimitazione dell'ambito di competenza dei regolamenti statali alle sole materie rientranti nella legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, Cost., disposta infatti da questo sesto comma, ha ulteriormente scoraggiato il ricorso a regolamenti governativi e ministeriali, e, al contrario, ha accentuato le spinte alla legificazione (o ri-legificazione) di molte discipline, oltre a dare avvio ad una nuova stagione di "fuga dal regolamento" (e dalla Costituzione), mediante atti denominati espressamente come "di natura non regolamentare"<sup>5</sup>.

## **2. La agevole modificabilità delle fonti primarie, a maggior ragione ai tempi del Covid e del PNRR**

Ad ogni modo, si può qui lasciare da parte quest'ultimo elemento, il cui rilievo è parzialmente diminuito nel corso degli anni, man mano che si sono attenuate, anche in seno al Consiglio di Stato, le interpretazioni rigorose degli elenchi di materie presenti nel nuovo art. 117 della Costituzione e si sono piuttosto valorizzate le competenze esclusive dello Stato di carattere trasversale, enucleate a

*sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Il mulino, Bologna, 2003, spec. p. 133 s.

<sup>5</sup> Il fenomeno è stato ampiamente indagato. In proposito sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti, 2017, n. 3, 9 febbraio 2018, pp. 1-24.

più riprese nella giurisprudenza costituzionale<sup>6</sup>, cui può abbastanza agevolmente agganciarsi una quota più significativa del potere regolamentare del Governo. Ed è meglio soffermarsi, seppure rapidamente, su ciascuno dei primi due elementi, i quali, come si accennava, costituiscono una duplice patologia del nostro sistema delle fonti.

Il ricorso a decreti-legge e leggi di conversione “omnibus” rappresenta invero una patologia certamente non nuova, che però sembra essersi ulteriormente aggravata nel corso degli ultimi anni, prima per effetto della pandemia Covid-19, e dell’esigenza di fronteggiare tempestivamente le sue conseguenze, e poi altresì in correlazione con l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). La predisposizione e poi l’adozione di un Piano contenente una cospicua serie di riforme e investimenti, da porre in essere secondo un serrato calendario definito assieme alla Commissione europea e cristallizzato in un atto del Consiglio dell’Unione, ha evidentemente collocato ancora più al centro dell’attenzione la tempestività dell’attività normativa statale. Con l’effetto, indubbio ancorché apparentemente contrastante con la logica programmatica alla base del PNRR, di accentuare ulteriormente il ricorso, a tal fine, ai decreti-legge e alle leggi di conversione, spesso a discapito della normativa secondaria, la cui adozione tempestiva sarebbe stata assai più difficile da garantire<sup>7</sup>.

Si può inoltre osservare che, appunto in questa chiave, il binomio decreto-legge/legge di conversione presenta un ulteriore vantaggio. Oltre ad offrire ovviamente il pregio di una entrata in vigore immediata delle norme contenute nel decreto-legge, esso consente, nel corso del procedimento parlamentare di conversione, di apportare quegli assestamenti e quelle integrazioni alle disposizioni originarie che vengono reputati necessari dalle forze politiche e dallo stesso Governo, in conseguenza delle prime reazioni determinate dall’entrata

<sup>6</sup> Per tutti, cfr. M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive delle materie trasversali, tra tentativi di stabilizzazione e prospettive di involuzione*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 20, pp. 17-41.

<sup>7</sup> Cfr., tra gli altri, con varietà di approcci ma con un giudizio complessivo sostanzialmente convergente, alla luce dei primi anni di attuazione del PNRR: E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, spec. 110 s.; A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa: tra crisi “endemiche” e nuove emergenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, n. 2, pp. 592-682, spec. 660 s.; A. CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 4, pp. 725-752, spec. 735 s.; D. DE LUNGO, *I rapporti tra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive*, in *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, a cura di D. De LUNGO e F.S. MARINI, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 21-42, spec. p. 28 s.; A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme*, Il mulino, Bologna, 2023, spec. p. 209 s.; L. BARTOLUCCI, *Piano nazionale di ripresa e resilienza e forma di governo tra Italia e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2024, spec. p. 330 s.

in vigore della nuova disciplina e, ancor più spesso, in esito al dialogo con la Commissione europea: un dialogo che accompagna tutto il processo attuativo di ogni misura del Piano, inclusa la fase dell'*assessment* sul raggiungimento delle misure concordate, e che è volto a giungere a interpretazioni condivise dei contenuti di *milestone* e *target*, affinché essi possano ritenersi conseguiti in modo soddisfacente da parte della Commissione europea<sup>8</sup>. Si spiega perciò come mai in ogni semestre, circa due mesi prima della scadenza prevista dal PNRR per la richiesta di ciascuna rata di pagamento (una per fine giugno e una per fine dicembre), sia stato emanato un decreto-legge di carattere tendenzialmente trasversale, concepito per contenere le principali misure necessarie a dare o ad accelerare l'attuazione di *milestone* e *target* ricompresi in tale rata: una serie di "decreti-legge PNRR", pertanto, tutti emanati in tempo utile per essere convertiti in legge, con le modifiche del caso (molte delle quali non sempre strettamente attinenti al PNRR), un po' prima della scadenza prevista per la richiesta della rata di pagamento. Con qualche sforamento verificatosi soltanto nel corso del 2023, probabilmente da ricondursi ai negoziati per la modifica del PNRR e al connesso slittamento della rata di pagamento originariamente prevista per il 30 giugno di quell'anno<sup>9</sup>.

Sempre l'attuazione del PNRR ha mostrato come non manchino neppure i casi di leggi ordinarie, anch'esse volte ad attuare interventi di riforma previsti

<sup>8</sup> Cfr. L. BARTOLUCCI, *Piano nazionale di ripresa e resilienza e forma di governo tra Italia e Unione europea*, cit., p. 341 s., e C. FASONE, N. LUPO, *Learning from the Euro-crisis. A new method of government for the European Union's economic policy coordination after the pandemic*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2024, n. 3, pp. 882-904.

<sup>9</sup> E' stato questo il caso: *a)* del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233; *b)* del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2022, n. 79; *c)* del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, recante ulteriori misure urgenti in materia di politica energetica nazionale, produttività delle imprese, politiche sociali e per la realizzazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), convertito, con modificazioni, dalla legge 17 novembre 2022, n. 175; *d)* del decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune., convertito, con modificazioni, dalla legge 21 aprile 2023, n. 41; *e)* del decreto-legge 29 maggio 2023, n. 57, recante misure urgenti per gli enti territoriali, nonché per garantire la tempestiva attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e per il settore energetico, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 luglio 2023, n. 95; *f)* del decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19, recante ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), convertito, con modificazioni, dalla legge 29 aprile 2024, n. 56; *g)* infine, del decreto-legge 28 ottobre 2024, n. 160, recante disposizioni urgenti in materia di lavoro, università, ricerca e istruzione per una migliore attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, attualmente in corso di conversione. Cfr. in proposito A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il decreto-legge ai tempi del PNRR: verso una ordinaria straordinarietà*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 24, pp. 156-179.

dal PNRR, approvate in tempi estremamente ristretti. Basti qui richiamare, per fare solo tre esempi: la legge 22 dicembre 2021, n. 227 (Delega al Governo in materia di disabilità), il cui *iter* parlamentare è durato meno di due mesi; la legge 3 agosto 2022, n. 129 (Delega al Governo per il riordino della disciplina degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico), approvata in poco più di cinque mesi, e, ancor più chiaramente, la legge 31 agosto 2022, n. 130 (Disposizioni in materia di giustizia e di processo tributari), approvata in due mesi e 9 giorni. Il percorso di queste ultime due leggi, peraltro, si è chiuso successivamente allo scioglimento delle Camere, in coda alla XVIII legislatura<sup>10</sup>. Oltre, ovviamente, alle leggi annuali per la concorrenza e il mercato, già previste dalla legge n. 99 del 2009 (art. 47), che il PNRR ha rivitalizzato<sup>11</sup>.

### **3. I tempi lunghi per l'esercizio del potere regolamentare del Governo. Il caso degli atti attuativi del nuovo codice degli appalti**

Gli esempi citabili per dimostrare i tempi particolarmente lunghi, invece, che caratterizzano il ricorso a regolamenti del Governo sarebbero assai numerosi, non essendo mancati, ad esempio, casi di “rimballo” tra il Governo e il Consiglio di Stato, che hanno ulteriormente allungato un *iter* già decisamente più lungo rispetto a quello dei sessanta giorni disponibili per la conversione dei decreti-legge<sup>12</sup>. Un arco temporale, quest'ultimo, sufficiente altresì, come si è appena visto, a svolgere per intero un procedimento legislativo ordinario, specie sotto la spinta delle pressanti scadenze del PNRR (e davanti al rischio di perdere l'intera rata dei pagamenti previsti, o comunque una quota significativa della medesima)<sup>13</sup>.

Merita qui concentrare l'attenzione esclusivamente sulle vicende relative al nuovo codice degli appalti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023,

<sup>10</sup> Sull'interpretazione estensiva dei poteri delle Camere in *prorogatio*, sul finire della XVIII legislatura, cfr., tra gli altri, P. ARMAROLI, *Le anomalie di una crisi di Governo*, in [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2022, n. 2, spec. p. 11 s.; D. CABRAS, *La prorogatio degli organi di indirizzo politico, dal Governo Ciampi al Governo Draghi*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 4, p. 937 s.; A. CARBONI, *I riflessi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sul diritto e la prassi parlamentare: l'espansione dei limiti della prorogatio nella XVIII Legislatura*, in *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, a cura di D. De LUNGO e F.S. MARINI, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 61-76.

<sup>11</sup> Cfr., ad esempio, a commento della prima di esse, quella per il 2021 (legge 5 agosto 2022, n. 118), A. MOLITERNI, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, n. 5, pp. 581-588.

<sup>12</sup> Per citare un solo, recente, esempio, può richiamarsi il regolamento di delegificazione sugli AFAM (Alta Formazione Artistica, Musicale e coreutica): ossia il d.P.R. 24 aprile 2024, n. 83, Regolamento recante le procedure e le modalità per la programmazione e il reclutamento del personale docente e del personale amministrativo e tecnico del comparto AFAM. Un regolamento di delegificazione previsto dalla legge n. 508 del 1999, su un settore rimasto privo di disciplina primaria, e che ha avuto un lunghissimo processo di gestazione, trascinatosi per oltre due anni e con ben due pareri interlocutori del Consiglio di Stato.

<sup>13</sup> Soltanto a partire dal febbraio 2023 (con la comunicazione della Commissione del

n. 36, e ai suoi atti attuativi, i quali sono stati, in buona sostanza, sostituiti da una cospicua serie di allegati al codice medesimo, adottati perciò anch'essi contestualmente al codice. È un'opzione, pure questa, che trova le sue radici nelle impegnative sollecitazioni che il PNRR ha rivolto al nostro sistema istituzionale, e in particolare ai procedimenti di produzione normativa.

Di fronte all'esigenza di rispettare le principali *milestone* del PNRR in materia di riforma degli appalti pubblici<sup>14</sup> – le quali fissavano al 30 giugno 2022 il termine per l'approvazione della legge di delega per la riforma del codice dei contratti pubblici (M1C1-70), al 31 marzo 2023 il termine per l'adozione del medesimo codice (M1C1-73) e al 30 giugno 2023 (ossia solo 90 giorni dopo) il termine per l'adozione di tutti i suoi atti attuativi (M1C1-74) – il legislatore delegato ha optato per emanare subito, nella veste di allegati al nuovo codice, sostanzialmente tutti i principali atti attuativi in modo da garantire anticipatamente il rispetto anche della successiva scadenza prevista dal PNRR.

Una scelta dettata, all'evidenza, dalla consapevolezza della sostanziale impossibilità di procedere, nell'arco di soli tre mesi, all'adozione dei regolamenti attuativi e fors'anche dalla memoria della recente esperienza del precedente codice, emanato nell'aprile 2016 (con il decreto legislativo n. 50), ma rimasto com'è noto privo di un suo regolamento di attuazione, nonostante i diversi tentativi avviati in proposito. Tale scelta nel senso dell'auto-applicatività del nuovo codice<sup>15</sup>, valida anche per le parti del medesimo per le quali veniva

<sup>14</sup> Una riforma alla quale si riferivano anche talune delle primissime *milestone* del PNRR: si veda in particolare la *milestone* M1C1-69 (scadenza 30 giugno 2021), che prevede espressamente un decreto-legge per la semplificazione degli appalti pubblici, e la *milestone* M1C1-71 (scadenza 31 dicembre 2021), consistente nell'adozione dei relativi atti attuativi.

<sup>15</sup> Una scelta che si inserisce peraltro nell'ambito di una volontà, già presente nell'ordinamento anche a prescindere dal PNRR e perseguita praticamente da tutti i governi nelle ultime legislature, di ridurre gli atti attuativi delle disposizioni legislative, e dunque di accrescere le disposizioni legislative "auto-applicative": cfr., tra gli altri, A. RAZZA, *Il d.lgs. n. 10 del 2016: un "taglia-decreti" per un nuovo riordino normativo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, n. 1, pp. 1-10; F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, spec. p. 73 s. Si vedano, in proposito, le relazioni periodiche predisposte dal Dipartimento per l'attuazione del programma di governo: <https://www.programmagoverno.gov.it/it/approfondimenti/monitoraggio-dello-stato-di-attuazione/report-periodici-ed-elaborazioni-statistiche/>. E, soprattutto, recentissimamente, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 ottobre 2024, con cui si è modificata la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 settembre 2008 sull'Analisi Tecnico-Normativa (ATN), appunto al fine di limitare il rinvio ai provvedimenti attuativi; nonché la circolare del DAGL-Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio n. 9916 del 14 novembre 2024, con cui si sono invitati gli Uffici legislativi, tra l'altro, ad introdurre, in via prioritaria, norme immediatamente precettive e tendenzialmente auto-applicative e ad evitare il rinvio ad atti secondari per l'attuazione delle norme primarie, qualora essa possa essere affidata ad atti amministrativi generali di indirizzo, oltre che ad escludere il rinvio a provvedimenti attuativi all'interno dell'articolato normativo dei decreti-legge (<https://www.programmagoverno.gov.it/it/notizie/adottato-il-dpcm-per-limitare-il-ricorso-ai-provvedimenti-attuativi/>).

disposta una applicazione differita, è stata comprensibilmente apprezzata dalla Commissione europea<sup>16</sup>.

In particolare, il legislatore delegato ha incluso quasi tutti gli atti attuativi del nuovo codice in appositi allegati al decreto legislativo<sup>17</sup>, attribuendo perciò ad essi il rango di norme primarie: trattandosi di allegati a un decreto legislativo non vi erano alternative possibili. Tuttavia, onde evitare un effetto permanente di legificazione di discipline di dettaglio, non ritenute meritevoli di essere incluse nel testo del codice, ha al tempo stesso consentito la modifica di tali allegati ad opera di atti secondari, diversamente configurati a seconda dei casi. All'interno di ogni articolo del codice rinviante ad un allegato (o quasi)<sup>18</sup> è stata infatti inserita una clausola ai sensi della quale "In sede di prima applicazione del codice, l'allegato [...] è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3 [o, in qualche caso, comma 1], della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del [...], su proposta del [...], di concerto con [...], previo parere del [...], *che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice*" (corsivi aggiunti).

Si è così chiarito che, in prima battuta, ogni modifica dei contenuti degli allegati ad opera del corrispondente atto secondario dovrà necessariamente sostituire il singolo allegato nella sua interezza, anziché singole parole o disposizioni in esso contenute. Solo in tal modo, infatti, è possibile evitare l'effetto, più volte giustamente stigmatizzato sia in dottrina, sia in numerosi pareri dei Comitati per la legislazione di Camera e Senato, di dare luogo ad un atto di incerta natura, contenente al suo interno sia norme primarie, sia norme secondarie<sup>19</sup>. Ne discende altresì che le successive modifiche all'allegato delegificato ben potranno avvenire attraverso fonti secondarie, adottate con il medesimo procedimento seguito per la loro delegificazione.

<sup>16</sup> Cfr. l'*assessment* della Commissione sulla quarta rata di pagamento: *Positive preliminary assessment of the satisfactory fulfilment of milestones and targets related to the fourth payment request submitted by Italy on 22 September 2023, transmitted to the Economic and Financial Committee by the European Commission*, 28 Novembre 2023, p. 31 s. ([https://commission.europa.eu/document/4c433d25-d570-4119-a85c-a76f66a1f75a\\_en](https://commission.europa.eu/document/4c433d25-d570-4119-a85c-a76f66a1f75a_en))

<sup>17</sup> Come osserva la stessa Commissione europea nell'*assessment* citato nella nota precedente, successivamente all'emanazione del codice sono stati necessari soltanto nove ulteriori atti attuativi, soprattutto da parte di ANAC e AGID.

<sup>18</sup> Fa eccezione l'art. 13, comma 6, del codice, che fa riferimento all'allegato I.1 (Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti): quest'ultimo, pertanto, diversamente dagli altri allegati, deve intendersi come avente "stabilmente" rango primario. Simile pare essere il regime degli allegati I.12 (Opere di urbanizzazione a scomputo del costo di costruzione) e II.10 (Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali).

<sup>19</sup> In dottrina, nel senso che così si dà vita "ad un *atto a natura mostruosa*, di rango secondario, in cui 'galleggiano' alcune parole con forza di legge", cfr., per tutti, A. CELOTTO, *La «frammentazione dell'atomo» (dei decreti-legge che modificano atti regolamentari)*, in *Rassegna parlamentare*, 1997, n. 3, p. 461-479, spec. 474 s.

Il punto è peraltro stato recentemente oggetto di una rimeditazione, abbastanza profonda, ad opera del primo decreto legislativo correttivo del codice degli appalti, attualmente in corso di adozione<sup>20</sup>. Anche qui hanno molto probabilmente pesato le esigenze di tempestività – al fine di dare attuazione ad alcune nuove *milestone* relative agli appalti, incluse nella versione modificata del PNRR<sup>21</sup> – e, al contempo, i timori legati ai tempi troppo lunghi per l'adozione di regolamenti, peraltro riconducibili a tipi diversi e con effetti non coincidenti. Come recita la relazione illustrativa, anche “a prescindere dall'attuazione del PNRR, si è ritenuto che un correttivo che si limitasse ad intervenire solo sull'articolato rischierebbe di ingenerare criticità in termini di disallineamento con le norme di pari rango tuttora incluse negli allegati, vanificando, peraltro, l'occasione di dare attuazione – proprio attraverso gli allegati – ad istituti e disposizioni del Codice che, ad oggi, in assenza di una disciplina attuativa, rischierebbero di restare inattuati”<sup>22</sup>.

Di qui la scelta, da parte dello schema di decreto legislativo correttivo, di intervenire solo con modifiche legislative su moltissimi degli allegati,

<sup>20</sup> Deliberato in via preliminare dal Consiglio dei ministri il 22 ottobre 2024. Si tratta di uno schema di decreto legislativo, che è stato inviato al Consiglio di Stato e alle commissioni parlamentari per l'espressione dei relativi pareri. Lo si trova, ad esempio, qui: <https://www.sentenzeappalti.it/2024/11/12/correttivo-codice-appalti-relazione-illustrativa-relazione-tecnica-e-testo-bollinato-dlgs-36-2023/>. Il parere del Consiglio di Stato è stato reso il 27 novembre 2024 (n. 1463) dalla Commissione speciale, nell'ambito della Sezione consultiva per gli atti normativi. Cfr. anche il decreto n. 6/2024 del Presidente della Sezione consultiva per gli atti normativi del 12 dicembre 2024, che vi ha apportato alcune correzioni. Il parere, pur articolato e critico (anche sulla procedura seguita, in quanto segnala il “rischio, potenzialmente rilevante ai fini di un eventuale sindacato di legittimità formale, in ordine al rispetto della legge di delegazione, e relativo alla circostanza che la redazione del Codice, e la sua integrazione e correzione, siano state, in concreto, operate, in parte, seguendo procedure sostanzialmente diverse”, non essendo stata affidata al Consiglio di Stato la redazione del decreto correttivo), non affronta i nodi relativi al rango degli allegati al codice.

<sup>21</sup> Cfr. in particolare le *milestone* M1C1-73-bis, ter, quater e quinquies, nell'allegato aggiornato, COM(2024) 193 final, del 2 maggio 2024, disponibile su <https://www.italiadomani.gov.it/content/so-gei-ng/it/it/home.html>, pp. 61 ss.

<sup>22</sup> Sempre nella relazione illustrativa al decreto legislativo correttivo si trovano i seguenti passaggi: “Anche a questo proposito, si ritiene che la contestualità dell'intervento riferito alle disposizioni del Codice e ai suoi Allegati sia funzionale alle esigenze di chiarezza e piena attuazione poste dagli operatori di settore. Alla luce di quanto sopra rappresentato, non è stato ritenuto possibile anticipare in tale contesto il procedimento di delegificazione degli allegati previsto dal codice, in quanto la revisione (ad opera del correttivo) degli allegati è consequenziale nella maggior parte dei casi a novelle apportate al relativo articolato del codice. In un'ottica di semplificazione ed al fine di rispondere alle esigenze degli operatori di settore, si è valutata, invece, l'opzione di dare ingresso ad uno o più regolamenti da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, commi 1 e 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, che – nel rispetto delle procedure già previste a normativa vigente – possano “ospitare”, anche cumulativamente, il contenuto degli allegati per i quali il codice prevede la delegificazione in seconda istanza e a regime. Ciò al fine di rispondere all'esigenza di evitare un groviglio normativo, con una disciplina attuativa contenuta in modo disorganico e non armonizzato nelle varie fonti normative di secondo livello, che non avrebbe consentito una facile applicazione delle procedure da parte delle stazioni appaltanti, soprattutto in occasione della realizzazione di progetti con scadenze ravvicinate”.

aggiungendone anche di ulteriori. Si è così ripetuta, in sostanza, l'opzione già compiuta in occasione dell'adozione del codice, e si è ulteriormente accentuata la legificazione di tali discipline di dettaglio. Con l'occasione, vi è stata altresì una triplice rimeditazione sul piano della tecnica normativa rispetto alla soluzione adottata nel codice originario.

In primo luogo, attraverso una disposizione contenente abrogazioni esplicite<sup>23</sup>, si sono espunte tutte le singole disposizioni le quali, come si è accennato, collocate all'interno dei singoli articoli del codice, rinviavano a fonti secondarie e atti amministrativi variamente configurati, al fine di consentire la "delegificazione a regime" dei relativi allegati.

In secondo luogo, al medesimo scopo già perseguito dalle disposizioni espunte, si è al contempo introdotta, in uno degli ultimi articoli del codice "corretto"<sup>24</sup>, una disciplina generale per cui tali allegati potranno essere modificati, a seconda dei casi, con regolamenti governativi (adottati ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge n. 400 del 1988); o con regolamenti ministeriali (adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988); o ancora con decreti di natura non regolamentare. Si è inoltre ribadita, nel medesimo articolo, la clausola di "delegificazione a regime", ai sensi della quale gli allegati saranno "abrogati a decorrere dalla data di entrata in vigore dei corrispondenti provvedimenti [...] che li sostituiscono integralmente, anche in qualità di allegato al codice"; e precisandosi infine che "i medesimi provvedimenti indicano nel titolo l'articolo del presente codice che dispone la disciplina sostanziale di riferimento".

In terzo e ultimo luogo, all'interno dell'appena richiamata disposizione, che appunto prefigura la delegificazione di tali allegati, si è esplicitamente prevista l'adozione di "uno o più regolamenti" (sia ai sensi del comma 1, sia ai sensi del comma 3 della legge n. 400 del 1988). Con ciò sembrandosi voler consentire in modo esplicito qualcosa che forse tacitamente già si sarebbe potuto fare: ossia, l'accorpamento dei contenuti di più allegati all'interno di un medesimo regolamento. Al limite, forse, persino all'interno di un "mega-regolamento" governativo, attuativo perciò dell'intero codice, e di una serie di regolamenti ministeriali, seppure a costo di rendere i relativi percorsi di approvazione ancora più impervi di quanto già non siano (specie alla luce della necessità di coordinare, in caso di accorpamento, i previsti pareri e concerti previsti per ciascuno degli allegati da accorpare).

Semmai, vale la pena segnalare come nel nuovo codice degli appalti, nella versione vigente così come in quella "corretta", non compaiano espliciti richiami al modello generale di delegificazione di cui all'art. 17, comma 2, della

<sup>23</sup> Art. 62, comma 2, dello schema di decreto legislativo correttivo.

<sup>24</sup> Art. 226-*bis* del codice "corretto", rubricato "Disposizioni di semplificazione normativa".



legge n. 400 del 1988, avendo il legislatore delegato preferito richiamarsi, come si è visto, ai più tradizionali riferimenti ai commi 1 e 3 del medesimo articolo.

L'interpretazione di tale opzione non è univoca. Per un verso, essa potrebbe essere ispirata all'esigenza di chiarire che la delegificazione di ciascun allegato sia destinata ad operare una sola volta, in occasione della sua sostituzione integrale, mentre le sue successive modifiche avverranno mediante l'adozione di regolamenti governativi o ministeriali per così dire "ordinari". Per altro verso, essa potrebbe essere attribuibile al fine di evitare la necessità di stabilire, all'atto della delegificazione, le "norme generali regolatrici della materia"<sup>25</sup> e, soprattutto, di determinare l'automatica applicazione della previsione sulla necessità di un parere delle "commissioni parlamentari competenti in materia, che si pronunciano entro trenta giorni dalla richiesta"; una previsione, quella del parere parlamentare, che è presente nell'attuale disposto del comma 2 dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988, come novellato dalla legge n. 69 del 2009, e che pertanto si dovrebbe automaticamente applicare ogni qualvolta ci si richiami a tale comma, salvo esplicita previsione in senso opposto.

Tuttavia, va anche considerato che nella parte finale del codice degli appalti, ossia nell'art. 225, commi 14 e 15, compaiono un paio di disposizioni proprio dedicate ai pareri delle commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato. La prima, volta a consentire, nei 90 giorni successivi all'entrata in vigore del codice, l'adozione di regolamenti, governativi o ministeriali, senza acquisire, sui relativi schemi, il parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari, purché però il loro "contenuto sia identico a quello dell'allegato stesso"<sup>26</sup>. La seconda, intesa comunque a richiedere, per una cospicua serie di regolamenti attuativi corrispondenti ai relativi allegati del codice, la trasmissione dei loro schemi alle Camere, "ai fini dell'acquisizione dei pareri delle competenti Commissioni parlamentari che si esprimono entro trenta giorni, decorsi i quali i regolamenti possono essere comunque emanati o adottati".

Dunque, il mancato utilizzo, tanto da parte del codice originario quanto da parte del codice "corretto", del modello generale di delegificazione di cui all'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, può forse attribuirsi all'intento di evitare l'attribuzione al Governo di un potere di delegificazione permanente e altresì al tentativo, seppure limitato e non generalizzato, di contenere in qualche modo i tempi di adozione dei regolamenti in questione. Sempre che, prima

<sup>25</sup> Sulla frequente assenza, nelle delegificazioni di cui all'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, delle "norme generali regolatrici della materia", cfr., tra i primi, G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare del Governo (1996-1997): quadro generale*, in *Osservatorio sulle fonti 1997*, a cura di U. DE SIERVO, Giappichelli, Torino, 1988, pp. 195-237, spec. 223 s.

<sup>26</sup> Di questa prima disposizione, dal contenuto e dall'utilità invero abbastanza oscuri (al di là della comprensibile volontà di evitare un doppio intervento del Consiglio di Stato, già responsabile, com'è noto, della prima stesura del codice), lo schema di decreto legislativo correttivo prevede peraltro la soppressione.

o poi, ci si decida effettivamente a disporre la delegificazione degli allegati al nuovo codice degli appalti.

#### 4. Conclusioni

Al di là della vicenda specifica ricostruita da ultimo, che comunque pare rivestire, per più versi, carattere emblematico delle recenti tendenze in atto, si può ben affermare che le due patologie del nostro sistema delle fonti individuate all'inizio, ossia la troppo facile percorribilità del procedimento legislativo e la assai ardua e defatigante genesi dei regolamenti governativi e ministeriali, non si siano certo attenuate nell'ultima fase. Anzi, esse hanno entrambe subito vistose accelerazioni, sia a seguito della pandemia, sia a causa, come si è visto, dell'impatto del PNRR sul sistema delle fonti e sui meccanismi di produzione normativa, a livello primario come a livello secondario.

Alla luce di ciò, non è affatto escluso che ulteriori accelerazioni si registrino nei prossimi anni. Se si riflette, in particolare, sul fatto che il nuovo Patto di stabilità e crescita ha per larga parte ripreso il "metodo di governo" già sperimentato con il PNRR<sup>27</sup>, allora si può immaginare che in particolare i fenomeni di ricorso ai decreti-legge e alle leggi di conversione "omnibus" siano destinati a ripetersi, e probabilmente ad estendersi. In contraddizione abbastanza evidente, ma allo stato, in assenza di revisioni abbastanza drastiche dei meccanismi di produzione normativa, apparentemente inevitabile, con l'esistenza di atti di programmazione contenenti un accurato cronoprogramma, a gittata persino settennale, di riforme e investimenti.

<sup>27</sup> Cfr. C. FASONE, *La riforma del Patto di Stabilità e Crescita: un compromesso al ribasso?*, in *Quaderni costituzionali*, 2024, n. 2, pp. 442-447, e, volendo, N. LUPPO, *Gli adeguamenti dell'ordinamento costituzionale italiano conseguenti al nuovo patto di stabilità e crescita. Prime riflessioni*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2024, n. 1, pp. 170-183.

LA MANCANZA DI DIALOGO FRA LEGISLATORE E CORTE  
COSTITUZIONALE NELLA TUTELA DEL SUPERIORE INTERESSE DEL  
MINORE

MARTA PICCHI\*

**Sommario**

1. Premessa. – 2. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. – 2.1. Gli anni bui ... – 2.2. ... degli evidenti paradossi e delle incoerenze. – 2.3. Svolte e nuovi moniti al legislatore. – 2.4. Un primo intervento correttivo da parte della Corte costituzionale. – 3. L'inerzia del legislatore e l'utilizzo di un diritto penale "simbolico". – 4. Conclusioni.

**Abstract**

*This essay focuses on the evolution of the decisions of the Constitutional Court on the protection of the best interests of the child of homosexual couples, in order to reflect on the adequacy of the protection offered by our country to children born as a result of the use of medically assisted procreation techniques and surrogacy and on the critical issues still unresolved. In particular, attention is paid to the two parallel paths followed by the lawgiver and the Constitutional Court. The lawgiver, despite the warnings of the Constitutional Court, does not intend to address the problem and, on the contrary, has extended the criminal liability of surrogacy in order to counter the so-called phenomenon of procreative tourism. Instead, the Constitutional Court has progressively elaborated new reconstructions in the balancing of the plurality of constitutional values at stake, recognizing the need to make effective the protection of the best interests of the child born thanks to these procreative techniques.*

**Suggerimento di citazione**

M. PICCHI, *La mancanza di dialogo fra legislatore e Corte costituzionale nella tutela del superiore interesse del minore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professoressa associata di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Firenze  
Contatto: [marta.picchi@unifi.it](mailto:marta.picchi@unifi.it)

### 1. Premessa

La complessità del tema della filiazione nelle coppie omogenitoriali spiega l'ampio dibattito dottrinale sotto una pluralità di approcci – morale, etico, sociologico, psicologico e giuridico – e, come per tutte le tematiche eticamente sensibili che coinvolgono numerosi valori, il motivo del ritardo nel predisporre una disciplina<sup>1</sup> che offra un'adeguata tutela ai bambini nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA)<sup>2</sup>, a maggior ragione quando si risolvano nella pratica della gestazione per altri (GPA), sanzionata penalmente nel nostro ordinamento anche quando vi ricorrano coppie eterosessuali<sup>3</sup>.

L'inerzia del legislatore ha fatto sì che la giurisprudenza abbia cercato gradualmente di colmare i vuoti di tutela riguardanti lo *status filiationis* dei minori attraverso una pluralità di interventi che si sono susseguiti e che vedono un continuo dialogo fra giudici nazionali di merito e di legittimità, Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) e Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE).

Il presente contributo intende soffermare l'attenzione sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale maturata negli ultimi anni, allo scopo di riflettere sull'adeguatezza della tutela offerta dal nostro Paese al superiore interesse dei minori di coppie omoaffettive, nati in seguito al ricorso a tecniche di PMA e di GPA, e sulle criticità ancora irrisolte. Verranno così evidenziati i due percorsi paralleli<sup>4</sup> seguiti, da un lato, dal legislatore che non intende affrontare il

<sup>1</sup> La riforma della filiazione del 2012/2013 non si è occupata del problema e, dunque, è rimasto invariato l'art. 250 cod. civ., il quale espressamente prevede che il riconoscimento del bambino sia consentito al padre e alla madre, escludendo che possa avvenire da parte di due soggetti dello stesso genere. Occorre ricordare che le preclusioni poste nella l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), di cui *infra* note nn. 2 e 3, non sono state messe in discussione neppure dalla l. n. 76/2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*) poiché le norme codicistiche sulla filiazione sono state espressamente escluse dal novero di quelle applicabili all'unione civile (art. 1, comma 20) e, dunque, sono anche insuscettibili di applicazione in via analogica.

<sup>2</sup> L'art. 5 della l. n. 40/2004 consente l'accesso alle tecniche di PMA soltanto alle coppie di sesso diverso e il successivo art. 12, comma 2, punisce «[c]hiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie [...] composte da soggetti dello stesso sesso [...] con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro».

<sup>3</sup> L'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 punisce «[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità [...] con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». La legge 4 novembre 2024, n. 169, recante *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*, ha introdotto un ultimo periodo al sesto comma, in forza del quale «[s]e i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana» (*infra* § 3).

<sup>4</sup> Cfr. E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1999, 71 ss., a proposito del rapporto tra sistema di giustizia costituzionale e potere legislativo.

problema e che, anzi, è intervenuto per estendere la punibilità del reato di maternità surrogata al fine di contrastare il cosiddetto fenomeno del turismo procreativo e, dall'altro lato, dalla Corte costituzionale che ha gradualmente maturato nuove ricostruzioni nel bilanciare la pluralità di valori costituzionali in gioco riconoscendo la necessità di rendere effettiva la tutela del superiore interesse dei minori nati grazie a queste pratiche procreative.

## 2. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale

La Corte costituzionale si è occupata per la prima volta della procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 347/1998<sup>5</sup>, quando ancora il legislatore non era intervenuto sul tema, individuando alcuni principi che devono essere garantiti perché trovano il loro fondamento nel richiamo a specifici obblighi imposti dal dettato costituzionale<sup>6</sup>. Difatti, la Corte ha evidenziato la necessità di tutelare la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. «Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato [...], non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare»<sup>7</sup>. Inoltre, ha aggiunto che l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore: nondimeno, «nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»<sup>8</sup>.

La Corte, dunque, si è espressa in maniera chiara: nel regolare la materia, l'ampia discrezionalità del legislatore deve tener conto ed essere finalizzata a disciplinare e garantire, per un verso, la cura, educazione e crescita del nuovo nato e, per un altro verso, i diritti di quest'ultimo nei confronti di coloro che

<sup>5</sup> La questione, dichiarata inammissibile, era stata sollevata dal Tribunale di Napoli che dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 235 cod. civ., poiché non avrebbe precluso al marito che avesse prestato il proprio consenso all'inseminazione eterologa della moglie la possibilità di esperire l'azione di disconoscimento, in violazione degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione. Fra i molti commenti, L. BALESTRA, *L'inseminazione eterologa e "status" del nato*, in *Giur. it.*, 1999, 461; C. COSSU, *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento della paternità*, *ivi*, 681; F. MANNELLA, *L'inseminazione artificiale eterologa davanti alla Corte costituzionale: una soluzione interlocutoria insoddisfacente*, *ivi*, 1138; E. LAMARQUE, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 5/1998, 2637.

<sup>6</sup> V. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 76, a proposito del ricorso ai moniti verso il legislatore.

<sup>7</sup> Cons. dir. § 3.

<sup>8</sup> Cons. dir. § 4.

abbiano espresso il consenso verso le pratiche di procreazione medicalmente assistita assumendo contestualmente le relative responsabilità. L'intervento del legislatore non può prescindere dal garantire queste esigenze che la Corte definisce preminenti perché finalizzate alla protezione di beni costituzionali.

I successivi interventi della Corte costituzionale, dopo l'entrata in vigore della l. n. 40/2004, sembrano però assumere posizioni distanti da questa ricostruzione – almeno in una prima frase – poiché ai diritti del minore viene riconosciuto un valore tutt'altro che preminente. Il fatto che il legislatore abbia introdotto delle sanzioni amministrative in caso di PMA fra coppie *same sex* e sanzioni penali in caso di GPA (fra coppie eterosessuali e omosessuali), quando praticate in Italia, sembra quasi che abbia portato a sminuire i diritti dei minori nati in seguito a queste pratiche in ragione del bilanciamento con altri valori costituzionali, giungendo in talune circostanze a privarli di un'effettiva tutela.

### 2.1. Gli anni bui ...

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 40/2004, la Corte costituzionale è intervenuta una prima volta con la sent. n. 162/2014 per rimuovere il divieto assoluto di fecondazione eterologa<sup>9</sup> ed ha individuato due punti di riferimento, destinati a rimanere costanti nella giurisprudenza successiva: il carattere eterosessuale della coppia<sup>10</sup> che ricorre alle tecniche di PMA e il divieto sanzionato penalmente della GPA<sup>11</sup>. Rispetto a quest'ultima, la Corte ha poi precisato, nella sentenza n. 272/2017, che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità un «elevato grado di disvalore»<sup>12</sup> poiché «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>13</sup>.

Il Giudice delle leggi è tornato sul tema della eterogeneità sessuale della coppia che chiede di accedere alle tecniche di PMA nella sentenza n. 221/2019<sup>14</sup>, avvalorando la scelta compiuta dal legislatore nella l. n. 40/2004.

<sup>9</sup> V. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum Quad. cost.*, 5 marzo 2015; V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Fam. dir.*, 8-9/2014, 761; G. CASABURI, *"Requiem" (giotosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*, in *Foro it.*, 2014, I, 2343; A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "diálogo" con la Corte EDU*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 659.

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. § 11.1.

<sup>11</sup> Cfr. cons. dir. §§ 9 e 11.1.

<sup>12</sup> Corte cost., sent. n. 272/2017, cons. dir., § 4.3. Al riguardo, v. G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum Quad. cost.*, 9 marzo 2018; A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1/2018, 385; E. FALETTI, *Il riconoscimento in Italia della 'status' di figlio nato da 'surrogacy' straniera*, in *Giur. it.*, 8-9/2018, 1830; G. CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*, in *Foro it.*, 1/2018, I, 21.

<sup>13</sup> Cons. dir. § 4.2.

<sup>14</sup> Hanno commentato questa sentenza: A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza*

Dalla lettura della pronuncia si percepisce chiaramente un timore: l'apertura alle coppie omosessuali femminili potrebbe costituire un passo verso il riconoscimento di analoghe possibilità per quelle maschili e, dunque, per l'accesso alla GPA. Infatti, la Corte coglie l'occasione per ribadire la distinzione fra PMA e GPA, in ragione della diversità di valori e principi costituzionali coinvolti<sup>15</sup>.

In particolare, la pronuncia si caratterizza per il fatto che la richiesta estensione della PMA alle coppie omosessuali femminili non viene valutata alla luce dei parametri costituzionali ma raffrontata con i principi che hanno ispirato il legislatore quando ha codificato la l. n. 40/2004, non tenendo conto di alcune aperture che la stessa Corte costituzionale ha introdotto e che hanno indotto una progressiva evoluzione nella giurisprudenza di merito e di legittimità. Le «due idee di base» sono, rispettivamente, l'aver concepito la PMA quale

*medica al concepimento*, in *Giur. cost.*, 5/2019, 2633; M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, *ivi*, 2613; C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, *ivi*, 2622; I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2020, 555; M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, *ivi*, 664; E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, *ivi*, 3/2021, 430; N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli "altri" obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Riv. AIC*, 3/2020, 373; R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Fam. dir.*, 5/2022, 514; G. CASABURI, *"Qui non sto. Non posso fare altrimenti": la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali femminili*, in *Foro it.*, 12/2019, 3798; M. D'AMICO, *I diritti dei "diversi". Saggio sull'omosessualità*, in *Oss. cost.*, 6/2021, 148; L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, *ivi*, 2/2020, 227; M.R. DONNARUMMA, *Le "questions de société": confine tra sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore*, in *Dir. pen. uomo*, 20 gennaio 2021; A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. civ.*, 4/2020, 647; A. FIGONE, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*, in *Fam. dir.*, 11/2021, 992; B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium Juris*, 5/2020, 534; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum Quad. cost.*, 2/2020, 143; R. FADDA, *Il conflitto assiologico nella legge n. 40/2004 tra morale kantiana e diritto alla procreazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2020, 439; F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 581; M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, *ivi*, 804; G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*, in *Corr. giur.*, 12/2019, 1460; U. SALANITRO, *'A strange loop'. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1/2020, 206; V. TIGANO, *Resta il limite di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie 'same sex' al femminile: la sentenza costituzionale n. 221/2019*, in *Riv. it. dir. proced. pen.*, 2/2020, 631; N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, in *federalismi.it*, 6/2021, 282.

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 221/2019, cons. dir. § 8.

rimedio alla sterilità o alla infertilità umane dovute a una causa patologica non altrimenti rimovibile<sup>16</sup>: di conseguenza, dette pratiche non costituiscono una modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale e non sarebbero rimesse alla libera autodeterminazione degli interessati. La seconda direttrice concerne la struttura del nucleo familiare: le limitazioni di ordine soggettivo (art. 5, l. n. 40/2004) introdotte dal legislatore per accedere alla PMA sono finalizzate a far sì che detto nucleo familiare riproduca la famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre.

Il Giudice costituzionale richiama le aperture introdotte con la sentenza n. 162/2014 che, come si è detto, ha eliminato il divieto assoluto di PMA eterologa e la sentenza n. 96/2015<sup>17</sup> che ha aperto l'accesso alla PMA anche alle coppie fertili portatrici, però, di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro. In entrambi i casi, la Corte si sarebbe mossa nella logica della finalità terapeutica individuata dal legislatore senza alterare l'altra finalità, ossia la riproduzione del modello della famiglia caratterizzata dalla presenza della figura materna e di quella paterna. Nelle sue argomentazioni, la Corte costituzionale non richiama però altre due importanti sentenze che hanno ampliato ulteriormente la portata della l. n. 40/2004 incidendo sugli stessi principi ispiratori di questa. La prima è la sentenza n. 151/2009<sup>18</sup> che ha contribuito a valorizzare la centralità del ruolo del medico, dichiarando incostituzionale l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto degli embrioni fecondati, in numero comunque non superiore a tre, per violazione del principio di ragionevolezza, di uguaglianza e del diritto alla salute della donna ed eventualmente del feto, nonché l'incostituzionalità della l. n. 40/2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna caducando così, di fatto, il divieto di crioconservazione. La seconda è la sentenza n. 229/2015<sup>19</sup> che ha

<sup>16</sup> Cfr. cons. dir. § 10.

<sup>17</sup> V. A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, 3/2015, 805; S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quad. cost.*, 3/215, 755; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

<sup>18</sup> Fra i molti, è stata commentata da M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2009; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"?*, in *Giur. cost.*, 3/2009, 1696; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consulta online*, 15 luglio 2009; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, *ivi*, 20 settembre 2009.

<sup>19</sup> V. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza*



ampliato i presupposti per l'accesso alla PMA dichiarando l'illegittimità costituzionale della l. n. 40/2004 nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche.

Il fatto che la Corte guardi alle direttrici originarie della legge – caratterizzate da un forte timore verso l'evoluzione scientifico-tecnologica<sup>20</sup> –, ritenendole tuttora valide e non mutate nel loro nucleo essenziale, impedisce di tener conto dell'evoluzione interpretativa prodottasi nel tempo e che è maturata nel tentativo di ricondurre la disciplina nell'ambito dei valori della Carta costituzionale, in ragione anche del mutato contesto sociale e culturale<sup>21</sup>.

Quindi le due linee direttrici individuate dalla Corte portano ad escludere l'incostituzionalità prospettata perché l'ammissione delle coppie omosessuali femminili alle tecniche di PMA determinerebbe la sconfessione delle stesse con effetti conseguenti sulle ulteriori preclusioni perché innescherebbe interrogativi anche per le coppie maschili, mettendo così a rischio il divieto di maternità surrogata.

Il punto di forza dell'argomentazione della Corte nel riscontrare l'assenza di incongruenze interne alla disciplina consiste nel fatto che l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale femminile non è affatto omologabile all'infertilità della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive, trattandosi di «fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti»<sup>22</sup>. Non essendo paragonabili le due tipologie di infertilità, non sussisterebbe neppure alcun obbligo di egual trattamento: dunque, la preclusione per le coppie omosessuali femminili non comporterebbe alcuna discriminazione basata sull'orientamento sessuale, secondo quanto confermato dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU che non ha riscontrato un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, ex artt. 8 e 14 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), se la legge nazionale riserva l'inseminazione artificiale alle sole coppie eterosessuali sterili<sup>23</sup>.

La particolarità della pronuncia consiste nel fatto che la Corte costituzionale – per accertare l'esistenza di un diritto alla genitorialità, quale espressione della libertà di autodeterminazione, ex artt. 2, 3 e 31 Cost. – non analizza i

costituzionale, in *Riv. AIC*, 1/2017, L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. cost.*, 6/2015, 2111; I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium iuris*, 7-8/2016, 826.

<sup>20</sup> Cfr. G. CASABURI, *«Qui non sto»*, cit., 3798.

<sup>21</sup> Cfr. M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali*, cit., 147 ss.

<sup>22</sup> Cons. dir. § 12.

<sup>23</sup> La Corte costituzionale richiama, al riguardo, la Corte EDU, sez. V, sentenza 15 marzo 2012, ricorso 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*.

parametri costituzionali ai quali rapportare la l. n. 40/2004 per valutarne la coerenza e ragionevolezza ma guarda alla sola disciplina legislativa, al chiaro scopo di preservarne i contenuti.

La Corte, nell'intento di dimostrare che il legislatore non ha ecceduto il margine di discrezionalità spettante, afferma che il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti deve tener conto del fatto che la PMA altera le dinamiche naturalistiche della procreazione suscitando delicati interrogativi di ordine etico poiché si aprono scenari innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia «radicati nella cultura sociale»<sup>24</sup>, gli stessi che hanno ispirato i Padri costituenti nel contemplare gli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione. Quindi, il legislatore, nel valutare la pluralità di interessi in gioco, deve tener conto, quale interprete della collettività nazionale, «degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico», salvo il successivo controllo di ragionevolezza della Corte costituzionale, e la possibilità di «soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»<sup>25</sup>.

Secondo la Corte, le previsioni introdotte nel 2004 non sono irrazionali e neppure ingiustificate perché il legislatore si è proposto di garantire le migliori condizioni per lo sviluppo della personalità del nuovo nato: «l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad *instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali»<sup>26</sup>. Non solo, la Corte aggiunge che la diversità di sesso nella coppia ai fini dell'accesso alla PMA sarebbe una condizione chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia e il legislatore ha tenuto conto del «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto»<sup>27</sup>.

Appare chiaro come la Corte costituzionale non abbia voluto affrontare nuovamente il tema della nozione costituzionale di famiglia né, tantomeno, quello della omogenitorialità. Sebbene la diversità di sesso nella coppia abbia sicuramente ispirato la disciplina costituzionale della famiglia, sarebbe stato però necessario verificare se la nozione di famiglia sia rimasta immutata nel

<sup>24</sup> Cons. dir. § 13.1.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Idem*. Critiche sono state mosse a queste considerazioni da V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2021, 377.

<sup>27</sup> Cons. dir. § 13.1.

tempo e se l'odierna corrisponda a quella di più di settant'anni fa. Parimenti, quando il legislatore ha disciplinato la PMA nel 2004 è possibile che il grado di accettazione dell'omogenitorialità non consentisse altre soluzioni: è però necessario verificare se queste soluzioni siano ancora accettabili e coerenti con i principi costituzionali.

Vi è di più: per rafforzare la propria argomentazione viene invocata la convinzione che una famiglia ad *instar naturae* costituisca, in linea di principio e secondo un ordine gerarchico, il luogo più idoneo. Forse, però, ci sono differenti luoghi parimenti idonei per prendersi cura e crescere un bambino: tutti quelli ove sia possibile svolgere a pieno la responsabilità genitoriale. Ma soprattutto, parlare di famiglia ad *instar naturae* sembra presupporre famiglie di diverso valore: quelle di maggior pregio e quelle "all'occorrenza".

La Corte aggiunge che anche gli orientamenti giurisprudenziali che hanno riconosciuto l'adozione cosiddetta non legittimante all'interno di coppie omosessuali consentendo la trascrizione di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di genitori *same sex*, non sconfesserebbero le sue conclusioni. Infatti, vi sarebbe una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA in relazione all'interesse del minore che assumerebbe contenuti differenti in ragione della fase della procreazione: la prima presuppone l'esistenza in vita dell'adottando e, quindi, non servirebbe a dare un figlio a una coppia, ma piuttosto a dare una famiglia al minore che ne è privo; la finalità della PMA è invece quella di dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia, realizzandone le aspirazioni genitoriali. In questo secondo caso, dal momento che il bambino deve ancora nascere, non è irragionevole, afferma la Corte, «che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni "di partenza"»<sup>28</sup>: cioè, quelle della famiglia ad *instar naturae*.

<sup>28</sup> Cons. dir. § 13.2. Incidentalmente, la Corte affronta anche la questione dello *status filiationis* del bambino nato attraverso il ricorso alla PMA all'estero, da parte di una coppia omosessuale femminile. In particolare, richiama la sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, della prima sezione della Corte di cassazione, con la quale è stata consentita la trascrizione nel registro dello stato civile di un atto straniero dal quale risultava la nascita di un figlio da due donne, a seguito del ricorso alla tecnica di procreazione assistita nota come *Reception of Oocytes from Partner* (ROPA), giacché non vi sarebbe contrasto con l'ordine pubblico interno. La ROPA è una tecnica di fecondazione in vitro finalizzata a consentire la partecipazione alla maternità di entrambe le componenti di una coppia: una delle due donne è sottoposta a stimolazione ovarica per produrre ovuli maturi che verranno fecondati e impiantati nell'utero dell'altra donna. La prima avrà un legame biologico e genetico col bambino che verrà partorito dalla seconda. In questo caso, secondo la Corte costituzionale, per un verso, viene rispettato il principio *mater semper certa est* e per un altro verso, vi è il riconoscimento dello *status filiationis* anche nei confronti dell'altra componente della coppia che ha contribuito, oltre che col consenso, con la donazione dell'ovocito e che ha, perciò, un legame genetico col bambino perché non si configura la violazione dell'ordine pubblico interno giacché non esiste alcun divieto costituzionale per le coppie

Il Giudice delle leggi compie un'ulteriore precisazione in relazione al fatto che l'impossibilità di formare una famiglia con figli assieme al proprio *partner* dello stesso sesso sarebbe suscettibile di incidere negativamente sulla salute psicofisica della coppia. Ritiene che la tutela costituzionale della salute non possa essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva che una coppia (o un individuo) reputi essenziale, precisando che, nella sentenza n. 162/2014, era giunta ad una conclusione differente ma, in quel caso, si trattava di una coppia eterosessuale alla quale era stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili. La Corte non spiega, però, le ragioni per le quali la salute psicofisica delle coppie eterosessuali sia degna di tutela e non anche quella delle coppie omosessuali: ossia, è del tutto evidente che l'unico motivo è il diverso orientamento sessuale. La Corte non manca di precisare che la violazione dell'art. 32 Cost. non è invocabile neppure qualora le due *partners* siano entrambe affette da patologie che impediscono la produzione di ovociti o la gestazione. A detta dei giudici costituzionali vi sarebbe un vizio di prospettiva poiché l'esistenza di patologie riproduttive assume significato nell'ambito della coppia eterosessuale facendo venir meno la normale fertilità di tale coppia, mentre è del tutto irrilevante nell'ambito della coppia omosessuale perché comunque affetta da infertilità fisiologica<sup>29</sup>. In altri termini, una donna che non sia fertile per motivi legati a una qualche patologia ha la speranza di poter vivere comunque l'esperienza della maternità, se eterosessuale, perché potrà ricorrere alla PMA col proprio compagno mentre, se lesbica, non potrà conoscere la maternità non già per la sua infertilità patologica, ma per quella fisiologica<sup>30</sup>.

Inoltre, nella sentenza 221/2019 la Corte costituzionale non considera i mutamenti e l'accettazione sociale del fenomeno della omogenitorialità nella comunità sociale per come influiscono sui valori e principi costituzionali da bilanciare, ma sembra valutarli direttamente come termini del bilanciamento. Né prende in considerazione i risultati di studi scientifici, oramai molteplici e diffusi, che sono andati a verificare proprio se i genitori *same sex* siano in grado di garantire le migliori condizioni di partenza per i figli. I dati raccolti e resi pubblici<sup>31</sup> dimostrano che i figli delle coppie omosessuali hanno un livello di benessere pari (se non superiore) a quello di coetanei nati con la PMA da genitori eterosessuali, mentre non esiste alcuna prova scientifica che l'essere dei

omosessuali di accogliere e anche generare figli.

<sup>29</sup> Cfr. cons. dir. § 17.

<sup>30</sup> Cfr. M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali*, cit., 155.

<sup>31</sup> Cfr. S. GOLOMBOK, *Modern families: parents and children in new family forms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015; V. LINGIARDI, N. CARONE, *La tradizione è custodire il fuoco, non adorare le ceneri. Alcune riflessioni sulle sfide per la ricerca con le famiglie omogenitoriali*, in M. EVERRI (a cura di), *Genitori come gli altri e tra gli altri. Le famiglie omogenitoriali in Italia*, Mimesis, Milano, 2016, 163 ss.

buoni genitori sia connesso all'orientamento sessuale dei propri genitori. Non è l'orientamento sessuale o il genere a garantire le buone condizioni di sviluppo dei figli, «quanto la loro capacità di svolgere responsabilmente tale ruolo. Se qualcosa può costituire un significativo fattore di rischio per lo sviluppo dei bambini che vivono in tali famiglie, questo è da ricercarsi negli atteggiamenti pregiudiziali, nella stigmatizzazione sociale e nella discriminazione giuridica di cui tali realtà familiari, e i bambini che in esse vivono, sono oggetto»<sup>32</sup>. Perciò, occorrerebbe comprendere che «l'omosessualità non è una qualificazione della genitorialità, ma una delle condizioni entro cui la genitorialità può essere esercitata»<sup>33</sup>.

## 2.2. ... degli evidenti paradossi e delle incoerenze

La sentenza n. 237/2019<sup>34</sup> si è occupata della vicenda riguardante il rifiuto di un ufficiale di stato civile di ricevere la dichiarazione di nascita espressa congiuntamente da due donne che erano ricorse alla PMA eterologa all'estero, mentre il parto era avvenuto in Italia. La Corte – sebbene abbia pronunciato l'inammissibilità della questione per alcuni difetti nella motivazione dell'ordinanza di rimessione – ha rilevato come il nostro ordinamento escluda che due persone dello stesso sesso possano essere genitori di un figlio. Sebbene la genitorialità del nato a seguito di PMA sia legata anche al consenso prestato e alla responsabilità accettata dalla coppia che è ricorsa a questa tecnica, nondimeno la l. n. 40/2004 presuppone che le coppie coinvolte dal progetto di genitorialità siano di sesso diverso.

Questa ricostruzione è stata confermata, di lì a poco, nella sentenza n. 230/2020<sup>35</sup>. La vicenda riguardava due donne unite civilmente che erano

<sup>32</sup> F. TANI, *Famiglie omoparentali: perché no?*, in *Giorn. ital. psicol.*, 1-2/2016, 175 ss. (spec. 179).

<sup>33</sup> L. FRUGGERI, *Genitorialità: dalla attribuzione di un ruolo all'esercizio di una funzione*, in A. GIGLI (a cura di), *Maestra, perché Sara ha due mamme?*, Guerini Editore, Milano, 2011, 66 ss. (spec. 76).

<sup>34</sup> V. L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost.*, 237/2019, in *Oss cost.*, 2/2020, 248; A. CANNONE, *Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie same-sex: norme di applicazione necessaria?*, in *Riv. dir. inter.*, 2/2020, 563; G. CASABURI, *Nota a Corte cost.*, sent. 237/2019, in *Foro it.*, 1/2020, I, 54; F. CORTESI, *Il diritto civile e la procedura civile*, in *Quest. Giust.*, 4/2020, 171; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2021, 373; G. SAVI, *Procreazione e filiazione: le azioni di status filiationis ed il canone di rispondenza a veridicità*, in *Dir. Fam. Pers.*, 4/2020, 1732; M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, in *Fam. dir.*, 4/2020, 325; S. TALINI, *Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione: tra discrezionalità legislativa e (altri) margini giurisprudenziali*, in *Dir. soc.*, 4/2020, 895.

<sup>35</sup> V. A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giur. cost.*, 6/2020, 2760; I. BARONE, *Genitorialità naturale, genitorialità procreativa artificiale, unioni civili*, in *Famiglia*, 2/2021, 223; A. DI MARTINO, *Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla P.M.A.*, in *Dir. comp.*, 19 novembre 2020; S. SPATOLA,

ricorse alla PMA all'estero, mediante tecniche di fecondazione eterologa: la *partner* non gestante aveva acconsentito alla PMA senza però contribuire con alcun apporto biologico. La nascita del bambino era avvenuta in Italia e le due donne avevano chiesto di essere entrambe registrate all'anagrafe come madri, ma l'ufficiale di stato civile aveva opposto un rifiuto. La pronuncia si pone in linea con le ricostruzioni compiute nella sentenza n. 237/2019 e ribadisce che l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non determina alcuna distonia e neppure una discriminazione basata sull'orientamento sessuale<sup>36</sup>.

La Corte, assumendo la prospettiva della madre intenzionale piuttosto che il miglior interesse del minore, ribadisce che la disciplina sulle unioni civili, nell'escludere per le relative coppie la filiazione adottiva e la fecondazione assistita, non appare né arbitraria né irrazionale perché sottende l'idea che una famiglia ad *instar naturae* – due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti in linea di principio il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato. Ne consegue che l'aspirazione della madre intenzionale a divenire genitrice non assurge a livello di diritto fondamentale della persona *ex art. 2* della Costituzione<sup>37</sup>.

La Corte osserva come, ancorché la giurisprudenza di legittimità ammetta il riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di due madri, tuttavia la «circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione

*Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta, in federalismi.it, 35/2020, 105; N. ZANON, I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali, ivi, 3/2021, 86; S. FLORE, Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale, ivi, 24/2021, 38; M. PICCHI, "Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale), in Forum Quad. cost., 1/2021, 1; C. BONA, La filiazione omosessuale, tra "rivoluzione arcobaleno" e diritto "postmoderno", in Foro it., 1/2021, I, 39; S. STEFANELLI, Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale, ivi, 44; M. DOGLIOTTI, Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?, in Fam. dir., 7/2021, 688; G. FERRANDO, Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020, in Nuova giur. civ. comm., 2/2021, 417; S. MESSINA, Il riconoscimento della famiglia omogenitoriale spetta al legislatore, in Dir. Fam. Pers., 4/2021, 1541; A. GIUBILEI, L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale, in Nomos, 3/2020, 1; E. OLIVITO, (Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga, in Oss. cost., 2/2021, 137.*

<sup>36</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 230/2020, cons. dir. § 5.2.

<sup>37</sup> Cfr. cons. dir. § 6.

del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia»<sup>38</sup>. Non solo, secondo la Corte costituzionale non potrebbero essere invocate neppure le fonti internazionali e la giurisprudenza della Corte EDU<sup>39</sup>: in particolare, quest'ultima ha più volte ribadito che gli

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> La Corte EDU, a partire dalle sentenze *Menesson* (sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11) e *Labassée* (sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11), ha affermato che, in caso di GPA, deve essere riconosciuto lo *status filiationis* nei confronti del genitore che abbia un legame biologico col bambino. Inoltre, qualora sussista un legame consolidato, potrà essere riconosciuto il rapporto genitoriale anche con il genitore privo di legami genetici col bambino. In mancanza di un legame genetico tra gli adulti e il minore, invece, non sarà possibile ravvisare una vita familiare *de facto*, ex art. 8 CEDU, soprattutto quando la relazione fra i genitori committenti e il bambino sia stata breve e vi sia incertezza nei rapporti giuridici, dovuta a una condotta illecita (Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, ricorso n. 25258/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*). Nel primo parere reso dalla Corte EDU sulla base del Protocollo n. 16 allegato alla CEDU (Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001), ha ribadito la preminenza dei *best interests* del minore. Uno Stato potrebbe voler dissuadere i propri cittadini dall'andare all'estero per utilizzare procedure di riproduzione assistita vietate sul proprio territorio: tuttavia, gli effetti del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione fra i bambini così concepiti e i genitori di intenzione si ripercuotono non solo su questi ultimi ma anche sui minori che verrebbero pregiudicati nei loro diritti con effetti negativi soprattutto per quanto riguarda il rispetto della vita privata nel caso in cui rimanesse incerto il loro *status filiationis* poiché potrebbero incontrare difficoltà, ad esempio, nel riconoscimento della cittadinanza, nel mantenimento della residenza con la madre e nei diritti successori. La tutela della vita privata e personale del bambino nonché del diritto a conoscere le proprie origini e ad essere protetto da eventuali abusi si frappongono nel riconoscimento dello stato di filiazione nei confronti dei genitori committenti: nondimeno, la Corte EDU osserva come dare preminenza all'interesse del minore significhi anche che è necessario individuare le persone responsabili per la sua crescita ed educazione e dare modo al bambino di vivere in maniera stabile in un determinato ambiente familiare. La Corte EDU ha perciò ritenuto che una generale e assoluta preclusione all'instaurazione di un legame di filiazione con il genitore di intenzione sia incompatibile proprio con i *best interests* del minore. Ha ribadito che le questioni eticamente e moralmente delicate, coinvolgendo molteplici interessi, determinano un ampio margine di apprezzamento statale anche perché, sul tema specifico, non vi sono posizioni comuni fra i vari Stati membri sull'importanza degli interessi in gioco né sui mezzi migliori per proteggerli. Tuttavia, ricorda che, quando sia coinvolto un aspetto fondamentale dell'identità dell'individuo, come il rapporto genitore/figlio, il margine di apprezzamento è più limitato, a maggior ragione quando siano in gioco, come nel caso di specie, aspetti dell'identità personale del minore, come la determinazione dell'ambiente in cui il minore deve vivere e l'individuazione delle persone responsabili della sua crescita. Sulla base di queste premesse, la Corte EDU ha perciò affermato che, in ragione dei *best interests* del minore e del ristretto margine di apprezzamento dello Stato, il diritto nazionale debba prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con la madre committente, quando nel certificato di nascita straniero, sia stata indicata come *legal mother*. Dopodiché, ha affermato, andando oltre l'oggetto del caso di specie, che il riconoscimento di tale *status* appare ancor più necessario nel caso in cui nella procedura di surrogazione sia stato utilizzato il materiale biologico della madre committente (§ 47). Inoltre, la Corte ha rilevato che l'interesse del bambino è nel senso che l'incertezza relativa al rapporto giuridico con la madre di intenzione debba essere il più breve possibile per evitare che si trovi in una posizione vulnerabile sotto molteplici profili del suo diritto al rispetto della vita privata. Ha precisato che gli Stati non sono obbligati ad iscrivere nel registro dello stato civile i contenuti del certificato di nascita redatto all'estero: le procedure variano da Paese a Paese e la scelta rientra nel margine di apprezzamento degli Stati. In particolare, l'art. 8 CEDU non impone che il riconoscimento della relazione tra madre di intenzione

Stati non sono tenuti a registrare i dettagli del certificato di nascita di un bambino nato attraverso la maternità surrogata all'estero per stabilire la relazione legale genitore figlio con la madre designata. Ciò che importa, in caso di ricorso all'adozione, è che la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l'attuazione tempestiva ed efficace e, secondo la Corte costituzionale, l'adozione in casi particolari risponderebbe a questi requisiti.

Pertanto, secondo la Corte, i precetti costituzionali non impongono il riconoscimento della omogenitorialità all'interno di una coppia di donne unite civilmente, ferma restando la possibilità per il legislatore di dare soluzioni di segno diverso.

La Corte costituzionale – ancora una volta, analogamente a quanto ha fatto nelle due pronunce precedenti – giustifica la soluzione finale partendo dal fatto che la preclusione posta alle coppie lesbiche nell'accesso alla PMA non sia irragionevole ripetendo la ricostruzione discriminatoria sul piano

e figlio avvenga fin dalla nascita, ma solo quando questa si sia tradotta in una realtà concreta e il relativo giudizio spetta necessariamente alle autorità nazionali. Una possibile soluzione è l'adozione, purché la procedura consenta di prendere una rapida decisione e l'autorità giudiziaria competente possa valutare il miglior interesse del bambino alla luce delle circostanze del caso concreto. Ciò non significa che debba essere prevista una procedura *ad hoc* per i casi di adozione legati al ricorso alla GPA: è però importante che l'*iter* si svolga rapidamente allo scopo di ridurre i tempi di incertezza relativi al rapporto del bambino con la madre di intenzione, consentendo però un apprezzamento concreto della situazione reale a tutela dell'interesse del minore. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU mostra lo sforzo di dare un contenuto al principio dei *best interests of child*, soprattutto quando precisa che le decisioni devono avere lo scopo di garantire al bambino un ambiente stabile nel quale poter vivere con persone che si assumano la responsabilità di crescerlo ad amarlo. In particolare, due sono i punti di approdo: anzitutto, a proposito del riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti del genitore committente privo di rapporti biologici col bambino, nel momento in cui la Corte afferma che ciascun Stato può contemplare procedure differenti in luogo della trascrizione del certificato di nascita, lascia intendere che le soluzioni alternative devono – proprio a tutela dei *best interests* del minore – produrre effetti comunque pieni ed equivalenti alla trascrizione del certificato di nascita straniero o del provvedimento rilasciato dall'autorità straniera competente. In secondo luogo, le diverse soluzioni e, in particolare, l'adozione devono contemplare procedure celeri che consentano di apprezzare il caso concreto, sempre nella prospettiva di tutela dell'interesse del minore. *A fortiori*, parrebbe però potersi ricavare un'ulteriore conseguenza: il riconoscimento dello *status filiationis* è ancor più necessario in caso di PMA, omologa ed eterologa, fra coppie omosessuali. Infatti, coerentemente con la nozione di vita familiare, la Corte EDU ha poi assimilato al rapporto di filiazione il legame esistente tra la madre d'intenzione e la figlia nata per PMA, alla quale si era sottoposta l'allora *partner* (sez. V, sentenza 12 novembre 2020, *Honner c. Francia*). La Corte EDU ha confermato queste ricostruzioni nella giurisprudenza successiva: *ex plurimis*, sez. III, sentenza 22 novembre 2022, ricorsi nn. 58817/15 e 58252/15, *D.B. e altri c. Svizzera*, ove la Corte ha precisato che è opportuno, dal punto di vista della CEDU «faire abstraction du com portement éventuellement critique des parents de manière à permettre la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant» (§ 86); sez. II, sentenza 6 dicembre 2022, ricorso n. 25212/21, *K.K. e altri c. Danimarca*; sez. I, sentenza 31 agosto 2023, ricorso n. 47196/21, *C. c. Italia* (per un commento v. M. PICCHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra il genitore biologico e la minore nata da maternità surrogata*, in *Famiglia*, 2023).



dell'orientamento sessuale per consentire la tenuta della disciplina<sup>40</sup>. In particolare, l'interpretazione compiuta si focalizza sull'eguaglianza/diseguaglianza nell'essere genitori guardano esplicitamente alle potenzialità generative della coppia e all'orientamento sessuale della stessa anziché al miglior interesse del minore.

Questa pronuncia, per un verso, compie comunque un passo in avanti perché – tenuto conto della vicenda concreta, della giurisprudenza di legittimità richiamata e dell'argomentazione esposta – ritiene possibile la trascrizione nel nostro Paese dei certificati e provvedimenti stranieri di riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti della madre non gestante anche nel caso in cui questa si sia limitata a prestare il proprio consenso senza contribuire con alcun apporto biologico. Per un altro verso, però, l'assolutezza della ricostruzione compiuta implica che, in caso di nascita in Italia, non sia possibile l'indicazione della doppia maternità nel certificato di nascita neppure quando il bambino abbia un rapporto biologico con la madre non gestante. È evidente la disparità di trattamento nella tutela del minore poiché vi saranno differenze sensibili a seconda che questo sia nato all'estero o in Italia: nel primo caso, il nato potrà instaurare un rapporto di filiazione pienamente legittimante con la madre intenzionale anche quando quest'ultima non abbia contribuito biologicamente alla PMA; nel secondo caso, invece, il bambino potrà instaurare un rapporto con la madre d'intenzione soltanto attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari, anche quando la stessa sia al contempo madre genetica.

Inoltre, tale soluzione, come già evidenziato, presenta dei contrasti con la giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale lo *status filiationis* – in caso di surrogazione di maternità, ma vale a maggior ragione in caso di PMA – deve essere sempre tutelato e riconosciuto nei confronti del genitore che abbia un legame biologico col bambino.

Si è detto che il Giudice costituzionale, in questa circostanza, non ha prestato molta attenzione alla tutela del minore, rinviando al legislatore il compito di introdurre, nell'ambito della sua discrezionalità, «[u]na diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale»<sup>41</sup>. In particolare, la Corte osserva come la preclusione posta alla coppia *same sex* nell'accesso alla PMA sia strettamente correlata al *vulnus* recato all'interesse del bambino: nondimeno, invoca l'ampia discrezionalità del legislatore, proprio perché, in caso di aperture in nome

<sup>40</sup> Cfr. M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *federalismi.it*, 29/2020, 114 (spec. 137 ss.).

<sup>41</sup> Cons. dir. § 9.1.

dell'interesse superiore del minore, la tenuta costituzionale del sistema delineato nella legge del 2004 risulterebbe compromessa.

In quest'ultima pronuncia, pur non invocando il distinguo fra infertilità patologica e infertilità fisiologica, viene però ribadito che l'idea della famiglia ad *instar naturae*, quale luogo più idoneo per accogliere il nascituro, è un'idea né arbitraria né irrazionale. Ciò significa che, per i motivi appena detti, non si vuol tener conto del fatto che, quando il bambino è nato, non si può più ragionare in termini di quale sarebbe stata la soluzione migliore prima del concepimento: occorre guardare, invece, alla soluzione migliore per il nuovo individuo al fine di consentirgli una crescita equilibrata nonché la comprensione e l'accettazione della propria identità. Ciò evidenzia, a maggior ragione, l'irrazionalità e l'effetto discriminatorio nel definire lo *status filiationis* in base al luogo di nascita. Il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del Paese di nascita comporta l'alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni negative sul minore che vede messa in discussione e negata l'unicità e l'inscindibilità della sua relazione genitoriale nello spazio subendo, così, una grave menomazione nella relazione col genitore intenzionale e ulteriori effetti dannosi dovuti a una situazione di disparità e di potenziale conflittualità fra coloro che il minore ha percepito come suoi genitori.

Inoltre, il fatto che la Corte invochi, in più occasioni, la fenomenologia accettata nella coscienza sociale pone un rischio: questa può essere ancora animata dal pregiudizio e dal timore per il diverso. Il diritto, però, non può assecondare il pregiudizio e, soprattutto, deve anche saper arretrare evitando di imporre dei vincoli alle relazioni affettive poiché il pericolo concreto è che possano essere lesi il superiore interesse del minore a consolidare anche legalmente le relazioni familiari, il suo diritto all'identità e quello alla genitorialità quale diritto della personalità. La stessa osservazione che la Corte compie in merito all'esistenza di un divario fra «realtà fattuale e realtà legale» dimostra la necessità che il diritto non crei esso stesso degli ostacoli nel mondo degli affetti, soprattutto quando siano in gioco i diritti del minore<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> S. STEFANELLI, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in *ilfamiliarista.it*, 5 febbraio 2020, critica la Corte costituzionale perché non prende in considerazione i numerosi studi scientifici che evidenziano come i bambini di coppie omosessuali abbiano un livello di benessere almeno equivalente a quello dei coetanei nati con la PMA da genitori eterosessuali. In merito, si vedano anche: V. LINGIARDI, N. CARONE, *Madri lesbiche, padri gay: genitori de-generati?*, in *Giorn. it. psicol.*, 1-2/2016, 57; F.M. NIMBI, G. CIOCCA, E. LIMONCIN, C. SIMONELLI, E.A. JANNINI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: stato dell'arte e prospettive future della genitorialità nelle coppie omosessuali*, in *Endocrin.*, 19/2018, 196. In particolare, L. FRUGGERI, *Genitorialità: dalla attribuzione di un ruolo all'esercizio di una funzione*, cit., 66, sottolinea come l'omosessualità non sia una qualificazione della genitorialità, ma una delle condizioni entro cui la genitorialità può essere esercitata, mentre F. TANI, *Famiglie omoparentali*:

### 2.3. Svolte e nuovi moniti al legislatore

Nel volgere di pochi mesi si è assistito ad una significativa evoluzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Anzitutto, ha dovuto esaminare la questione del riconoscimento dello *status filiationis* per due bambine nate mediante la tecnica di PMA eterologa, cui erano ricorse due donne: l'ordinanza di remissione ha prospettato un vuoto di tutela, vista la situazione conflittuale della coppia che rendeva, tra l'altro, impraticabile il ricorso all'adozione in casi particolari. Pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la stessa madre intenzionale, nessuno strumento poteva essere utilizzato per tutelare i diritti delle minori al mantenimento, alla cura, all'educazione, all'istruzione e alla successione nonché alla continuità e al conforto di abitudini condivise<sup>43</sup>.

*perché no?*, cit., 175, osserva come non sia il genere dei genitori a garantire le condizioni di sviluppo dei figli, quanto la loro capacità di svolgere responsabilmente tale ruolo e aggiunge che se «qualcosa può costituire un significativo fattore di rischio per lo sviluppo dei bambini che vivono in tali famiglie, questo è da ricercarsi negli atteggiamenti pregiudiziali, nella stigmatizzazione sociale e nella discriminazione giuridica di cui tali realtà familiari, e i bambini che in esse vivono, sono oggetto».

<sup>43</sup> Corte cost., sent. n. 32/2021. A commento di questa pronuncia e della n. 33/2021, si vedano: A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta online*, 1/2021, 221; M. CALDIRONI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, *ivi*, 3/2021, 1047; F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità, best interests of the child e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, in *Giur. cost.*, 2/2021, 339; F. ASTONE, *Procreazione di coppie same sex e status dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?*, *ivi*, 357; A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal*, 3/2021, 13; G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, *ivi*, 59; M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, *ivi*, 41; A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, *ivi*, 73; I. CARLOTTO, *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, *ivi*, 103; F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'Ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, *ivi*, 127; R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, *ivi*, 145; G. FERRI, *Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Introduzione*, *ivi*, 7; P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, *ivi*, 483; B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, *ivi*, 505; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio di costituzionalità di ottemperanza?*, *ivi*, 2/2021, 348; S. CECCHINI, *Un caso di effettività perduta: la legge n. 40/2004 e la doppia maternità*, *ivi*, 4/2021, 355; G. D'AMICO, *La preminente ... discrezionalità del legislatore e il "giuoco delle parti"*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2021, 623; M. FORTINO, *L'omogenitorialità di fronte alla Corte costituzionale: decisioni prudenti o insoddisfacenti?*, *ivi*, 641; F. POGGI, *La bilancia inceppata: La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa*, *ivi*, 655; S. TONOLO, *Tecnologie riproduttive, progetti genitoriali, e questioni di diritto internazionale privato concernenti lo status filiationis*, *ivi*, 669; A. ZANOTTI, *La vita a comando*, *ivi*, 699; F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili"*, in *Nomos*, 1/2021, 1; E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, *ivi*, 2/2021, 1; F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese*

La Corte, pur pronunciandosi per l'inammissibilità della questione, mostra un mutato approccio e lo si capisce fin dall'*incipit* della ricostruzione: infatti, l'ampio *excursus* della propria giurisprudenza e di quella della Corte EDU è finalizzato ad evidenziare come la tutela del preminente interesse del minore ricomprenda anche la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico, dando dunque rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincida con quella biologica, giacché la provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. In particolare, la Corte EDU, pur lasciando ai singoli Stati membri, un margine di discrezionalità circa gli strumenti da utilizzare, compresa l'adozione, per pervenire al riconoscimento del legame di filiazione tra il minore e i genitori intenzionali, li vincola alla condizione che essi siano idonei a garantire la tutela dei diritti dei

*legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Riv. AIC*, 4/2021, 228; C. ATTANASIO, *La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 3/2021, 349; R. ZAMPERINI, *Il Doppio Sogno della Corte costituzionale tra figli non riconoscibili e genitorialità disconosciute*, *ivi*, 379; A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, *ivi*, 406; N. CHIRICALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta*, *ivi*, 421; V. TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Riv. It. Dir. Proced. Pen.*, 3/2021, 1043; M.R. DONNARUMMA, *The best interest of the child e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in *Dir. pen. uomo*, 4/2021, 109; P. GIANNITI, *Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia*, in *Dir. fam. pers.*, 3/2021, 1243; F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5/2021, 1153; B. CHECCHINI, *L'«omogenitorialità» ancora al vaglio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2021, 609; G. FERRANDO, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*, *ivi*, 4/2021, 937; U. SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, *ivi*, 944; M.C. VENUTI, *Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, *ivi*, 949; E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, *ivi*, 919; V. CARUCCI, *Prove tecniche di "collaborazione istituzionale": commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Riv. Corte conti*, 3/2021, 225 (spec. 236 ss.); A. RASI, *Sugli effetti dei pareri consultivi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. inter.*, 3/2021, 889; F. ANGELINI, *Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico. La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. Dir. Comp.*, 3/2021, 186; S. TONOLO, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *Corr. giur.*, 8-9/2021, 1034; V. CALDERAI, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it.*, 2/2022, 301; A.M. GAMBINO, *Genitori d'intenzione e diritti dei figli*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis/2022, 1158; L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, *ivi*, 3318; A. CORDIANO, *Rapporti genitoriali e gestazione per altri: legami adottivi fra stepchild adoption e second-parent adoption*, *ivi*, 3370; G. CHIAPPETTA, *Tutela del minore e continuazione della responsabilità genitoriale de facto: una connessione da perfezionare*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 83; E. LAMARQUE, G. MINGARDO, *Gestazione per altri e best interest of the child. La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, 123.

minori in maniera piena, posto che l'identità del minore è incisa quale componente della sua vita privata ed è rafforzata significativamente dal legame di filiazione. Nel caso in cui il rapporto di filiazione sia diventato una realtà pratica, la procedura per il riconoscimento dovrà essere attuata in modo tempestivo ed efficace.

In particolare, il Giudice delle leggi ritiene che la violazione della preclusione contemplata nell'art. 5, l. n. 40/2004 non determini dei contrasti con principi e valori costituzionali: richiamandosi alla pronuncia n. 221/2019, ricorda che non sussiste alcun divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina, né esistono certezze scientifiche o dati di esperienza in grado di dimostrare che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore.

Perciò, la lacuna esistente pone a rischio la necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e il riconoscimento giuridico degli stessi, entrambi finalizzati a conferire certezza nella costruzione dell'identità personale.

La Corte ribadisce l'esclusione di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso genere però ricorda come, nella sentenza n. 230/2020, abbia evidenziato la necessità di offrire tutela al miglior interesse del minore, nato in seguito a PMA fra due donne. Inoltre, pur avendo ritenuto applicabile l'adozione cosiddetta non legittimante, nondimeno ha denunciato l'urgenza di un intervento del legislatore per offrire una diversa tutela del miglior interesse del minore, nel senso di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale, al fine di attenuare il divario tra realtà fattuale e realtà legale.

La Corte rileva, così, l'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari poiché non è praticabile in caso di crisi della coppia e di negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, con inevitabili ripercussioni sul minore interessato. L'insufficienza di questo strumento è poi, altresì, legata ad altre peculiarità di questo istituto: non conferisce al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante e non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante.

Tutto ciò porta la Corte ad affermare che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versino in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, soltanto in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo: di conseguenza, è gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi<sup>44</sup>. La Corte compie

<sup>44</sup> Cfr. cons. dir. § 2.4.1.3.

un raffronto con i cosiddetti figli incestuosi, di cui si è occupata nella sentenza n. 494/2002, quando ha ravvisato una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, che è elemento costitutivo dell'identità personale, e altresì un contrasto col principio costituzionale di eguaglianza.

La Corte ritiene però di non poter rimediare al vuoto normativo: la materia, eticamente sensibile, necessita dell'intervento del legislatore per definire, come già auspicato in passato, un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, giacché un intervento puntuale da parte della Corte potrebbe generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato.

In particolare, la Corte, nel sollecitare il legislatore, auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale. Le vie di intervento possono essere molteplici: la Corte suggerisce, ad esempio, una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento oppure l'introduzione di una nuova tipologia di adozione che attribuisca con una procedura tempestiva ed efficace la pienezza dei diritti connessi alla filiazione<sup>45</sup>.

La svolta della Corte è però data non solo da quanto appena illustrato ma anche dalla ferma diffida che viene rivolta al legislatore: infatti, ritiene che nel «dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia»<sup>46</sup>.

In pari data, la Corte costituzionale<sup>47</sup> si è dovuta occupare di un'altra questione concernente l'impossibilità di riconoscere in Italia, per contrasto con l'ordine pubblico, un provvedimento giudiziario straniero che attribuiva lo stato di genitori a due uomini italiani uniti civilmente, che avevano fatto ricorso alla tecnica della maternità surrogata all'estero<sup>48</sup>. La pronuncia, pur giungendo

<sup>45</sup> Cfr. cons. dir. § 2.4.1.4.

<sup>46</sup> Cons. dir. § 2.4.1.4.

<sup>47</sup> V. Corte cost., sent. n. 33/2021.

<sup>48</sup> La questione ha avuto origine dalla rimessione della Corte di cassazione, sez. I civ., ordinanza 29 aprile 2020, n. 8325: nel caso di specie, l'atto di nascita formato dalle autorità canadesi indicava come unico genitore il padre biologico. A seguito del ricorso alla Suprema Corte della *British Columbia*, i due *partner* hanno ottenuto una sentenza nella quale entrambi sono stati dichiarati genitori del minore, disponendo la conseguente modifica dell'atto di nascita. Al riguardo, si veda M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata*, cit., 142 ss., per la ricostruzione della vicenda e un commento.

a conclusioni assimilabili, ha un'impostazione differente dal momento che lo *status filiationis* di cui si deve occupare vede a monte una GPA: pratica che, la Corte si premura di ricordare, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. Tuttavia, le questioni sono focalizzate sugli interessi del bambino nato in seguito alla GPA poiché si tratta di stabilire se il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite civili della Cassazione – il riferimento è alla sentenza n. 12193/2019<sup>49</sup> – sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali.

La Corte ritiene che i legami che, nella realtà fattuale, uniscono il bambino a entrambi i componenti della coppia sono parte integrante della stessa identità del bambino: sicché indiscutibile è l'interesse del bambino a che siffatti legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino (cura della salute, educazione scolastica, tutela degli interessi patrimoniali ed ereditari) e allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte<sup>50</sup>. Tutto ciò vale anche quando il nucleo familiare sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone

<sup>49</sup> In questa pronuncia, il collegio ha ritenuto che non è possibile il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana poiché il divieto di GPA previsto dalla l. n. 40/2004 deve essere qualificato come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione. Detti valori, secondo il giudice di legittimità, sono ritenuti «non irragionevolmente [...] prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione» e, in ogni caso, non è esclusa «la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari» (§ 13.4). La Corte ha dunque escluso che, a fronte della violazione del divieto di GPA, il principio consensualistico possa trovare applicazione: in presenza di una violazione del divieto penalmente sanzionato, deve trovare riviviscenza l'importanza del legame genetico e gestazionale con la madre o con il componente della coppia che abbia conferito il proprio patrimonio genetico. Nello stesso senso si sono espresse: Corte cass., Sez. un. civ., sentenza 31 marzo 2021, n. 9006; sez. I, sentenze 23 agosto 2021, nn. 23319, 23320 e 23321; Sez. un. civ., sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162. In particolare, sull'ampliata nozione di ordine pubblico, accolta dalla Corte di cassazione, si rinvia a: G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2/2019, 337; G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'*, *ivi*, 2/2019, 347; G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Foro It.*, 6/2019, I, 2003; M.M. WINKLER, K. TRILHA SCHAPPO, *A Tale of Two Fathers*, in *Italian LJ*, 1/2019, 359; M. MANETTI, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in *BioLaw Journal*, 3/2021, 93; V. PAPPÀ MONTEFORTE, *Riflessioni sul concetto di ordine pubblico sovranazionale*, in *Notariato*, 3/2022, 247; C. CAMPIGLIO, *Surrogazione di maternità transnazionale e limite dell'ordine pubblico*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità*, cit., 61.

<sup>50</sup> Cfr. cons. dir. § 5.4.

dello stesso sesso, giacché l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale.

L'oramai mutata impostazione della Corte è confermata dal fatto che la stessa precisa che non è in discussione un preteso diritto alla genitorialità in capo a coloro che si prendono cura del bambino, ma unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore, inscindibilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale.

La Corte è chiara nell'affermare che l'interesse del minore non può ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione col solo genitore biologico perché il bambino, quando vive e cresce nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone che, oltre ad aver condiviso il progetto del suo concepimento, lo hanno accudito, esercitando di fatto assieme la responsabilità genitoriale, ha un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe le figure e non solo col genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata.

La Corte precisa che l'interesse del bambino non deve essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco, ma provvisto di uno «speciale “peso”» in sede di bilanciamento: dunque, dovrà essere ponderato alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, di cui si fa carico la Corte di cassazione negando «la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti»<sup>51</sup>.

Il Giudice costituzionale afferma così che la tutela dovrà essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, qualora ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino. Se ciò non fosse, si «finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Cons. dir. § 5.5: è da notare che la Corte costituzionale, per far proprio il diritto vivente e la ricostruzione prospettata, legge il provvedimento giudiziario straniero non nella prospettiva del minore e della conseguente attribuzione del suo *status* di figlio nei confronti del genitore con il quale non ha legami biologici, bensì nella prospettiva del genitore d'intenzione e del suo *status* verso il minore.

<sup>52</sup> Cons. dir. § 5.7. La Corte precisa che ha inteso evitare proprio questo rischio di strumentalizzazione del minore per conseguire altre finalità con la già ricordata sentenza n. 494/2002 – che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che vietava il riconoscimento dei figli nati da incesto, precludendo loro l'acquisizione di un pieno *status filiationis* in ragione della condotta penalmente illecita dei genitori – e con la sentenza n. 102/2020, mediante la quale ha dichiarato incostituzionale



È a questo punto che la Corte rileva ancora una volta che l'adozione in casi particolari rappresenta una forma di tutela significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali: il compito di adeguare il diritto vigente a tali esigenze spetta, «in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco»: infatti, di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, la Corte non può «che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»<sup>53</sup>.

L'automatica applicazione della sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave delitto commesso a danno dei figli – nel caso di specie, la madre aveva trattenuto all'estero i figli, affidati congiuntamente ad entrambi i genitori, contro la volontà del padre – giacché un tale automatismo poteva risolversi in un pregiudizio per gli stessi interessi del minore. La correlazione dei possibili rischi per l'interesse del minore in quest'ultima vicenda e il caso della maternità surrogata è stata sottolineata da M. PICCHI, *Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020*, in *Oss. cost.*, 5/2020, 208 ss. (spec. 227 ss.). In particolare, l'impossibilità di riconoscere e dichiarare esecutivo il provvedimento giudiziario straniero che ha inserito il genitore intenzionale privo di legami biologici nell'atto di stato civile di un minore procreato attraverso la GPA, causa il contrasto con l'ordine pubblico, produce effetti punitivi soprattutto nei confronti del bambino, il cui *status*, acquisito all'estero, viene messo in discussione, e del *partner* della coppia che si è limitato a prestare il proprio consenso rimanendo, però, estraneo alla pratica procreativa. Questa interpretazione della Corte di cassazione (Sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193) è stata affermata sebbene la giurisprudenza penale (di merito e di legittimità) avesse escluso, prima della riforma del novembre 2024, la perseguibilità dei genitori committenti quando la GPA fosse stata praticata legalmente all'estero dando luogo a una regolare certificazione dalla quale risultasse la genitorialità giuridica a prescindere dalla discendenza effettiva: cfr., ad esempio, Corte cass., sez. V pen., sentenza 10 marzo 2016, n. 13525, e sez. VI pen., sentenza 11 ottobre 2016, n. 48696. Al riguardo, si vedano A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, UTET, Assago, 2018, spec. 180 ss. In particolare, anche l'ordinanza di rimessione della Corte cass., sez. I civ., del 29 aprile 2020, n. 8325 (F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum Quad. cost.*, 2/2020, 532 (spec. 538); R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interests of the child? La "patata bollente" alla Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 22/2020, 278), ha ribadito come il disvalore attribuito alla condotta dei genitori non possa riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio. Al riguardo, ha proprio richiamato la giurisprudenza della Corte costituzionale che ha caducato gli automatismi legislativi in tema di decadenza e sospensione dalla responsabilità genitoriale insistendo sul fatto che la predisposizione di misure dissuasive per la elusione del divieto di surrogazione di maternità non può andare a detrimento dei rapporti familiari successivi alla condotta penalmente sanzionata. Questo limite è un principio generale e fondamentale dell'ordinamento italiano, secondo quanto è stato precisato con le riforme in materia familiare che hanno teso ad eliminare qualsiasi discriminazione nei confronti dei figli, in ragione della loro nascita, e a realizzare una condizione di pari dignità dei genitori nel loro rapporto coi figli stessi. Infatti, nel caso oggetto della sentenza n. 102/2020, vi è un fatto di reato offensivo anche verso il minore e, nondimeno, la Corte ha stabilito che l'applicazione della pena accessoria della sospensione dalla responsabilità genitoriale debba essere rimessa all'apprezzamento del giudice che dovrà tener conto delle specifiche situazioni concrete.

<sup>53</sup> Cons. dir. § 5.9.

Inevitabilmente le affermazioni della Corte costituzionale suscitano delle considerazioni: invocando la proporzionalità, si comprimono i diritti fondamentali dei minori allo “scopo legittimo” perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla GPA. Non sembra però ragionevole che un obiettivo politico possa prevalere su dei diritti inviolabili. In particolare, la pronuncia meno convincente è la n. 33/2021 perché il mancato riconoscimento dello *status filiationis* non è posto a diretta tutela della dignità della donna: difatti, la Corte costituzionale fa solo dei riferimenti all’efficacia deterrente che, però non può sacrificare diritti fondamentali altrui o valori costituzionali dal momento che l’impossibilità di trascrivere il provvedimento giudiziario straniero o l’originario atto di nascita, che indichino quale genitore del minore quello d’intenzione, non può in alcun modo tutelare la dignità della gestante<sup>54</sup>.

#### 2.4. Un primo intervento correttivo da parte della Corte costituzionale

Alla dichiarata insufficienza dell’adozione in casi particolari per tutelare l’interesse del minore, ha fatto seguito l’ultimo arresto della Corte costituzionale: la sentenza n. 79/2022<sup>55</sup>, mediante la quale il Giudice costituzionale ha cercato di correggere proprio alcuni aspetti di inadeguatezza dell’istituto in questione.

La vicenda riguarda una coppia omosessuale – unita in matrimonio all’estero, poi trascritto e riconosciuto come unione civile anche in Italia – che

<sup>54</sup> Inoltre, F. POGGI, *La bilancia inceppata. La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di GPA*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2021, 662 ss., osserva come la Corte non prenda in considerazione la soluzione proposta dal giudice *a quo*: ossia, consentire al giudice comune un bilanciamento in concreto che tenga conto delle specificità dei singoli casi. Tale soluzione consentirebbe, per un verso, il rispetto del principio di eguaglianza di trattamento dei minori rispetto allo *status filiationis* e, per un altro verso, di tutelare le potenziali gestanti perché verrebbero considerate le modalità con le quali la GPA è stata realizzata.

<sup>55</sup> Cfr. M. PICCHI, *Maternità surrogata e status filiationis del bambino adottato dal genitore non biologico*, in *Famiglia*, 31 marzo 2022; N. CHIRICHALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, *ivi*, 17 maggio 2022; G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. Giust.*, 7 giugno 2022; M.N. BUGETTI, *Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione: Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione)*, in *Fam. Dir.*, 8-9/2022, 849; A. FIGONE, *Il vincolo di parentela anche nell'adozione del minore in casi particolari*, in *Ilfamiliarista.it*, 17 giugno 2022; F. NOVELLO, *Adozione “mite” e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale*, in *GiustiziaCivile.com*, 23 giugno 2022; P. DI MICHELE, *Nell'atto di nascita non possono essere indicate quali genitrici la mamma biologica e quella c.d. “d'intenzione”*, in *Dir. Giust.*, 125/2022, 20; M.C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Oss. cost.*, 3/2022, 330; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, *ivi*, 5/2022, 129; M.C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della “familiarità sociale”*, in *Consulta online*, 3/2022, 1021; S. CORSO, *Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2022, 609. Al riguardo, si veda anche R. TREZZA, *È consentito avere un padre biologico e un padre adottivo nell'interesse superiore del minore*, in *Famiglia*, 7 aprile 2022.

aveva avviato un progetto di genitorialità condivisa, ricorrendo ad un accordo di GPA all'estero che ha portato alla nascita di una bambina legata biologicamente a un componente della coppia. Il padre privo di legami biologici ha intrapreso il procedimento di adozione *ex art. 44, lett. d)*, l. n. 184/1983, chiedendo altresì al Tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna di riconoscere, quale effetto consequenziale della sentenza di adozione, un legame di parentela pieno anche con i propri ascendenti e i parenti tutti<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Il Tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna ha ritenuto sussistere tutti i presupposti di fatto e giuridici per quanto riguarda la richiesta di adozione; invece, in merito alla richiesta volta ad accertare e pronunciare il conseguente legame di parentela con gli ascendenti e i discendenti dell'adottante, ha riscontrato sussistere un ostacolo dovuto al combinato disposto dell'art. 55, l. n. 184/1983 e dell'art. 300, comma 2, cod. civ., secondo cui all'adozione dei minori in casi particolari devono essere applicate le regole dettate per l'adozione dei maggiorenni, non prevedendo perciò alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Il minore si viene così a trovare in una condizione differenziata nei confronti dell'adottante rispetto al genitore biologico perché non può godere di uno *status filiationis* di eguale portata. Il giudice *a quo* ha così ipotizzato il contrasto con i principi di eguaglianza e di parità di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, *ex artt. 3 e 31 Cost.*, come attuati dall'operata riforma sulla filiazione compiuta con la l. n. 219/2012, recante *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, e dal rinnovato art. 74 cod. civ. che ha reso unico e senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli *status* filiali con la sola eccezione dell'adozione del maggiore d'età. Secondo il giudice rimettente, un differenziato regime di genitorialità adottiva si giustificava nel progetto iniziale del legislatore per il fatto che l'adozione in casi particolari era riferita a situazioni in cui il minore, non versando in stato di abbandono, aveva comunque alle spalle una famiglia di origine con la quale non interrompeva il legame familiare. In altri termini, il legame adottivo non si sostituiva ma andava ad aggiungersi al legame con la famiglia di origine. L'evoluzione giurisprudenziale (*ex plurimis*, Corte cass., sez. I civ., sentenza 26 maggio 2016, n. 12962 e Sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193) ha esteso la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari, *ex art. 44, lett. d)*, l. n. 184/1983, a situazioni in cui non vi è alcun legame familiare preesistente da preservare: cfr. G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari e le nuove istanze di tutela*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità*, cit., 105 (spec. 109 ss.). In particolare, tale ipotesi di adozione trova applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo, da intendersi non solo come impossibilità di fatto ma anche di diritto e, quindi, ricomprendendo anche i minori non in stato di abbandono ma relativamente ai quali sia nato l'interesse al riconoscimento del rapporto di genitorialità. Perciò, viene utilizzata anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo per non essere il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo un genitore biologico che ne ha cura e, dunque, trovando applicazione allorquando sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale anche del medesimo sesso. Il giudice *a quo* ha altresì rilevato l'impossibilità di operare un'interpretazione conforme a Costituzione stante l'ulteriore previsione contenuta nell'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016, ove viene ribadita la differenza fra adozione in casi particolari e adozione piena e legittimante che è accessibile solo alle coppie unite in matrimonio, escludendo espressamente coloro che abbiano fatto ricorso all'unione civile. L'adozione in casi particolari, però, non crea un vero rapporto di filiazione poiché si limita a riconoscere una situazione affettiva cui attribuisce diritti e doveri negando al figlio e al genitore adottante il diritto a una relazione pienamente equiparata alla filiazione e ponendo il secondo in una posizione di inferiorità rispetto al genitore biologico. Di conseguenza, per il giudice rimettente vi sarebbe anche un contrasto con l'art. 8 della CEDU poiché l'adozione in casi particolari impedisce al minore inserito nella famiglia costituita dall'unione civile di godere pienamente della sua vita privata e familiare in un'accezione ampia, comprensiva cioè di ogni espressione della personalità e dignità della persona ed anche del diritto all'identità dell'individuo: tutti questi principi hanno spinto a valorizzare, stante anche la giurisprudenza della Corte EDU, i legami familiari

La Corte costituzionale, nel recepire quanto prospettato dal giudice rimettente sia per quanto riguarda l'evoluzione dell'adozione in casi particolari che con riferimento ai conseguenti motivi di contrasto con i parametri costituzionali, ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. n. 184/1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, comma 2, cod. civ., prevede che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Afferma così, mettendo in risalto la differenza tra adozione del minore e del maggiore di età, che il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante determina una discriminazione nei confronti del bambino adottato in casi particolari rispetto agli altri figli, in palese violazione dell'art. 3 Cost., e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con l'art. 31, comma 2, e l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU.

Alcuni passaggi meritano di essere sottolineati: anzitutto, rifacendosi alla giurisprudenza pregressa, conferma di escludere che «il “desiderio di genitorialità”, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita “lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati”, possa legittimare un presunto “diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*” (sentenza n. 221/2019)»<sup>57</sup>.

Inoltre, ribadisce fermamente «le ragioni del divieto di surrogazione di maternità, che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sentenza n. 272/2017 e, da ultimo, sentenza n. 33/2021), assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale (in senso analogo, ancora, sentenza n. 33/2021)»<sup>58</sup>. La Corte è però altrettanto consapevole del fatto che lo sforzo di arginare tale pratica – sforzo che richiede impegni anche a livello internazionale – non consente di ignorare la realtà dei minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il *partner* del genitore biologico: l'adozione in casi particolari dimostra una specifica vocazione a tutelare l'interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate poiché presuppone un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante, fermo restando che non può una valutazione negativa sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale fondarsi sul mero orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo *partner*.

secondo i parametri di uguaglianza e di bigenitorialità. In merito, si rinvia a M. PICCHI, *Maternità surrogata e status filiationis*, cit.

<sup>57</sup> Corte cost., sent. n. 79/2022, cons. dir. § 5.2.3.

<sup>58</sup> *Idem*.

La Corte costituzionale ricorda come – prestando attenzione al preminente interesse del minore, secondo quanto richiedono gli artt. 2 e 30 Cost., nonché molteplici fonti internazionali – abbia allargato lo sguardo dai meri presupposti di accesso all'adozione in casi particolari alla condizione giuridica del minore adottato in virtù di detto istituto. In base a questa più ampia prospettiva, la tutela degli interessi del minore offerta dall'adozione in casi particolari è da ritenere significativa ma non ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali, come evidenziato nelle sentenze nn. 32 e 33 del 2021. Fra le varie criticità, vi è proprio il fatto che l'adozione in casi particolari non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante.

La Corte costituzionale passa dunque a valutare se detto diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante determini, *ex artt.* 3 e 31 Cost., un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello *status* di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla *ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali. La Corte ritiene che secondo il quadro normativo vigente, dopo la riforma della filiazione compiuta nel 2012/2013, il minore adottato in casi particolari ha lo *status* di figlio e, però, viene privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare che il giudice, per legge, deve valutare prima di deliberare in merito all'adozione stessa.

Sebbene si sia proceduto all'unificazione dello *status* di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo: così facendo, il minore è privato di quei legami parentali che il legislatore della riforma della filiazione ha però inteso garantire a tutti i figli a parità di condizioni affinché «tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto dai vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni»<sup>59</sup>. Dunque, è di tutta evidenza come irragionevolmente un profilo così rilevante per la crescita e la stabilità di un bambino sia stato regolato con la disciplina dell'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze puramente patrimoniali e successorie. Inoltre, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo, ossia dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni che di fatto vanno a definire stabilmente la sua identità.

La Corte spiega che la connotazione discriminatoria della disciplina non può trovare giustificazione neppure nella circostanza che l'adozione in casi particolari non recide i legami con la famiglia d'origine. La chiave di risoluzione è ancora una volta la tutela dell'identità del minore che, in taluni casi, è proprio caratterizzata dalla doppia appartenenza familiare «e disconoscere i legami che

<sup>59</sup> Cons. dir. § 8.2.

scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità e, dunque, non è conforme ai principi costituzionali»<sup>60</sup>.

A ciò si aggiunga che le casistiche che consentono l'adozione in casi particolari<sup>61</sup> fanno tutte riferimento a situazioni che richiedono di potenziare le tutele e non di ridurle. Infatti, in tutti questi casi si ha a che fare con minori per i quali la nuova rete di rapporti familiari non è certo un privilegio, ma piuttosto costituisce, «oltre che un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità»<sup>62</sup>.

Quest'ultima pronuncia si pone in linea con la pregressa giurisprudenza della Corte e costituisce uno svolgimento di quanto affermato nelle sentenze gemelle del 2021 e nella sentenza n. 230/2020: la denunciata necessità di un intervento da parte del legislatore per ovviare all'insufficiente tutela offerta al minore dall'adozione in casi particolari è stata così parzialmente "superata" dalla Corte costituzionale. È stato compiuto un significativo passo in avanti, non ancora integralmente risolutivo, attraverso la valorizzazione delle relazioni affettive stabili, in nome del preminente interesse del minore, perché proprio questi rapporti sono in grado di sostenere il bambino di oggi nelle fasi della crescita e sviluppo e l'adulto di domani quando dovrà affrontare le difficoltà della vita quotidiana<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Cons. dir. § 8.3. La Corte ritiene altresì che, «se l'unicità dello *status* di figlio si spiega dove serve a evitare il contrasto fra due diverse verità (art. 253 cod. civ.), viceversa, quando è lo stesso legislatore ad affiancare al genitore biologico il genitore adottivo e a sovrapporre due vincoli di filiazione, l'unicità della famiglia si tramuta in un dogma, che tradisce il retaggio di una logica di appartenenza in via esclusiva. Sennonché l'idea per cui si possa avere una sola famiglia appare smentita proprio dalla riforma della filiazione e da come il principio di eguaglianza si è riverberato sullo *status filiationis*. Il figlio nato fuori dal matrimonio ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie giuridicamente tra di loro non comunicanti».

<sup>61</sup> Vi rientrano: minori orfani o orfani con disabilità, che sono adottati da terzi quando non vi sia la disponibilità dei parenti; minori abbandonati ma non adottabili; minori semi-abbandonati con genitori e famiglie inidonei ad occuparsi adeguatamente di loro; minori che vivono in un nuovo nucleo familiare; minori che hanno un solo genitore e, dunque, anche quelli ai quali si riconosce l'interesse a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate con il convivente o con il *partner* dello stesso sesso del genitore biologico.

<sup>62</sup> Cons. dir. § 8.3.

<sup>63</sup> A questo proposito, viene da chiedersi se la sentenza n. 252/2021 della Corte costituzionale sia in armonia con questa evoluzione giurisprudenziale: la disciplina vigente non consente ai *single* l'adozione piena se non nei casi eccezionali di cui agli artt. 25, commi 4 e 5, e 36, comma 4, l. n. 184/1983 e la pronuncia richiamata ha dichiarato l'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale che era stata proposta in merito, rimandando al legislatore il compito di riconoscere questa possibilità, analogamente a quanto accade già negli altri Paesi europei. Viene da chiedersi però se questa preclusione non costituisca di per sé un ostacolo alla tutela del preminente interesse dei minori poiché riduce le possibilità per questi di trovare un ambiente familiare che li possa accogliere, accudire ed amare. A

La Corte ha senz'altro maturato un'apertura significativa: del resto, «se il diritto vuole avvicinarsi all'amore, deve abbandonare non solo la pretesa di impadronirsene, ma anche trasformare tecnicamente sé stesso in un discorso aperto, capace di cogliere e accettare contingenza, variabilità e persino irrazionalità»<sup>64</sup>.

### 3. L'inerzia del legislatore e l'utilizzo di un diritto penale "simbolico"

Il legislatore, ad oggi, non ha seguito i moniti della Corte costituzionale e, anzi, ha deciso di estendere la punibilità dei fatti di reato contemplati nell'art. 12, co. 6, l. n. 40/2024, con riferimento alla surrogazione di maternità, quando siano commessi all'estero dal cittadino italiano.

La l. 4 novembre 2024, n. 169<sup>65</sup> non si preoccupa di definire il reato di maternità surrogata né le condotte riconducibili in questa fattispecie<sup>66</sup>, come sarebbe stato opportuno in ossequio ai principi di tassatività, determinatezza e offensività. Inoltre, non interviene neppure sul trattamento sanzionatorio in ossequio al principio di proporzionalità, considerato che la perseguibilità del reato è stata estesa alle condotte compiute all'estero per un reato che, però, prevede una pena detentiva non particolarmente elevata<sup>67</sup>. La modifica introdotta si limita a espungere la surrogazione di maternità commessa all'estero dall'art. 9, co. 2, c.p. che, per i delitti puniti con pena inferiore nel minimo a tre anni, subordina la punibilità del cittadino italiano alla richiesta del Ministro della giustizia. Di conseguenza, detta fattispecie va ora ricondotta sotto l'art. 7, co. 1, n. 5), c.p. in cui si prevede che sia punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero «ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana». Questo significa che ai fini dell'azione penale non è più necessaria la richiesta del Ministro della giustizia:

questo proposito si rinvia a M. PICCHI, *Adozione monoparentale: inammissibilità della questione di legittimità costituzionale e nuove prospettive*, in *Famiglia*, 16 marzo 2022.

<sup>64</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2017, 34.

<sup>65</sup> V., *supra*, nota n. 3. Per un'ampia ricostruzione di questa fattispecie di reato si rinvia ad A. DI NINO, *Verso un diritto penale onnipotente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *SP*, 4/2024, 93 ss.

<sup>66</sup> Al riguardo, critiche sono state espresse da E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, II, 1551 ss., e A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012, 142 ss.

<sup>67</sup> V. M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge della Camera dei Deputati n. 2599 (Carfagna) e n. 206 (Meloni)*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità*, cit., 139 ss. Il legislatore ha perso anche l'opportunità di distinguere a livello penale tra maternità surrogata a scopo solidaristico e quella frutto di commercializzazione: così A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, in *SP*, 18 luglio 2023.

a dire il vero, però, quest'ultimo non ha mai avanzato alcuna richiesta da quando la l. n. 40/2024 è entrata in vigore, a dimostrazione dello scarso interesse alla persecuzione di questo reato.

In dottrina si discute se sia altresì necessario il requisito della doppia incriminazione, in ragione del rapporto e dei limiti della nostra giurisdizione rispetto alle scelte di politica criminale fatte da altri ordinamenti<sup>68</sup>. È comunque un dato di fatto che, un Paese terzo, magari membro dell'Unione europea, non offrirebbe alcuna cooperazione giudiziaria in caso di richiesta di estradizione per un fatto compiuto sul proprio territorio e pienamente lecito per la *lex loci*.

I primi commentatori si sono espressi criticamente verso la riforma perché sembra muoversi prevalentemente in un orizzonte di accentuato paternalismo<sup>69</sup>, di propagandismo ideologico e utilizzo "simbolico" del diritto penale<sup>70</sup>, evidenziato anche dal fatto che per il delitto di surrogazione di maternità è prevista una cornice edittale che colloca il reato fra quelli di fascia medio-bassa per i quali sono possibili istituti deflattivi come la sospensione condizionale della pena mentre, di contro, la pena pecuniaria è particolarmente elevata come solitamente viene scelto di fare per punire i reati «della criminalità del profitto, più che [...] un delitto posto a tutela di interessi della persona»<sup>71</sup>. Si prospettano, perciò, dei dubbi di ragionevolezza<sup>72</sup>, coerenza e proporzionalità nella scelta di estendere l'applicazione della legge penale per un delitto che, sotto il profilo sanzionatorio, non esprime quella esigenza di tutela rafforzata dei beni sottesi. Non solo, ma l'intenzione del legislatore di rendere la surrogazione di maternità un reato a "pretesa universale" opererà proprio contro il «supremo interesse del minore che verrà riconosciuto come figlio nato da un reato»<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Cfr M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità*, cit., 145 ss.; A. DI NINO, *Verso un diritto penale onnipresente?*, cit., 108 ss.

<sup>69</sup> Cfr D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici (nota a Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2016, dep. 17 novembre 2016, n. 48696)*, in *Cass. Pen.*, 2017, 136; A. MANNA, *Rilievi critici*, cit. In particolare, A. DI NINO, *Verso un diritto penale onnipresente?*, cit., 118, ritiene che il legislatore dovrebbe «sopire le pretese universalizzanti relative a fattispecie di minor gravità, diversamente regolamentate a livello internazionale e aventi una forte vocazione etica, come nel caso della maternità surrogata».

<sup>70</sup> Sull'utilizzo "simbolico" del diritto penale si rinvia a AA. VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simboli e ruolo del penalista*, in *DPC*, 21 dicembre 2016, e S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>71</sup> M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità*, cit., 149, che sottolinea anche come nel nostro sistema la gravità dei reati che offendono beni personali è definita dall'entità della pena detentiva che costituisce «una importante cartina di tornasole del disvalore che il legislatore ritiene di riconoscere al fatto».

<sup>72</sup> In particolare, M. D'AMICO, *Il «reato universale» di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Oss. cost.*, 4/2023, 4 ss., dubita dell'efficacia dell'introduzione di un criterio di extra-territorialità per un reato che non è considerato tale in molti ordinamenti anche europei e dell'effettiva capacità di contrastare il fenomeno del turismo procreativo.

<sup>73</sup> L. GUIZZARDI, *L'illegittimità della surrogazione di maternità come reato universale: alcune riflessioni Queer*, in *Pol dir.*, 1/2024, 148.



Perciò, la scelta compiuta dal legislatore denota come lo stesso continui a muoversi su un percorso parallelo rispetto alla Corte costituzionale, nonostante gli inviti di quest'ultima a garantire in maniera piena il superiore interesse del minore. A ciò si aggiunga che la riforma operata mette in discussione le posizioni assunte a livello sovranazionale dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia<sup>74</sup>. La prima, per quanto riguarda la tutela del superiore interesse del minore, è ferma nel ritenere che debba essere riconosciuto il rapporto di filiazione col genitore legato da vincoli genetici e anche col genitore d'intenzione privo di legami biologici quando abbia instaurato un rapporto stabile col minore, secondo la procedura che lo Stato intenderà individuare purché sia effettiva e celere e consenta di valutare il miglior interesse del minore alla luce del caso concreto. Ma anche per quanto riguarda i genitori, la CEDU offre tutela se si tiene conto del fatto che l'interferenza che si genera adesso nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare deve essere oggetto di una nuova attenta valutazione alla luce dei criteri enunciati nell'art. 8, § 2, CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo.

Per quanto riguarda la CGUE, occupandosi di recente della questione del legame di filiazione tra un minore e le due madri in merito al godimento dei diritti connessi alla libertà di circolazione<sup>75</sup>, ha affermato che gli artt. 20 e 21

<sup>74</sup> Cfr. C. DANISI, *Maternità surrogata come reato "universale": considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *GenIUS*, 20 febbraio 2024.

<sup>75</sup> V. CGUE, Grande Sezione, sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20 (*V.M.A. c. Stolicbna obshtina, rayon «Pancharevo»*): la Corte è stata adita in via pregiudiziale in seguito ad una controversia insorta fra una coppia di donne – di cui una di origini bulgare e l'altra inglese, che si sono sposate a Gibilterra e hanno stabilito la residenza in Spagna – in merito al godimento dei diritti connessi alla libertà di circolazione. La coppia ha avuto una figlia, nata in Spagna: nel certificato di nascita, rilasciato dalle autorità spagnole, sono indicate entrambe le madri, sia quella biologica sia quella intenzionale che non ha contribuito con alcun apporto biologico alla nascita della bambina. La madre con cittadinanza bulgara ha chiesto al Comune di Sofia il rilascio di un atto di nascita della figlia perché necessario, secondo la disciplina vigente in quel Paese, ai fini del rilascio di un documento di identità. In particolare, il Comune di Sofia ha respinto la domanda per due motivi: anzitutto, non erano state fornite precisazioni riguardanti l'identità della madre biologica della minore; in secondo luogo, la menzione in un atto di nascita di due genitori di sesso femminile era contraria all'ordine pubblico della Repubblica di Bulgaria, che non autorizza il matrimonio tra due persone dello stesso sesso. Il Tribunale amministrativo di Sofia – avendo dato per scontato che la minore avesse acquisito la cittadinanza bulgara e, quindi, avendo riconosciuto implicitamente la legittimità del contenuto dell'atto di nascita formatosi in Spagna – ha ritenuto che il rifiuto da parte delle autorità bulgare di rilasciare un atto di nascita – pur non avendo alcun impatto giuridico sulla cittadinanza bulgara della minore e, di conseguenza, sulla cittadinanza dell'Unione – potesse rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, potesse ostacolare l'esercizio da parte del minore del diritto alla libera circolazione e il pieno godimento dei suoi diritti di cittadino dell'UE. Sulla base di queste considerazioni, il Tribunale amministrativo di Sofia si è rivolto in via pregiudiziale alla CGUE. Il giudice del rinvio ha sollevato un altro interrogativo: ha chiesto se l'obbligo eventualmente imposto alle autorità bulgare, nell'ambito dell'emissione di un atto di nascita, di menzionare in tale atto due madri fosse tale da pregiudicare l'ordine pubblico e, soprattutto, l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria, giacché tale Stato membro non contempla la possibilità di indicare in un atto di nascita due genitori

TFUE, in combinato disposto con gli artt. 7 e 24 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, nonché con l'art. 4, § 3, della direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, devono essere interpretati nel senso che, nel caso di un minore, cittadino dell'UE, il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità di un Paese membro designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa trascrizione di un atto di nascita nel registro nazionale dello stato civile<sup>76</sup>.

dello stesso sesso e le disposizioni che disciplinano la filiazione assumono un'importanza fondamentale nella tradizione costituzionale bulgara, nonché nella dottrina bulgara in materia di famiglia e delle successioni, sia sotto il profilo puramente giuridico sia sotto il profilo dei valori, tenuto conto dello stato attuale di evoluzione della società in questo Paese. Secondo il Tribunale amministrativo di Sofia, vi sarebbe stata cioè la necessità di trovare un equilibrio tra l'identità costituzionale e nazionale della Repubblica di Bulgaria e gli interessi del minore, e, in particolare, il suo diritto alla vita privata e alla libera circolazione. Fra i molti commenti: B. GUASTAFERRO, *Diritti di cittadinanza dei minori figli di coppie same sex, tra genitorialità e identità nazionali*, in *Quad. cost.*, 1/2022, 173; C. BENANTI, *Lo Stato membro che non riconosce la doppia genitorialità dello stesso sesso, è comunque obbligato a rilasciare al minore, suo cittadino, il documento di identità*, in *Famiglia*, 7 febbraio 2022; M. BASSETTI DE ANGELIS, *Il minore registrato come figlio di due donne coniugate in uno Stato membro ospitante ha diritto di ottenere il documento d'identità o il passaporto dallo Stato dell'Unione di cui sia cittadino senza previa emissione di un nuovo atto di nascita*, *ivi*, 4 marzo 2022; G. MILIZIA, *Il riconoscimento della filiazione arcobaleno non lede l'identità nazionale e la famiglia tradizionale*, in *Dir. Giust.*, 235/2021, 7; G. PIZZOLANTE, *Il riconoscimento degli status familiari ai fini dell'esercizio dei diritti che discendono dalla libera circolazione*, in *Ifamiliarista.it*, 18 maggio 2022; M.C. BARUFFI, *La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno*, in *Cittad. Eur.*, 1/2021, 230 ss. (spec. 241 ss.).

<sup>76</sup> In particolare, la Corte europea conferma che lo *status* delle persone – compresi matrimonio e filiazione – è una questione di spettanza degli Stati membri e il diritto dell'Unione non vi può incidere: ciascun Paese membro può consentire o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime. Tuttavia, ciascuno Stato membro è tenuto a rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del TFUE relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, riconoscendo, a tal fine, lo *status* delle persone stabilito in un altro Stato membro conformemente al diritto di quest'ultimo. Questo passaggio serve alla Corte per escludere quanto paventato dal giudice del rinvio, ossia il pregiudizio per l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria qualora si giungesse a riconoscere l'obbligo per le autorità bulgare di emettere un atto di nascita che indichi due persone di sesso femminile come madri della minore, posto che la Costituzione bulgara e il diritto di famiglia bulgaro non prevedono la genitorialità di due persone dello stesso sesso. La CGUE, richiamando precedenti pronunce, osserva che la nozione di ordine pubblico, in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo e la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'UE: perciò, l'ordine pubblico può essere invocato solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisca un interesse fondamentale della società. In particolare, «l'obbligo per uno Stato membro, da un lato, di rilasciare una carta d'identità o un passaporto a un minore, cittadino di tale Stato membro, nato in un altro Stato membro e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità di quest'altro Stato membro designa come suoi genitori due persone dello stesso sesso, e, dall'altro, di riconoscere il rapporto di filiazione tra tale minore e ciascuna di queste due persone nell'ambito dell'esercizio, da parte del medesimo, dei suoi diritti a titolo dell'articolo 21 TFUE e degli atti di diritto derivato ai medesimi connessi, non viola l'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico di tale Stato membro» (§ 56). Infatti,

Inoltre, lo Stato membro di cui il minore è cittadino è tenuto a riconoscere, parimenti agli altri Paesi membri, il documento emesso da un altro Stato membro che consente a detto minore di esercitare con ciascun genitore il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri<sup>77</sup>. La ricostruzione operata dalla CGUE permette di salvaguardare l'identità

«tale obbligo non impone allo Stato membro di cui il minore interessato ha la cittadinanza di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, a fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante» (§ 57). Non solo, il rapporto del minore con ciascuna delle due persone con le quali ha una vita familiare effettiva nello Stato membro ospitante e che sono menzionate come genitrici nell'atto di nascita emesso dalle autorità di tale Stato è protetto dall'art. 7 della *Carta*. Né il minore deve subire discriminazioni basate sull'orientamento sessuale dei genitori: sarebbe dunque contrario ai diritti fondamentali, che gli articoli 7 e 24 della *Carta* garantiscono al minore, privarlo del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso. La Corte UE precisa altresì che, anche se la minore non avesse avuto il diritto al riconoscimento della cittadinanza bulgara per *ius sanguinis*, l'indicazione nell'atto di nascita rilasciato da uno Stato membro di due madri, una delle quali sia cittadina dell'Unione, sarebbe stata sufficiente ad imporre l'obbligo a tutti gli Stati membri di considerarla discendente diretta di tale cittadina dell'Unione, in base alla direttiva 2004/38, ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dall'art. 21, paragrafo 1, TFUE e dagli atti di diritto derivato connessi (§ 68). Difatti, la CGUE osserva che, *ex art. 21, paragrafo 1, TFUE*, ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e, a tal fine, l'art. 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38 impone agli Stati membri, conformemente alla loro legislazione, di rilasciare ai loro cittadini una carta d'identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza. Nel caso di specie, le autorità bulgare sono obbligate a rilasciare un documento di identità alla bambina, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte del Comune di Sofia. Il documento d'identità dovrà indicare la sua cittadinanza e il suo cognome come risulta dall'atto di nascita emesso dalle autorità spagnole poiché, come già affermato in precedenza (Grande Sezione, sentenza del 14 ottobre 2008, *Grunkin e Paul*, C-353/06, punto 39), l'art. 21 TFUE osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio è nato e risiede sin dalla nascita. La minore deve poter esercitare il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri con ciascuna delle sue due madri, il cui *status* di genitrici di tale minore è stato accertato dallo Stato membro che le ospita nel corso di un soggiorno conforme alla direttiva 2004/38. La Corte UE precisa altresì che i diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale possiedono la cittadinanza, al rientro in tale Paese membro, ivi beneficiando della presenza, al loro fianco, dei loro familiari (§ 47). Le autorità spagnole hanno accertato l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra la bambina e le due madri, attestandolo nell'atto di nascita. In base all'art. 21 TFUE e alla direttiva 2004/38, alle due madri deve essere riconosciuto da tutti gli Stati membri il diritto di accompagnare la bambina nell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Di conseguenza, le autorità bulgare, parimenti a quelle di qualsiasi altro Paese membro, devono riconoscere tale rapporto di filiazione. Affinché la bambina possa effettivamente circolare e soggiornare all'interno dell'UE con ciascuna delle madri, occorre che la minore possa disporre di un documento all'interno del quale, entrambe le madri vengano menzionate come persone autorizzate a viaggiare con tale minore.

<sup>77</sup> Pochi mesi dopo, la CGUE ha confermato questa ricostruzione nella vicenda, sostanzialmente

nazionale e l'ordine pubblico assicurando, però, tutela all'interesse superiore del minore a veder riconosciuto lo *status filiationis* acquisto nello Stato membro di residenza. Inoltre, la CGUE – nell'enunciare l'obbligo per tutti gli Stati membri di riconoscere gli effetti del rapporto di filiazione costituito in un Paese membro – non distingue tra figli nati a seguito del ricorso a PMA o a GPA. Ciò significa che le fonti UE, come interpretate dalla CGUE, impediscono agli Stati membri di invocare il limite dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale, quando si tratti di tutelare la libertà di circolazione del minore e i diritti che gli sono riconosciuti dalla *Carta*, anche in caso di maternità surrogata (sia fra coppie omosessuali che eterosessuali) poiché i problemi di tutela e i pericoli di discriminazione appaiono i medesimi.

La soluzione di compromesso alla quale è giunta la CGUE appare in armonia con gli arresti giurisprudenziali della Corte EDU, però ha come conseguenza il fatto che i margini del potere decisionale statale risultano significativamente limitati dall'esigenza di riconoscere e tutelare il diritto di circolazione e quelli connessi del minore. In questa prospettiva, la scelta del legislatore penale sembra creare ostacoli difficilmente compatibili con l'esercizio della libertà di circolazione, secondo gli sviluppi maturati finora nell'Unione europea.

Altre considerazioni critiche possono essere rivolte all'estensione della perseguibilità del reato di surrogazione di maternità. Anzitutto, può risultare inadeguata per contrastare il fenomeno del turismo procreativo<sup>78</sup> perché può rischiare di incrementare il ricorso alla GPA al di fuori di qualsiasi regolamentazione oppure può dare vita a delle soluzioni che aggirino le sanzioni: ad esempio, facendo indicare nell'atto di nascita redatto all'estero il solo padre biologico come se il bambino fosse nato da una relazione al di fuori del matrimonio o dell'unione civile, mentre il genitore d'intenzione intraprenderà successivamente la procedura d'adozione in casi particolari<sup>79</sup>.

Inoltre, la riforma operata incontrerà difficoltà anche applicative e darà luogo a un diffuso contenzioso: basti pensare ai casi di coppie con differente cittadinanza, stabilmente residenti in un Paese membro dell'Unione europea che consente e disciplina la maternità surrogata. L'estensione della punibilità nei confronti del cittadino italiano per il fatto compiuto interamente sul territorio di quest'ultimo Stato membro ha ripercussioni anche sul cittadino straniero che voglia esercitare, assieme al proprio *partner* italiano, un diritto

analoga, riguardante due donne, una polacca e una irlandese, unite in matrimonio in Irlanda: sez. X, ordinanza del 24 giugno 2022, causa C-2/21 (*Rzecznik Praw Obywatelskich*).

<sup>78</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 88, osserva come il rifiuto sociale nei confronti della l. n. 40/2004 sia proprio la causa del turismo procreativo.

<sup>79</sup> Cfr. F. DI LELLA, *La proposta di legge italiana sulla maternità surrogata come "reato universale"*. *Analisi e prospettive*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20 bis/2024, 459.

riconosciuto nell'ordinamento del Paese di residenza perché potrebbe dover rinunciare alla GPA per evitare la responsabilità penale del proprio *partner*.

#### 4. Conclusioni

L'istituto dell'adozione è stato utilizzato e richiamato dalla Corte costituzionale per sostenere l'ammissibilità della fecondazione eterologa soltanto perché ha rappresentato il modello tradizionale di costituzione del rapporto genitoriale in assenza di un legame genetico. Tuttavia, le caratteristiche dell'adozione mal si prestano al suo utilizzo nei casi in cui la nascita del minore sia stata pianificata dai genitori intenzionali: infatti, nel caso in cui il genitore d'intenzione muoia<sup>80</sup> o diventi incapace prima della nascita o della costituzione del rapporto oppure qualora non intenda attivare la procedura, il minore e il suo rappresentante legale non potranno pretendere il rispetto di quegli obblighi di tipo patrimoniale che sono connessi con la figura del genitore<sup>81</sup>.

La conseguenza paradossale è che l'interesse del minore all'irrevocabilità del consenso, *ex art. 6, l. n. 40/2004*, non avrebbe alcun rilievo e la volontà originaria del genitore non sarebbe vincolante proprio nel caso in cui non sono stati rispettati i requisiti che la legge richiede per potere accedere alle tecniche procreative<sup>82</sup>: vale a dire, quei valori che la Corte – nella sentenza n. 347/1998,

<sup>80</sup> Il Tribunale di Milano, sez. VIII civ., ordinanza 24 aprile 2023, n. 562, ha ordinato all'ufficiale di stato civile del Comune competente di trascrivere integralmente l'atto di nascita di un minore nato da GPA, indicando anche il genitore d'intenzione poiché, vista la morte improvvisa del genitore biologico, non era possibile ricorrere all'adozione in casi particolari, mancando un «tassello imprescindibile» quale il consenso del genitore biologico: cfr. P.L. CARBONE, *Gestazione per altri e indicazione nell'atto di nascita italiano del genitore intenzionale. Una (obbligata) ridefinizione dei confini del best interest del minore da parte del Tribunale di Milano*, in *Famiglia*, 26 luglio 2023.

<sup>81</sup> Cfr. U. SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini*, cit.

<sup>82</sup> Il paradosso è ancora più evidente se si tiene conto di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 161/2023, ove ha ritenuto non fondata la questione proposta nei confronti dell'art. 6, comma 3, l. n. 40/2004 che contempla, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, l'irrevocabilità del consenso dell'uomo dopo la fecondazione dell'ovulo, sebbene il contesto entro il quale opera tale legge sia ben diverso da quello originario. Difatti, il venir meno del divieto di crioconservazione degli embrioni (Corte cost., sentenza n. 151/2009 e anche la n. 96/2015) consente oggi una dissociazione temporale significativa tra il momento del consenso prestato alla PMA e il momento in cui avviene il trasferimento in utero dell'embrione. Fra i molti commenti, E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in *federalismi.it*, 23/2023, 122 ss.; S. NICCOLAI, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in *Dir. comp.*, 16 ottobre 2023; G. RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2024, 197; M.P. IADICICCO, «Cosa resta del padre?». *A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner*, in *BioLaw Journal*, 1/2024, 249; C. INGENITO, *La genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità dell'embrione. Ancora una questione eticamente complessa sottoposta alla Corte costituzionale*, in *Oss. cost.*, 2/2024, 219; F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma*

quando ancora il legislatore non aveva disciplinato la procreazione medicalmente assistita – ha ritenuto meritevoli di tutela perché essenziali e che dovevano costituire direttrici da osservare necessariamente nel disciplinare la materia.

Nell'ultima relazione del Presidente della Corte costituzionale è stato espresso l'auspicio che il legislatore voglia dare seguito, fra le altre, alle sentenze 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33, tenendo conto del monito relativo alla condizione anagrafica dei figli di coppie dello stesso sesso, anche perché il silenzio del legislatore lascia spazio a soluzioni differenti sul territorio: il mancato intervento del legislatore e la situazione attuale producono effetti negativi soprattutto sul minore perché, al momento, le molteplici soluzioni sono lasciate alla sensibilità degli ufficiali di stato civile o della giurisprudenza (quella di merito si mostra particolarmente aperta a soluzioni più favorevoli ai minori), con conseguenti gravi disparità di trattamento sul territorio.

Il Presidente della Corte ha sottolineato come la persistente inazione del legislatore potrebbe obbligare «questa Corte a procedere con una propria e autonoma soluzione, inevitabile in forza dell'imperativo di osservare la Costituzione»<sup>83</sup>. Pertanto, l'inerzia del legislatore non è più tollerabile perché il

*l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023, in Nomos, 3/2023, 1; L. PIROZZI, Procreazione medicalmente assistita e irrevocabilità del consenso della donna: obbligo illegittimo o obbligo-fantasma?, in Riv. Corte conti, 6/2023, 243.*

<sup>83</sup> *Relazione del Presidente della Corte costituzionale, Professore Augusto Antonio Barbera, Roma – Palazzo della Consulta, Salone Belvedere, 18 marzo 2024, 17.* A breve, la Corte costituzionale sarà chiamata a risolvere la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze (ordinanza dell'11 settembre 2024) nei confronti dell'art. 5, l. n. 40/2004, nella parte in cui preclude l'accesso alla procreazione medicalmente assistita ai *single*. La questione è stata sollevata nell'ambito di un procedimento cautelare *ante causam*, promosso da una donna contro il Centro di procreazione assistita che le aveva negato l'accesso all'inseminazione artificiale, con donatore anonimo. Il Tribunale ha rilevato il contrasto con l'art. 3 Cost. perché genera un'irragionevole disparità di trattamento tra categorie di soggetti, a seconda che si tratti di coppie o di *single*, posto che l'ordinamento italiano tutela, a più livelli, anche la famiglia monogenitoriale: ad esempio, la legislazione ammette l'adozione in casi particolari da parte di persone singole, in base all'art. 44, co. 3, della l. n. 184/1983. Inoltre, la normativa riconosce il diritto della donna all'impianto dell'embrione crioconservato, fecondato col consenso del compagno separato o deceduto (Corte cost., sent. n. 161/2023 e Corte cass., sez. I civ., sentenza 15 marzo 2019, n. 13000): in tal senso, si è espresso anche il decreto del Ministero della salute del 20 marzo 2024. Inoltre, la disparità di trattamento rileverebbe anche in ragione delle diverse capacità economiche e della conseguente possibilità di accedere alla PMA all'estero. Difatti, qualora la donna si rechi all'estero per accedere alla fecondazione assistita, il rapporto di filiazione che ne scaturisce in Italia è riconosciuto dal nostro ordinamento: la prassi applicativa del cd turismo procreativo conduce quindi al superamento del divieto normativo palesando l'irragionevolezza di detto divieto. Infine, sarebbe stato rilevato il contrasto anche con gli artt. 2, 13 e 32 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento agli artt. 8 e 14 della CEDU e agli artt. 3, 7, 9 e 35 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, perché confligge con il diritto al rispetto della vita privata e familiare, sacrifica il diritto incoercibile di scegliere se e come costituire una famiglia e viola la libertà di autodeterminazione, con riferimento alle scelte procreative, nonché il diritto alla salute – inteso come benessere in senso lato – della donna, poiché preclude l'esperienza della maternità.

superiore interesse del minore necessita di una tutela più penetrante che attenui il divario tra la realtà fattuale e quella legale<sup>84</sup>, tenuto conto anche dell'evoluzione maturata nella stessa giurisprudenza costituzionale che riconosce una concezione pluralistica di famiglia: tanti modelli di famiglia che hanno come elemento comune i diritti fondamentali e i valori costituzionali come la dignità, l'uguaglianza e la libertà che devono ricevere la medesima tutela e protezione, a prescindere dall'origine e dal fondamento della comunanza di vita e di affetti<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Al riguardo, significativa è la recente sentenza n. 148/2024, mediante la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 230-bis (*Impresa familiare*), commi 1 e 3, c.c. nella parte in cui non include nel novero dei familiari il convivente *more uxorio* e, conseguentemente, dell'art. 230-ter (*Diritti del convivente*), nella parte in cui applica al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera nell'impresa dell'altro convivente una tutela inferiore rispetto a quella prevista per il familiare. La pronuncia è d'interesse perché, sebbene la Corte abbia sottolineato più volte l'impegno della Repubblica a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, ex art. 2 Cost., nell'ambito del quale sono appunto riconducibili la famiglia di fatto e le unioni civili, con questa pronuncia sembra aver compiuto un nuovo passo avanti. Il giudice delle leggi riconosce in maniera chiara l'oramai affermata concezione pluralistica di famiglia nella società e nella giurisprudenza imponendo all'ordinamento di tutelare l'interesse della persona a realizzarsi all'interno di questa prima forma di convivenza umana, di società naturale, anche se non fondata sul matrimonio. La Corte reagisce allo scostamento evidente fra le previsioni costituzionali in tema di famiglia e le «istanze della prassi» (F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.) dimostrando la difficoltà di restringere la prima in una definizione giuridica unitaria.

<sup>85</sup> Cfr. M. PICCHI, *La Corte costituzionale censura la mancata previsione del convivente di fatto tra i familiari ammessi a godere del regime dell'impresa familiare e crea le premesse per nuovi sviluppi*, in *Familia*, 26 settembre 2024.





DIRITTO COSTITUZIONALE E METAMORFOSI SOCIALI E FATTUALI.  
UNA RICHIESTA DI AIUTO AD ENZO CHELI

ORLANDO ROSELLI\*

**Sommario**

1. Il messaggio metodologico di Enzo Cheli. – 2. Le metamorfosi delle società contemporanee ed il conseguente diffuso disorientamento. – 3. La richiesta ad Enzo Cheli di aiutare tutti noi nella ricerca di risposte alle sfide ordinamentali delle società contemporanee. – 3.1. Con riferimento alla necessità di ripensamento del metodo giuridico e di una più trasparente ricostruzione delle metodologie scientifiche adottate. – 3.1.1. L'interrogativo di come si struttura ciò che definiamo diritto. – 3.1.2. Il concetto di "costituzionale" è riferibile ai soli testi costituzionali? – 3.1.3. La progressiva complessità dei processi ordinamentali. Quale "postura" culturale e scientifica è più funzionale a costruire «ordinamento» democratico? – 3.2. Crisi del sistema politico e riforme costituzionali. – 3.2.1. La difficoltà di pervenire a riforme fondamentali condivise.

**Abstract**

*In constitutionalist culture, Enzo Cheli represents a point of reference beyond the borders of our country for his ability, demonstrated in almost seventy years of extraordinary scholarly production, to grasp the close relationship of the incidence of political and social dynamics in the constitutional dimension.*

*Faced with the metamorphoses of contemporary societies, his legal method, which makes him both a constitutionalist and a legal historian in his own right, manifests all its vitality.*

*This is why his enlightening contribution is even more needed in this age of transition.*

**Suggerimento di citazione**

O. ROSELLI, *Diritto costituzionale e metamorfosi sociali e fattuali. Una richiesta di aiuto ad Enzo Cheli*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Già professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze.  
Contatto: [orlando.roselli@unifi.it](mailto:orlando.roselli@unifi.it)

### 1. Il messaggio metodologico di Enzo Cheli

Nella cultura costituzionalistica Enzo Cheli rappresenta un punto di riferimento ben oltre i confini del nostro Paese.

La ragione risiede nell'aver contribuito ad innovare il metodo giuridico, nella capacità di leggere gli enunciati normativi alla luce dell'evoluzione del contesto storico, delle conseguenti dinamiche politiche e sociali.

Per questa via il coltissimo giurista finisce per ridefinire le stesse categorie giuridiche tradizionali, destinate a portare come dato genetico il loro continuo trasformarsi in parallelo con il mutamento dei contesti politici sociali economici, del mutare delle sensibilità culturali e valoriali. Tutto questo senza smarrire le proprie radicatissime convinzioni che coincidono con il portato valoriale della nostra Costituzione, vale a dire con quelli che la Corte costituzionale ha definito <<i>principi supremi dell'ordinamento costituzionale>>.

Enzo Cheli è uno studioso che si forma a pochi anni dall'entrata in vigore della Costituzione, in controtendenza ad una parte considerevole della dottrina che non ha metabolizzato le rivoluzionarie innovazioni ordinamentali, che richiedono uno sguardo nuovo rispetto alle categorie giuridiche che costituiscono la diffusa *forma mentis* di giuristi, accademici e magistrati, e degli altri operatori del diritto.

Il giovane giurista ha una immediata attrazione, scientifica e civile, per le innovazioni costituzionali, che richiedono la partecipazione alla loro trasposizione in un ordinamento giuridico costruitosi sui fondamenti di altre forme di Stato, quella liberale ed in modo penetrante quella fascista.

Non è un caso che poco più che ventenne si laurea, nell'a.a. 1955-1956, con una tesi su *Realtà e diritto dei partiti politici nell'ordinamento costituzionale italiano*. Si pensi alla rilevanza del principio democratico e del correlato pluralismo nella Costituzione ed alla imponente strutturazione dei partiti politici dell'epoca (così radicato nel nuovo contesto da caratterizzare non soltanto i partiti di massa, ma anche talora altri che, nell'ambito di dimensioni minori replicano comunque lo schema del partito di "appartenenza", fatto di militanza, radicamento territoriale, per categorie professionali e sindacali, di coinvolgimento femminile e giovanile).

Un fenomeno sociale, quello dei partiti e dei sindacati di massa, che nel ritrovato pluralismo si fa elemento caratterizzante in profondità il nuovo assetto (la <<realtà>>) costituzionale.

Colpisce la capacità di cogliere in anticipo profili problematici che sono a tutt'oggi irrisolti, come è quello della <<regolazione dei partiti politici>><sup>1</sup> o processi, siamo nel 1959, che attraversano più ordinamenti giuridici in quanto legati a dinamiche diffuse nelle varie società, come è <<la tendenza

<sup>1</sup> E. CHELI, *Intorno alla regolazione dei partiti politici*, in *St. senesi*, 2, 1958, 207 ss.

all'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali>><sup>2</sup>.

Esemplare espressione di una precoce acquisita maturità scientifica, che si manifesta in una chiarissima scelta metodologica del ventisettenne studioso, la ritroviamo già nella prima monografia sull'atto politico e la funzione dell'indirizzo politico<sup>3</sup>, in cui affronta il tema alla luce della nuova <<struttura costituzionale>><sup>4</sup>. Scrive Cheli: è <<l'angolatura storico-giuridica [che] consente più d'ogni altra di descrivere, nel loro concreto avvicinarsi, le forme espressive dirette di questo potere, quali quelle che si manifestano nella disciplina dei procedimenti di formazione della volontà statuale, nella distribuzione delle competenze a livello costituzionale, nell'articolazione dei rapporti intercorrenti tra comunità ed apparato, in una parola nell'esistenza di una particolare forma di Governo e di Stato suscettibile di caratterizzare l'assetto istituzionale di una determinata realtà sociale>><sup>5</sup>.

Questa impostazione, della necessità di relazionare enunciati normativi e contesto storico per comprendere <<il concreto>> <<assetto istituzionale>>, caratterizzerà l'intera produzione scientifica di Cheli, con esiti anche teoretici<sup>6</sup>, sia nella scelta dei temi, che nel modo di affrontarli.

Un metodo che orienta la riflessione scientifica sul "rendimento" della nostra Costituzione, <<nata per unire>>, con riferimento alla tenuta democratica delle Istituzioni e di una società attraversata da fratture profonde, nella consapevolezza della necessità di preservare i valori costituzionali anche nel progettare necessarie riforme costituzionali<sup>7</sup>.

Il metodo adottato predispone Cheli, sin da subito, a procedere nella riflessione scientifica in parallelo all'emergere dei temi/problemi del nostro costituzionalismo: da quello (in ciò in perfetta sintonia con uno dei propri riferimenti intellettuali, Paolo Barile) della concreta affermazione delle libertà

<sup>2</sup> E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1959, 463 ss.

<sup>3</sup> E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961.

<sup>4</sup> *Ibidem*, III.

<sup>5</sup> *Ibidem*, IV. Ricostruisco sul punto il pensiero di Cheli, in O. ROSELLI, *Dimensione politica e forma di Stato*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione costituzionale e la prospettiva internazionale*, il Mulino, Bologna, 2010, 117 ss.

<sup>6</sup> E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale. Appunti per una definizione*, in *Arch. giur.*, 1-2, 1965 ed in *St. Economici-giuridici*, XLIV, tomo I, Cedam, Padova, 1966, 155 ss.

<sup>7</sup> Si v., tra l'altro, E. CHELI, *La riforma mancata. Tradizione e innovazione nella Costituzione italiana*, il Mulino, Bologna, 2000; Id., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, il Mulino, Bologna, 2012; Id., *Costituzione e politica. Appunti per una stagione di riforme costituzionali*, il Mulino, Bologna, 2023.

fondamentali<sup>8</sup>, a quello della disciplina del servizio radiotelevisivo (di cui sin dall'inizio<sup>9</sup> è tra i più assidui studiosi), della (ritardata) attuazione delle Regioni a Statuto ordinario<sup>10</sup>, dell'impatto che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha non solo con riferimento ai più vari ambiti, ma all'assetto complessivo del nostro sistema istituzionale<sup>11</sup>.

Si rimane colpiti dalla molteplicità, vastità e complessità dei temi affrontati in quasi settanta anni, che non sono l'esito di un eterogeneo affastellamento di interessi: si tratta di temi che è necessario affrontare se si vuole comprendere l'evolversi dei problemi del nostro ordinamento costituzionale. Gli studi di Cheli, in questo aiutato da passione civile, procedono con il vissuto del Paese ed hanno in comune la consapevolezza di quella che Paolo Grossi definiva la <<carnalità del diritto>>.

Cheli sembra essere un giurista "storico della contemporaneità", sintagma che sembra un ossimoro, ma che segnala invece l'attitudine a cogliere, nel presente, le linee spesso contraddittorie dei processi storici e del loro plurale e complesso rapporto con la normatività costituzionale<sup>12</sup>.

## 2. Le metamorfosi delle società contemporanee ed il conseguente diffuso disorientamento

Le società contemporanee sono attraversate non da mere trasformazioni, ma da vere e proprie metamorfosi<sup>13</sup>, cioè da mutamenti della realtà, sociale e

<sup>8</sup> Tema che si pone subito nella sua urgenza, come coglie sin dall'entrata in vigore della Costituzione Paolo Barile e, poi, un Cheli altrettanto appassionato, si v., tra l'altro, P. BARILE, E. CHELI, *Corrispondenza (Libertà di)*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, 743 ss.; E. CHELI, *In tema di <<libertà negativa>> di associazione*, in *Foro it.*, 1962, I, 1843 ss.; P. BARILE, E. CHELI, *Domicilio (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 859 ss.; E. CHELI, *Libertà di associazione e poteri di polizia: profili storici*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Neri Pozza, Vicenza, 1967, 274 ss.; E. CHELI, *In tema di legittimità costituzionale dell'ordine e dell'albo dei giornalisti*, in *Giur.cost.*, 2, 1968, 318 ss.

<sup>9</sup> Ne inizia a scrivere sin dal 1971: E. CHELI, *Libertà di espressione e organizzazione radiotelevisiva*, in *La riorganizzazione legislativa della radiotelevisione italiana. Dibattiti e progetti di riforma*, 1971, vol. II, 9 ss., per poi continuare ad impegnarsi moltissimo nel seguirne l'evolvere dei problemi.

<sup>10</sup> Anche in questo caso attivo con un concreto impegno scientifico nei momenti particolarmente significativi del mutamento politico-ordinamentale: E. CHELI, U. DE SIERVO, G. STANCANELLI, D. SORACE, P. CARETTI (a cura di), *Gli statuti regionali. Commento allo statuto della Regione Toscana*, Giuffrè, Milano, 1972.

<sup>11</sup> Non a caso sarà, tra l'altro, protagonista di un convegno in cui la Corte è analizzata nel suo ruolo complessivo: P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982. Tema ripreso anche dopo l'esperienza di giudice costituzionale: E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, 1996.

<sup>12</sup> Cheli è, oltre che un costituzionalista, per profondità e molteplicità di contributi, compiutamente storico del diritto.

<sup>13</sup> U. BECK, *La metamorfosi del mondo*, Laterza, Bari-Roma, 2017.

fattuale, tali da porre in crisi molti dei paradigmi scientifici, culturali, sociali, politici, economici, religiosi come configuratisi nella modernità.

Tutto questo si riflette nei processi di strutturazione della giuridicità, incidendo nella dimensione giuridica sino allo stesso livello costituzionale.

Ne deriva un profondo disorientamento ed una conseguente inquietudine. Inquietudine che non va vissuta con insofferenza, ma anzi coltivata come spinta propulsiva, energetica, alla riflessione.

I mutamenti sono così radicali che richiedono un ripensamento di categorie tradizionali della Scienza politica e della Scienza giuridica, compresa quella costituzionalistica<sup>14</sup>.

Dal punto di vista culturale e scientifico è come se ci trovassimo a metà del guado: la sponda delle radicate certezze è ormai irrimediabilmente alle nostre spalle, ma faticiamo a raggiungere la sponda avanti a noi, non siamo ancora in grado di definirne i contorni, perché prima di raggiungerla dobbiamo essere capaci di immaginarla<sup>15</sup>. L'incertezza, tipica delle epoche di transizione, com'è l'epoca presente, prevale sulla pretesa razionalità weberiana dell'epoca moderna in quel particolare fenomeno sociale che definiamo <<diritto>><sup>16</sup>.

### **3. La richiesta ad Enzo Cheli di aiutare tutti noi nella ricerca di risposte alle sfide ordinamentali delle società contemporanee**

Il sentimento di rendere omaggio ad Enzo Cheli per un percorso intellettuale fuori dall'ordinario non ha nulla di celebrativo: muove dalla consapevolezza che può aiutarci ancora a capire la dimensione costituzionale.

Come abbiamo visto, Cheli ha sviluppato un metodo per progredire nella comprensione del perenne mutare del rapporto tra diritto e società, di questo metodo abbiamo oggi più che mai necessità. Mi appello dunque alla Sua

<sup>14</sup> Sia consentito rinviare a O. ROSELLI, *Storicità delle categorie della politica e delle categorie del giuridico. Una relazione di natura costituzionalistica*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2, 2022, 381 ss.

<sup>15</sup> Come dire che il giurista deve essere capace di sottoporre se stesso ad un processo di rielaborazione critica del proprio strumentario giuridico, dello stesso modo di intendere ciò che denominiamo ragionamento giuridico. Un approccio che deve fare i conti con lo stesso <<paradigma 'logistico positivistico' e la sua crisi>> (P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1995, 1 ss.). Scrive Paolo Grossi, nella pagina di presentazione della propria ultima pubblicazione, un libro di novelle, di <<(…) ricorso alla *fantasia* come a risorsa preziosa per ogni umana vicenda, intendendo ovviamente per fantasia non un sinonimo di bizzarria, ma piuttosto il riferimento alle forze creatrici dell'uomo, che supera le limitazioni del presente reale (...)>> e che di questo si è avvalso quando si è <<avviato sul sentiero dei severi (e, per molti, aridissimi) studi giuridici, sempre chiedendo ausilio alla dimensione *fantastica* e da essa attingendo per costruzioni dall'impronta nuova e originale.>> (P. GROSSI, *Il paese dei palloncini di gomma e altre fiabe*, Giunti, Firenze, 2022, 7, nel testo i corsivi).

<sup>16</sup> Sul complesso rapporto tra dinamiche sociali e dimensione giuridica, ritornerò oltre, rinviando ora a O. ROSELLI, *Fenomenologie sociali e dimensione giuridica. La trasformazione del diritto nelle società contemporanee*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli, 2010, vol. I, 257 ss. ed in Id., *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, ESI, Napoli, 2011, 33 ss.

generosità per sottoporli alcuni quesiti, nella consapevolezza che ancora tanto può dare non solo alla comunità dei costituzionalisti.

Ovviamente, lo ricordo a me stesso, la formulazione dei quesiti non è scientificamente neutrale; di conseguenza, anche là dove sono pervenuto ad alcune convinzioni (come si comprenderà dal modo stesso dell'argomentare il quesito relativo al tema/problema) il mio sforzo è di non perdere consapevolezza che <<la ricerca non ha fine>><sup>17</sup>, che i limiti soggettivi alla comprensione sono amplificati dalla geometrica accresciuta complessità dei problemi e dalla inevitabile incompiuta conoscibilità della stessa smisurata produzione scientifica (ed in campo giuridico anche normativa).

### **3.1. Con riferimento alla necessità di ripensamento del metodo giuridico e di una più trasparente ricostruzione delle metodologie scientifiche adottate**

Se la società muta pelle, è pensabile che possa immaginarsi un diritto immobile nello strutturarsi?

Le metamorfosi delle dinamiche sociali si riflettono inevitabilmente nelle dinamiche giuridiche, vale a dire nel tentativo di ordinarle, come ben sanno in particolare storici del diritto e comparatisti.

Ma se così è, la pretesa di <<fare diritto>> destoricizzando e decontestualizzando gli enunciati normativi è una pretesa irrealistica che può essere teorizzata solo negando la rilevanza, nei processi ordinamentali, di quegli stessi mutamenti che si pretendono di disciplinare.

Si tratta di trasformazioni così pervasive della realtà sociale e fattuale da rifondare i caratteri delle nostre società, sempre più instabili, incerte, disomogenee, al contempo dalle straordinarie opportunità e dagli straordinari rischi, in continuo perenne ridisegnare il “confine” tra reale e virtuale, attraversate da dinamiche sempre più mutevoli nel tempo e nello spazio<sup>18</sup>.

Non è un caso che ad anticipare la comprensione di dinamiche che concorrono a produrre di volta in volta ordinamento(i) e *disordine*, sfasamento tra rapidità delle trasformazioni e complessità, farraginosità, difficoltà di darne disciplina giuridica ormai sempre più eterogenea, multilivello e dai tempi lunghi, siano i sociologi, anziché noi giuristi.

Non è un segno, anche questo, che la scienza giuridica proprio per potere essere scienza abbia necessità di concepirsi come una scienza “impura”, nutrirsi di contaminazioni e dotarsi di uno strumentario che non può pretendere derivargli da autosufficienza? L'idea della kelseniana <<scienza pura del

<sup>17</sup> K. POPPER, *La ricerca non ha fine. Autobiografia intellettuale*, Armando Editore, Roma, 2019.

<sup>18</sup> La dottrina giuridica sulle mutazioni della giuridicità nell'epoca postmoderna è ormai imponente, mi limito qui a ricordare tra i contributi più recenti e più significativi, G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna, 2022.

diritto>> manifesta i suoi limiti non tanto sul versante della propria coerenza logica<sup>19</sup>, ma della sua inadeguatezza a relazionarsi con la realtà, in primo luogo dal punto di vista cognitivo e, conseguentemente, prescrittivo.

Sono portato a pensare che la Scienza giuridica non può essere definita attraverso una visione dicotomica di (sola) scienza prescrittiva contrapposta ad una concezione di scienza cognitiva. Come può svolgere la propria funzione ordinamentale se non si pone il problema di come muta ciò che vuole ordinare? Si può escludere dall'orizzonte della Scienza giuridica lo sforzo di comprendere se e come possono essere individuati indicatori delle trasformazioni costituzionali legati alla incidenza della complessità dei processi storici?<sup>20</sup> (rispetto ai quali, ovviamente, si possono avere plurali valutazioni).

### 3.1.1. L'interrogativo di come si struttura ciò che definiamo diritto

Come noto, Herbert L.A. Hart constata come <<persistente>> sia la domanda di cosa sia diritto, fenomeno che assume caratteri mutevoli nel tempo<sup>21</sup>.

Nella società operano altresì sottosistemi ordinamentali<sup>22</sup> ulteriori rispetto a quelli che la cultura giuridica tradizionale occidentale qualifica come giuridici: si tratta di circuiti ordinamentali di natura sociale, morale, religiosa e di dinamiche economiche o scientifico-tecnologiche<sup>23</sup> fortemente condizionanti.

Emergono quindi una pluralità di quesiti, ad esempio quello se non sia ir-reale<sup>24</sup> immaginare l'ordinamento giuridico non comunicante con gli altri sottosistemi ordinamentali e non tener conto che gli uni e gli altri sono sottoposti a reciproche contaminazioni e condizionamenti.

La domanda è altresì se non sia erroneo, con quello che ne consegue anche sul terreno della comprensione di ciò che sia qualificabile come diritto, non prendere atto che la linea di confine tra i sottosistemi ordinamentali non è rigida e non è predefinibile una volta per tutte, ma mobile e porosa.

<sup>19</sup> Anche se c'è chi contesta anche tale profilo: L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

<sup>20</sup> O. ROSELLI, *Il problema degli indicatori delle trasformazioni costituzionali*, in A. POGGI, O. ROSELLI (a cura di), *Trasformazioni sociali e trasformazioni giuridiche*, ESI, Napoli, 2007, 27 ss., e in O. ROSELLI, *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, cit., 19 ss.

<sup>21</sup> Lo ricorda in un pregevole contributo A. SIMONCINI, *Cos'è il diritto? Una domanda "persistente"*, in F. VENTORINO, P. BARCELLONA, A. SIMONCINI, *La lotta tra diritto e giustizia*, Marietti, Genova, 2008, 147 ss.

<sup>22</sup> Come rilevano gli studi sociologici.

<sup>23</sup> Andrea Simoncini parla di <<tecnologie decidenti>>: A. SIMONCINI, *Il diritto nell'era del dominio tecnico: la lente dell'esperienza giuridica*, in G. CAZZETTA, G. MORBIDELLI, O. ROSELLI (a cura di), *Alla ricerca della dimensione giuridica. Omaggio a Paolo Grossi*, il Mulino, Bologna, 2024, *passim*.

<sup>24</sup> Nel senso che la separatezza tra i vari sottosistemi ordinamentali non corrisponde ormai alla dimensione fattuale, certamente non quella delle società contemporanee in cui tutti i sottosistemi ordinamentali, qualunque ne sia la natura, conoscono metamorfosi.

Ho provato a relazionarmi con la constatazione di Hart, pervenendo alla considerazione che più che ricercare una risposta una volta per tutte al <<persistente>> quesito (come pretendono di fare teorie generali del diritto<sup>25</sup>), sia necessario comprendere il mutamento dei processi di strutturazione della giuridicità, come è nel messaggio culturalmente e scientificamente liberatorio di Paolo Grossi<sup>26</sup>. Sono questi a subire perenni trasformazioni, contribuendo a ridefinire continuamente struttura e funzioni del diritto.

Qui sorgono ancora altri quesiti: quali siano, verificabili attraverso l'analisi storica, i fattori costitutivi la giuridicità. A me sembra, ed ho cercato di motivarlo<sup>27</sup>, che l'enunciato normativo è *solo uno* dei fattori (li ho definiti metaforicamente <<ingredienti>>) di ciò che definiamo <<diritto>><sup>28</sup>. Il modo (mutevole) di relazionarsi di molteplici fattori produce, in un *ars combinatoria*, ciò che in modo appropriatissimo Paolo Grossi definisce <<dimensione giuridica>><sup>29</sup>. Tali fattori ulteriori all'enunciato normativo (quali <<i>fatti, i valori, i pre-giudizi, la polisemia delle parole, gli esiti scientifici, le ricadute tecnologiche, le culture e le tradizioni giuridiche>><sup>30</sup>) sono fattori esterni o non sono invece fattori *interni* alla costruzione della giuridicità?<sup>31</sup> Come esito delle metamorfosi delle società contemporanee, che tra l'altro tendono a produrre una sistemica crisi della <<fattispecie giuridica>>, gli <<ingredienti>> della giuridicità ulteriori rispetto agli stessi enunciati normativi assumono sempre più rilevanza (fenomeno di cui, sia pure in forma comprensibilmente attenuata, non è esente neppure il diritto penale).

Di questo prodursi ciò che definiamo diritto, tendenzialmente sempre più al di fuori dei circuiti della rappresentanza politica, non vi è sempre consapevolezza (anche con riferimento al contenuto ed al modo di intendere i valori, ed all'influenza di pre-giudizi).

Per questo, ed anche in questo confido nelle riflessioni di Cheli; ritengo che l'attività del giurista sia, in misura maggiore o minore, con maggiore o minore consapevolezza, non mera attività interpretativa ma ermeneutica. Se così è il

<sup>25</sup> Come se fosse possibile storicamente definire una cristallizzata qualificazione di diritto.

<sup>26</sup> Parlo diffusamente di questo, tra l'altro, in O. ROSELLI, *Riflessioni sulle dinamiche di strutturazione di ciò che definiamo <<diritto>>*, in G. CAZZETTA, G. MORBIDELLI, O. ROSELLI (a cura di), *Alla ricerca della dimensione giuridica. Omaggio a Paolo Grossi*, cit., 135 ss.

<sup>27</sup> Ibidem, *passim*.

<sup>28</sup> Ibidem, *passim*.

<sup>29</sup> O. ROSELLI, *La dimensione giuridica come dimensione costituzionale*, in *Quad. fior.*, 52, *Il diritto come forma dell'esperienza. Per Paolo Grossi*, 2023, tomo I, 231 ss.

<sup>30</sup> O. ROSELLI, *Riflessioni sulle dinamiche di strutturazione di ciò che definiamo <<diritto>>*, cit., 144 ss.

<sup>31</sup> Come ho provato ad argomentare, in Ibidem, *passim*.



compito del giurista è portare ad emersione i fattori meno trasparenti che conducono a <<fare diritto>><sup>32</sup>.

Il potere di stabilire che cosa sia diritto senza trasparenza produce arbitrio.

### 3.1.2. Il concetto di “costituzionale” è riferibile ai soli testi costituzionali?

Ripropongo qui <<il quesito (...) se ciò che definiamo “costituzionale” è circoscrittibile solo ad un testo costituzionale, alla previsione di enunciati contenuti nella fonte superiore di un ordinamento giuridico o se è nozione più ampia di quella di Costituzione>><sup>33</sup>.

In altra sede ho argomentato<sup>34</sup> che l'essere costituzionale non necessita sempre, come testimonia l'esperienza storica, della presenza di una Costituzione scritta; che talora sono le stesse Costituzioni a proiettare se stesse oltre la propria testualità o prevedere la possibilità di un *quid construens* costituzionalmente ulteriore; le stesse giurisprudenze costituzionali si trovano ad affrontare questioni non pensabili al momento dell'adozione dei testi costituzionali, al punto tale che le Corti costituzionali <<per svolgere la propria funzione tendono ad andare “oltre” la mera tutela degli enunciati normativi contenuti nella Costituzione, per configurare una “giustizia costituzionale” che oltrepassa il significato tradizionale e riduttivo di tale sintagma, confrontandosi anche con il “costituzionale” che sta fuori dai testi>><sup>35</sup>; che neppure l'impianto costituzionale può evitare di subire gli esiti dei mutamenti non solo sociali, ma culturali e scientifici. Ancora, a livello sovranazionale, internazionale e con riferimento a quel fenomeno denominato globalizzazione si producono variegatissime modalità di strutturazione giuridica dal carattere originario.

Significativo che Paolo Grossi, dopo aver coniato l'espressione <<dimensione giuridica>>, nozione già di per sé dalla natura costituzionalistica, abbia sentito la necessità di parlare di <<dimensione costituzionale>> e del ruolo privilegiato della Corte costituzionale come <<l'organo respiratorio dell'ordinamento giuridico>><sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Ibidem, *passim*.

<sup>33</sup> O. ROSELLI, *La dimensione giuridica come dimensione costituzionale*, cit., 241.

<sup>34</sup> Ibidem, 242-245.

<sup>35</sup> Ibidem, 243

<sup>36</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017, *passim*.

### **3.1.3. La progressiva complessità dei processi ordinamentali. Quale “postura” culturale e scientifica è più funzionale a costruire <<ordinamento>> democratico?**

Le sempre più rapide metamorfosi che attraversano le società postmoderne si riflettono dunque anche nella sfera costituzionale, rendendo sempre più complessa la costruzione dell'ordinamento giuridico.

La forza dei sistemi democratici risiede non nella pretesa, irrealistica, di costruire una società perfetta (e quante tragedie ha storicamente prodotto una tale pretesa!), ma nella loro elasticità, cioè nella capacità di evolvere pacificamente non comprimendo in modo autoritario la società. Tale elasticità è data dal riconoscimento del pluralismo in ogni aspetto della società: politico, culturale, religioso, sociale, economico.

Il fatto che le società contemporanee siano attraversate da problemi drammatici, non deve, per le società democratiche essere inteso come fragilità, proprio per la loro congenita predisposizione ad affrontare in modo pacifico le proprie stesse contraddizioni. Sono i sistemi totalitari, qualsivoglia ne sia la loro radice ideologica o teologica, ad essere strutturalmente fragili: fragilità che è data proprio dal loro stesso monolitismo, il venir meno di un tassello può farne crollare l'intera impalcatura<sup>37</sup>.

La sfida, per le società democratiche, nelle intemperie della complessità contemporanea, è di non degradare il pluralismo in incomunicabilità, è nel recuperare consapevolezza che la pluralità è la ricchezza delle nostre società, che attraverso il riconoscimento delle differenze bisogna essere capaci di costruire condivisione. Sfida complicatissima, per la presenza nella società di posizioni ritenute non negoziabili o che hanno la pretesa di essere le sole a rappresentare i valori costituzionali.

La capacità di vivere il conflitto (che deve essere rigorosamente, senza equivoci cedimenti, non-violento) è la gigantesca forza delle democrazie che non va smarrita.

Ma se queste considerazioni sono condivisibili, quale “postura” culturale e scientifica si ritiene più idonea alla costruzione e tenuta degli ordinamenti democratici?

Dalle risposte a questo quesito dipende anche il modo di intendere i valori costituzionali e quello di affrontare il tema delle riforme costituzionali.

Quella che ho definito “postura” culturale e scientifica condiziona il modo di intendere ed interpretare il diritto e pertanto dovrebbe sempre rientrare in

<sup>37</sup> Mi sembra, tanti anni fa, di aver letto questa considerazione in un contributo di Bertrand Russell, mi spiace di non essere riuscito a ritrovare il passo nella vasta produzione scientifica di questo intellettuale senza paraocchi.

quei processi di autoconsapevolezza e trasparenza di cui ho parlato in precedenza.

In coerenza con questa premessa, rendo esplicita la mia posizione, del resto già intuibile per le considerazioni appena svolte, consapevole che incide in profondità sul mio essere costituzionalista.

Non condivido la concezione schmittiana della politica come dicotomia amico/nemico. Contesto il suo fondamento scientifico, considerandolo come l'esito della ideologia antipluralista del suo autore<sup>38</sup>, tutt'al più descrittiva della (talora esplicita, talora sotterranea) guerra civile che attraversa la società europea dell'epoca.

Non condivido la concezione gramsciana di egemonia, anche se mi rendo conto che il concetto di egemonia sia in qualche misura latente in qualsivoglia posizione in quanto aspira ad essere condivisa. Ma l'idea del perseguimento di una ideologia pervasiva della società non la ritengo compatibile con una <<società aperta>>. Finalità nella quale mi riconosco, ed è per questo che ritengo importante la riflessione di Karl Popper del cui studio sono impegnato, lungi dall'averlo completato<sup>39</sup>.

Dietro ogni ordinamento costituzionale vi sono dei valori, ma nel coniugarli non vi è solo il loro contenuto, ma il modo di concepirli: se in modo sacrale o antropomorfo, se è l'uomo al servizio dei valori o sono i valori al servizio dell'uomo. L'approdo all'una o all'altra concezione ha una ricaduta enorme sulle nostre concezioni politiche e giuridiche. Mi riconosco nella seconda e non nella prima, per di più convinto che predisponga non al relativismo etico, ma alla severa comprensione delle logiche che sovrintendono il nostro vissuto (e quindi anche la <<vita nel diritto>><sup>40</sup>); nella prudenza nel giudicare le posizioni diverse dalla propria (attitudine difficile da conservare a fronte del rischio di dominio delle passionalità); nella condivisione epistemologica di Popper che

<sup>38</sup> Come acutamente osserva P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in *Quad. fior.*, 50, tomo, I, 2021, *passim*.

<sup>39</sup> Le riflessioni di Popper sono così imponenti che mi sono proposto di studiarne almeno le più significative, ma la loro individuazione (probabilmente per di più incompleta) mi fa comprendere quanto le energie che si ispirano al necessario siddhartiano "colui che cerca" siano esistenzialmente inadeguate. Penso alla necessità dello studio di almeno (gli anni di pubblicazione sono quelli di stampa della edizione italiana presa in considerazione): K. POPPER, *La ricerca non ha fine. Autobiografia intellettuale*, cit.; ID., *La società aperta e i suoi nemici*, Armando Editore, 2022 (ma si tratta della pubblicazione nella versione scomodissima nel maneggiare di volume unico); ID., *Miseria dello storicismo*, Feltrinelli, Milano, 2019; ID., *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, Corriere della Sera, Milano, 2024; ID., *Epistemologia Razionalità e Libertà*, Armando Editore, Roma, 2022; ID., *Alla ricerca di un mondo migliore*, Armando Editore, Roma, 2020; ID., *Tecnologia ed etica*, Rubettino, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2013; ID., *Il pensiero essenziale. Brani scelti dall'autore come testamento intellettuale*, (a cura di D. MILLER), Armando Editore, Roma, 1998; K. POPPER, J. C. ECCLES, *L'io e il suo cervello. Materia, coscienza e cultura. Dialoghi aperti tra Popper e Eccles*, Armando Editore, Roma, 2022.

<sup>40</sup> P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

il metodo scientifico non consiste nel ricercare giustificazioni alle proprie convinzioni, ma nel porsi con atteggiamento critico a ricercare se vi siano validi motivi che ne dimostrano l'infondatezza<sup>41</sup>.

### 3.2. Crisi del sistema politico e riforme costituzionali

Con questa impostazione mi sono posto in relazione al tema delle riforme costituzionali, tema che impegna la sensibilità di Enzo Cheli, che con lucidità ha ricordato l'aver il nostro sistema costituzionale consentito al Paese di navigare nel mare tumultuoso di tensioni dalle radici profonde, senza dimenticare che con la crisi, con la quale conviviamo con alti e bassi da decenni, della centralità del Parlamento dobbiamo fare i conti.

È inevitabile che il tema delle riforme costituzionali si combini con quello della interpretazione costituzionale, che per il nostro ordinamento significa dover seguire una strada segnata da due specifici bordi: uno, rappresentato da quello che la nostra Corte costituzionale ha definito <<valori supremi dell'ordinamento costituzionale>>, immodificabili a pena di una rottura "rivoluzionaria"<sup>42</sup>; l'altro, dalla capacità di distinguere ciò che attiene alla dicotomia costituzionale/incostituzionale rispetto alle questioni di merito che rientrano nel libero gioco politico.

Per questo, rispetto al primo profilo, ho manifestato, più volte, tutta la mia contrarietà all'uso disinvolto che è stato fatto, nel corso di vari periodi in cui il tema delle riforme costituzionali è ritornato in auge, del termine <<costituente>><sup>43</sup>: ho parlato di blasfemia costituzionale: <<non nominare invano la parola "Costituente">><sup>44</sup>.

Rispetto al secondo, la percezione è che nel dibattito pubblico sempre più frequentemente si confonda il profilo di costituzionalità con quello di merito, con la pretesa che il primo debba corrispondere necessariamente al proprio sentire politico.

Occorre essere vigili ad evitare una tale pretesa, ché l'interpretazione della Costituzione si va strutturando in modo sempre più complesso come esito delle metamorfosi sociali e fattuali, del trasformarsi le nostre società in comunità le cui parti talora muovono da visioni valoriali che considerano non negoziabili.

<sup>41</sup> Alla forza argomentativa di questo studioso non ha corrisposto nel nostro Paese, a livello di adesione di culture politiche di massa, un'adeguata fortuna. Si pensi che il fondamentale contributo, *La società aperta ed i suoi nemici*, è stato tradotto in italiano con un trentennio di ritardo e che la reazione è stata molto contraria soprattutto in settori culturalmente militanti: B. LAI, *Popper in Italia, Le disavventure di una filosofia politica*, Rubettino, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2001.

<sup>42</sup> Do al termine il significato tecnico-giuridico di rottura della forma di Stato.

<sup>43</sup> Usato nel corso degli anni da chi voleva enfatizzare la necessità di riforme, in tal modo producendo, anche inconsapevolmente, confusione concettuale e politica.

<sup>44</sup> O. ROSELLI, *Riforme costituzionali. Alla ricerca di una strategia riformatrice condivisa*, Passigli, Bagno a Ripoli (Firenze), 2023, 31/32.

Non basta, ad esempio, condividere uno dei pilastri della nostra Costituzione, quello del rispetto della dignità umana, occorre giungere a dividerne almeno per alcuni profili significati e contenuti, rispetto ai quali (si pensi ai temi della formazione della vita e del fine vita, o della dignità della donna) le visioni che veicolano nella società sono sempre più divaricate.

Ritorno sulla necessità di rendere sempre più trasparenti i processi decisionali, portandone ad emersione gli elementi costitutivi, tanto più si richiede <<un'interpretazione conforme a Costituzione>><sup>45</sup>.

La confusione non dà forza alle posizioni sostenute, ma può ingenerare “argomenti suicidi”, tali da produrre esiti opposti a quelli desiderati. Una soluzione può non essere politicamente condivisa, ma rientrare nelle opzioni costituzionalmente legittime; una ipotesi riformatrice può rientrare nelle opzioni costituzionalmente legittime, ma si può ben continuare a considerare politicamente non auspicabile (prospettando, nel merito, la preferenza di un'altra delle ipotesi non costituzionalmente illegittime).

Tanto più si è capaci di distinguere i due profili, tanto più si può provare a costruire un confronto idoneo alla risoluzione condivisa dei problemi.

### 3.2.1. La difficoltà di pervenire a riforme fondamentali<sup>46</sup> condivise

Da decenni non si riesce a dare risposte ad alcune criticità nel funzionamento delle nostre Istituzioni.

Incapacità che segnala la crisi del sistema politico, solo che si noti come le pur significative contrapposizioni sono ben poca cosa rispetto a quelle vissute dal Paese nel periodo della Costituente e in anni successivi.

Mi permetto di sottolineare che il 2 e 3 giugno del 1946 gli elettori si trovarono a votare da un lato, per eleggere i componenti l'Assemblea Costituente, cioè per coloro chiamati a scrivere la Tavola dei valori di convivenza ma, dall'altro, per il referendum istituzionale sulla scelta tra Monarchia e Repubblica che divideva il Paese sino al limite della guerra civile<sup>47</sup>.

Nonostante il confronto politico contrapponesse diverse visioni della società e della collocazione internazionale del Paese si è giunti a condividere, con

<sup>45</sup> Scrive un Presidente emerito della Corte costituzionale che occorre <<riconoscere il pericolo di eccessi interpretativi “costituzionalmente orientati”, che nascondono non di rado la violazione del principio della riserva alla Corte [costituzionale] del controllo di costituzionalità, e che soprattutto portano a sovrapporre le valutazioni e i valori di singoli giudici alle scelte che, specie nei Paesi a tradizione positivista, dovrebbero essere rimesse alla naturale sede parlamentare.>> (G. CORAGGIO, *La figura di giudice e Presidente della Corte costituzionale di Paolo Grossi*, in G. CAZZETTA, G. MORBIDELLI, O. ROSELLI (a cura di), *Alla ricerca della dimensione giuridica. Omaggio a Paolo Grossi*, cit., 220).

<sup>46</sup> Che possono essere anche non di tipo costituzionale: O. ROSELLI, *Riforme costituzionali. Alla ricerca di una strategia riformatrice condivisa*, cit., *passim*.

<sup>47</sup> Tanto che nei giorni successivi al referendum a Napoli si susseguirono scontri con morti e feriti.

una maggioranza schiacciante, la nostra Costituzione, capace di superare prove durissime, compreso quella poco più di sei mesi dopo la sua entrata in vigore, in cui il Paese, dopo l'attentato al segretario del partito comunista Palmiro Togliatti, corse nuovamente il rischio di precipitare nella guerra civile.

Del resto, tante erano, rispetto allo stesso tessuto culturale e sociale le profonde novità della nuova Costituzione (si pensi, ad esempio, che l'idea di disuguaglianza del ruolo dell'uomo rispetto alla donna era trasversale)<sup>48</sup> che il costituente Piero Calamandrei parlò di una sua funzione educativa.

I valori costituzionali sono oggi ben più radicati nella società di quanto lo fossero allora e di quanto le nebbie delle infruttuose contrapposizioni impediscono di vedere.

Da queste considerazioni muove una mia convinzione: che prima di affrontare per l'ennesima volta il tema delle riforme costituzionali (e, più in generale, anche il tema di riforme fondamentali che non comportano revisione costituzionale) occorrerebbe porsi il problema *preliminare* di quale strategia riformatrice condivisa adottare.

Ho sviluppato queste riflessioni quando ancora non erano definiti i progetti di riforma in discussione<sup>49</sup> e, mano a mano che si riproduceva la coazione a ripetere gli errori del passato, a ribadire in modo martellante questa mia convinzione<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Al punto che, addirittura molti anni dopo, quando la costituita Corte costituzionale intervenne in tema di diritto di famiglia giunse ad adottare sentenze che salvarono norme palesemente incostituzionali in nome di un diffuso sentire sociale (rinvio al bel contributo di V. FERRARI, *La Corte costituzionale e la famiglia. Innovazione e tradizione*, in Corte costituzionale, *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*. Atti del Convegno scientifico, 19-20 maggio 2016, Giuffrè, Milano, 2017, 147 ss.).

<sup>49</sup> O. ROSELLI, *Riforme costituzionali. Alla ricerca di una strategia riformatrice condivisa*, cit.

<sup>50</sup> A seguire il contributo ricordato nella nota precedente: O. ROSELLI, *Editoriale. Per una strategia condivisa delle riforme costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2023; ID., *Riforme costituzionali. La preliminare questione della strategia riformatrice*, in *Diritto pubblico europeo-Rassegna online*, 2, 2023; ID., *Il ricordo di Stefano Merlini un'opportunità per riflettere sulle riforme costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2024; ID., *La ricorrente prospettiva di riforma della Costituzione*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2024; ID., *Riforme costituzionali (e forma di governo). Se Carl Schmitt prevale su Karl Popper*, *RivistaAIC*, 7, 2024 (tutti gli articoli, se si vuole, sono consultabili online). Temi ripresi anche in incontri pubblici: come quello del 14 marzo 2024, promosso dal Comune di Santa Maria Capua Vetere, con il patrocinio del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli, su *Premierato e regionalismo differenziato. Prospettive e limiti della revisione costituzionale*, in occasione della presentazione del libro sulle riforme costituzionali (ascoltabile, se si vuole, su YouToube, digitando: Presentazione libro prof. Orlando Roselli – Giurisprudenza Unicampania) e pochi giorni prima di terminare questo contributo, nella Conferenza del 6 dicembre 2024 a Grado, su *Riforme costituzionali e potere politico*, su invito dell'Università della Terza Età – Città di Grado, con il patrocinio del Comune. Tengo moltissimo a questi due incontri, che si devono anche per l'impegno il primo, del prof. Lorenzo Chieffi, ed il secondo della prof.ssa Lidianna Degrassi, perché rivolti non solo al circoscritto mondo dei giuristi.

Vi sono potenziali rafforzamenti delle nostre Istituzioni che potrebbero derivare muovendo da riforme relevantissime *a bassa conflittualità politica*, quale quella, ad esempio, di un Parlamento monocamerale.

Mi permetto di rinviare a quanto sostenuto ormai in molte sedi.

Forse qualcosa di più avremmo potuto e potremmo fare noi costituzionalisti per promuovere un clima capace non di esorcizzare la conflittualità, ma di trasformarla in conflittualità propositiva.

Caro prof. Cheli, in attesa di continuare a leggere i suoi nuovi necessari ulteriori contributi, auguri affettuosi con gratitudine.





IL REGOLAMENTO “GENERALE” E GLI ALTRI REGOLAMENTI DEL  
CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA DOPO LA RIFORMA  
CARTABIA (L. 71/2022)

MONICA ROSINI \*

**Sommario**

1. Premessa breve. - 2. Il regolamento “interno” sul piano formale e delle procedure di adozione. - 2.1 Le novità della legge n. 71/2022: dal regolamento “interno” al regolamento “generale”. - 2.2. Il regolamento generale del C.S.M. nel sistema delle fonti normative. - 3. Il regolamento di amministrazione e contabilità. - 4. Il regolamento del personale. - 5. Alcune considerazioni (non)conclusive.

**Abstract**

The paper examines the internal regulation of the C.S.M., as well as its accounting and personnel regulations, aiming to trace their evolution in light of the changes introduced by the Cartabia Law and recent judicial interpretations. In doing so, it briefly revisits the nature and role assigned to the Consiglio Superiore della Magistratura by the Constitution in safeguarding judicial independence.

**Suggerimento di citazione**

M. ROSINI, *Il regolamento “generale” e gli altri regolamenti del Consiglio superiore della magistratura dopo la riforma Cartabia (l. 71/2022)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professoressa associata di Diritto costituzionale e pubblico presso la Facoltà di Economia della Libera Università di Bolzano-Bozen.

Contatto: [monica.rosini@unibz.it](mailto:monica.rosini@unibz.it)

### 1. Premessa breve

Com'è noto, il Consiglio superiore della magistratura adotta un'ampia e complessa serie di atti di portata generale sicuramente qualificabili come normativi<sup>1</sup>. L'estrema eterogeneità di questi atti esclude qualsiasi possibilità di analisi e inquadramento unitari e impone una serie di distinzioni, a cominciare da quella tra atti di normazione consiliare espressamente previsti da disposizioni di rango legislativo e atti adottati in difetto di previsioni del genere<sup>2</sup>.

A loro volta, le due categorie di atti normativi non sono al loro interno omogenee. Tra gli atti che si fondano direttamente sulla legge è da annoverare, innanzitutto, il regolamento interno, previsto dall'art. 20, n. 7 della legge n. 195/1958 (“Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura”), e volto alla disciplina del funzionamento dell'organo. A questo atto, si sono affiancati in tempi successivi: il regolamento di amministrazione e contabilità, recante la disciplina della gestione delle spese, previsto dall'art. 9 della legge n. 195/1958, come modificato dall'art. 4 della legge n. 1198/1967 e, più recentemente, il regolamento del personale, adottato ai sensi dell'art. 5, comma 5, della legge n. 111/2007<sup>3</sup>. In tale categoria di atti era in passato ricompreso anche il regolamento per il tirocinio degli uditori giudiziari che il C.S.M. era chiamato ad adottare, sentito il Ministro della giustizia, in forza della previsione contenuta nell'art. 48 d.P.R. n. 916 del 1958<sup>4</sup>. Tale articolo e gli atti dal medesimo derivanti sono stati, com'è noto, abrogati dal d.lgs. n. 26/2006, che ha profondamente riformato il sistema di formazione dei magistrati e istituito la Scuola superiore della magistratura. Per quanto gli artt. 2, lett. o), 18 e 20 del d.lgs. n. 26/2006 mantengono in capo al C.S.M. il compito di integrare con proprie delibere la fonte primaria<sup>5</sup>, è da dubitarsi che il regolamento per la formazione iniziale dei magistrati

<sup>1</sup> A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, in *Rass. parl.*, n. 2, 2010, 369. Cfr. G. VOLPE, *Il potere normativo del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 24, 1989, 20 per cui «il C.S.M. può legittimamente dispiegare l'intera gamma della normativa di tipo secondario, sia *secundum legem*, sia *praeter legem* (non ovviamente, *contra legem*): quindi, anche potestà di tipo regolamentare a carattere esecutivo-organizzativo, autorizzato o delegato ed anche indipendente, a seconda dell'“intensità” della presenza o invece dell'assenza del legislatore».

<sup>2</sup> Sulla necessità di siffatta distinzione si esprimeva la *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura* (c.d. Commissione Paladin), 125, pubblicata in *Giur. cost.*, 1991, 994. Vedi anche: N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 6 ed., Bologna, 2024, 51.

<sup>3</sup> A questi atti potrebbe forse aggiungersi il regolamento di disciplina del trattamento dei dati sensibili e giudiziari, adottato in base agli artt. 20 e 47 del d.lgs. n. 196/2003.

<sup>4</sup> Per tale inclusione: F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in B. Caravita (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 37.

<sup>5</sup> Più esattamente il C.S.M. è chiamato a formulare direttive in relazione allo svolgimento del tirocinio dei magistrati ordinari, a definire le modalità di svolgimento delle sessioni del tirocinio e individuare le materie di approfondimento teorico-pratico.

ordinari, approvato con delibera del 13 giugno 2012, rientri ancora in tale categoria, e non piuttosto – a dispetto del *nomen iuris* utilizzato – tra le circolari integrative della fonte primaria<sup>6</sup>.

In tutte queste ipotesi, le potestà regolamentari del C.S.M. non hanno dato luogo a obiezioni di fondo in ordine alla loro ammissibilità e costituzionalità, in quanto previste in modo espresso dalla legge. Si sono, invece, poste questioni, ancora irrisolte, quanto alla loro natura e collocazione nell'ambito della gerarchia delle fonti, nonché alla conciliabilità con le riserve di legge che la Costituzione pone in materia di ordinamento giudiziario.

L'intento di questo breve contributo è quello di dar conto dei più recenti sviluppi di tali fonti, guardando – soprattutto con riguardo al regolamento interno – alle novità introdotte dalla legge n. 71/2022 (c.d. riforma Cartabia)<sup>7</sup> e ad alcune recenti ricostruzioni giurisprudenziali. Non sarà, invece, oggetto di analisi quell'ampia congerie di atti, variamente denominati (risoluzioni, circolari, direttive), adottata dal C.S.M. non sulla base della legge, ma dello stesso regolamento interno e che rappresenta il «fenomeno di maggiore interesse», trattandosi di una funzione che «il Consiglio è venuto assumendo, non solo per soddisfare le proprie esigenze organizzative, ma per necessità di adattare le vecchie norme dell'ordinamento giudiziario ai nuovi istituti, e soprattutto per integrare le ampie lacune dovute ai frammentari interventi del legislatore»<sup>8</sup>.

Riflettere sui regolamenti del C.S.M. è anche un modo per tornare a interrogarsi sulla natura e il ruolo che la Costituzione affida a tale organo e su quello dal medesimo in concreto svolto a garanzia dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura. Tale riflessione verrà ad incrociare anche gli esiti di una ben nota (e non superata) ricerca del prof. Enzo Cheli sulla definizione di organo costituzionale<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 51.

<sup>7</sup> Recante «Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura».

<sup>8</sup> M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale*, in A. Pizzoruzzo (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, 285. Gli artt. 24, 25, 26, 36, 42 del regolamento del 2016 disciplinano in modo più analitico rispetto al testo precedente i c.d. atti paranormativi del C.S.M. In tema: G. VERDE, *L'emergere dell'autonomia normativa del CSM (Notazioni a margine del dibattito sulla riforma dell'ordinamento giudiziario)*, in *Consulta online*, III, 2021, 796.

<sup>9</sup> Il riferimento è al contributo *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (Appunti per una definizione)*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, vol. I, Modena, 1965, 61.

## 2. Il regolamento “interno” sul piano formale e delle procedure di adozione

Il testo originario dell’art. 20, n. 7 della legge n. 195/1958 facoltizzava il C.S.M. a disciplinare con regolamento interno il proprio funzionamento. Per quanto si trattasse di una mera facoltà, il Consiglio ritenne, fin dalla sua istituzione, di dotarsi di tale strumento, oggetto, negli anni, di ripetute modifiche e di una integrale riscrittura nel 2016. Tali aggiornamenti mostrano il costante sforzo dell’organo di adeguare il proprio funzionamento agli sviluppi in concreto delle sue funzioni e sono fondamentali per comprendere il ruolo dal medesimo assunto nell’ordinamento costituzionale<sup>10</sup>.

La possibile adozione di un regolamento volto alla disciplina del funzionamento interno dell’organo di ‘autogoverno’ della magistratura non ha dato luogo ad obiezioni di fondo, vuoi per l’espressa autorizzazione da parte della legge, vuoi per il suo oggetto, attinente a materia coperta da riserva di legge soltanto relativa<sup>11</sup>. Peraltro, è piuttosto pacifica l’opinione che la legge si limiti al riconoscimento di un potere regolamentare che rientrerebbe, in ogni caso, tra le normali attribuzioni dell’organo, per quanto tale assunto si fondi su ipotesi ricostruttive molto diverse. In particolare, opinioni – generalmente più risalenti – assimilano la potestà regolamentare del C.S.M. a quella attribuita agli organi collegiali, di regola amministrativi, volta a predeterminare le modalità procedurali di esplicazione delle relative funzioni, nell’ambito delle competenze determinate dalla legge<sup>12</sup>. A queste si affiancano ricostruzioni che riconducono la potestà regolamentare del C.S.M. a quella di autorganizzazione che spetta di diritto a qualsiasi organo dotato di attribuzioni costituzionalmente rilevanti<sup>13</sup>. Le ragioni della titolarità di tale potere di

<sup>10</sup> N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 52.

<sup>11</sup> Sulla natura delle riserve di legge in materia di ordinamento giudiziario c’è, da sempre, un ampio dibattito, per il quale si rinvia a: G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 840; R. ROMBOLI, S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 375; H. SIMONETTI, *Art. 108*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2066. Ai nostri fini, pare sufficiente rilevare come la tesi della assolutezza delle riserve di legge configurate dal titolo IV non sia mai stata condotta alle estreme conseguenze: «da un lato, è abbastanza pacifico che l’esistenza di un organo quale il C.S.M. rischierebbe di non avere senso, se i provvedimenti ad esso spettanti fossero del tutto vincolati alla necessaria e meccanica applicazione di previe norme di legge. D’altro lato, si suole ammettere che almeno ad una tra le riserve medesime debba riconoscersi natura relativa: cioè per quanto attiene all’organizzazione del Consiglio superiore». Cfr. *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura* (c.d. Commissione Paladin), cit., 122.

<sup>12</sup> F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Art. 105*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. La Magistratura. Art. 104-107*, II, Bologna-Roma, 1986, 95.

<sup>13</sup> V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, in B. Caravita (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., 21; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, cit., 38; G. SERGES, *La potestà normativa*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001, 41.

autoregolamentazione del proprio funzionamento sarebbero, altresì, rafforzate dall'ovvia incidenza che l'organizzazione dell'organo «finisce per avere, quanto alle forme in cui va salvaguardata l'indipendenza dei giudici» e dal fatto che «il sistema costituzionale verrebbe turbato nelle proprie ispirazioni di fondo» ove si ammettessero regolamenti organizzativi del potere esecutivo, del tipo utilizzabile per disciplinare la generalità delle pubbliche amministrazioni<sup>14</sup>.

Si spingono più in là quelle teorie che riconoscono esistenza e legittimità ad un autonomo potere normativo del C.S.M. in virtù della sua natura di organo costituzionale: in quanto tale, godrebbe delle prerogative comuni a tutti gli organi supremi, ivi compresa quella normativa<sup>15</sup>. O ancora quelle opinioni che ricercano il fondamento del suddetto potere normativo nella concezione istituzionale, per la quale ogni potere dello Stato costituisce una istituzione autonoma dotata di un potere normativo interno.

Tali incertezze sulla natura del Consiglio superiore e delle sue funzioni si riflettono sullo “statuto” del regolamento interno, a cominciare dalle procedure di adozione. In difetto di specifiche indicazioni da parte della legge, si sono registrate, infatti, prassi difformi: il primo regolamento interno venne adottato con delibera del C.S.M. del 25 novembre 1959, firmato dal Presidente della Repubblica, quale Presidente del collegio e pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 24 del 30 gennaio 1960<sup>16</sup>; il successivo regolamento, approvato dal C.S.M. il 23 marzo 1976, venne emanato con decreto del Presidente della Repubblica, assunto nella sua veste di Presidente del Consiglio superiore della magistratura e pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 86 del 1° aprile 1976. Tale testo è stato più volte modificato con delibere del Consiglio non pubblicate sulla Gazzetta ufficiale, né emanate dal Presidente della Repubblica<sup>17</sup>; il testo coordinato di tali modifiche, adottato con delibera del 6 aprile 1988, è stato poi pubblicato in Gazzetta ufficiale (n. 104 del 5 maggio 1988), senza decreto presidenziale di emanazione<sup>18</sup>. Il più recente regolamento, adottato nel 2016, è stato nuovamente emanato con decreto del Presidente del

<sup>14</sup> *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura* (c.d. Commissione Paladin), cit., 121.

<sup>15</sup> L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973, 259.

<sup>16</sup> Alcune regole relative all'organizzazione e al funzionamento dell'organo erano già contenute nel d.P.R. 16 settembre 1958, n. 916, per quanto non costi si sia trattato del mero recepimento del regolamento deliberato dal C.S.M. *Contra* A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, cit., 380; L. GENI-NATTI SATÈ, *Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, Torino, 2012, 112.

<sup>17</sup> Più esattamente con le delibere 28 ottobre 1982, 5 e 12 giugno 1984, 16 luglio 1986, 22 e 23 settembre 1987, 17 dicembre 1987.

<sup>18</sup> Su tali incongruenze: G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma 1988, 38.

Consiglio superiore, previa deliberazione del C.S.M. del 26 settembre 2016 e successiva pubblicazione in Gazzetta ufficiale (n. 235 del 7 ottobre 2016).

Quest’ultimo regolamento ha confermato e sviluppato alcune precedenti disposizioni, che disciplinavano la procedura di adozione dell’atto, la sua emanazione e il regime di pubblicità. Più esattamente, l’art. 40 stabilisce che per le modifiche al regolamento interno, la Commissione competente formula le proposte e le trasmette al Comitato di Presidenza affinché le sottoponga al Presidente della Repubblica, in qualità di Presidente del Consiglio superiore della magistratura. Qualora nel corso della discussione in Consiglio siano presentati emendamenti, la Commissione per il regolamento è investita del compito di esaminarne il testo, per poi trasmetterli al Comitato di Presidenza. Gli emendamenti e la proposta sono discussi e votati nella seconda seduta consiliare successiva. Le modifiche apportate al regolamento, adottate con decreto del Presidente della Repubblica, in qualità di Presidente del Consiglio superiore della magistratura, sono pubblicate in Gazzetta ufficiale (art. 89, co. 2). L’intero procedimento di adozione del regolamento interno è, dunque, disciplinato in via del tutto autonoma dallo stesso C.S.M. e contribuisce alla sua qualificazione come atto normativo<sup>19</sup>.

Dal punto di vista formale, l’esito finale è un atto adottato e modificato dal C.S.M. stesso ed emanato nelle forme del decreto del Presidente della Repubblica, in qualità di Presidente del Consiglio superiore della magistratura, e quindi sicura espressione dell’autonomia organizzativa dell’organo. Ne costituiscono conferma l’assenza della controfirma ministeriale e del controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti. La necessaria pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, peraltro al di fuori dell’applicazione della disciplina delle “pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana” contenuta nel T.U. n. 1092/1985, è chiaro indice della sua rilevanza esterna e non è mai stata oggetto di contestazione (*infra* par. 3).

### **2.1 Le novità della legge n. 71/2022: dal regolamento “interno” al regolamento “generale”**

L’art. 29 della legge n. 71/2022 ha riscritto il punto 7 dell’art. 20 della legge n. 195/1958: la previsione per cui il C.S.M. «può disciplinare con regolamento interno il funzionamento del Consiglio» è stata sostituita dalla formula per cui il Consiglio «adotta il regolamento generale per la disciplina dell’organizzazione e del funzionamento». Si tratta di modifiche che, pur nella loro apparente marginalità, rivestono una portata significativa: l’adozione del regolamento passa da facoltativa ad obbligatoria, la denominazione varia da

<sup>19</sup> N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 51.

«interno» a «generale», l'oggetto della sua disciplina è esteso all'organizzazione dell'organo<sup>20</sup>. In tal modo, ricevono espresso riconoscimento legislativo caratteri già emersi e affermatosi nella prassi, in assenza di contestazioni in punto di legalità e di costituzionalità<sup>21</sup>.

*In primis*, l'adozione del regolamento da parte del C.S.M. diviene obbligatoria, mentre il testo originario dell'art. 20, n. 7, della legge n. 195/1958 si limitava a facoltizzare («può») il Consiglio alla relativa adozione al fine della disciplina del proprio funzionamento. Peraltro, nonostante si trattasse di una mera facoltà, il C.S.M., sin dalla sua istituzione e senza soluzione di continuità, si è dotato di un proprio regolamento, che è stato oggetto di frequenti modifiche e integrazioni, nonché di una completa riscrittura (*supra* par. 2). L'espressa codificazione del carattere obbligatorio conferisce formale riconoscimento alla sua natura di strumento indefettibile per la funzionalità dell'organo e, soprattutto, elimina qualsiasi dubbio – alimentato dall'originaria formulazione – circa la titolarità in capo al Consiglio del potere di autoregolamentare il proprio funzionamento.

*In secundis*, la modifica dell'aggettivazione del regolamento, da “interno” a “generale”, certifica quanto acquisito nella prassi: l'estensione dei contenuti e la ripetuta assunzione di rilievo esterno da parte di alcuni di essi faceva da tempo apparire del tutto inadeguato parlarne come di un mero regolamento interno<sup>22</sup>. Già la Commissione Paladin evidenziava come l'espressione “interno”, testualmente contenuta nell'art. 20, n. 7, della legge 195, «non deve trarre in inganno, giacché non comporta che l'atto in questione sia costitutivo di un ordinamento minore e separato, ma tende piuttosto a delimitare la competenza spettante al regolamento stesso (non diversamente da ciò che si verifica nel caso dei regolamenti «interni» dei Consigli regionali, così denominati dai rispettivi Statuti ordinari e speciali, sebbene sia molto diffusa l'opinione che ci si trovi in presenza di atti normativi nel senso pieno del termine)»<sup>23</sup>.

Nei testi regolamentari che si sono succeduti le materie disciplinate sono, difatti, largamente cresciute, passando dai 18 articoli del 1959 ai 45 del 1976, ai 52 del 1988, fino ai 90 del 2016<sup>24</sup>; ogni volta poi la formulazione delle

<sup>20</sup> M. VIETTI, *I cambiamenti della composizione e della struttura del Consiglio Superiore della Magistratura*, in G. Ferri (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 17 giugno 2022, n. 71)*, Torino, 187.

<sup>21</sup> U. DE SIERVO, *Il regolamento interno del CSM nel sistema delle fonti*, in *Oss. fonti*, n. 1, 2018.

<sup>22</sup> D. PICCIONE, *Il Consiglio superiore della Magistratura attraverso il prisma del suo regolamento*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017; U. DE SIERVO, *Il regolamento interno del CSM nel sistema delle fonti*, cit., 4.

<sup>23</sup> *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura* (c.d. Commissione Paladin), cit., 121.

<sup>24</sup> Come nota U. DE SIERVO (*Il regolamento interno del CSM nel sistema delle fonti*, cit.), dai 18 articoli del primo regolamento, si è passati ai 45 del 1976, ai 52 del 1988 ai 90 del 2016.

disposizioni è diventata più analitica e particolareggiata. Il regolamento vigente, approvato con deliberazione del 26 settembre 2016, mostra chiaramente il compimento di questa evoluzione. È più lungo e analitico dei precedenti e si articola in una prima parte (artt. 1-35) dedicata alla disciplina dell’organizzazione interna e del funzionamento del C.S.M. e, quindi, degli organi consiliari, degli uffici e servizi in cui il medesimo si articola e in una seconda parte riguardante i procedimenti, non direttamente regolati da norme primarie<sup>25</sup>. Prende atto di questo sviluppo della fonte, la terza modifica introdotta dalla legge n. 71/2022, con l’espressa estensione dei contenuti regolamentari anche all’ “organizzazione”, in aggiunta al “funzionamento”.

Parallelamente, sono sempre più numerose le norme regolamentari dalla portata generale che assumo rilievo esterno: basti pensare alle disposizioni riguardanti le procedure per il conferimento degli uffici direttivi, per i trasferimenti o le assegnazioni dei magistrati<sup>26</sup>.

In breve, la riforma Cartabia prende atto dello sviluppo della fonte avvenuto nella prassi, ormai massima espressione dell’ampia autonomia organizzativa riconosciuta al Consiglio superiore. Tale autonomia «trova il suo fondamento nella rilevanza costituzionale dell’organo di governo autonomo e costituisce il *proprium* di ogni organo che qualifichi la struttura costituzionale dello Stato e che sia preposto alla tutela e all’attuazione dei principi della Carta»<sup>27</sup>. Similmente, per il giudice amministrativo, «il Consiglio, quale organo di rilievo costituzionale, gode di ampia autonomia organizzativa, sicché ben può disciplinare autonomamente le modalità di computo della maggioranza nelle proprie deliberazioni e le proprie regole di funzionamento»<sup>28</sup>.

La chiara affermazione di detta autonomia organizzativa va nella direzione di ridurre le distanze tra gli organi di rilievo costituzionale e quelli comunemente definiti costituzionali, in quanto consustanziale ad entrambi. In tal senso, può richiamarsi il parere reso dalla Corte dei conti, sezioni riunite in sede consultiva, sull’applicabilità dell’art. 16, comma 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 alla stessa Corte, che muove da un percorso logico-giuridico

<sup>25</sup> F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, 2024, 70. Per un’analisi approfondita dei contenuti: G. GRASSO, *La riforma del regolamento interno del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Foro It.*, III, 8, fasc. 6, 2017, 8 e D. PICCIONE, *Il Consiglio superiore della Magistratura attraverso il prisma del suo regolamento*, cit. 1.

<sup>26</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 novembre 2023, n. 16321; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1° agosto 2019, n. 10228; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 14 aprile 2015, n. 5411; T.A.R. Lazio, Roma, 13 ottobre 2016, n. 10241.

<sup>27</sup> Delibera C.S.M. del 12 gennaio 2023 recante «Adeguamento del Regolamento interno del Consiglio Superiore della Magistratura alle disposizioni della legge 17 giugno 2022, n. 71».

<sup>28</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 28 settembre 2023, n. 14336. Si pensi poi all’ampia autonomia quanto alla previsione e disciplina delle Commissioni: Cons. Stato, sez. IV, 10 aprile 2002, n. 1927.



generale sugli organi di rilevanza costituzionale, evidenziando che tali organi «non sono inseriti nell'apparato amministrativo dello Stato-governo, quindi non fanno capo allo Stato-amministrazione bensì direttamente allo Stato-comunità (o Stato-ordinamento), in posizione costituzionale di separazione rispetto alle Amministrazioni dello Stato di talché in sede di disciplina legislativa dei rispettivi assetti sono stati da sempre loro riconosciuti ampi margini di autorganizzazione sconosciuti al plesso "ordinario" della pubblica amministrazione»<sup>29</sup>. La loro espressa previsione in Costituzione «sottintende il pregio costituzionale delle funzioni agli stessi affidate» e in ragione del corretto esercizio di tali funzioni «deve essere assicurata (quantomeno) la "distinzione" dal Governo titolare dell'indirizzo politico di maggioranza». Tale comune esigenza è, peraltro, particolarmente intensa per gli organi a "carattere magistratuale", tra cui indubbiamente rientra il C.S.M., posto a garanzia dell'autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario (art. 104, co. 1, Cost.).

Del resto, anche la Corte costituzionale non ha mancato di affermare l'esistenza di una «sfera di autonomia costituzionale del Consiglio superiore della magistratura, la quale ha un fondamento implicito nell'art. 104 della Costituzione»<sup>30</sup>. Tale sfera di autonomia non può non avere ad oggetto l'organizzazione interna e concretarsi nella capacità di autodisciplinarla. Sembra, dunque, di poter estendere al C.S.M. quanto il giudice costituzionale ha affermato con riguardo alle Camere e al Presidente della Repubblica ovvero che «l'autonomia che la Costituzione riconosce agli organi costituzionali si manifesta, innanzitutto, sul piano normativo»<sup>31</sup>.

In tal senso – anche se con riguardo alla complessiva attività paranormativa del Consiglio – non aveva mancato di esprimersi la dottrina, ritenendo che «l'attribuzione costituzionale dell'autonomia alla magistratura significa che essa è un'organizzazione dotata di capacità normativa rilevante sul piano delle fonti del diritto dello Stato», con la conseguenza che il C.S.M. è legittimato ad «esprimersi anche mediante atti normativi a contenuto generale e astratto (oltre che per mezzo di concreti provvedimenti)»<sup>32</sup>.

## 2.2. Il regolamento generale del C.S.M. nel sistema delle fonti normative

Se la natura del regolamento generale del C.S.M. non pare – oggi, come ieri – sollevare problematiche, essendo da tempo acquisito si tratti di «una vera e

<sup>29</sup> Corte dei conti, sez. riunite in sede consultiva, parere del 15 febbraio 2018, *Parere in merito all'applicabilità alla Corte dei conti delle disposizioni recate dalla legge 31 dicembre 2009, n. 196*.

<sup>30</sup> Corte cost. ordinanza 15 giugno 2016, n. 166.

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost. 13 dicembre 2017, n. 262, punto 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>32</sup> G. VOLPE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. IV, Milano, 2000, 390.

propria fonte dell’ordinamento generale»<sup>33</sup>, più controverso il profilo della sua collocazione nel sistema delle fonti normative.

L’orientamento prevalente riconduce tale regolamento agli atti di normazione secondaria, tenuto conto del suo fondamento esclusivamente legislativo<sup>34</sup>. Questa è la ricostruzione pacificamente accolta anche dalla giurisprudenza amministrativa, che non esita a qualificare il regolamento del C.S.M. quale «atto di normazione secondaria, che il Consiglio ha adottato in attuazione dell’art. 20, comma 1, n. 7 della legge n. 195/1958»<sup>35</sup>. Si tratta, invero, di una argomentazione tutt’altro che decisiva, considerato che la mera previsione legislativa della potestà regolamentare della Corte costituzionale<sup>36</sup> e del Presidente della Repubblica<sup>37</sup> non ha, com’è noto, impedito l’inquadramento dei relativi atti a livello della normazione primaria, al pari dei regolamenti delle Camere<sup>38</sup>, conferendo alle leggi che li prevedono carattere meramente ricognitivo<sup>39</sup>. Più decisiva, ai fini della qualificazione del regolamento interno del C.S.M. come fonte secondaria, pare la collocazione dell’organo nel sistema costituzionale, quale «organo politico-amministrativo di rilievo costituzionale», e non già quale organo supremo<sup>40</sup>. Questa argomentazione porta ad escludere qualsiasi sovrapposibilità di tale regolamento interno a quelli adottati dalle Camere o dalla Corte costituzionale e ne fa una fonte dotata di una mera competenza residuale, riducibile a discrezione della legge<sup>41</sup>. L’unica garanzia che assicurerebbe sarebbe nei confronti del potere regolamentare del Governo o del Ministro competente in materia, che non potrebbe in alcun modo concorrere con detta potestà regolamentare, giacché l’organizzazione e il funzionamento dei servizi di competenza dell’esecutivo, in ordine ai quali il

<sup>33</sup> *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura* (c.d. Commissione Paladin), cit., 125.

<sup>34</sup> In tal senso: *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura* (c.d. Commissione Paladin), cit., 122. In dottrina: F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, cit., 37; R. ROMBOLI, S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, cit., 377; G. VOLPE, *Consiglio superiore della magistratura*, cit., 393.

<sup>35</sup> Cons. Stato, sez. VII, 11 giugno 2024, n. 5203.

<sup>36</sup> Artt. 14 e 22, comma 2, legge 11 marzo 1953, n. 87.

<sup>37</sup> Artt. 3 e 4 legge 9 agosto 1948, n. 1077.

<sup>38</sup> Per tutti: L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 374; P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2020, 601.

<sup>39</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1970, 143 e 236. Cfr. Corte cost. 24 giugno 1981, n. 129, riguardo ai regolamenti del Presidenza della Repubblica.

<sup>40</sup> G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario*, cit. 864; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, cit., 37.

<sup>41</sup> *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura* (c.d. Commissione Paladin), cit., 122, per cui «resta inteso che un tale regolamento non va confuso con quelli prodotti da organi supremi quali le Camere del Parlamento o la Corte costituzionale: in quanto non dispone che d’una competenza residuale, riducibile a discrezione della legge».

Ministro può emanare o proporre norme regolamentari esorbitano dall'area spettante al C.S.M., secondo quanto previsto dall'art. 110 della Costituzione.

Un'opposta ricostruzione – da sempre minoritaria – riconduce il regolamento del C.S.M. tra gli atti di normazione primaria, al fine di assicurare all'organo uno statuto adeguato di autonomia anche sul piano normativo<sup>42</sup>. La Costituzione affida al Consiglio superiore della magistratura la funzione, essenziale per l'ordinamento costituzionale, di garantire l'indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato; pertanto, «in una prospettiva funzionale, tale ruolo di garanzia potrebbe giustificare la titolarità di un potere di normazione di rango primario dedicato alla disciplina dell'organizzazione dell'organo»<sup>43</sup>. Alla luce del consolidamento e dell'espansione dei contenuti del regolamento del 2016, si è anche avanzata una proposta ricostruttiva intermedia che riconosce al regolamento generale rango di fonte primaria con esclusivo riguardo alle norme dedicate alla disciplina dell'organizzazione interna del C.S.M. (ovvero la parte I dell'atto); con la conseguenza che l'adozione di tali regole sia inibita al legislatore ordinario, in applicazione del criterio di competenza. Relativamente, invece, alle norme che incidono sullo *status* dei magistrati e che sono rivolte all'esterno dell'organo, il regolamento generale avrebbe rango di fonte secondaria, alla luce della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario *ex art. 108 Cost.*, da intendersi come relativa nei confronti del C.S.M.<sup>44</sup>

Non vi è dubbio che la più recente riscrittura del regolamento interno e le modifiche apportate alla disciplina della fonte dalla legge n. 71/2022 offrano nuovi e sostanziali argomenti per una revisione della sua tradizionale qualificazione quale fonte secondaria. Alla luce di tali novità (*supra* par. 2.1), nessun dubbio che il regolamento generale del C.S.M. costituisca una speciale fonte normativa di un organo chiamato a «garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura rispetto alle eventuali interferenze degli altri poteri, che risultino appunto lesive di quelle prerogative costituzionali»<sup>45</sup>. Come sottolineato dal già richiamato parere della Corte dei conti del 2018, si tratta di regolamenti «ben diversi da quelli (governativi, ministeriali o interministeriali) emanati ai sensi dell'articolo 17 della legge n. 400/1988, giacché costituiscono espressione diretta dell'indipendenza “di fronte al Governo” riconosciuta dalla Costituzione ai tre organi di rilevanza costituzionale “tipizzati” dal carattere magistratuale» – tra cui il C.S.M. – che quindi risultano «titolari di una potestà regolamentare “atipica e rinforzata” [...], produttiva di “interna corporis” traenti forza direttamente da uno specifico precetto di rango

<sup>42</sup> G. SERGES, *La potestà normativa*, cit., 45.

<sup>43</sup> F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., 69.

<sup>44</sup> F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., 69.

<sup>45</sup> U. DE SIERVO, *Il regolamento interno del CSM nel sistema delle fonti*, cit., 6.

costituzionale, con una (formale) “*interpositio legislatoris*” che – lungi dal fissare principi, criteri e limiti – delega *in toto* la propria funzione “tutoria” allo strumento regolamentare di autonomia»<sup>46</sup>.

Il rapporto tra regolamento generale e fonte primaria non sembra, quindi, declinabile in termini di generale subordinazione del primo alla seconda: al regolamento del C.S.M. pare doversi riconoscere – quantomeno in relazione ai profili di organizzazione e funzionamento interni – una competenza riservata, non riducibile a discrezione del legislatore, in considerazione della posizione di autonomia attribuita all’organo ai fini della sua funzione di garanzia dell’indipendenza dell’ordine giudiziario.

Non si nega che tale ricostruzione presenti non pochi profili problematici. Il primo riguarda le disposizioni regolamentari che incidono sullo *status* dei magistrati e assumono rilievo esterno, rispetto alle quali viene necessariamente in rilievo la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario. In proposito, come evidenziato dal giudice costituzionale, è necessario, a garanzia dell’indipendenza della magistratura, che sia la «fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti e le conseguenti modalità di nomina», per quanto la riserva di legge sia rispettata «ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell’organo decidente»<sup>47</sup>. Neanche in questo secondo caso è, dunque, preclusa un’autonomia, anche normativa, del C.S.M., per quanto tenuta al necessario rispetto delle previsioni della legge e, quindi, in posizione subordinata rispetto alle medesime<sup>48</sup>. In proposito, pare convincente la proposta di distinguere tra le norme della prima parte del regolamento su organizzazione e funzionamento e quelle della seconda parte sui procedimenti, riconoscendo solo alle prime rango primario<sup>49</sup>.

Un secondo profilo problematico è offerto dagli interventi legislativi su aspetti organizzativi e di funzionamento del C.S.M., che sembrano incompatibili con una riconduzione del regolamento generale alle fonti di rango primario. In ultimo, la legge n. 71/2022 è intervenuta sulle incompatibilità interne, il numero dei componenti supplenti della sezione disciplinare, l’ampliamento dell’organico dei componenti della segreteria e dell’ufficio studi e

<sup>46</sup> Corte dei conti, sez. riunite in sede consultiva, parere del 15 febbraio 2018. Nello stesso senso: Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, 26 febbraio 2019, n. 2/SSRRCO/QMIG/19.

<sup>47</sup> Corte cost. 8 febbraio 1991, n. 72, punto 2 del *Considerato in diritto*. Cfr. F. BIONDI, *Art. 105*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 933.

<sup>48</sup> Prove di siffatta autonomia sono, in ultimo, i frequenti ed espressi rinvii, previsti dai principi e criteri direttivi delle deleghe contenute nella legge n. 71/2022 e nel successivo d.lgs. 28 marzo 2024, n. 44, alle deliberazioni del Consiglio superiore. Si vedano, ad esempio, i nuovi artt. 10-bis; 11, 12-bis del d.lgs. n. 160/2006.

<sup>49</sup> F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., 70.

documentazione<sup>50</sup>. Tali previsioni hanno imposto la modifica di alcune norme regolamentari (artt. 4, 11, 12, 14, 15, 34, 51, 53 e 67)<sup>51</sup>. La circostanza conferma che la fonte legislativa non ha completamente abdicato a disciplinare alcuni profili riconducibili all'organizzazione e al funzionamento interno del C.S.M., soprattutto quando si tratta di previsioni collegate alla variazione dei componenti del Consiglio. Come osservato dallo stesso C.S.M. in occasione del citato adeguamento regolamentare, il potere di dotarsi di un proprio regolamento rappresenta il chiaro riconoscimento all'organo di «un'ampia autonomia organizzativa, sia pure nel rispetto dei principi fissati dalla cornice legislativa (art. 20, lett. 7, L. 195/1958)». Affermazione che sembra richiamare un più complesso rapporto tra regolamento generale e fonte primaria, assimilabile a quello tra statuto comunale e legge. Molto nota, sul punto, è la tesi – oramai consolidata – della Cassazione civile, che qualifica lo statuto come «atto formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo atipico ... di rango paraprimary o sub primary», collocato nel sistema delle fonti «in posizione di primazia rispetto alle fonti secondarie dei regolamenti e al di sotto delle leggi di principio, in quanto diretto a fissare le norme fondamentali di organizzazione dell'ente ed a porre i criteri generali per il suo funzionamento»<sup>52</sup>. Il rapporto tra fonte legislativa e statutaria è dunque ricomposto tramite il ricorso al criterio della gerarchia limitatamente però ai principi, e a quello della competenza in rapporto a tutte le altre disposizioni di legge.

Questa potrebbe essere una ipotesi ricostruttiva invocabile anche con riguardo al regolamento generale, in attesa di ulteriori sviluppi della fonte.

### 3. Il regolamento di amministrazione e contabilità

L'autonomia organizzativa del C.S.M. è completata da altri due regolamenti, aventi analogo fondamento legislativo, oggetto di limitata attenzione da parte della dottrina. Così, la legge n. 1198/1967, nel modificare la legge istitutiva n. 195/1958, ha conferito, nei limiti del fondo stanziato dal bilancio dello Stato, autonomia contabile al C.S.M., autorizzandolo a dettare, con proprio regolamento interno, le norme dirette a disciplinare la gestione delle spese (art. 9 co. 3). Il riconoscimento di tale autonomia è confermato dal mero obbligo di presentazione alla Corte dei conti del rendiconto della gestione a chiusura dell'anno finanziario.

<sup>50</sup> Si vedano, in particolare, le disposizioni del Capo IV della legge e M. VIETTI, *I cambiamenti della composizione e della struttura del Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 173.

<sup>51</sup> Adottate con delibera 12 gennaio 2023 (*Adeguamento del Regolamento interno del Consiglio Superiore della Magistratura alle disposizioni della legge 17 giugno 2022, n. 71*).

<sup>52</sup> Filone inaugurato da Cass. Civ., sez. un., 16 giugno 2005, n. 12868; conformi Cass. Civ. sez. trib. 6 novembre 2009, n. 23562; sez. II, 20 ottobre 2009, n. 22229. E.C. RAFFIOTTA, *Problemi in tema di potestà normativa degli enti locali*, in *Ist. fed.*, 2007, 245.

Tale previsione ha sancito l'abbandono del precedente sistema caratterizzato dall'inclusione delle spese di funzionamento del Consiglio nel bilancio del Ministero di grazia e giustizia ed ha attribuito all'organo la potestà di gestire tali spese autonomamente. Il fine è evidentemente quello di garantire al C.S.M., in attuazione dell'art. 104 Cost., la piena autonomia e indipendenza funzionale, quali presupposti indispensabili per assicurare il buon funzionamento della giustizia. Peraltro, può ritenersi, a prescindere dalla esplicita previsione contenuta nell'art. 9 della legge – e non diversamente da quanto si è detto a proposito del regolamento interno (*supra* par. 2) – che sia la stessa rilevanza costituzionale del C.S.M. a giustificare la spettanza di un siffatto potere normativo.

Quanto al procedimento di adozione e modifica si rintracciano sensibili differenze rispetto al regolamento interno: è, difatti, prevista la deliberazione del *plenum* del C.S.M., ma non l'emanazione con decreto del Presidente della Repubblica, in qualità di Presidente del Consiglio superiore della magistratura. Qualche incertezza ha riguardato il profilo della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale: il primo regolamento di amministrazione e contabilità, approvato con delibera del 24 gennaio 1969, non è mai stato pubblicato, così come le ventuno modifiche successive. Più esattamente, per quanto inviato per la pubblicazione al giornale ufficiale, venne restituito con la motivazione che «le disposizioni disciplinanti la pubblicazione degli atti nella G.U. non prevedono l'inserzione di tali provvedimenti»<sup>53</sup>, senza che il rifiuto sollevasse reazioni da parte del Consiglio superiore. Esito diverso ha avuto l'inoltro del secondo regolamento interno di amministrazione e contabilità che, nelle dette forme della deliberazione del C.S.M., firmata dal Vicepresidente, è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 158 dell'8 luglio 1996. Anche il regolamento attuale, approvato dall'assemblea plenaria il 14 dicembre 2005, e le successive modifiche risultano pubblicati in G.U., adempimento al quale è subordinata l'entrata in vigore degli atti medesimi.

Quanto alla sua collocazione nel sistema delle fonti si registrano minori divergenze: è pacificamente annoverato tra gli atti di normazione secondaria<sup>54</sup>, per quanto lo stesso C.S.M. non abbia mancato di accreditare la diversa prospettiva della sua natura primaria nel ricorso per conflitto di attribuzione del 29 settembre 2016, sollevato nei confronti dei provvedimenti della Corte dei conti che intendevano obbligare il Consiglio al deposito dei conti dei suoi agenti contabili. In quella sede, la difesa del C.S.M. argomentava che, nonostante qualche equivocità, derivante dalla denominazione di «regolamento», «si tratta di una fonte primaria del diritto valevole nell'ordinamento generale,

<sup>53</sup> Cfr. G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura*, cit., 38.

<sup>54</sup> F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., 68.

di natura rafforzata in quanto scaturente dall'attribuzione di una specifica competenza autorganizzatoria all'Organo, quale precipitato logico delle sue prerogative costituzionali»<sup>55</sup>. Conseguentemente, detta fonte, lungi dall'essere solo interna all'organismo consiliare, «è di contro, ben produttiva di norme giuridiche in senso proprio vevoli *erga omnes*, munite del crisma della specialità»<sup>56</sup>. Ciò anche in considerazione della circostanza che la giurisprudenza amministrativa ritiene che la violazione del regolamento configuri il vizio di violazione di legge e determini l'annullamento dell'atto adottato in difformità.

Com'è noto, il conflitto di attribuzione in questione, ammesso con ordinanza n. 166 del 2016, è stato successivamente dichiarato estinto con ordinanza n. 31 del 2018, precludendo alla Corte costituzionale di interrogarsi sulla posizione costituzionale del C.S.M. e di confrontarla con quella degli altri organi costituzionali, al fine della sottoposizione al giudizio di conto<sup>57</sup>. Un'occasione “persa”, anche con riguardo a possibili chiarimenti sulla natura del regolamento di amministrazione e contabilità.

Più recentemente, il più volte richiamato parere delle Sezioni riunite in sede consultiva della Corte dei conti, proprio con riguardo ai regolamenti di amministrazione e contabilità del C.S.M., del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ha puntualizzato che si tratta di regolamenti ben diversi da quelli emanati ai sensi dell'art. 17 della legge n. 400/1988 «giacché costituiscono espressione diretta dell'indipendenza di “fronte al Governo”, riconosciuta dalla Costituzione ai tre organi di rilevanza costituzionale “tipizzati” dal carattere magistratuale». Più esattamente, tale potestà regolamentare viene definita «atipica e rinforzata» produttiva di *interna corporis* traenti forza direttamente da uno specifico precetto di rango costituzionale, «con una (formale) *interpositio legislatoris* che – lungi dal fissare principi, criteri e limiti – delega in toto la propria funzione “tutoria” allo strumento regolamentare di autonomia» (*supra* par. 2.3)<sup>58</sup>. L'attuazione di tale autonomia organizzativa, funzionale, contabile e gestionale ha generato un sistema di norme speciali che, «in quanto tali e per consolidato orientamento giurisprudenziale», prevalgono su quelle generali, ancorché cronologicamente successive e/o di rango legislativo. Da tale posizione differenziata rispetto alla generalità delle amministrazioni pubbliche consegue «l'obbligo di adeguare il proprio ordinamento ai

<sup>55</sup> Ricorso n. 5 del 29 settembre 2016, pubblicato in G.U. 1° Serie Speciale - Corte costituzionale n. 41 del 12.10.2016.

<sup>56</sup> Ricorso n. 5 del 29 settembre 2016, pubblicato in G.U. 1° Serie Speciale - Corte costituzionale n. 41 del 12.10.2016.

<sup>57</sup> N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 66. Sulla vicenda: V. DE SANTIS, *Interrogativi “antichi” su “nuovi” conflitti tra poteri: l'autonomia del Consiglio superiore della magistratura e la giurisdizione contabile della Corte dei conti*, in *Oss. cost.*, n. 1, 2017.

<sup>58</sup> Parere del 15 febbraio 2018.

(soli) principi di cui al Titolo I del decreto legislativo n. 165/2001 e la non applicabilità del modello del controllo in termini di efficienza gestionale *ex art. 3, comma 4, della legge n. 20/1994, che ad esse fa diretto espresso riferimento*»<sup>59</sup>.

Anche con riguardo al regolamento di amministrazione e contabilità, come visto per il regolamento interno, sembra riproporsi quel rapporto complesso con la legge, qualificabile sia in termini di subordinazione (basti pensare al recente adeguamento alle previsioni della riforma Cartabia<sup>60</sup>), sia in termini di competenza (in relazione, ad esempio, alla normativa in materia di controlli contabili).

#### 4. Il regolamento del personale

La disciplina del personale amministrativo del C.S.M. non è contenuta nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (“Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”), ma in uno specifico regolamento, all'evidente fine di rafforzare – anche in tal modo – le norme poste a garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza del Consiglio stesso.

Più esattamente, la legge 28 luglio 1999, n. 266<sup>61</sup>, nel delegare il Governo all'adozione di una più razionale e stabile organizzazione del personale addetto al Consiglio superiore della magistratura, individuava tra i principi e criteri direttivi l'attribuzione all'organo del potere di disciplinare, con proprio regolamento interno, «entro i limiti della dotazione finanziaria [...] e senza nuovi oneri a carico dello Stato», alcuni rilevanti profili, come i concorsi pubblici per il reclutamento del personale; l'articolazione dell'organico in relazione alle classificazioni professionali vigenti; l'ordinamento delle carriere e lo stato giuridico del personale, tenendo conto dei criteri fissati in sede di contrattazione collettiva nazionale di lavoro relativa al comparto “Ministeri” e avuto riguardo alle specifiche esigenze funzionali ed organizzative del Consiglio superiore della magistratura; il trattamento economico fondamentale del personale del ruolo del C.S.M., in misura uguale a quello previsto per il personale dell'Amministrazione della giustizia di equivalente qualifica; il servizio ed il trattamento economico accessorio del personale, nonché il servizio e le indennità attribuibili al personale non appartenente al ruolo del C.S.M.

<sup>59</sup> Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, 26 febbraio 2019, n. 2/SSRRCO/QMIG/19.

<sup>60</sup> Delibera dell'8 maggio 2024 che ha inserito il nuovo art. 25-ter, in attuazione alle previsioni della legge n. 71/2022 che hanno introdotto, tra i componenti dell'ufficio studi del Consiglio – oltre ai magistrati – gli avvocati, i professori e i ricercatori universitari.

<sup>61</sup> Recante «Delega al Governo per il riordino delle carriere diplomatica e prefettizia, nonché disposizioni per il restante personale del Ministero degli affari esteri, per il personale militare del Ministero della difesa, per il personale dell'Amministrazione penitenziaria e per il personale del Consiglio superiore della magistratura».



che avesse svolto la propria attività presso di esso, in relazione alle specifiche esigenze funzionali ed organizzative, e nei limiti dei fondi stanziati annualmente per il suo funzionamento (art. 13, co. 1, lett. c).

Il successivo decreto legislativo 14 febbraio 2000, n. 37, all'art. 2, ha, conseguentemente, istituito un ruolo autonomo del personale della segreteria e dell'ufficio studi e documentazione del C.S.M. e affidato alla regolamentazione interna, adottata su proposta del Comitato di Presidenza, la disciplina degli organi competenti ad adottare atti di organizzazione riguardanti il personale; le procedure concorsuali pubbliche per il reclutamento del personale e l'ordinamento delle carriere; l'articolazione dell'organico, con eventuale individuazione di profili professionali propri delle attività svolte presso il C.S.M., nell'ambito delle classificazioni per aree professionali previste dal comparto "Ministeri"; le procedure per la nomina e per la sospensione ed estinzione dei rapporti di lavoro; le modalità di adeguamento alle norme contrattuali del comparto "Ministeri", relative allo sviluppo delle carriere; i diritti e i doveri dei dipendenti; le sanzioni e i procedimenti disciplinari; l'orario e i turni di lavoro; i limiti e le modalità di esercizio dei poteri di gestione dei rapporti di lavoro. Nel disciplinare tali istituti il regolamento tiene conto dei contratti collettivi nazionali di lavoro del comparto "Ministeri", adeguandone la disciplina alle specifiche esigenze funzionali ed organizzative del Consiglio superiore. Al regolamento interno è affidata anche la disciplina del trattamento economico fondamentale del personale, in misura eguale a quello previsto per il personale di posizione economico-professionale equivalente del Ministero della giustizia; il trattamento economico accessorio del personale di ruolo e le indennità del personale non appartenente al ruolo che svolga la propria attività presso il C.S.M. Trattamenti accessori ed indennità possono essere correlati a particolari attività di servizio, in relazione alle specifiche esigenze funzionali e organizzative.

Tale previsione è stata abrogata dall'art. 5, comma 7, della legge n. 111/2007 ("Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario"), che ne ha, tuttavia, sostanzialmente riprodotto i contenuti al comma 5, ai sensi del quale il C.S.M. disciplina con proprio regolamento: «a) il trattamento giuridico ed economico, fondamentale ed accessorio, le funzioni e le modalità di assunzione del personale compreso quello con qualifica dirigenziale, tenendo conto sia di quanto previsto per il personale di posizione professionale analoga del Ministero della giustizia, sia delle specifiche esigenze funzionali ed organizzative del Consiglio superiore stesso correlate a particolari attività di servizio; b) le indennità del personale non appartenente al ruolo organico del Consiglio superiore della magistratura che svolga la propria attività presso il Consiglio superiore stesso in relazione a particolari attività di servizio correlate alle specifiche esigenze funzionali ed organizzative».

L’approdo di questi interventi legislativi è il riconoscimento in favore del C.S.M. di un esplicito potere regolamentare in materia di disciplina del rapporto di lavoro dei propri dipendenti, all’evidente scopo di evitare ingerenze da parte di fonti secondarie dell’esecutivo. La creazione di un ruolo autonomo del personale costituisce un rafforzamento dell’autonomia del Consiglio e, in ultima analisi, della magistratura stessa, atteso che un ruolo stabile di funzionari garantisce il miglior raggiungimento dei fini istituzionali dell’organo. Nell’esercizio di tale potere il C.S.M. con delibera del 24 luglio 2001 ha adottato il “regolamento di disciplina del personale”, riscritto nel 2018<sup>62</sup>, pacificamente qualificato come fonte secondaria.

Peraltro, tale natura non ha impedito al giudice amministrativo di ricostruire i rapporti tra il regolamento e la fonte primaria in termini tali da marcare la netta autonomia dell’ordinamento del personale del C.S.M., come disciplinato dal relativo regolamento, rispetto alle altre pubbliche amministrazioni. Più esattamente, con sentenza n. 2318/16, il Consiglio di Stato, pur precisando che il regolamento deve «porsi in rapporto di necessaria coerenza con i principi fondamentali dell’ordinamento in materia di accesso al pubblico impiego», ha affermato la derogabilità della regola generale del previo esperimento delle procedure di mobilità, prevista dalla disciplina generale del pubblico impiego. Ciò in virtù della previsione dell’art. 5 del regolamento di disciplina del personale che pone appunto una deroga alla preferenzialità delle procedure di mobilità e riafferma il principio – espressamente previsto dalla Carta costituzionale – dell’assunzione per pubblico concorso per titoli ed esami.

Invero, nell’argomentare in merito a tale derogabilità il giudice amministrativo non mette in discussione la qualificazione del C.S.M. quale organo di mera rilevanza costituzionale, né l’applicazione generalizzata al personale non magistratuale, in quanto personale c.d. privatizzato, del d.lgs. n. 165/2001, e quindi non consente di cogliere immediatamente per quale motivo resti diversamente esclusa l’applicabilità della disciplina sulla mobilità<sup>63</sup>. Per quando la motivazione della sentenza si limiti ad enfatizzare il dato legislativo, la possibilità di un’autonoma e legittima scelta circa l’esclusività del reclutamento tramite concorso sembra risposare sul riconoscimento di una specifica riserva di regolamento e tradire una ricostruzione della natura del C.S.M. non molto

<sup>62</sup> Il *Testo Unico recante il Regolamento del personale del Consiglio Superiore della magistratura*, aggiornato alla delibera del 21 marzo 2018 e alla delibera del Comitato di Presidenza del 19 novembre 2018 è disponibile al seguente indirizzo: [www.csm.it/documents/21768/131570/regolamento+del+personale+19+novembre+2018+%28testo+vigente%29/67926fa0-1ddb-8b35-db9c-32dad084ec8b](http://www.csm.it/documents/21768/131570/regolamento+del+personale+19+novembre+2018+%28testo+vigente%29/67926fa0-1ddb-8b35-db9c-32dad084ec8b)

<sup>63</sup> S. ZOPPETTI, *Mobilità e pubblico concorso tra obbligatorietà e preferenza*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 3. 2016.

distante da quella dei supremi organi costituzionali. Unicamente con riguardo a questi ultimi, è, infatti, ammessa la deroga delle disposizioni in materia di pubblico impiego.

Per quanto si tratti di una pronuncia isolata, consente di intravedere l'inizio di un percorso nel senso di un consolidamento di tale fonte regolamentare, riconoscendole una competenza riservata rispetto alla legge, di cui è generalmente chiamata a rispettare i soli principi generali<sup>64</sup>. Il potere regolamentare del C.S.M., quindi, similmente a quello degli organi costituzionali, «logicamente investe anche gli aspetti organizzativi, ricomprendendovi ciò che riguarda il funzionamento degli apparati amministrativi “serventi”, che consentono agli organi costituzionali di adempiere liberamente, e in modo efficiente, alle proprie funzioni costituzionali»<sup>65</sup>. Su tale fondamento poggia la potestà, riconosciuta agli organi costituzionali (ma anche al C.S.M.), di approvare norme relative al rapporto di lavoro con i propri dipendenti, considerato che il «buon esercizio delle alte funzioni costituzionali attribuite agli organi in questione dipende in misura decisiva dalle modalità con le quali è selezionato, normativamente disciplinato, organizzato e gestito il personale»<sup>66</sup>.

Le similitudini si fermano qui: l'autonomia del C.S.M. si esaurisce nella normazione, senza comprendere il momento applicativo delle norme stesse, incluse le scelte riguardanti la concreta adozione delle misure atte ad assicurarne l'osservanza. Nella concreta gestione dei propri apparati serventi e dei rapporti di lavoro dei propri dipendenti, il Consiglio superiore continua, infatti, a non disporre della c.d. autodichia, ovvero della potestà di giudicare direttamente, attraverso propri organi, delle controversie relative all'applicazione di tali norme<sup>67</sup>.

### 5. Alcune considerazioni (non)conclusive

Nel percorso svolto si è tentato di delineare brevemente l'evoluzione dei tre regolamenti del C.S.M., che hanno un esplicito fondamento legislativo e che paiono accumulati da una irrisolta tensione: da un lato, la tendenza ad essere attratti tra gli atti tipici dell'autonomia costituzionale, dall'altro, l'eguale e contraria propensione ad essere inclusi nel novero dei regolamenti organizzativi, ancorché *sui generis*.

<sup>64</sup> In tal senso, chiaramente, T.A.R. Lazio, Roma, sez I, 14 luglio 2023, 11871 per cui il C.S.M. è «pur sempre una pubblica amministrazione e ad essa non possono non applicarsi i principi generali del D.Lgs. n. 165 del 2001 [...] tra i quali, in particolare, quelli che regolano il riparto di giurisdizione delle controversie del pubblico impiego».

<sup>65</sup> Corte cost. 13 dicembre 2017, n. 262 del 2017, punto 7.2. del *Considerato in diritto*; 19 aprile 2024, n. 65, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>66</sup> Ancora Corte cost. n. 262/2017.

<sup>67</sup> Cfr. Corte cost. n. 14 maggio 1968, n. 44.

Quello che pare evidente è che si tratta di fonti dinamiche, in continua evoluzione, che si sono autoafferme, nel tempo, come strumenti essenziali e indefettibili dell'autonomia costituzionale riconosciuta al Consiglio superiore della magistratura a presidio dell'autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario. Questa autoaffermazione è particolarmente evidente con riguardo al regolamento interno, tanto da aver obbligato lo stesso legislatore a prenderne atto con le modifiche alla legge istitutiva n. 195/1958 introdotte dalla recente legge n. 71/2022. Il carattere obbligatorio, la nuova qualificazione come “generale”, l'estensione dei contenuti di tale fonte sono il punto di arrivo di un processo che, tuttavia, non pare ancora concluso e compiuto. Rimane, in particolare, incerta la collocazione dell'atto nel sistema delle fonti e il suo rapporto con la legge, che non sembra ricostruibile unicamente in termini di subordinazione. Questa identica tendenza pare interessare anche i due regolamenti minori, di amministrazione e contabilità e del personale, e offrire spazi per una ricostruzione più articolata, paraprimary, di tali fonti.

Quello che pare certo è che si tratta di un percorso ancora in essere, in cui emergono, con sempre maggiore insistenza, elementi di similitudine con i regolamenti interni degli organi comunemente definiti costituzionali, tra i quali – oggi più di ieri – si fa sempre più fatica a non ricomprendere il Consiglio superiore della magistratura<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit. 111 e G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4, 2017, 21; M. Luciani, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Oss. cost.* n. 1, 2020, 12.

LE RIFORME ELETTORALI NEL PENSIERO DI ENZO CHELI

**GIOVANNI TARLI BARBIERI\***

**Sommario**

1 Sommario: 1. Considerazioni introduttive: la grande rilevanza istituzionale della legislazione elettorale nel pensiero di Enzo Cheli. – 2. Il modello originario: la “Repubblica dei partiti” e la legislazione elettorale di tipo proporzionale. – 3. La controversa vicenda della legge “truffa”. – 4. Le proposte di modifica della legislazione elettorale nella stagione del proporzionale. – 5. La riforma elettorale del 1993: una svolta mancata? – 6. La pessima riforma del 2005. – 7. L’ulteriore stagione delle riforme mancate, tra popolo, Parlamento e giudici (2013-2015). – 8. La riforma elettorale del 2018: un’ennesima riforma... da riformare? – 9. Considerazioni conclusive: la XIX legislatura e la prospettiva di radicali revisioni costituzionali. – 10. Una breve conclusione.

**Abstract**

*In Enzo Cheli's work, attention to the problems of electoral legislation has always been central, which is why the contribution focuses on these aspects through a perspective that analyses the historical evolution of Italian electoral models.*

**Suggerimento di citazione**

G. TARLI BARBIERI, *Le riforme elettorali nel pensiero di Enzo Cheli*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Firenze.  
Contatto: [giovanni.tarlibarbieri@unifi.it](mailto:giovanni.tarlibarbieri@unifi.it)

### 1. Considerazioni introduttive: la grande rilevanza istituzionale della legislazione elettorale nel pensiero di Enzo Cheli

Nell'opera di Enzo Cheli l'attenzione alle problematiche della legislazione elettorale è sempre stata centrale, poiché su un piano generale essa «rappresenta la regola fondamentale – la *grundnorm* – del sistema politico e, in quanto tale, essa va inquadrata nell'impianto costituzionale come anello di congiunzione tra costituzione formale e costituzione materiale»<sup>1</sup>.

In questo senso, egli condivide la tesi secondo la quale il sistema elettorale in senso stretto può essere considerato «come una vera e propria norma di regime, strettamente connessa con la forza o il gruppo di forze che caratterizzano l'ordinamento di riferimento»<sup>2</sup> che, in quanto tale, «entra a pieno titolo tra gli elementi costitutivi della forma di governo», stante «la sua essenzialità al fine della costituzione della rappresentanza»; pertanto, «chi agisce sul sistema elettorale agisce su un elemento della forma di governo, perché agisce su una delle regole dei rapporti fra i poteri e gli organi costituzionali»<sup>3</sup>.

Sul punto, è emblematico un passo nel quale Cheli afferma che «il nostro Paese [...] pur senza intaccare formalmente il modello di cui disponeva, ha utilizzato di fatto diverse varianti del governo parlamentare quando ha modificato, nel 1993 e nel 2005, le proprie leggi elettorali per il Parlamento e quando ha dovuto registrare gli effetti del terremoto politico che all'inizio degli anni novanta del secolo scorso ha investito l'impianto originario del nostro sistema dei partiti»<sup>4</sup>.

Se la legge elettorale è la “grundnorm” del sistema politico, essa dovrebbe essere connotata da «un grado di stabilità se non identico quantomeno tendenzialmente comparabile con quello proprio del dettato costituzionale e non variare continuamente secondo le contingenze del gioco politico»<sup>5</sup>, anche perché un sistema elettorale, per radicare in un ordinamento i propri effetti, deve essere applicato in più tornate elettorali<sup>6</sup>.

Tuttavia, come è noto, la nostra storia istituzionale ha assecondato solo fino al 1993 questa caratteristica, con la sola eccezione della c.d. “legge truffa” del 1953. Infatti, a partire dalla svolta indotta dai *referendum* Segni, le leggi

<sup>1</sup> E. CHELI, *Orientamenti in tema di riforma elettorale*, in [www.astrid-online.it/rassegna](http://www.astrid-online.it/rassegna), 2019, n. 16, p. 1 (pubblicato anche in [www.rivistailmulino.it](http://www.rivistailmulino.it), con il titolo *Una nuova legge elettorale*, 14 ottobre 2019).

<sup>2</sup> F. LANCHESTER, *La corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2017, n. 1, p. 4.

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in questa *Enc. dir.*, Annali, III, p. 572.

<sup>4</sup> E. CHELI, *La forma di governo nel disegno della riforma costituzionale*, in *Astrid, Cambiare la Costituzione? Un dibattito tra i costituzionali sui pro e i contro della Riforma*, Rimini, Maggioli, 2016, p. 198.

<sup>5</sup> E. CHELI, *Orientamenti in tema di riforma elettorale*, cit., p. 1.

<sup>6</sup> F. LANCHESTER, *La corte e il voto*, cit., pp. 6 ss.

elettorali sono state connotate da una evidente instabilità, diversamente da quanto è avvenuto nelle altre democrazie consolidate.

Questa instabilità si spiega avendo riguardo, da un lato, ai limiti tecnici delle diverse leggi elettorali, dall'altro a motivazioni più squisitamente politiche. In ogni caso, la rapida successione di diverse leggi elettorali è stata espressione di un "iperattivismo" del Parlamento spesso determinato da vincoli esterni ad esso<sup>7</sup>, e ciò per «la storica tradizione dei *policy makers* italiani di muoversi a rimorchio di pressioni ambientali, piuttosto che di un'iniziativa o disegno autonomo, specie quando si tratta di compiere scelte difficili e controverse»<sup>8</sup>.

Si può quindi affermare che le riforme italiane hanno visto la luce (o in alcuni casi sono state affossate) nell'incrocio, spesso conflittuale, tra «il popolo, il Parlamento e il potere giudiziario, con riferimento particolare alla giustizia costituzionale»<sup>9</sup>.

In Italia il lungo dibattito sulla riforma elettorale nell'ultimo ventennio si è inserito in alcuni casi, in modo più o meno coerente a seconda dei casi, all'interno di più generali ipotesi di riforma costituzionale. Dato il sistematico fallimento di tutte queste ultime, sulle leggi elettorali (e sulle loro riforme) si sono scaricate aspettative che da sole non potevano riuscire a soddisfare. Non solo, ma i contenuti di alcune di esse (la c.d. legge "Calderoli" del 2005; l'"italicum" nel 2015) sono state "attuative" di progettazioni costituzionali poi non entrate in vigore e ciò contribuisce a spiegare gli interventi demolitori del giudice delle leggi<sup>10</sup>.

Infine, in questa complessa successione di leggi elettorali è mancato un approccio sistemico alla materia, tale da coinvolgere, cioè, anche la c.d. legislazione di contorno; viceversa, nel pensiero di Cheli vi è, giustamente, un intrecchio che lega riforme costituzionali, riforme elettorali e riforme della politica «da attuare con leggi ordinarie e regolamenti parlamentari, relative al buon funzionamento dei processi politici, riforme che investono, in particolare, la democraticità interna ed il finanziamento dei partiti; la disciplina della comunicazione politica; la prevenzione e la repressione della corruzione e dei

<sup>7</sup> La riforma elettorale del 1993 è "figlia" del referendum abrogativo parziale sulla legge del Senato; l'"italicum" e la vigente legge elettorale (c.d. *Rosatellum-bis*) sono stati approvati, rispettivamente, a seguito delle sentt. 1/2014 e 35/2017 della Corte costituzionale.

<sup>8</sup> A. PAPPALARDO, *La nuova legge elettorale in Parlamento: chi, come e perché*, in S. BARTOLINI, R. D'ALIMONTE (a cura di), *Maggioritario ma non troppo*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 33.

<sup>9</sup> E. CHELI, *Le riforme italiane: tra popolo, Parlamento e giudici*, in *www.osservatorioaic.it*, 2017, n. 3, p. 1.

<sup>10</sup> Cfr., in particolare, P. CARNEVALE, *Leggendo in filigrana il comunicato-stampa della Corte costituzionale del 25 gennaio scorso ... sperando di non incorrere in allucinazioni. Note a prima (non lettura) sulla decisione relativa alla legge n. 52 del 2015*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2017, n. 1, pp. 11 ss.

conflitti di interesse; la previsione delle condizioni di candidabilità, eleggibilità e compatibilità del personale politico»<sup>11</sup>.

La rilevanza della legislazione di contorno è evidente nella misura in cui almeno parte di essa può condizionare il rendimento dei sistemi elettorali<sup>12</sup>: è noto, ad esempio, che la riforma elettorale del 1993 non si è accompagnata ad una legislazione di contorno che ne assecurasse la *ratio*: così, i provvedimenti di riforma introdotti dopo l'entrata in vigore delle ll. 276 e 277/1993, quali quelli sul finanziamento delle formazioni politiche e della stampa di partito e sulla composizione dei gruppi parlamentari (si pensi alla revisione del regolamento della Camera del 1997, con riferimento alle componenti politiche del gruppo misto) sono stati considerati del tutto incoerenti con la logica profonda della riforma elettorale, in quanto connotati da «un pluralismo talmente accentratato da essere oggettivamente irriducibile ad una logica di tipo bipolare»<sup>13</sup>.

## 2. Il modello originario: la “Repubblica dei partiti” e la legislazione elettorale di tipo proporzionale

Secondo Cheli, in una prospettiva storica, la legislazione elettorale costituisce quindi una questione costituzionale di grande rilevanza e, in un certo senso, pregiudiziale rispetto alle altre: si tratta di un tema «che la Costituzione non intese fissare sul piano costituzionale ed il cui sviluppo è stato condizionato dall'eterno conflitto tra rappresentanza e governabilità, tra sistemi elettorali a impianto proporzionale e sistemi elettorali a impianto maggioritario»; per cui «da qui bisogna partire perché le scelte oscillanti e spesso compromissorie operate dalla politica con le leggi elettorali che si sono succedute nel tempo hanno finito per segnare le grandi stagioni della nostra storia non solo politica, ma anche istituzionale»<sup>14</sup>.

In questo senso, proprio alla luce delle scelte in materia elettorale è possibile scandire tre fasi nella storia costituzionale della Repubblica: la prima, connotata da sistemi proporzionale nel contesto di una “dominanza” dei partiti; la seconda, dagli anni '90 fino al primo decennio del nuovo secolo, «che dopo il crollo dei partiti storici registra il tentativo non riuscito di trasformare,

<sup>11</sup> E. CHELI, *Forma di governo e legge elettorale*, in *Il Mulino*, 2014, p. 204 (anche in ID., *Taccuino*, cit., pp. 409 ss.).

<sup>12</sup> Secondo Cheli, infatti, la legislazione in questione è essenziale nella prospettiva del migliore funzionamento dei sistemi elettorali, oltre a giocare un ruolo importante in una strategia di contenimento della frammentazione: E. CHELI, *Quale riforma elettorale?*, in Astrid, *La riforma elettorale*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2007, p. 14 (in ID., *Taccuino*, cit., pp. 381 ss.).

<sup>13</sup> S. MERLINI, *Governo e forma di governo nella proposta della Bicamerale dalla filosofia del discorso di Bayeux a quella del «patto della crostata»*, in M.P. CHITI, L. STURLESE (a cura di), *La riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 75.

<sup>14</sup> E. CHELI, *Le fratture dell'Italia e il rendimento storico della Costituzione repubblicana*, in *Quad. cost.*, 2024, p. 960.



attraverso il maggioritario, il sistema politico da multipolare in bipolare»; la terza fase, aperta a partire dal 2013 ma in qualche modo suggellata dalla riforma elettorale del 2017, connotata dall'emergere del populismo e del trasformismo; come si dirà (par. 9), non è chiaro se l'attuale XIX legislatura, con la prospettiva delle revisione costituzionale del c.d. "premierato" segni una quarta fase, all'insegna di una possibile forte discontinuità sul terreno della forma di governo<sup>15</sup>.

La prima fase è dunque quella che prende le mosse dalle scelte dell'Assemblea costituente in materia di forma di governo e di legislazione elettorale.

Come più volte sottolineato da Cheli, l'obiettivo primario dei Costituenti fu quello del recupero dell'unità nazionale in un Paese che veniva dagli anni tragici della dittatura e della guerra. In questo contesto, «costruire una democrazia moderna in un paese diviso fu dunque la sfida maggiore che i costituenti si trovarono a dover affrontare», con tutti i problemi derivanti dal fatto che «un paese diviso è anche un paese poco incline per sua stessa natura ad accettare quel principio di pari legittimazione di tutte le forze in campo che sta alla base di ogni vera esperienza democratica»<sup>16</sup>.

Da qui, anche per evitare rischi di nuove involuzioni autoritarie, la scelta per una forma di governo parlamentare – che risultava congeniale ad un assetto multipartitico, connotato da profonde divisioni, del sistema politico – in una logica nella quale obiettivo primario era quello, da un lato, di radicare e conservare un assetto democratico evitando rotture traumatiche<sup>17</sup>, e, dall'altro, di introdurre strumenti di razionalizzazione e correzione rispetto alle forme più note dei governi parlamentari<sup>18</sup>: i primi riconducibili alla disciplina del rapporto fiduciario e ai poteri di direzione e coordinamento affidati al Presidente del Consiglio; i secondi alla predisposizione di un sistema di limiti alla maggioranza e quindi alla «forte presenza di poteri di controllo sull'indirizzo politico della maggioranza, attribuiti al capo dello Stato e ad una Corte costituzionale cui viene affidato il compito di verificare la legittimità degli indirizzi di maggioranza che si esprimono attraverso le leggi»<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> E. CHELI, *Le fratture dell'Italia*, cit., pp. 961 ss.

<sup>16</sup> E. CHELI, *Le riforme costituzionali tra politica e storia*, in *Le riforme per l'Italia*. Atti del Convegno di Firenze, venerdì 5 marzo 2010, in [www.astrid-online.it/rassegna](http://www.astrid-online.it/rassegna), 2010, n. 7, p. 3 (anche in ID., *Taccuino di un costituzionalista*, a cura di Michela Manetti, Modena, Mucchi, 2015, pp. 401 ss.).

<sup>17</sup> E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, pp. 513 ss. (anche in ID., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 15 ss. e in ID., *Taccuino*, cit., pp. 17 ss.).

<sup>18</sup> E. CHELI, *La tradizione italiana del governo parlamentare*, in ID., *La riforma mancata. Tradizione e innovazione nella Costituzione italiana*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 45.

<sup>19</sup> E. CHELI, *Il governo parlamentare*, in ID., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 90. Ma sul punto, cfr. già, per tutti, ID., *Il problema storico*, cit., pp. 513 ss.

Il modello scelto dai Costituenti è quindi connotato da originalità e novità, poiché con esso «si era venuti a individuare un inedito punto di equilibrio (inedito in quanto sconosciuto alla tradizione dei governi parlamentari) tra funzioni di indirizzo, affidate al raccordo tra Parlamento e Governo, e funzioni di controllo affidate, da un lato, ai poteri del Capo dello Stato, dall'altro, ai poteri della Corte costituzionale»<sup>20</sup>.

Parte integrante di questo modello era la *ratio* proporzionalistica delle leggi elettorali, «poiché bisognava garantire tutti ed evitare le rotture che avrebbero impedito il consolidamento della democrazia»<sup>21</sup>.

La riaffermazione della proporzionale fu, dunque, il vero “compromesso” posto alla base dell'ordine del giorno Perassi, che coinvolgeva non soltanto i tre partiti di massa, ma anche i partiti minori, pronti a scambiare i principi della forma di governo con le garanzie di una loro, anche se modesta, rappresentanza in Parlamento.

Significativo è in questo senso il fatto che Mortati già nel settembre 1946, pur insistendo sulla rilevanza delle scelte in materia elettorale sul funzionamento della forma di governo, proponesse, in opposizione a Einaudi, l'adozione di sistemi proporzionali per l'elezione delle Camere, essendo «quello meglio rispondente ad abituare il popolo non solo alla migliore scelta degli uomini (esigenza anch'essa essenziale) ma alla valutazione e scelta dei programmi»<sup>22</sup>.

Stante la riconosciuta centralità dei partiti politici, il Parlamento poteva essere al centro di una forma di governo democratica se, ed in quanto, fosse «la fotografia il più possibile fedele dei contrasti di opinione e di tendenze politiche che esistono nel paese»<sup>23</sup>.

La concentrazione del mandato politico sui partiti e la contemporanea affermazione di un pluripartitismo quanto più ampio possibile posero, però, i Costituenti di fronte al problema della stabilità, dato che sembrava profilarsi come “risultato fatale” un assetto permanente di Governi di coalizione, con seri rischi proprio per la durata e per la coerenza della loro azione<sup>24</sup>.

Tutto il dibattito alla Costituente sulla forma di governo, successivo alla presentazione del progetto, ruotò, in fondo, attorno a questa questione: con i

<sup>20</sup> E. CHELI, *La forma di governo italiana: perché confermarla, come riformarla*, in F. BASSANINI, R. GUALTERI (a cura di), *Per una moderna democrazia europea. L'Italia e la sfida delle riforme istituzionali*, Firenze-Antella, Passigli, 2009, p. 74 (anche in ID., *Nata per unire*, cit., pp. 147 ss. e in ID., *Taccuino*, cit., pp. 387 ss.).

<sup>21</sup> E. CHELI, *La forma di governo italiana e le prospettive della sua riforma*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 12*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 66.

<sup>22</sup> Assemblea costituente, seconda sottocommissione, 5 settembre 1946, res. somm., p. 128.

<sup>23</sup> L. BASSO, *Il principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*, Milano, Feltrinelli, 1958, p. 172.

<sup>24</sup> Sul punto, S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 80 ss.

comunisti, e spesso i socialisti, contrari ad ogni forma di stabilizzazione (nel presupposto, ormai smentito dai fatti, che sarebbe stato possibile e necessario recuperare la forma di governo del CLN) e gli altri partiti impegnati, invece, nella ricerca di istituti di stabilizzazione compatibili con un “multipartitismo estremo”<sup>25</sup> ormai consapevolmente accettato.

Come è noto, le proposte più forti di razionalizzazione risultarono alla fine sconfitte<sup>26</sup>, in favore di un modello connotato da elasticità sul versante del tessuto costituzionale<sup>27</sup>, cui fece, come detto, da *pendant* la scelta per sistemi proporzionali per l’elezione delle due Camere che però non fu costituzionalizzata.

Se da un lato, queste scelte di fondo si sono rivelate positive, perché «nessuno dei partiti costituenti è stato espulso dal Parlamento a parte i casi di autodissoluzione»<sup>28</sup> e, soprattutto, hanno contribuito in modo decisivo alla legittimazione del sistema politico<sup>29</sup>, dall’altro, con specifico riferimento alle scelte in materia elettorale, la scelta per la proporzionale ha «favorito un fattore contrario al modello parlamentare, cioè la moltiplicazione delle forze politiche e la frammentazione all’interno di tali forze»<sup>30</sup>.

In questo contesto, l’entità modesta delle formazioni politiche facenti comunque parte delle coalizioni di governo non solo era tale da impedire a priori che il sistema proporzionale fosse corretto «o rettificato a fini di stabilizzazione governativa nel senso suggerito dall’esperienza tedesca», ma ha addirittura ha costretto «ad adottare modalità che agevolano la frammentazione dei partiti»<sup>31</sup>.

### 3. La controversa vicenda della legge “truffa”

Nella lunga stagione della “Repubblica del proporzionale” una parentesi, e insieme un’eccezione, è data dall’approvazione della l. 148/1953 intervenuta alla fine della I legislatura, in un contesto di scontro politico estremamente acceso, tra maggioranza e opposizioni di sinistra che coniarono di tale legge una espressione evidentemente polemica (“legge truffa”).

L’obiettivo della DC di De Gasperi, in prima approssimazione, era quello di tentare di “blindare” la coalizione centrista (DC, PSDI, PRI, PLI) rispetto a una possibile emorragia di voti in direzione di forze politiche (di sinistra ma

<sup>25</sup> L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 657 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, per tutti, G. AMATO, F. BRUNO, *La forma di governo italiana: dalle idee dei partiti alla Costituente*, in *Quad. cost.*, 1981, 1, pp. 33 ss. (anche in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 5 ss.).

<sup>27</sup> E. CHELI, *La forma di governo italiana e le prospettive della sua riforma*, cit.

<sup>28</sup> C. CHIMENTI, *Un parlamentarismo agli sgoccioli. Lineamenti della forma di governo italiana nell’esperienza di dieci legislature*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 95.

<sup>29</sup> Per tutti, A. SPREAFICO, *Il rendimento dei sistemi elettorali: il caso italiano*, in *Quad. cost.*, 1981, pp. 489 ss.

<sup>30</sup> E. CHELI, *La forma di governo italiana e le prospettive della sua riforma*, cit., p. 66.

<sup>31</sup> L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 657.

anche di estrema destra e monarchiche) non associabili al Governo perché considerate antisistema; e ciò in un contesto di democrazia bloccata, connotata dalla c.d. *conventio ad excludendum*.

Ad avviso di Cheli, tale legge, intervenuta nella tumultuosa fase conclusiva della I legislatura, e in un contesto di diffusa inattuazione della Costituzione, rappresentò «un vero e proprio tentativo di rottura del tessuto costituzionale esistente» in quanto, attraverso la previsione di un premio di maggioranza in favore della lista o coalizione di liste che avessero ottenuto la maggioranza assoluta dei voti, avrebbe fatto «seriamente temere l'esistenza di un disegno diretto a emarginare dal sistema (eventualmente anche attraverso l'impiego dello strumento della revisione costituzionale) le forze di sinistra»; da qui, la conclusione secondo la quale «senza alcun dubbio è questo il momento in cui le fortune della nuova carta vengono a toccare il loro momento più basso»<sup>32</sup>.

La posizione di Cheli non è ovviamente isolata: parte della dottrina coeva alla legge dubitò della legittimità costituzionale della stessa, sul presupposto che la Costituzione imponesse (artt. 48, 72, 82) la necessità di sistemi elettorali proporzionali<sup>33</sup>, mentre il premio di maggioranza avrebbe determinato alterazioni intollerabili con riguardo all'elezione degli organi di garanzia e al procedimento di revisione costituzionale<sup>34</sup>. Particolarmente caustica la posizione di Mortati, secondo il quale la legge elettorale del 1953 sarebbe stata espressione dell'intento della DC di perpetuare un dominio che aveva esercitato per tutta la I legislatura «senza incontrare alcun limite efficiente per opera dei piccoli partiti fiancheggiatori»<sup>35</sup>.

Peraltro, come è noto, la Corte costituzionale, almeno in linea di principio, ha escluso che la Costituzione imponga l'adozione di sistemi proporzionali. Non solo, ma a distanza di molti anni dalla “legge truffa”, nella sent. 35/2017, relativa alla disciplina del premio di maggioranza previsto dalla l. 52/2015 (c.d. “italicum”), ha ritenuto la soglia del 40% dei voti per il conseguimento del premio di maggioranza giustificabile «poiché volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro». Infatti, secondo la Corte, «a ritenere il contrario, si dovrebbe argomentare la non compatibilità con i principi costituzionali di una

<sup>32</sup> E. CHELI, *Il problema storico*, cit., pp. 521-522.

<sup>33</sup> C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 849 ss.

<sup>34</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro pad.*, 1954, IV, pp. 49 ss.

<sup>35</sup> C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 230.

determinata soglia numerica per l'attribuzione del premio, fino a considerare — quale condizione per il positivo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità della disciplina premiale — la sola attribuzione, non già di un premio “di maggioranza”, ma di un premio “di governabilità”, condizionato al raggiungimento di una soglia pari almeno al 50 per cento dei voti e/o dei seggi, e destinato ad aumentare, al fine di assicurare la formazione di un esecutivo stabile, il numero di seggi di una lista o di una coalizione che quella soglia abbia già autonomamente raggiunto»<sup>36</sup>.

In tal modo, la Corte ha di fatto giustificato *ex post* i contenuti essenziali della l. 148/1953. Ed in effetti, la locuzione “legge truffa”, a maggior ragione se rapportata a leggi elettorali successivamente approvate, appare esagerata, se si considera che essa, con riferimento all'elezione della Camera dei deputati, introduceva un premio di maggioranza pari a 380 seggi su 590 (e quindi pari a poco meno dei 2/3 dei seggi) in favore della coalizione più votata che avesse comunque ottenuto la maggioranza assoluta dei voti validamente espressi; pertanto, tale premio risultava solo limitatamente «artificioso»<sup>37</sup>, come invece sarebbe stato quello previsto dalla l. 270/2005.

Inoltre, con riferimento alla questione della torsività del premio e dei conseguenti rischi connessi ai *quorum* per l'elezione degli organi di garanzia e, soprattutto, per la revisione costituzionale, la legge in questione si riferiva solo al sistema elettorale della Camera, come giustamente fu osservato da Guarino<sup>38</sup>; pertanto, il disegno politico sotteso all'approvazione della l. 148/1953 confidava probabilmente nella possibilità di pervenire, subito dopo il rinnovo della Camera, all'approvazione di una legge analoga anche per il Senato<sup>39</sup>, ovvero ad un effetto “trainante” delle successive elezioni del Senato, a seguito di quelle della Camera.

Per pochissimi voti il premio di maggioranza nelle elezioni del 1953 non scattò (la coalizione centrista si fermò al 49,8%), anche se un numero anomalo di schede bianche e nulle soprattutto in alcune zone del territorio nazionale avrebbe potuto legittimare contestazioni che la DC decise però di non cavalcare<sup>40</sup>. Il fallimento della riforma fu favorito anche dalla presentazione di liste

<sup>36</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.

<sup>37</sup> Così, invece, E. CHELI, *Il problema storico*, cit., p. 58.

<sup>38</sup> Secondo il quale «per una di quelle deformazioni collettive della realtà, che sono tanto frequenti ma non per questo meno dannose, nelle discussioni sulla legge elettorale da tutti e sempre si identificò la Camera dei deputati con il Parlamento, come se quest'ultimo costituisse un corpo unitario e non fosse diviso in Camere distinte»: G. GUARINO, *Lo scioglimento anticipato del Senato*, in *Foro it.*, 1953, p. 90.

<sup>39</sup> Come è noto, la scadenza naturale del Senato era fissata per il 1954, poiché la durata di questo ramo del Parlamento era fissata in sei anni, ai sensi dell'originario testo dell'art. 60, comma 1, Cost..

<sup>40</sup> Sul punto, in particolare, V. LONGI, *La legge «truffa» del 1953 e le proposte della Bicamerale*, in *Rass. parl.*, 1997, pp. 611 ss. e, in precedenza, un'intervista allo stesso in *Ideazione*, settembre-ottobre

formate da esponenti politici già facenti parte di partiti della coalizione centrista che ottennero risultati modesti ma tali da sottrarre voti decisivi alla DC e ai suoi alleati.

Nella successiva legislatura la l. 615/1954 si limitò alla mera abrogazione della “legge truffa”, ripristinando pertanto la legge elettorale della Camera previgente e chiudendo così una stagione di aspre polemiche e conflittualità politiche.

La sconfitta della coalizione centrista nel 1953 e il conseguente superamento della “legge truffa” determinarono effetti di lungo periodo: come è stato esattamente osservato, «da un lato, la forma italiana di governo subì contraccolpi di vario genere, destinati a manifestarsi fin dagli inizi della seconda legislatura. D’altro lato, per oltre venticinque anni non si ebbero ulteriori tentativi di ulteriori tentativi di incisive riforme dei sistemi elettorali, né quanto alla Camera né quanto al Senato»<sup>41</sup>.

Infatti, dopo l’approvazione e il successivo fallimento della “legge truffa” «ogni intervento di tipo istituzionale viene guardato d’ora in poi con sospetto e assume in qualche modo i caratteri di un attentato alla Costituzione»<sup>42</sup>.

Non ha torto quindi chi ha ritenuto che «la fallita riforma elettorale del 1953 è il primo e ultimo tentativo di dare una risposta istituzionale, attraverso la modifica del sistema elettorale, alla debolezza congenita del sistema parlamentare italiano»<sup>43</sup>.

Da quel momento il problema della governabilità, in un contesto comunque di tendenziale stabilità delle politiche<sup>44</sup>, fu affrontato solo sul piano politico, in un contesto nel quale i partiti erano al centro del sistema, quali protagonisti del patto costituente<sup>45</sup> e, per questo, anche e soprattutto interpreti della

1995, pp. 186 ss.; sulla vicenda cfr. anche G. ANDREOTTI, *De Gasperi visto da vicino*, Milano, Rizzoli, 1986, pp. 241 ss.; C. RODOTÀ, *Storia della “legge truffa”*, Roma, Edizioni Associate, 1992, pp. 105 ss.

<sup>41</sup> L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 116.

<sup>42</sup> P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 343.

<sup>43</sup> P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti*, cit., *ivi*.

<sup>44</sup> Per tutti, G. GALLI, *Dal bipartitismo imperfetto alla possibile alternativa*, Bologna, Il Mulino, 1975, pp. 33 ss., che parlava di «inamovibilità sussultoria» dei governi a direzione democristiana.

<sup>45</sup> Come fu autorevolmente affermato, «l’affermarsi dei partiti quali effettivi centri decisionali in ogni settore della vita pubblica nazionale precede lo stesso riconoscimento formale del diritto dei cittadini di formare e iscriversi in partiti [...] L’intera esperienza precostituente ed in larghissima misura quella costituente è esperienza partitica. La nuova Costituzione è stata tenuta a battesimo dalla cosiddetta “partitocrazia” e l’art. 49 ha avuto anzitutto il significato di riassumere e consacrare nella più alta sede normativa gli aspetti essenziali di una realtà ormai irrevocabile»: V. CRISAFULLI, *Garantismo e programmaticità dell’art. 49 della Costituzione. I partiti nella realtà socio-politica italiana*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1968, n. 2, p. 12.

Costituzione<sup>46</sup>, non essendo ancora dominante la critica alle degenerazioni di un tale sistema<sup>47</sup>.

#### 4. Le proposte di modifica della legislazione elettorale nella stagione del proporzionale

Con il rapimento e l'uccisione di Aldo Moro e la fine dell'esperienza della "solidarietà nazionale" prese gradualmente avvio il dibattito sulle riforme istituzionali; la "via politica" alla governabilità si era rivelata inadeguata, e d'altra parte con l'erosione della *conventio ad excludendum* che si realizzò tra il 1976 e il 1979 «comincia a farsi strada l'idea che anche la nostra forma di governo possa avviarsi verso un sistema di alternanza tra forze politiche diverse alla guida del Paese, con conseguente recupero di una distinzione tra maggioranza e opposizione, che ne rendesse più trasparenti le rispettive responsabilità [...] Di qui le nuove parole-guida: non più centralità delle assemblee elettive, ma governabilità, nel segno dell'efficienza e della trasparenza nei confronti dell'elettorato»<sup>48</sup>.

Come fu messo lucidamente in evidenza, la svolta degli anni settanta, anche alla luce dell'evoluzione del quadro politico, lasciava intravedere una doppia alternativa possibile: o una evoluzione verso una forma di governo assembleare o il varo di «talune riforme dell'apparato centrale e la razionalizzazione del potere di indirizzo»<sup>49</sup>.

In effetti, soprattutto sul piano dottrinale in questo periodo fiorì un dibattito che idealmente avrebbe anticipato alcune linee che sarebbero state riprese successivamente.

Teresi ha non a torto distinto il dibattito di questi anni in due posizioni fondamentali: «una relativa a *modificazioni nel sistema* (cosiddetta *micro-ingegneria costituzionale* o delle *riforme "soffici"*)» che, mantenendo fermo il quadro politico-costituzionale, vuole incidere sul funzionamento delle singole istituzioni [...]; e l'altra che riguarda le *modificazioni del sistema* (cosiddetta *macro-ingegneria costituzionale* o delle *riforme "dure"*), che va al cuore del sistema politico toccando la forma di governo e/o il sistema elettorale»<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> F. TERESI, *La strategia delle riforme. La tormentata revisione della Costituzione repubblicana. Materiali di studio*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 14.

<sup>47</sup> Tra questi, L. BASSO, *Il principe senza scettro*, cit.

<sup>48</sup> P. CARETTI, *La forma di governo*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 585.

<sup>49</sup> E. CHELI, *La Costituzione alla svolta del primo ventennio*, in *Pol. dir.*, 1971, pp. 173 ss. (anche in ID., *Taccuino*, cit., pp. 57 ss.).

<sup>50</sup> F. TERESI, *La strategia delle riforme*, cit., pp. 19-20. Da parte sua, Giuliano Amato ha parlato di riforme "dei rami bassi", alcune delle quali poi effettivamente realizzate (si pensi alla l. 400/1988 o alla revisione della disciplina del voto segreto in Parlamento): G. AMATO, *Il PSI e la riforma delle istituzioni*, in G. ACQUAVIVA, L. COVATTA (a cura di), *La «grande riforma» di Craxi*, Marsilio, Venezia, 2010, p. 46.

Sul piano di possibili riforme elettorali, maturarono ipotesi più o meno radicali di riforma.

A partire dalla metà degli anni '70 *Mondoperaio* approfondì il tema, ospitando contributi diversi che in massima parte proponevano correttivi alle leggi elettorali in vigore senza intaccare l'impianto proporzionalistico che le animava.

Le varie e diverse proposte emerse non lasciavano tuttavia molte illusioni agli stessi autori, uno dei quali ebbe ad osservare come «in una democrazia “difficile” come la nostra, un eventuale cambiamento delle regole del *gioco* sia obiettivamente impossibile, se non come frutto di un larghissimo compromesso fra le forze presenti nell'arena»<sup>51</sup>.

In tal modo, peraltro, rimanevano irrisolti i nodi di una legislazione elettorale che in questa fase politico-istituzionale cominciavano ad appalesarsi con grande evidenza e tra questi il fatto che sia il sistema elettorale della Camera che quello del Senato «scinde nettamente in due le decisioni politiche: agli elettori lascia scegliere i parlamentari; ai partiti in Parlamento lascia scegliere il Governo», cosicché «lo spazio che intercorre fra la scelta dell'elettore e la scelta del Governo è uno spazio molto consistente, proprio perché il sistema elettorale non vincola i partiti a schieramenti preventivi»<sup>52</sup>.

Nella VIII legislatura il dibattito sulle riforme istituzionali conobbe una svolta: è del 1982 il c.d. “decalogo Spadolini”, alla base della formazione del secondo governo presieduto dal *leader* repubblicano<sup>53</sup>; nello stesso anno le Commissioni permanenti Affari costituzionali dei due rami del Parlamento costituirono al proprio interno due comitati di studio (presieduti alla Camera da Roland Riz e al Senato da Francesco Paolo Bonifacio), finalizzati alla redazione di un inventario ragionato delle proposte all'esame delle Camere in materia istituzionale<sup>54</sup>.

È però da ricordare che tali documenti nulla prevedevano in materia elettorale.

Tuttavia, all'interno del PSI, dopo il noto articolo di Craxi su *L'Avanti* del 28 settembre 1979<sup>55</sup>, furono studiati anche limitati correttivi alla legislazione

<sup>51</sup> F. LANCHESTER, *Materiali per una riforma elettorale*, in *Mondoperaio*, 1979, n. 10, p. 41.

<sup>52</sup> G. AMATO, *I sistemi elettorali in Italia*, cit., p. 523.

<sup>53</sup> Sul quale, in particolare, A. MANZELLA, *Sui “dieci punti” del II Governo Spadolini*, in *Nuova Antologia*, 2002, pp. 56 ss.

<sup>54</sup> Il testo delle relazioni è riportato, rispettivamente, in Camera dei deputati, *Comitato di studio per l'esame dei problemi istituzionali, nominato su invito del Presidente della Camera dei Deputati, previo accordo dei Presidenti dei due rami del Parlamento (settembre-ottobre 1982)*, Camera dei deputati, Roma, 1982; Senato della Repubblica, *Comitato per lo studio delle questioni istituzionali, Relazione del Comitato per lo studio delle questioni istituzionali*, Roma, Tipografia del Senato, 1983.

<sup>55</sup> Il testo dell'articolo è rinvenibile anche in G. ACQUAVIVA, L. COVATTA (a cura di), *La «grande riforma» di Craxi*, cit., pp. 185 ss.



elettorale<sup>56</sup>, nel quadro di proposte di riforma «possibili ed utili, suscettibili di incidere sulla funzionalità del Governo parlamentare» a cui lavorò anche Cheli<sup>57</sup>, prima che il partito abbracciasse tesi ispirate a un modello di tipo presidenziale.

In particolare, egli suggerì la proposta di un “patto di legislatura” tra le forze politiche e il Capo dello Stato, in forza del quale le prime avrebbero dovuto presentarsi alle elezioni con un programma di coalizione, finalizzato alla costituzione di un governo di legislatura, la cui crisi avrebbe dovuto portare allo scioglimento anticipato delle Camere<sup>58</sup>.

Rimane però il fatto che in questa stagione i veti incrociati tra i partiti e, in particolare, tra DC e PSI, impedirono un percorso di riforma che investisse il livello costituzionale e quello della legislazione elettorale, determinando, in particolare, il fallimento anche della Commissione Bozzi nella quale le proposte di riforma della DC e, in termini simili, della Sinistra indipendente, di utilizzare la leva delle correzioni alle leggi allora in vigore per favorire l'apparentamento tra forze politiche e quindi la formazione di coalizioni pre-elettorali, consentendo ai cittadini di «pronunciarsi non solo sul peso relativo della rappresentanza di ogni forza politica e di ogni partito, ma anche sulla maggioranza di governo»<sup>59</sup>, non potevano essere accettate né dai partiti laici minori (con alcune eccezioni, tra le quali quella dello stesso Presidente Bozzi, peraltro contrario, in linea di principio, a meccanismi di apparentamento<sup>60</sup>), né, soprattutto, dal PSI, il cui campo di azione e il cui ruolo di partito *pivot* sarebbe stato inevitabilmente ridimensionato<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Oltre a G. AMATO, *I sistemi elettorali in Italia*, cit., pp. 521 ss. e *Riforma elettorale e funzioni di governo*, in S. AMOROSINO, M. BACCIANINI (a cura di), *Una Costituzione per governare. La «grande riforma» proposta dai socialisti*, Venezia, Marsilio, 1982, pp. 26 ss. si deve ricordare almeno A. SPREAFICO, *Quale riforma elettorale e quale «diritto dei partiti»*, in *L'Avanti*, 2 aprile 1982 e, dello stesso, *Il rendimento dei sistemi elettorali*, cit.

<sup>57</sup> Si veda, in particolare, E. CHELI, *Parlamento e Governo, le riforme possibili ed utili*, Relazione alla Conferenza programmatica del PSI «Governare il cambiamento» (Rimini, 31 marzo-4 aprile 1982), in *Quaderni di «Il Compagno»*, Roma, 1982 (anche in G. ACQUAVIVA, L. COVATTA (a cura di), *La «grande riforma» di Craxi*, cit., pp. 223 ss.).

<sup>58</sup> E. CHELI, *Parlamento e Governo*, cit., p. 231. Per una critica a tale ipotesi, che avrebbe attribuito al Capo dello Stato un potere di enorme portata, cfr., in particolare, B. CARAVITA, M. LUCIANI, *Oltre la «democrazia bloccata»: ipotesi sui meccanismi elettorali*, in *Dem. e dir.*, 1982, pp. 105-106.

<sup>59</sup> Così, il sen. Ruffilli: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, IX legislatura, Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, 18 luglio 1984, res. sten., p. 488.

<sup>60</sup> Bozzi si disse favorevole «ad una “cultura della coalizione” [...] I partiti dovrebbero trovare il modo di realizzare prima delle elezioni un progetto di coalizione, un progetto di governo e un progetto di programma, da sottoporre al corpo elettorale, il quale accettandolo o respingendolo, sa che cosa lo attende»: A. SENSINI, *Prima o seconda Repubblica? A colloquio con Aldo Bozzi e Gianfranco Miglio*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986, p. 79.

<sup>61</sup> M.S. PIRETTI, *Il premio di maggioranza: dalla legge “Acerbo” alla Commissione Bozzi*, in A. CHIARAMONTE, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il premio di maggioranza. Origini, applicazione e implicazioni di una peculiarità italiana*, Roma, Carocci, 2011, p. 51.

Non ha quindi torto chi ha affermato che tali proposte avrebbero esercitato un ruolo decisivo nel segnare in negativo la sorte della Commissione: l'opposizione del PSI, dei partiti laici, ma anche del PCI segnò la reiezione anche delle proposte di questi ultimi, in un contesto di «guerra non dichiarata di tutti contro tutti che non può portare a nulla di buono»<sup>62</sup>.

Non a caso, il PSI pose una condizione impossibile da accettare per la DC, ovvero una sorta di scambio tra un sistema elettorale fondato sugli apparentamenti e l'elezione diretta del Capo dello Stato, "garante" dell'accordo<sup>63</sup>.

### 5. La riforma elettorale del 1993: una svolta mancata?

La svolta del 1993 è colta da Cheli in una serie di importanti contributi, che partono dall'assunto secondo il quale in quegli anni le scelte operate dai Costituenti e, in particolare, la "convenzione proporzionalistica"<sup>64</sup>, che aveva segnato in profondità il primo lungo periodo della storia repubblicana (con la sola parziale eccezione della "legge truffa"), erano entrate in crisi anche e soprattutto per un paradosso, ovvero «se il modello era costruito sulla garanzia e sui limiti alla maggioranza, cioè sul fatto che, nel bilanciamento tra efficienza e garanzia, la garanzia doveva contare di più perché questa era la chiave per la sopravvivenza delle forze in campo, il modello ha sì funzionato, perché ha garantito questa sopravvivenza ed il consolidamento della democrazia, ma ha anche funzionato troppo, perché ha finito per ostacolare l'azione dei governi nonché l'unità e l'omogeneità degli indirizzi, determinando situazioni di inefficienza generale nella macchina amministrativa»<sup>65</sup>.

A questi fattori debbono aggiungersi poi quelli legati all'iniziativa referendaria, le inchieste della magistratura e la conseguente decimazione della classe dirigente, l'emergere di nuovi soggetti politici che ebbero successo stante l'«atteggiamento di crescente insofferenza e di rifiuto che, specialmente a partire dalla fine degli anni '80, si è andato sempre più diffondendo nel corpo sociale verso il sistema tradizionale dei partiti» il quale aveva «retto e guidato la vita politica nazionale e la macchina dello Stato dal dopoguerra ad oggi»<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> P. ARMAROLI, *L'introvabile governabilità*, Padova, Cedam, 1986, p. 260.

<sup>63</sup> In questo senso si espresse l'on. Andò nella seduta del 2 febbraio 1984: Camera dei deputati, Senato della Repubblica, IX legislatura, Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, 2 febbraio 1984, res. sten., pp. 120 ss.

<sup>64</sup> Sulla quale, in particolare, F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 156 ss.

<sup>65</sup> E. CHELI, *La forma di governo italiana e le prospettive della sua riforma*, cit., p. 68.

<sup>66</sup> E. CHELI, *Riflessi della transizione nella forma di governo*, in *Quad. cost.*, 1994, pp. 391-392 (anche in ID., *Taccuino*, cit., pp. 237 ss.) e, dello stesso, *Gli sviluppi della forma di governo nella XI legislatura. Riflessi sul principio di legalità*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 5*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 6-7.

In effetti, la svolta del 1994 aveva via via sgretolato i quattro pilastri sui quali il tessuto costituzionale si era andato consolidando, ovvero la presenza di uno Stato fondato sui partiti (e in particolare su quelli che avevano concorso alla liberazione del Paese dal fascismo); la definizione di leggi elettorali di tipo proporzionale, che, stante la disomogeneità che connotava il sistema, realizzavano «un patto di reciproca garanzia tra le diverse forze in campo»; l'esistenza di una rigida ripartizione dei ruoli tra maggioranza e opposizione nell'ambito della forma di governo parlamentare; l'affermazione di una assoluta insindacabilità da parte degli organi dello Stato delle decisioni riferibili alla vita interna dei partiti. Ad avviso di Cheli, con la svolta del 1993 «questi quattro pilastri sono, uno dopo l'altro, crollati o si stanno sfaldando. Per questo non siamo in presenza soltanto di un ricambio di maggioranza o di classe politica, bensì del mutamento delle basi su cui l'ordinamento repubblicano fu, a suo tempo, impiantato»<sup>67</sup>.

Indubbiamente, la tesi di Cheli richiamava quella del Presidente del Consiglio Amato, che nel noto discorso alla Camera del 21 aprile 1993, all'indomani dell'esito del *referendum* Segni, ebbe a parlare di «un autentico cambiamento di regime, che fa morire dopo settant'anni quel modello di partito-Stato che fu introdotto in Italia dal fascismo e che la Repubblica aveva finito per ereditare, limitandosi a trasformare un singolare in plurale»<sup>68</sup>.

In questo senso, non pochi autori<sup>69</sup>, e tra questi Cheli, ritenevano che la svolta indotta dai *referendum* Segni potesse indurre mutamenti costituzionali o, addirittura, «un vero e proprio processo costituente, destinato a ricomporre e saldare gli equilibri di una nuova “costituzione materiale” in grado di sostituire quella che oggi si va dissolvendo»<sup>70</sup>; come è noto, Carlo Mezzanotte intravide proprio nel *referendum* elettorale del 1993 una «apparizione di potere costituente, secondo vie legali, trovando nel sistema un varco (l'art. 75) lasciato aperto dai nostri costituenti»<sup>71</sup>.

In realtà, gli avvenimenti successivi avrebbero invece confermato un'intuizione e due problemi di fondo che Cheli aveva lucidamente intuito.

<sup>67</sup> E. CHELI, *Riflessi della transizione*, cit., p. 400.

<sup>68</sup> Camera dei deputati, XI legislatura, 21 aprile 1993 (sed. pom.), res. sten., p. 12841.

<sup>69</sup> Si veda, tra questi, G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

<sup>70</sup> E. CHELI, *Riflessi della transizione*, cit., p. 400. Più radicalmente, si era sostenuto che l'avvento delle nuove leggi elettorali avrebbe determinato un atto di rottura con la Costituzione del 1948, perché tale da travolgere la «mortatiana costituzione materiale» (G.U. RESCIGNO, *A proposito di prima e seconda repubblica*, in *St. parl. pol. cost.*, 1994, 1, p. 22) ma a tale tesi si era opposto che innovazioni legislative e non costituzionali non potevano minare il tessuto costituzionale, non avendo la “forza” di mettere in discussione la superiorità giuridica della Carta fondamentale (U. DE SIERVO, *Della vitalità del sistema costituzionale italiano*, in *St. parl. pol. cost.*, 1995, 2, pp. 5 ss.).

<sup>71</sup> C. MEZZANOTTE, *Potere costituente e potere di revisione costituzionale*, in R. CARDINI, P. CARETTI (a cura di), *Riformare la Costituzione?*, Roma, Bulzoni, 1997, p. 16.

Da una parte, sono falliti a più riprese tentativi di riforma o di revisione organica della Costituzione, a cominciare da quelli della Commissione De Mita-Jotti e della Commissione D'Alema, mentre si è assistito ad un «adeguamento progressivo, anche attraverso la prassi e le norme convenzionali, della forma di governo ai nuovi equilibri»<sup>72</sup>; come si dirà anche in seguito, Cheli avrebbe successivamente espresso valutazioni negative sui percorsi di riforma della Carta fondamentale, giungendo alla conclusione che il nostro Paese non appare disposto ad accettare «grandi riforme» in grado di incidere sulla forma di Stato e sulla forma di governo, non solo per il timore di un «salto nel buio» ma soprattutto per la «convincione diffusa che la Carta repubblicana che regge l'Italia da settantacinque anni è una costituzione che, pur con tutte le sue carenze, ha sinora ben funzionato e che nelle sue linee portanti risulta adatta alle caratteristiche naturali del nostro paese»<sup>73</sup>.

Si sono poi dimostrati esatti i problemi che Cheli aveva intuito già prima delle elezioni del 1994, ovvero, come far funzionare una democrazia maggioritaria senza maggioranza (e sul punto aveva auspicato «correzioni di quelli che saranno gli effetti più distorcenti, sul piano della formazione della maggioranza, delle riforme appena introdotte in materia elettorale») e come far funzionare la nostra democrazia senza la presenza dei tradizionali partiti di massa, in ciò, profeticamente, accostando il nostro Paese a «tutto l'universo delle democrazie contemporanee (e di quelle europee, in particolare)»<sup>74</sup>.

Entrambi i problemi hanno costituito altrettanti nodi irrisolti fino ad oggi.

Il primo è risultato evidente alla stregua della prassi, che ha dimostrato quanto fosse vero il rilievo secondo il quale i sistemi elettorali introdotti nel 1993 erano maggioritari «nel senso in cui lo sono tutti i sistemi fondati sul collegio uninominale, ma non anche nel senso in cui lo sono i sistemi che assicurano una maggioranza in Parlamento»<sup>75</sup>.

Infatti, in tali sistemi, definiti «un *unicum* nel panorama dei regimi politici democratici»<sup>76</sup>, convivevano due logiche contrapposte, una tendente

<sup>72</sup> E. CHELI, *Riflessi della transizione*, cit., p. 401; sul punto, senza alcuna pretesa di completezza, i diversi contributi in: Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2001. Il Governo*, Padova, Cedam, 2002; L. VENTURA (a cura di), *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001; M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 1997; cfr., altresì, G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, Giappichelli, 2003; R. CHERCHI, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, Jovene, 2006; G. CAVAGGION, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Torino, Giappichelli, 2020.

<sup>73</sup> E. CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2023, p. 24.

<sup>74</sup> E. CHELI, *Riflessi della transizione*, cit., p. 401.

<sup>75</sup> A. PIZZORUSSO, *Costituzione e democrazia maggioritaria*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, Einaudi, 1996, p. 208.

<sup>76</sup> R. D'ALIMONTE, A. CHIARAMONTE, *Il nuovo sistema elettorale italiano: le opportunità e le*

all'aggregazione, l'altra alla ricerca della "visibilità" dei partiti, anche se alleati tra loro, mentre la logica del sistema *plurality* era "inquinata" dal fatto che al Senato la quota proporzionale era riservata ai migliori perdenti nei collegi (tale regola valeva anche alla Camera nel caso di incapacità delle liste proporzionali)<sup>77</sup>. Si trattava quindi di due sistemi elettorali diversi; e queste diversità hanno contribuito a determinare rapporti di forza diversi nei due rami del Parlamento sia nelle elezioni del 1994 che in quelle del 1996 (con ciò anticipando una caratteristica che si sarebbe ripetuta nella vigenza della l. 270/2005).

L'ibridazione della logica maggioritaria è risultata ancora più evidente nella prassi applicativa. Fino dalle elezioni del 1994 si è parlato di "proporzionalizzazione" del maggioritario, per indicare la "spartizione" bilanciata dei collegi uninominali tra i diversi partiti di ciascuna coalizione, con l'attribuzione di un pacchetto di "collegi sicuri" (nei quali, cioè, era ritenuta probabile la vittoria) anche a piccole formazioni potenzialmente decisive ai fini della vittoria nei collegi ma senza alcuna possibilità di ottenere seggi nella quota proporzionale<sup>78</sup>. In tal modo, è mancato il fenomeno dell'*incumbency*, dato che spesso gli eletti non erano ricandidati nello stesso collegio (talvolta non erano ricandidati affatto), con ciò vanificando la funzione dei collegi stessi di assecondare la selezione di una classe dirigente legata al territorio<sup>79</sup>.

È stata quindi la parte maggioritaria ad avere veicolato alti livelli di frammentazione<sup>80</sup> e, insieme, ad avere radicato un fragile assetto bipolare del sistema politico nel quale la reciproca delegittimazione delle due coalizioni principali e il "terrore" della vittoria dell'avversario rendevano inevitabile la strategia dell'allargamento, si potrebbe dire, "a tutti i costi" del loro perimetro; e ciò anche a costo di intessere alleanze con «forze collocate sulle ali estreme, forze a forte radicamento sociale, la cui consistenza è in grado di condizionare gli equilibri complessivi»<sup>81</sup>.

I sistemi elettorali del 1993 hanno quindi favorito una significativa novità rispetto al periodo precedente, ovvero la formazione di coalizioni pre-elettorali, ma essa non si è riverberata in modo significativo sulla governabilità (come

scelte, in S. BARTOLINI, R. D'ALIMONTE (a cura di), *Maggioritario ma non troppo*, cit., p. 38.

<sup>77</sup> R. D'ALIMONTE, A. CHIARAMONTE, *Il nuovo sistema elettorale italiano*, cit., p. 44.

<sup>78</sup> R. D'ALIMONTE, *L'uninomiale incompiuto*, in *Il Mulino*, 1994, pp. 55 ss.

<sup>79</sup> Per tutti, S. BARTOLINI, A. CHIARAMONTE, R. D'ALIMONTE, *Maggioritario finalmente? Il bilancio di tre prove*, in R. D'ALIMONTE, S. BARTOLINI (a cura di), *Maggioritario finalmente? La transizione elettorale 1994-2001*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 375 ss.

<sup>80</sup> Non quindi la parte proporzionale, data la soglia di sbarramento esplicita alla Camera e implicita al Senato (in quest'ultimo caso, dato il numero limitato di seggi assegnati in ciascuna Regione).

<sup>81</sup> E. CHELI, *Cultura delle istituzioni, politica e innovazione costituzionale in Italia*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *La riforma costituzionale*. Atti del Convegno, Roma, 6-7 novembre 1998, Padova, Cedam, 1999, p. 12 (anche in ID., *Taccuino*, cit., pp. 371 ss.).

pensavano i riformatori) a causa dell'eterogeneità e quindi della fragilità delle coalizioni stesse<sup>82</sup>.

I limiti di tali sistemi non furono però considerati da Cheli, almeno fino al 2007, tali da giustificare un ritorno a modelli proporzionali; anzi, una auspicabile strategia riformatrice avrebbe dovuto andare nella direzione esattamente opposta, ovvero quella del completamento della scelta maggioritaria del 1993 «con quegli strumenti che siano in grado di arricchire e potenziare le spinte aggreganti del collegio uninominale e del sistema maggioritario» e tali da «favorire il passaggio verso una semplificazione del sistema ispirata ad un criterio di gradualità», evitando rotture traumatiche e processi di semplificazione artificiosi e punitivi per le minoranze, poco compatibili «con la complessità effettiva del nostro tessuto sociale»<sup>83</sup>.

Probabilmente, alla base di questo orientamento vi era la consapevolezza anche dell'intrinseca fragilità della riforma del 1993<sup>84</sup> che non fu affatto sentita «propria» dagli attori politici che si erano affermati a partire dalle elezioni politiche del 1994 (cfr. *infra*, par. 6); cosicché i fautori di un maggioritario «puro» presentarono a più riprese iniziative referendarie con l'intento di eliminare la quota proporzionale o, comunque, di correggere i meccanismi previsti dalla legge elettorale della Camera. Si trattò peraltro di tentativi destinati all'insuccesso, in una prima fase perché i quesiti referendari furono dichiarati inammissibili dalla Corte costituzionale (sentt. 5/1995; 26/1997), in una seconda fase (1999-2000) perché i *referendum* fallirono per la mancata partecipazione al voto della maggioranza del corpo elettorale.

All'opposto, fino dal 1995 e quindi a seguito solo della prima sperimentazione dei sistemi elettorali del 1993, furono presentate proposte di revisione nel quadro di più impegnative progettazioni istituzionali (si pensi alla c.d. «Bozza Fisichella»); è però da sottolineare che tali proposte non assecondavano affatto una logica puramente e semplicemente maggioritaria ma si muovevano sul diverso terreno di sistemi misti nei quali innestare un premio di maggioranza in favore della lista o coalizione più votate.

A un modello del genere, che univa una parte maggioritaria, una proporzionale e, come detto, un premio di maggioranza, si ispirava anche l'ipotesi di legge elettorale che avrebbe dovuto accompagnare l'approvazione del testo di revisione costituzionale elaborato dalla Commissione D'Alema, ispirato a una

<sup>82</sup> Per tutti, S. COTTA, *Dopo tre elezioni: il sistema politico italiano a dieci anni dalla crisi*, in R. D'ALIMONTE, S. BARTOLINI (a cura di), *Maggioritario finalmente?*, cit., p. 39.

<sup>83</sup> E. CHELI, *Cultura delle istituzioni*, cit.

<sup>84</sup> Sulla cui genesi, oltre a A. PAPPALARDO, *La nuova legge elettorale in Parlamento*, cit., pp. 13 ss., volendo, N. LUPO, G. TARLI BARBIERI, *Dal referendum alla legge Mattarella, in 1920-2020. Carlo Azeglio Ciampi*, vol. I. *Governatore, presidente del Consiglio, ministro del Tesoro*, Pisa, Edizioni della Normale, 2021, pp. 237 ss.

forma di governo tendenzialmente semipresidenziale<sup>85</sup>, criticato da una parte importante della dottrina<sup>86</sup>. Il c.d. “patto della crostata” non era quindi affatto un sistema elettorale simile a quello francese ma risultava un modello «composito, fatto di elementi difficilmente conciliabili e amalgamabili» e, in ogni caso, «un palese passo indietro rispetto all’esito del *referendum* elettorale dell’aprile 1993», con un considerevole aumento del potere dei partiti rispetto a quello degli elettori e con una complessità e farraginosità superiori a quelle delle leggi Mattarella<sup>87</sup>.

L’insieme di questi fattori finì con il “delegittimare” la riforma elettorale del 1993, così come non giovarono alla sopravvivenza di essa le ripetute istanze, da parte dei sostenitori di un più compiuto “spirito maggioritario”, di adeguare la Costituzione a tale principio: non solo tale adeguamento non si è avuto, nonostante tentativi di riforma spesso discutibili, ma una tale esigenza finiva per dimenticare il fatto che la più immediata funzione di una legge elettorale (tradurre i voti in seggi), non poteva (e non può) essere surrogata da modifiche, più o meno estese, alla forma di governo<sup>88</sup>. Altro e diverso discorso era immaginare, come Cheli, una strategia riformatrice orientata su due linee contestuali, quella relativa alla legislazione elettorale e quella relativa a una revisione costituzionale mirante alla stabilizzazione dell’Esecutivo e al rafforzamento dell’efficacia dell’azione del Governo, attraverso un processo di graduale riduzione della frammentazione e di incentivazione all’accorpamento delle forze politiche in poli omogenei. Ebbene, secondo Cheli, il percorso di riforma elettorale assumeva (e, alla luce degli scritti successivi, assume) un peso «decisivo e pregiudiziale»<sup>89</sup>, rispetto ad ipotesi di revisione costituzionale, e ciò in linea con quanto sostenuto da Sartori<sup>90</sup>. Tuttavia, come è noto, questo orientamento non fu seguito dalla Commissione D’Alema.

<sup>85</sup> E. CHELI, *La forma di governo*, in P. CARETTI (a cura di), *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, Padova, Cedam, 1998, pp. 23 ss.

<sup>86</sup> Sul punto, per tutti, G. PITRUZZELLA, *L’ambiguo ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 723 ss.; L. CARLASSARE, *I due consoli: presidente della Repubblica e primo ministro*, in *Il Ponte-Quaderni*, *La Costituzione tra revisione e cambiamento*, aprile 1998, pp. 67 ss.; S. MERLINI, *La forma di governo: i poteri del Presidente della Repubblica*, in P. CARETTI (a cura di), *La riforma della Costituzione*, cit., pp. 33 ss.; G. FERRARA, *Le forme di governo*, in G. AZZARITI (a cura di), *Quale riforma della Costituzione?*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 25 ss.; M. LUCIANI, *La forma di governo: il progetto della Commissione bicamerale per le riforme istituzionali e le prospettive attuali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *La riforma costituzionale*, cit., pp. 221 ss.;

<sup>87</sup> G. PASQUINO, *Quel che rimane dell’ordine del giorno elettorale*, in M.P. CHITI, L. STURLESE (a cura di), *La riforma costituzionale*, cit., pp. 161 ss.

<sup>88</sup> C. PINELLI, *Problemi e prospettive per la forma di governo*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 711-712.

<sup>89</sup> Così, nella audizione del 20 marzo 1997 presso il Comitato “forma di governo” della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali: Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, Comitato “forma di governo”, 20 marzo 1997, sed. n. 14, res. sten., p. 431.

<sup>90</sup> E. CHELI, *Cultura delle istituzioni*, cit., p. 11.

L'insieme di questi fattori (oltre a quelli che saranno indicati nel par. 6) contribuì ad accantonare le leggi Mattarella, che forse costituirono «il massimo del cambiamento» che il Paese fosse disposto ad accettare in quel momento storico<sup>91</sup>; peraltro, anche alla luce delle vicende successive<sup>92</sup>, si può affermare che i sistemi elettorali adottati nel 1993, sia pure con le loro indubbi imperfezioni, sono stati i migliori tra quelli formulati negli ultimi trenta anni<sup>93</sup>.

## 6. La pessima riforma del 2005

Nonostante che alla terza applicazione delle leggi Mattarella nel 2001 si fosse prodotta una chiara maggioranza in entrambi i rami del Parlamento e cominciasse a delinarsi un assetto sostanzialmente bipolare del sistema politico<sup>94</sup>, i fattori che ne hanno determinato il loro superamento con l'approvazione della l. 270/2005 (c.d. legge Calderoli) sono stati diversi.

A quelli di fondo già individuati nel par. 5, se ne debbono aggiungere almeno altri tre.

Il primo, politicamente rilevante, fu il rendimento elettorale della coalizione di centro-destra, assai più positivo nelle competizioni proporzionali che in quelle maggioritarie, come dimostrato, in particolare, dai risultati delle elezioni della Camera del 1996 e del 2001<sup>95</sup>.

In secondo luogo, alla base della riforma del 2005 vi furono anche i problemi tecnici posti dalle leggi Mattarella, particolarmente evidenziati nelle elezioni del 2001<sup>96</sup>, e dall'approvazione della l. 459/2001, che ha reso possibile l'elezione dei deputati nella circoscrizione estero, "svuotando" la quota proporzionale in Molise<sup>97</sup>.

In terzo luogo, sono da richiamare la dichiarata preferenza dell'UDC, formazione politica determinante, in quella fase, per il centro-destra, per sistemi di tipo sostanzialmente proporzionale e il probabile "scambio" tra la riforma elettorale e la progettata riforma della II<sup>a</sup> parte costituzionale approvata alla

<sup>91</sup> C. CHIMENTI, *Il Governo dei professori. Cronaca di una transizione*, Firenze, Passigli, 1994, p. 60.

<sup>92</sup> Lo stesso Cheli avrebbe auspicato il ritorno alle leggi Mattarella, con alcuni correttivi, nella vigenza della l. 270/2005: E. CHELI, *Quale riforma elettorale?*, cit., p. 15.

<sup>93</sup> Così, G. PASQUINO, *Leggi elettorali e rappresentanza, in 1920-2020. Carlo Azeglio Ciampi*, vol. I, cit., p. 296.

<sup>94</sup> Per tutti, S. BARTOLINI, A. CHIARAMONTE, R. D'ALIMONTE, *Maggioritario finalmente?*, cit.

<sup>95</sup> R. D'ALIMONTE, *I rischi di una nuova riforma elettorale. In difesa del «mattarellum»*, in *Quad. cost.*, 2004, in particolare pp. 509 ss.

<sup>96</sup> Il riferimento è alla vicenda dei "seggi fantasma" nella XIV legislatura, sulla quale L. SPADACINI, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere: la mancata assegnazione di alcuni seggi alla Camera nella XIV legislatura*, Brescia, Promodis, 2003.

<sup>97</sup> Tale problema fu solo temporaneamente corretto dal richiamato d.l. n. 64 del 2005 (convertito, con modificazioni, dalla l. 110/2005), prevedendo che in tale circoscrizione si facessero coincidere i collegi uninominali della Camera con quelli del Senato (art. 1, comma 3, lett. a).



fine della XIV legislatura, relativa anche alla forma di governo (tema caro a Forza Italia ma anche ad Alleanza nazionale).

Sul punto, non è certo casuale il fatto che i sistemi elettorali introdotti con la l. 270/2005, in quanto connotati dal premio di maggioranza e dalla previsione dell'espressa indicazione di "capi unici" delle coalizioni, risultassero congeniali al modello di "premierato assoluto"<sup>98</sup>, fatto proprio dal progetto di revisione costituzionale sopra richiamato, sul quale Cheli espresse giustamente valutazioni severe: egli parlò infatti di «un disegno del tutto inedito e sconosciuto di "premierato"»<sup>99</sup>, comportando insieme un «aumento dei poteri del Primo Ministro (secondo un modello che non ha precedenti e che si presenta molto diverso dal premierato inglese)» e l'«indebolimento del complesso dei poteri di garanzia costituzionale spettanti al Capo di Stato ed alla Corte costituzionale»<sup>100</sup>.

Il collegamento tra la nuova legge elettorale e la progettata revisione costituzionale fu spezzato dalla reiezione di quest'ultima nel *referendum* costituzionale del giugno 2006<sup>101</sup>, e la l. 270/2005 poté, per così dire, dispiegare in pieno tutti i dubbi di costituzionalità che essa ha suscitato.

In questa sede è superfluo ricostruire i contenuti della l. 270/2005, che peraltro avevano suscitato critiche diffuse nella dottrina costituzionalistica ben prima della sent. 1/2014<sup>102</sup>.

Non può quindi stupire che già all'indomani della loro prima sperimentazione fosse emersa con chiarezza la necessità di rivedere in profondità i sistemi elettorali introdotti nel 2005, anche tentando di nuovo, ma questa volta senza successo, il ricorso a *referendum* abrogativi: si tratta, in primo luogo, dei *referendum* cosiddetti "Guzzetta", finalizzati, rispettivamente, a eliminare, ai fini

<sup>98</sup> Per usare le parole di L. ELIA, *La Costituzione aggredita*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 61 ss.

<sup>99</sup> E. CHELI, *Forma di governo e organi di garanzia. Rapporto introduttivo*, in D. NARDELLA (a cura di), *Per una nuova stagione delle riforme istituzionali. Atti del seminario di studi*, Firenze, Fondazione Spadolini Nuova Antologia, 25 settembre 2006, Firenze, Polistampa, 2006, p. 89 (anche in ID., *Nata per unire*, cit., pp. 167 ss.).

<sup>100</sup> E. CHELI, *Considerazioni sul referendum del giugno 2006 alla luce della nostra storia repubblicana*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 17*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 45.

<sup>101</sup> Considerato da Cheli uno «spartiacque»: E. CHELI, *Considerazioni sul referendum del giugno 2006*, cit., p. 51.

<sup>102</sup> Per tutti, R. BALDUZZI, M. COSULICH, *In margine alla nuova legge elettorale politica*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 5179 ss.; C. FUSARO, *Il nuovo sistema elettorale. Dal collegio uninominale al premio di maggioranza*, in R. D'ALIMONTE, A. CHIARAMONTE (a cura di), *Proporzionale ma non solo. Le elezioni politiche del 2006*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 89 ss.; ID., *I limiti della legislazione elettorale vigente*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 11 ss. Sul punto, si vedano, altresì, i diversi contributi in Astrid, *La riforma elettorale*, cit.; Astrid, *I referendum elettorali*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2007; A. BARBERA, G. GUZZETTA (a cura di), *Il governo dei cittadini. Referendum elettorali e riforma della politica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007.

del conseguimento del premio di maggioranza, la facoltà per le liste di collegarsi in coalizione (con riferimento all'elezione di entrambi i rami del Parlamento: quesiti n. 1 e n. 2) e a sopprimere le disposizioni che consentivano ad uno stesso candidato di presentarsi in più circoscrizioni (quesito n. 3). I tre *referendum* si svolsero il 21 e 22 giugno 2009 a causa dell'intervenuto scioglimento anticipato delle Camere nel febbraio 2008, ma la scarsa affluenza al voto determinò il fallimento della consultazione. Successivamente, nel 2011 furono presentati due ulteriori quesiti referendari che miravano, con modalità diverse, all'abrogazione integrale della l. 270/2005, al fine di "ripristinare" la vigenza delle leggi elettorali del 1993 (cosiddetti *referendum* "Morrone"). La Corte costituzionale, tuttavia, dichiarò inammissibili i due quesiti (sent. 13/2012)<sup>103</sup>.

Il giudizio di Cheli sulla l. 270/2005 fu drasticamente negativo: essa, infatti, fu definita «una pessima riforma che ha dato, sin dalla sua prima applicazione, pessimi risultati»<sup>104</sup>.

Per questo, il superamento della legge "Calderoli" era considerato una riforma «urgente e necessaria»<sup>105</sup> e pregiudiziale a qualunque altra<sup>106</sup> poiché la legge stessa, «pur avendo determinato un'apparente semplificazione del sistema», ne avrebbe aggravato tutte le tendenze negative, con particolare riferimento al distacco tra classe politica e corpo sociale<sup>107</sup>, avendo agito «da moltiplicatore» delle patologie del governo parlamentare e favorito, con il ritorno al sistema proporzionale, «tanto la frammentazione tra le forze politiche quanto l'indebolimento delle istituzioni rappresentative»<sup>108</sup>.

Pertanto, la l. 270/2005 avrebbe dovuto essere superata e non semplicemente emendata<sup>109</sup>, partendo da una disamina seria delle caratteristiche fondamentali del sistema politico, da lui individuate: *a*) nella sua complessità, in ragione dello stato di frammentazione delle forze politiche e sociali; *b*) nella sola tendenziale riconduzione a un formato bipolare; *c*) nella sostanziale

<sup>103</sup> Sulla sentenza in questione, per tutti, P. CARNEVALE, *Una sentenza "lineare"*, in questa *Rivista*, 2012, n. 1; S. MERLINI, *La sentenza n. 13 del 2012 e l'horror vacui*, *ivi*; A. D'ATENA, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 117 ss.; A. MORRONE, *Abrogazione e "reviviscenza" nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 121 ss.; A. RUGGERI, *Davvero inammissibili i referendum elettorali per la (supposta) impossibilità di "reviviscenza" della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione popolare? (a prima lettura di Corte cost. n. 13 del 2012)*, in *www.giurcost.org*; M. RUOTOLO, *Un'inammissibilità "annunciata"*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 3.

<sup>104</sup> E. CHELI, *Quale riforma elettorale?*, cit., p. 11.

<sup>105</sup> E. CHELI, *Lo scopo delle riforme istituzionali: superare le disfunzioni del modello costituzionale o la perdita di qualità della nostra democrazia?*, in *www.astrid-online.it/rassegna*, 2010, n. 13, p. 2.

<sup>106</sup> E. CHELI, *La riforma elettorale e il referendum*, in Astrid, *I referendum elettorali*, cit., p. 207.

<sup>107</sup> E. CHELI, *Lo scopo delle riforme istituzionali*, cit., p. 2.

<sup>108</sup> E. CHELI, *Forma di governo e organi di garanzia*, cit., p. 89.

<sup>109</sup> E. CHELI, *Intervento*, in D. NARDELLA (a cura di), *Legge elettorale e forma di governo: ipotesi per una riforma condivisa. Atti del seminario di studi*, Firenze, Fondazione Spadolini Nuova Antologia, 3 febbraio 2007, Firenze, Polistampa, 2007, p. 64.

equivalenza, sul piano elettorale, delle due coalizioni principali; *d*) nell'alternanza alla guida del Governo tra esse (elemento, questo, di sostanziale novità rispetto al periodo precedente al 1993)<sup>110</sup>.

A ciò si aggiunge la necessità di un approccio "prospettico" e "sistemico" (che però le vicende successive non avrebbero affatto assecondato) in cui «la valenza sostanzialmente costituzionale di una buona riforma elettorale possa essere valorizzata e premiata rispetto alla politica del giorno per giorno»<sup>111</sup>. In questo senso, gli obiettivi di una nuova legislazione elettorale erano individuati, oltre che nella conservazione e rafforzamento di un assetto bipolare (superando però il premio di maggioranza, ritenuto uno strumento «inadeguato e rozzo»<sup>112</sup> sia sul piano della legittimità costituzionale che su quello dell'opportunità<sup>113</sup>), nell'azione di contrasto ai processi di frammentazione e nell'aumento del peso degli elettori nella scelta degli eletti<sup>114</sup>.

L'auspicata riforma avrebbe dovuto andare o nella direzione di un sistema maggioritario a doppio turno di collegio (peraltro con correzioni rispetto al modello francese)<sup>115</sup> o nella direzione di un sistema misto, simile a quello tedesco ma con una forte clausola di sbarramento<sup>116</sup> o, infine, nella direzione di un sistema proporzionale simile al modello spagnolo, con una forte riduzione della dimensione delle circoscrizioni e con l'assegnazione dei seggi all'interno di queste ultime<sup>117</sup>.

<sup>110</sup> E. CHELI, *Forma di governo e organi di garanzia*, cit., p. 90.

<sup>111</sup> E. CHELI, *Quale riforma elettorale serve al Paese?*, in [www.astrid-online.it/rassegna](http://www.astrid-online.it/rassegna), p. 2.

<sup>112</sup> E. CHELI, *Quale riforma elettorale serve al Paese?*, cit.

<sup>113</sup> Sul primo punto, il premio di maggioranza, ove usato come nella l. 270/2005, comportava una alterazione dell'eguaglianza del voto, essendo previsto ben «oltre i limiti di una ragionevolezza accettabile sul piano della giustizia costituzionale»; sul secondo punto, tale istituto non avrebbe svolto alcun effetto positivo né nel contrasto alla frammentazione né nell'aumento della coesione nell'azione di governo: E. CHELI, *Quale riforma elettorale serve al Paese?*, cit., p. 4.

<sup>114</sup> E. CHELI, *Quale riforma elettorale serve al Paese?*, cit.

<sup>115</sup> E. Cheli, *Quale riforma elettorale?*, cit., p. 15; ID., *Forma di governo e organi di garanzia*, cit., p. 92.

<sup>116</sup> Sulla riconducibilità del sistema elettorale tedesco all'universo dei sistemi misti, ci si può limitare in questa sede a rinviare ad A. CHIARAMONTE, *Tra maggioritario e proporzionale. L'universo dei sistemi elettorali misti*, Bologna, Il Mulino, in particolare pp. 35 ss.; G. CAPOCCIA, *La Germania unita fra continuità e rinnovamento: sistema elettorale e sistema partitico nel processo di riunificazione tedesca*, Roma, Bulzoni, 1995, e ai riferimenti bibliografici ivi riportati.

<sup>117</sup> In effetti, nella XV legislatura fu elaborata prima la c.d. "Bozza Chiti", ispirata a un modello proporzionale (sul punto, volendo, G. TARLI BARBIERI, *Riforma elettorale e riforme costituzionali: missione impossibile?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 27 giugno 2007) e quindi le c.d. "bozza Bianco" e "bozza Vassallo" (sulle quali, per tutti, A. CHIARAMONTE, R. D'ALIMONTE, L. DE SIO, *La riforma elettorale: oltre il premio di maggioranza?*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO, a cura di, *La legislazione elettorale italiana*, cit., pp. 45 ss.; S. CECCANTI, S. VASSALLO, *La "Bozza Bianco" e la necessaria disproporzionalità dei sistemi elettorali*, in [www.astrid-online.it/rassegna](http://www.astrid-online.it/rassegna), 2008, n. 1; S. VASSALLO, *Liberiamo la politica. Prima che sia troppo tardi*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 40 ss.).

L'apertura di Cheli verso la prospettiva di un sistema misto segnava, da un lato, una evoluzione rispetto agli scritti degli anni precedenti, probabilmente determinata da un dibattito politico che aveva dimostrato, da un lato, l'impraticabilità sul piano politico di un ritorno alle leggi del 1993<sup>118</sup> e, dall'altro, stante i veti incrociati tra i diversi attori in campo, la difficoltà di superare la legge del 2005. Tuttavia, più a monte vi era in lui la consapevolezza che in molte delle democrazie contemporanee i sistemi elettorali concretamente adottati sono di natura mista e, in quanto tali, «tendono a trovare un punto di equilibrio tra il principio di rappresentanza e il principio di efficienza e stabilità degli esecutivi»<sup>119</sup>, ma in nessuna di esse è previsto l'istituto del premio di maggioranza<sup>120</sup>.

L'urgenza di una riforma, che però avrebbe visto la luce precariamente solo nel 2015 (cfr. *infra*, par. 7) e solo a seguito del “terremoto” costituito dalle elezioni politiche del 2013<sup>121</sup>, portò Cheli anche a interrogarsi su una possibile “strategia referendaria” che portasse al superamento della l. 270/2005: di fatto però, né i quesiti “Guzzetta”, né i quesiti “Morrone” lo convinsero: non i primi, perché, eliminando il collegamento in coalizione, finivano addirittura per aggravare i problemi della riforma del 2005, aumentando la torsività del sistema, oltre a risultare viziati sul piano della coerenza interna<sup>122</sup>; non i secondi perché la tesi della reviviscenza dei sistemi elettorali del 1993 non era da lui ritenuta sostenibile, come in effetti avrebbe affermato anche la Corte costituzionale nella già menzionata sent. 13/2012<sup>123</sup>. Viceversa, anche in questo caso anticipando, in qualche misura, sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale, si espresse favorevolmente su una possibile strategia referendaria (che però non vide la luce) che mirasse quantomeno all'eliminazione del premio di maggioranza<sup>124</sup>.

All'ipotizzata riforma elettorale si sarebbero dovuti accompagnare graduali interventi di revisione della legislazione elettorale di contorno, dei regolamenti parlamentari, della normativa ordinamentale relativa agli assetti degli organi costituzionali (con particolare riferimento a modifiche della l. 400/1988). Al

<sup>118</sup> Cfr. *supra*, nt. 117.

<sup>119</sup> E. CHELI, *Quale riforma elettorale serve al Paese?*, cit., p. 4.

<sup>120</sup> Sull'utilizzazione del premio di maggioranza in chiave comparatistica, cfr., in particolare, A. CHIARAMONTE, *Tra maggioritario e proporzionale*, cit., pp. 106 ss.; ID., *Il premio di maggioranza: cosa è, come varia, dove è (stato) applicato*, in A. CHIARAMONTE, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il premio di maggioranza*, cit., pp. 15 ss.

<sup>121</sup> Per usare l'espressione contenuta nel titolo del volume curato da A. CHIARAMONTE, L. DE SIO, *Terremoto elettorale. Le elezioni politiche del 2013*, Bologna, Il Mulino, 2014.

<sup>122</sup> E. CHELI, *Questioni di ammissibilità dei referendum elettorali*, in Astrid, *I referendum elettorali*, cit., pp. 33 ss.

<sup>123</sup> E. CHELI, *Questioni di ammissibilità*, cit., pp. 31 ss.

<sup>124</sup> E. CHELI, *Lo scopo delle riforme istituzionali*, cit., pp. 2-3.

culmine di questo percorso non erano escluse modifiche costituzionali che nel difficile contesto della XV legislatura avrebbero dovuto essere limitati «ai settori più direttamente e indissolubilmente connessi con la riforma elettorale, quali quelli dell'elettorato attivo e passivo, della riduzione del numero dei parlamentari, del passaggio da un bicameralismo paritario ad un bicameralismo differenziato»<sup>125</sup>, in ogni caso escludendo la prospettiva di “grandi riforme”, a maggior ragione dopo l'esito del *referendum* costituzionale del 2006<sup>126</sup>.

### 7. L'ulteriore stagione delle riforme mancate, tra popolo, Parlamento e giudici (2013-2015)

A seguito del “terremoto elettorale” del 2013 e al faticoso avvio della XVII legislatura, dopo la formazione del Governo Letta la Commissione per le riforme costituzionali presieduta dal Ministro senza portafoglio per le riforme costituzionali, Gaetano Quagliariello, alla quale Cheli fu chiamato a far parte, elaborò un importante documento istruttorio, che però, ancora una volta, non ebbe seguito<sup>127</sup>.

Quale contributo ai lavori della Commissione, Cheli presentò un proprio testo<sup>128</sup> nel quale furono ribaditi i punti principali cui egli era giunto in precedenza, ovvero: *a*) la necessità di un articolato percorso di riforma che partisse dalla constatazione delle caratteristiche del sistema politico, connotato da divisione e frammentazione (anche all'interno degli stessi partiti, sempre meno coesi), e dalla accresciuta distanza nei rapporti tra rappresentanti e rappresentati; *b*) la necessaria precedenza di «riforme della politica», destinate a investire anche la legislazione di contorno, poiché «solo su questo contesto più ampio

<sup>125</sup> E. CHELI, *La riforma elettorale e il referendum*, cit., pp. 207-208.

<sup>126</sup> E. CHELI, *Forma di governo e organi di garanzia*, cit., pp. 89 ss.

<sup>127</sup> In effetti, il lavoro della Commissione avrebbe dovuto collegarsi all'adozione di una legge costituzionale di profonda riforma della seconda parte della Costituzione, sulla base di un procedimento di revisione costituzionale parzialmente derogatorio rispetto a quello previsto dall'art. 138 Cost. (sul quale, per tutti, A. PACE, *La "disapplicazione" dell'art. 138 da parte del d.d.l. cost. n. 813 AS e le resistibili giustificazioni dei suoi sostenitori*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2437 ss.). Tramontata questa prospettiva, «sul merito delle proposte formulate dalla Commissione di esperti è caduto il silenzio»: E. CHELI, *Forma di governo e legge elettorale*, cit., p. 199. Sul punto, per tutti, M. SICLARI (a cura di), *L'istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali*, Roma, Aracne, 2013; M. DOGLIANI, F. PALLANTE, *Sull'attuale forma del procedimento di revisione costituzionale (e sui presupposti della sopravvivenza del regime parlamentare)*, in *www.rivistaaic.it*, 2013, n. 2; P. CARETTI, *L'ennesimo "revival" della Grande Riforma costituzionale in funzione palingenetica*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2013, n. 2; M. MANETTI, *Il valore (negativamente) esemplare del percorso prescelto per le riforme istituzionali*, in *www.costituzionalismo.it*, 22 luglio 2013

<sup>128</sup> E. CHELI, *Note in tema di riforma della forma di governo e della legislazione elettorale*, in Commissione per le riforme costituzionali, *Per una democrazia migliore*. Relazione finale e documentazione, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 2014, pp. 234 ss. (anche in *www.astrid-online.it/rassegna*, 2013, n. 16).

può essere oggi affrontato, con qualche possibilità di successo, anche il tema della riforma elettorale e della riforma del nostro governo parlamentare»<sup>129</sup>.

In ordine alla riforma elettorale, ripropose, quali obiettivi: *a)* la riduzione della frammentazione del sistema politico, allo scopo di favorire la nascita di un multipartitismo moderato, anziché di un bipolarismo forzato, in ciò rendendosi conto che l'evoluzione del sistema politico, a seguito del successo del Movimento 5 Stelle e della nascita di un "quarto polo" intorno all'ex Presidente del Consiglio Monti, rendeva difficile la permanenza di due coalizioni alternative; *b)* l'avvicinamento degli elettori agli eletti «per ridare piena legittimazione alle istituzioni rappresentative e contrastare il fenomeno dell'astensionismo elettorale»<sup>130</sup>.

La realizzazione di questi obiettivi poteva essere perseguita con una pluralità di obiettivi anche tra loro combinati «alla luce delle *best practices* straniere ai fini della ricerca di un modello misto in grado di bilanciare correttamente rappresentanza e governabilità con riferimento alle condizioni date del nostro sistema politico», evitando o comunque limitando il ricorso al premio di maggioranza, per «non scardinare il principio della corretta rappresentanza»<sup>131</sup>.

Infine, diversamente da alcuni dei componenti della Commissione, egli riteneva errato l'abbandono della forma di governo parlamentare in favore di «forme, più o meno inedite, di governo presidenziale o direttoriale»; e ciò per il permanere delle ragioni che avevano indotto i Costituenti a scegliere tale forma di governo. Ciò detto, però, riproponeva ancora una volta come possibile (ed anzi auspicabile) l'introduzione di congegni di razionalizzazione «orientati a rafforzare la stabilità e l'omogeneità degli indirizzi politici»<sup>132</sup>.

Le proposte della Commissione furono poi commentate in un noto articolo pubblicato sulla rivista *Il Mulino*<sup>133</sup>. In esso Cheli analizzò, in particolare, l'ipotesi di una forma di "governo parlamentare del Primo Ministro" sulla quale si era registrata una tendenziale preferenza in seno alla Commissione stessa<sup>134</sup>. Non è questa la sede per indagare tale modello, salvo evidenziare il fatto che esso presupponeva un sistema elettorale che ne asseconducesse caratteristiche e finalità. Esso era individuato in un doppio turno di coalizione, articolato in un primo turno con metodo proporzionale connotato da un'elevata soglia di sbarramento (almeno il 5%) e un premio di maggioranza fissato al 55% dei seggi in favore della lista o coalizione che avesse ottenuto almeno il 40% dei seggi (sul punto, si erano registrate differenze all'interno della Commissione, posto

<sup>129</sup> E. CHELI, *Note*, cit., p. 236.

<sup>130</sup> E. CHELI, *Note*, cit., *ivi*.

<sup>131</sup> E. CHELI, *Note*, cit., *ivi*.

<sup>132</sup> E. CHELI, *Note*, cit., p. 237.

<sup>133</sup> E. CHELI, *Forma di governo e legge elettorale*, cit., pp. 199 ss.

<sup>134</sup> E. CHELI, *Forma di governo e legge elettorale*, cit., pp. 201 ss.

che alcuni avrebbero voluto fissare la soglia al 50%); in caso contrario, si sarebbe dovuto ricorrere a un ballottaggio tra la prima e la seconda forza, con attribuzione, anche in questo caso, del 55% dei seggi.

Sul punto, è da segnalare su questo decisivo aspetto una riserva proprio di Cheli (oltre che di Onida) il quale non aveva concordato sul carattere sempre e comunque *majority assuring* del sistema elettorale ipotizzato con ciò anticipando un rilievo di fondo che la giurisprudenza costituzionale avrebbe fatto proprio a partire dalla sent. 1/2014. In altre parole, Cheli e Onida avevano affermato di non concordare sulla tesi secondo cui il sistema elettorale «dovrebbe assicurare che vi sia sempre e comunque uno e un solo partito (o gruppo o lista) vincitore unico delle elezioni, così che la maggioranza debba sempre e senz'altro risultare dalle elezioni», in tal modo escludendo in radice la possibilità di coalizioni post-elettorali. Viceversa, le coalizioni «non devono servire solo a vincere le elezioni (per poi magari dividersi dopo il voto e durante la legislatura) ma devono formare se del caso la maggioranza sulla base di accordi programmatici e di governo»<sup>135</sup>.

È evidente come questa ipotetica legge elettorale si avvicinasse molto a quella che il Parlamento avrebbe approvato di lì a poco (l'“*italicum*”), pur non mancando alcune differenze sostanziali che meritano di essere sottolineate (tra queste, l'assegnazione del premio sulla base dei seggi anziché dei voti conseguiti; il secondo turno concepito come competizione tra liste ma anche tra coalizioni).

In ogni caso, la Commissione fece proprio l'orientamento di Cheli secondo il quale, a prescindere dalla forma di governo prescelto, la scelta del sistema elettorale avrebbe dovuto rispondere a tre esigenze di fondo, ovvero la riduzione della frammentazione, la formazione di stabili maggioranze (pur nella consapevolezza che in molti Paesi questo effetto è solo favorito dal sistema elettorale, essendo invece garantito «dal ridotto numero dei partiti, dalla correttezza dei comportamenti politici e parlamentari, dal sistema costituzionale e dalle prassi che lo animano», condizioni, queste, non tutte presenti nel caso italiano<sup>136</sup>), la ricostruzione di un rapporto di fiducia e di responsabilità tra elettori ed eletti<sup>137</sup>; e ciò nella consapevolezza «della stretta connessione esistente tra forma di governo e legislazione elettorale»<sup>138</sup>, che «non vincola

<sup>135</sup> Infine, anche Dogliani e Olivetti avevano condiviso il timore che la previsione di un secondo turno finisse per qualificare lo stesso come una competizione tra *leaders* e non tra forze politiche: Commissione per le riforme costituzionali, *Per una democrazia migliore*, cit., p. 71, nt. 8 e 9.

<sup>136</sup> Commissione per le riforme costituzionali, *Per una democrazia migliore*, cit., p. 69.

<sup>137</sup> Commissione per le riforme costituzionali, *Per una democrazia migliore*, cit., pp. 68 ss.

<sup>138</sup> Per questo la Commissione aveva ritenuto pienamente coerente con un'ipotesi semipresidenziale un sistema elettorale fondato sul doppio turno di collegio e, con un'ipotesi parlamentare razionalizzata, sia il modello tedesco, sia quello spagnolo, sia quello italiano del 1993 (secondo alcuni componenti della Commissione, anche il doppio turno di collegio): Commissione per le riforme

rigidamente le varie forme di governo a sistemi elettorali determinati, ma impone comunque, per il buon funzionamento di una forma di governo, il rispetto di adeguate condizioni di coerenza e compatibilità tra la stessa forma e la legislazione elettorale»<sup>139</sup>.

Gli sviluppi successivi videro, come è noto, nella stessa legislatura dopo la sent. 1/2014 della Corte costituzionale, la quasi contestuale approvazione di una proposta di revisione della seconda parte della Costituzione (c.d. “Renzi-Boschi”) e di una riforma elettorale (l’“italicum”).

Sono note le critiche di Cheli all’una e all’altra.

Sulla prima, il suo giudizio negativo si fondava, più che sulle disposizioni relative alla forma di governo, su quelle relative all’assetto del Parlamento, orientate a un «bicameralismo squilibrato»<sup>140</sup>, alla farraginoso disciplina del procedimento legislativo, alla nuova disciplina del Titolo V: insomma la critica era riferita al «difetto di coerenza interna di questo modello per la contraddizione di fondo che lo viene a ispirare nel rapporto tra obiettivi perseguiti e strumenti adottati»<sup>141</sup>.

Le critiche alla seconda furono circostanziate, in particolare, a seguito della sent. 35/2017 con la quale la Corte costituzionale “colpì al cuore” l’“italicum”, dichiarandolo incostituzionale in due punti fondamentali, ovvero la disciplina del ballottaggio tra le due liste più votate al primo turno e la possibilità per i capilista bloccati plurieletti di scegliere il collegio plurinomiale nel quale essere considerato eletto.

Secondo Cheli, la sent. 35/2017 doveva essere letta insieme alla 1/2014, «perché dal complesso dei principi cui ambedue si ispirano è possibile cogliere la “dottrina” che la Corte ha inteso enunciare per la materia elettorale»<sup>142</sup>. Tale dottrina sarebbe riassumibile nei seguenti punti: *a)* necessità di evitare “zone franche” che, con riferimento alla disciplina elettorale riferita al Parlamento nazionale, rischierebbero di dare luogo a potenziali gravissimi *vulnera*, riferibili allo stesso principio democratico; *b)* necessità di garantire comunque una disciplina legislativa di risulta immediatamente applicabile, perché il corpo elettorale deve avere sempre la possibilità di esprimersi; *c)* incostituzionalità della disciplina del premio di maggioranza quando questa dia luogo a irragionevoli torsività nell’assegnazione dei seggi (nel caso dell’“italicum” attraverso un ballottaggio non garantito da un adeguato livello di partecipazione al secondo turno); *d)* impossibilità per i partiti di privare gli elettori del loro potere di

costituzionali, *Per una democrazia migliore*, cit., pp. 69-70.

<sup>139</sup> E. CHELI, *Forma di governo e legge elettorale*, cit., pp. 203-204.

<sup>140</sup> E. CHELI, *La forma di governo nel disegno della riforma costituzionale*, cit., p. 200.

<sup>141</sup> E. CHELI, *La forma di governo nel disegno della riforma costituzionale*, cit., p. 201.

<sup>142</sup> E. CHELI, *Le riforme italiane*, cit., p. 3.



scelta dei candidati (così la sent. 1/2014) o, come nel caso dell’“italicum”, degli stessi eletti, attraverso la disciplina delle pluricandidature<sup>143</sup>.

La conclusione è quindi che «questi principi non impongono – come appare evidente – al potere politico la scelta di un sistema elettorale, ma si limitano ad indicare in negativo quali sono le strade che, in materia elettorale, non sono consentite al potere politico di percorrere ove si voglia ottemperare ai principi dell’eguaglianza del voto e della sovranità popolare, principi che impongono di non alterare oltre il limite della ragionevolezza il rapporto tra paese reale e paese legale»<sup>144</sup>.

In tal modo, però, l’autore non sembrava condividere i non pochi problemi posti dalle due pronunce in questione, in particolare con riferimento a quale possa essere la “disproporzionalità” in concreto tollerabile e, soprattutto, ai limiti delle possibili alterazioni in senso maggioritario della rappresentanza democratica, a maggior ragione alla luce del bilanciamento “ineguale” tra rappresentatività e stabilità del Governo del Paese che avrebbe aperto un varco, secondo alcuni, verso l’affermazione di un principio di eguaglianza del voto anche “in uscita”<sup>145</sup>.

Quanto alla necessaria permanenza di una disciplina legislativa autoapplicativa, le sentenze in questione hanno esteso al giudizio di legittimità costituzionale quanto affermato con riferimento all’ammissibilità di *referendum* abrogativi in materia elettorale. In tal modo, però, «di fronte ad una legge costituzionalmente necessaria ma incostituzionale, la Corte, venendo all’evidenza meno al suo ruolo, non può procedere alla dichiarazione di incostituzionalità» qualora a seguito di quest’ultima non risulti una normativa idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento del Parlamento<sup>146</sup>; e ciò appare paradossale in presenza di possibili, gravi vizi di costituzionalità non sanzionabili con una pronuncia di accoglimento parziale<sup>147</sup> ovvero in presenza di una disciplina di risulta che dia luogo a incongruenze: si pensi proprio alla questione di costituzionalità relativa alle pluricandidature che la sent. 35/2017 risolve estendendo

<sup>143</sup> E. CHELI, *Le riforme italiane*, cit., pp. 3-4.

<sup>144</sup> E. CHELI, *Le riforme italiane*, cit., p. 4.

<sup>145</sup> G. AZZARITI, *Ragionevolezza, scopo e valore della legge elettorale. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *www.costituzionalismo.it*, 20 gennaio 2014; L. CARLASSARE, *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell’incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 657; e ciò anche in riferimento all’art. 67 cost., inteso con riferimento alla rappresentatività: N. ZANON, *La seconda giovinezza dell’art. 67 della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 marzo 2014.

<sup>146</sup> R. ROMBOLI, *La riforma costituzionale e la sua incidenza sulla oscillazione del pendolo verso l’“anima politica” della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2016, 2, p. 128.

<sup>147</sup> Si pensi, ad esempio, all’eventuale introduzione di sistemi elettorali maggioritari applicati in collegi uninominali marcatamente disomogenei quanto a consistenza demografica o connotati da tecniche di delimitazione fraudolente.

una disciplina, quella del sorteggio<sup>148</sup>, che non sembrava tutelare proprio i principi costituzionali (eguaglianza e personalità del voto) posti a fondamento delle censure.

Infine, con riferimento alla questione delle liste bloccate è da ricordare che la sent. 1/2014 ha censurato la l. 270/2005 nella parte in cui prevedeva l'assegnazione dei seggi in liste circoscrizionali bloccate lunghe, in violazione sia del principio di conoscibilità dei candidati da parte degli elettori, sia della circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, mancava il sostegno della indicazione personale dei cittadini», ciò che «ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione»<sup>149</sup>.

Tuttavia, da questo punto di vista, si aprono più problemi: in primo luogo, vi è da chiedersi se una lista bloccata corta soddisfi in pieno il requisito della conoscibilità, visto che anche in questo caso «alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione»; inoltre, anche ammesso di poter superare questo problema, non è chiaro quando una lista bloccata sia ammissibile perché “corta”. Ancora, posta la rilevanza di quanto affermato dalla Corte, è tutt'altro che certo che il principio di conoscibilità sia assicurabile “a rime obbligate” solo dal voto di preferenza.

Sul primo punto, la sentenza non offre (né avrebbe potuto offrire) indicazioni univoche per il legislatore, tanto da aprire una pluralità di interrogativi<sup>150</sup>.

Sul secondo punto, la sentenza ha operato una scelta ardita, imponendo il voto di preferenza alla stregua del principio di libertà del voto (che costituisce uno degli standards di democraticità nella formazione e nell'espressione del suffragio<sup>151</sup>), pur mancando le “rime obbligate”<sup>152</sup> per la presenza di più soluzioni normative in materia<sup>153</sup>.

Inoltre, l'introduzione in tal modo di questa modalità di voto ha lasciato la stessa priva di una regolamentazione espressa (quantomeno in questa parte, quindi, la sentenza non ha soddisfatto il requisito dell'immediata applicabilità

<sup>148</sup> Che l'art. 85 del d.P.R. 361/1957 allora in vigore considerava istituto meramente residuale.

<sup>149</sup> *Considerato in diritto*, n. 5.1.

<sup>150</sup> Sul punto, volendo, G. TARLI BARBIERI, *Sistemi elettorali (Camera e Senato)*, in *Enc. dir.*, Anali X, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 915 ss.

<sup>151</sup> Sul punto, F. LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1126 ss.

<sup>152</sup> A. MORRONE, *La riforma elettorale dopo la fine del porcellum*, in *www.confrontocostituzionali.eu*; S. LIETO, P. PASQUINO, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n. 1 del 2014*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 marzo 2014; A. GIGLIOTTI, *La riforma elettorale e il “gattopardo”*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2013, n. 3, p. 5.

<sup>153</sup> Senza considerare il fatto che il voto di preferenza non era mai stato previsto per l'elezione del Senato.

della disciplina di risulta<sup>154</sup>), arrivando a legittimare la futura adozione di «interventi normativi secondari, meramente tecnici ed applicativi della presente pronuncia e delle soluzioni interpretative sopra indicate». In tal modo, però, la Corte quantomeno sottovaluta l'esistenza di una riserva di legge in materia elettorale, che dovrebbe precludere il ricorso a fonti secondarie che non siano meramente applicative di disposizioni legislative (in questo caso però, come detto, assenti)<sup>155</sup>.

### 8. La riforma elettorale del 2018: un'ennesima riforma... da riformare?

La vigente legge elettorale politica (l. 165/2017, c.d. "Rosatellum-bis") è stata adottata a seguito dell'esito del *referendum* costituzionale del 2016 e in ossequio al monito contenuto nell'ultima parte della sent. 35/2017<sup>156</sup>.

Pertanto, essa ha delineato sistemi elettorali tecnicamente assai simili per i due rami del Parlamento, con ciò superando una patologia, evidente almeno a partire dalla riforma del 1993.

In secondo luogo, la l. 165/2017 ha abbandonato il premio di maggioranza e tutte le criticità ad esso riferibili, anche alla stregua della giurisprudenza costituzionale.

Ciò detto, gli obiettivi che il legislatore si è posto, con una certa approssimazione possono essere sintetizzati come segue:

a) adozione di sistemi elettorali che, rimanendo nei confini di un metodo proporzionale, realizzassero in qualche modo le esigenze della stabilità dei Governi e:

b) fossero limitatamente selettivi, contenendo la frammentazione;

c) ottemperassero a quanto indicato nella giurisprudenza costituzionale a proposito della libertà di scelta dei propri rappresentanti da parte degli elettori.

Come si vedrà anche più oltre, tra le scelte operate dal legislatore e gli obiettivi suddetti non è sempre riscontrabile una evidente coerenza.

In concreto, la l. 165/2017 prevede, per entrambi i rami del Parlamento, che circa il 37% dei seggi sia eletto in collegi uninominali con il metodo

<sup>154</sup> Infatti, laddove è previsto, il voto di preferenza è regolato in modo analitico dalla legge, come si può evincere agevolmente dalla sentenza della Corte costituzionale che dichiarò ammissibile il *referendum* sulla preferenza unica (Corte cost., sent. 47/1991): esso, infatti, coinvolgeva ben sette disposizioni contenute nel d.P.R. n. 361 del 1957.

<sup>155</sup> Per tutti, R. BALDUZZI, *Art. 34, l. n. 81/93*, in *Art. 128 Supplemento*, in *Comm. Cost.*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1995, pp. 1085 ss.; L. SPADACINI, *Regole elettorali*, cit., pp. 101 ss.

<sup>156</sup> «Questa Corte non può esimersi dal sottolineare che l'esito del referendum ex art. 138 Cost. del 4 dicembre 2016 ha confermato un assetto costituzionale basato sulla parità di posizione e funzioni delle due Camere elettive. / In tale contesto, la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee»: *Considerato in diritto*, n. 15.2.

*plurality* (a seguito della riduzione della riduzione del numero dei parlamentari di cui alla l. cost. 1/2021 si tratta di 147 deputati e 74 senatori). Gli altri seggi, salvo quelli assegnati alla circoscrizione estero, sono distribuiti in collegi plurinomiali, determinati dall'aggregazione di collegi uninominali contigui.

Si tratta quindi, ancora una volta, di un sistema misto che solo impropriamente può essere qualificato come una riproposizione “rovesciata” delle leggi del 1993. In realtà, si tratta di una legge elettorale profondamente diversa da quella del 1993, non solo per il dimezzamento del numero di collegi uninominali, ma anche: *a*) per la diversa modalità di voto; *b*) per le diverse tecniche di attribuzione dei seggi con metodo proporzionale; *c*) per la possibilità di apparentamento in coalizione, ai fini del riparto dei seggi a livello nazionale<sup>157</sup>.

In particolare, con riferimento al numero dei collegi uninominali, dimezzato rispetto a quanto previsto dalle leggi elettorali del 1993, non è possibile porre un'equazione tra la parte maggioritaria della l. 165/2017 e il premio di maggioranza, elemento cardine della l. 270/2005: appare quindi condivisibile la tesi che vede nel ripristino dei collegi uninominali una modalità di “personalizzazione” del voto alle liste più ancora che l'espressione di una quota maggioritaria destinata ad incidere profondamente sull'esito delle consultazioni (si è parlato efficacemente dei candidati nei collegi uninominali come “supercapilista” di coalizione<sup>158</sup>).

L'impatto della parte maggioritaria nel funzionamento del sistema elettorale nelle due elezioni in cui è stata sperimentata la l. 165/2017 è stato variabile, dipendendo da diversi fattori, istituzionali e non istituzionali (tra questi, articolazione dell'offerta elettorale, rapporti di forza tra gli schieramenti in un contesto di grande volatilità elettorale, distribuzione territoriale del voto)<sup>159</sup>: nelle elezioni del 2022 alla Camera la coalizione di centro-destra con il 43,8% dei voti ha ottenuto 114 seggi nella parte proporzionale (ovvero il 46,5% del totale) e ben 121 seggi nei collegi uninominali (ben l'82,9% del totale). Nelle elezioni del 2018 i risultati erano stati più equilibrati (e ciò per una serie di fattori diversi, tra i quali l'alto numero di voti ottenuti dal Movimento 5 Stelle, in particolare nel meridione)<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> Astrid, *Verso le elezioni politiche 2023: Rosatellum o nuova legge elettorale*, paper n. 84, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), pp. 12 ss.

<sup>158</sup> C. FUSARO, *Appunto per l'audizione* (testo presentato in occasione dell'audizione presso la 1ª Commissione permanente del Senato, 19 ottobre 2017), in [www.senato.it](http://www.senato.it), p. 11; F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017: questioni nodali e specificità del nuovo sistema elettorale italiano*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2017, n. 3, p. 4.

<sup>159</sup> Così, in particolare, A. CHIARAMONTE, R. D'ALIMONTE, A. PAPARO, *Maggioritario di risulta. Gli effetti del nuovo sistema elettorale alla sua seconda prova*, in A. CHIARAMONTE, L. DE SIO (a cura di), *Un polo solo. Le elezioni politiche del 2022*, Bologna, Il Mulino, 2024, pp. 253 ss.

<sup>160</sup> Si è parlato di un «supporto omogeneamente quasi-egemonico» del M5S nel sud, in un contesto di «de-istituzionalizzazione del sistema partitico, caratterizzata da alti livelli di volatilità che rende

Come è noto, nella parte proporzionale sono previste soglie di sbarramento per le coalizioni (10%) e per le liste (3%, anche nel caso in cui le stesse facciano parte di coalizioni sotto-soglia). Tuttavia, come è noto, i voti delle liste che non superano le soglie di sbarramento sono comunque utili: *a)* a prescindere dal raggiungimento di una soglia, per la vittoria nei collegi uninominali; *b)* al raggiungimento dell'1% su base nazionale per il computo dei voti delle coalizioni nella parte proporzionale.

Entrambe queste caratteristiche appaiono rilevanti: se la prima consente, come nella vigenza delle leggi elettorali del 1993, sebbene in misura minore, fenomeni di “proporzionalizzazione del maggioritario”<sup>161</sup>, la seconda fa sì che i voti delle liste sottosoglia che si situino tra l'1 e il 2,99% siano comunque utili anche nel riparto proporzionale dei seggi; tale scelta appare criticabile anche dal punto di vista degli elettori: infatti, il voto a queste liste appare una sorta di voto di “serie B”, sia perché diretto a liste che non conseguono una propria rappresentanza, sia perché destinato a favorire liste diverse, sia pure apparen- tate<sup>162</sup>.

La scelta della l. 165/2017 per una modalità di voto unico, nonostante che i parlamentari siano eletti con sistemi diversi, è stata diversamente valutata a livello dottrinale, ma non è mancato chi ha evidenziato dubbi alla stregua dei principi di libertà e personalità del voto, in particolare alla luce della sent. 1/2014 della Corte costituzionale. Infatti, se l'elettore vota solo per una lista nel collegio plurinominale, vota anche per il candidato ad essa collegato nel collegio uninominale, anche se questo è di un partito diverso o comunque gli è sgradito; viceversa, il voto dato al solo candidato nel collegio uninominale si trasferisce a sua volta *ex lege* sulla lista ad esso collegata; in caso di collegamento a più liste si trasferisce “pro quota” a ciascuna di esse, cosicché il trasferimento del voto di un elettore finisce per dipendere dalle scelte fatte dagli altri (ipoteticamente anche una minoranza di elettori, qualora una gran parte degli elettori voti solo per i candidati nei collegi uninominali)<sup>163</sup>. Sull'insieme di questi punti, pende un ricorso promosso dinanzi alla Corte Edu.

sempre più instabile e imprevedibile l'assetto competitivo tra i partiti»: A. CHIARAMONTE, A. PAPPARO, *Le nuove regole e l'instabilità del voto: tra elettori e sistema partitico*, in L. CECCARINI, J.L. NEWELL (a cura di), *Un territorio inesplorato. Le elezioni del 4 marzo 2018*, Rimini, Maggioli, 2019, p. 288. Sul punto, cfr. anche, per tutti, A. CHIARAMONTE, R. D'ALIMONTE, A. PAPPARO, *Tra proporzionale e maggioritario: gli effetti «misti» del nuovo sistema elettorale*, in A. CHIARAMONTE, L. DE SIO (a cura di), *Il voto del cambiamento. Le elezioni politiche del 2018*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 177 ss.; H. SCHADEE, P. SEGATTI, C. VEZZONI, *L'apocalisse della democrazia italiana. Alle origini di due terremoti elettorali*, Bologna, Il Mulino, 2019.

<sup>161</sup> Cosicché, attraverso i collegi sono stati eletti non pochi parlamentari appartenenti a liste che non hanno superato la soglia di sbarramento nella parte proporzionale.

<sup>162</sup> M. LUCIANI, «Rosatellum, nessun presupposto per bloccare la promulgazione», in *Il Sole 24 ore*, 29 ottobre 2017.

<sup>163</sup> Sul punto, in particolare, A. APOSTOLI, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, in

Al di là di questi rilievi, è comunque da osservare che il voto unico erode la *ratio* profonda del sistema maggioritario che si giova dell'indicazione personale e diretta degli elettori a un candidato<sup>164</sup>.

Rimangono poi i problemi derivanti dal fatto che nella parte proporzionale il sistema, fatto proprio dalla legge, di listini bloccati corti, pur formalmente rispettoso delle indicazioni contenute nella sent. 1/2014 della Corte costituzionale, non consente agli elettori alcuna scelta effettiva dei candidati.

Ancora, la l. 165/2017 consente ad uno stesso candidato di presentarsi in un collegio uninominale e fino a cinque collegi plurinomiali, cosicché «il candidato uninominale “a rischio” può avere comunque un sicuro “rifugio” nelle liste proporzionali. In questo modo, il “controllo” sugli eletti è assoluto. I vertici dei partiti potranno adottare tutte le più opportune strategie di distribuzione territoriale dei candidati»<sup>165</sup>.

Questa discutibile scelta si spiega anche e soprattutto per il fatto che la l. 165/2017 prevede meccanismi di assegnazione dei seggi “a cascata” a più livelli (tre alla Camera; due al Senato). Soprattutto con riferimento alla Camera, il modello di riparto dei seggi in più fasi, dal livello nazionale a quello circoscrizionale e quindi a livello di collegi plurinomiali e i meccanismi di traslazione dei seggi, in particolare in caso di incapienza delle liste, danno luogo a una serie di problemi di non poco momento, ulteriormente aggravati con la riduzione del numero dei parlamentari.

Tali complessi meccanismi evidenziano dubbi di compatibilità con il carattere personale e diretto del voto, nella misura in cui i metodi di calcolo in questione contribuiscono sì «a premiare la lista indicata dall'elettore» ma non promuovono «in via esclusiva i candidati proposti nel suo collegio di appartenenza, potendo i voti trasmigrare verso i candidati presentati dallo stesso partito in altri collegi o in altre circoscrizioni e persino verso i candidati di altri partiti della coalizione presentati in ambiti territoriali del tutto distanti dall'elettorato che ha espresso il voto»<sup>166</sup>. In altre parole, un modello del genere appare alquanto opaco nell'ottica degli elettori, dato che gli stessi non hanno alcuna possibilità di prefigurare l'esito della propria scelta.

Ai problemi ora richiamati si aggiungono quelli derivanti dalla riduzione del numero dei parlamentari (l. cost. 1/2020) cui il legislatore ha dato una

*www.osservatorioaic.it*, 2017, n. 3, p. 10; F. SGRÒ, *Prime considerazioni*, cit., pp. 6-7.

<sup>164</sup> Per tutti, Per tutti, G. BALDINI, A. PAPPALARDO, *Sistemi elettorali e partiti nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 17 ss.

<sup>165</sup> Astrid, *Verso le elezioni politiche 2023*, cit., p. 13.

<sup>166</sup> F. SGRÒ, *Prime considerazioni*, cit., pp. 5-6. Cfr. anche S. SCAGLIARINI, L. TRUCCO, *La nuova legge elettorale alla prova dei fatti*, in *Rass. parl.*, 2018, p. 302 ss.

risposta assai limitata nella l. 51/2019 e nel successivo d.lgs. 177/2020, di ridefinizione dei collegi uninominali e plurinominali<sup>167</sup>.

Sono dunque evidenti i difetti di questa legge, definita da Cheli, quella che «nell'arco della nostra storia repubblicana, ha offerto prova peggiore ai fini del buon funzionamento dell'istituto parlamentare e della stessa forma di governo»<sup>168</sup>.

Per queste ragioni fino dal 2019, ovvero dopo appena un biennio dall'entrata in vigore del "Rosatellum-bis", è iniziato un dibattito sul suo possibile superamento, esattamente come era avvenuto sia all'indomani delle riforme del 1993 e del 2005.

Sul punto, Cheli, richiamando la natura della legge elettorale come «direttamente complementare dell'impianto costituzionale»<sup>169</sup>, ha preso le distanze dalla prospettiva di un ritorno a sistemi proporzionali (pure prefigurato dall'accordo di coalizione alla base della formazione del Governo Conte II), in quanto motivata da obiettivi puramente contingenti, e, in quanto tali, del tutto strumentali, quindi poco corretti anche sul piano costituzionale<sup>170</sup> e discutibili alla luce della mancanza di un sistema politico fondato su partiti stabili e bene organizzati.

Da qui, la necessità di addivenire a una riforma che non rinneghi la scelta di fondo per un sistema misto «al fine di individuare un punto di equilibrio ragionevole tra rappresentanza e governabilità», rispettoso delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale ma fino ad oggi non raggiunto, soprattutto «per l'uso improprio e strumentale che si è fatto della legislazione elettorale»<sup>171</sup>; una riforma che avrebbe potuto (e potrebbe) sostanzarsi in una serie di "aggiustamenti" della l. 165/2017, in una logica di gradualità «che nella scelta del metodo elettorale dovrebbe innanzitutto evitare inversioni di marcia o rotture troppo brusche con il passato», assecondando quindi l'esigenza fondamentale di perseguire «la sostenibilità della nostra democrazia costretta a operare in condizioni sempre meno favorevoli»<sup>172</sup>.

Solo un sistema misto è ritenuto congeniale alla realtà italiana, per cercare di correggere le patologie che la connotano (come già affermato in precedenza, disomogeneità di base, alti livelli di frammentazione, distacco crescente tra

<sup>167</sup> Sul punto, per tutti, G.L. CONTI, *Temeraria è l'inerzia. Il taglio dei parlamentari e le sue conseguenze*, Pisa, Pisa University Press, 2020; sia inoltre consentito un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *Riduzione del numero dei parlamentari e geografia elettorale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2020, n. 3, pp. 191 ss.

<sup>168</sup> E. CHELI, *Rosatellum o nuova legge elettorale?*, in *www.rivistailmulino.it*, 30 maggio 2022.

<sup>169</sup> E. CHELI, *Orientamenti in tema di riforma elettorale*, cit., p. 3.

<sup>170</sup> E. CHELI, *Orientamenti in tema di riforma elettorale*, cit.

<sup>171</sup> E. CHELI, *Orientamenti in tema di riforma elettorale*, cit., pp. 4-5.

<sup>172</sup> E. CHELI, *Quale riforma elettorale?*, in *www.rivistailmulino.it*, 9 dicembre 2020.

corpo elettorale e impianto costituzionale) e che «vengono a rappresentare una seria minaccia per il futuro della nostra democrazia»<sup>173</sup>.

A maggior ragione, una riforma elettorale è auspicata, come detto, a seguito della revisione costituzionale relativa al numero dei parlamentari<sup>174</sup>: se in una prima fase essa è ritenuta una riforma «carica di forti potenzialità per il futuro funzionamento del nostro Parlamento e, più in generale, della stessa forma del nostro Parlamento»<sup>175</sup>, in un secondo momento, forse anche per il mancato avvio di un percorso di riforme conseguenti, è derubricata a un tentativo malriuscito<sup>176</sup>.

Proprio l'entrata in vigore di tale riforma e l'evoluzione del sistema politico, ha indotto l'autore a riconsiderare la sua posizione critica verso un possibile approdo a un modello proporzionale, ritenuta nel 2022 una soluzione praticabile, sia per compensare la riduzione dello spazio della rappresentanza derivante da un minor numero di parlamentari, sia «per il fatto che l'esperienza del passato [...] sembra ormai dimostrare che non esistono nella realtà italiana quegli elementi strutturali, espressi dal livello di coesione e potenziale aggregazione tra le forze in campo, in grado di garantire effetti positivi all'impiego di un sistema maggioritario fondato su coalizioni funzionanti»<sup>177</sup>. Da qui, la riproposizione del modello tedesco, che, attraverso il ricorso ai collegi uninominali, consente di risolvere (almeno in parte) il problema della scelta dei candidati da parte degli elettori<sup>178</sup>. A questa ipotetica riforma si dovrebbero accompagnare nuove leggi sulla vita interna dei partiti, comprensive della previsione di meccanismi di selezione primaria<sup>179</sup>, e, in generale, come già accennato, orientate «ad attivare una circolazione interna trasparente delle élite e il ritorno a un approvvigionamento pubblico dei costi della politica»<sup>180</sup>.

Infine, Cheli non rinuncia a riproporre anche gli interventi a livello costituzionale già enunciati in precedenza<sup>181</sup>.

## 9. Considerazioni conclusive: la XIX legislatura e la prospettiva di radicali revisioni costituzionali

È noto però che non è questo il disegno riformatore verso cui la maggioranza parlamentare si è orientata nell'attuale legislatura che potrebbe precludere a una

<sup>173</sup> E. CHELI, *Rosatellum o nuova legge elettorale?*, cit.

<sup>174</sup> Sul punto, volendo, G. TARLI BARBIERI, *Riduzione del numero dei parlamentari*, cit.

<sup>175</sup> E. CHELI, *Quale riforma elettorale?*, cit.

<sup>176</sup> E. CHELI, *Le fratture dell'Italia*, cit., p. 961.

<sup>177</sup> E. CHELI, *Rosatellum o nuova legge elettorale?*, cit.

<sup>178</sup> E. CHELI, *Quale riforma elettorale?*, cit.; E. CHELI, *Rosatellum o nuova legge elettorale?*, cit.

<sup>179</sup> E. CHELI, *Costituzione e politica*, cit., pp. 56 ss.

<sup>180</sup> E. CHELI, *Una riforma che rafforzi il Parlamento*, in *Il Mulino*, 2024, n. 3, pp. 25-26.

<sup>181</sup> E. CHELI, *Una riforma che rafforzi il Parlamento*, cit., pp. 26 ss.



nuova fase politica, dalle prospettive peraltro incerte<sup>182</sup>. Infatti, la proposta di revisione costituzionale relativa al c.d. “premierato”, approvata in prima lettura dal Senato nel giugno 2024 e dal 4 luglio successivo all’esame della 1<sup>a</sup> Commissione permanente della Camera (A.C. n. 1921), fa propria una forma di governo per molti versi inedita, né parlamentare né presidenziale, assemblando elementi di entrambi «al fine di definire un modello che non trova riscontro nelle attuali esperienze degli Stati democratici dell’area occidentale»<sup>183</sup>: del modello parlamentare manca una “vera” fiducia all’atto della formazione del Governo; di quello presidenziale manca una chiara e rigorosa separazione dei poteri tra legislativo ed esecutivo<sup>184</sup>.

La proposta in esame è giustamente criticata a più riprese da Cheli «per la sua radicalità e per l’alterazione che rischia di determinare negli equilibri complessivi del nostro Governo parlamentare a danno sia del Parlamento sia del Capo dello Stato»<sup>185</sup>; per questo essa è ritenuta incompatibile con i principi dello Stato di diritto e dello Stato costituzionale<sup>186</sup>.

Secondo Cheli, le ragioni che avevano indotto il Costituente a scegliere una forma di governo parlamentare sono ancora oggi attuali per le ragioni più volte ricordate (disomogeneità dell’impianto sociale e conseguente forte frammentazione e divisione del sistema politico): mancano pertanto le condizioni di base «in grado di consentire senza incorrere in un rischio elevato il salto di corsia dall’attuale modello parlamentare verso una forma di governo presidenziale»<sup>187</sup> o verso l’elezione diretta del Primo Ministro nella quale è evidente «da un lato, l’emarginazione del Parlamento che viene spogliato del potere di controllo sul Governo legato alla fiducia, dall’altro, la riduzione del peso politico del Presidente della Repubblica in quanto privo di una diretta legittimazione popolare»<sup>188</sup>.

Pertanto, «di tutte le soluzioni possibili nell’ambito di un modello di ispirazione presidenziale, quest’ultima è indubbiamente la soluzione che presenta i rischi maggiori», potendo aprire le strade «a derive di stampo bonapartista specialmente in quelle situazioni di emergenza che oggi si vanno sempre più spesso manifestando»<sup>189</sup>.

<sup>182</sup> E. CHELI, *Le fratture dell’Italia*, cit., p. 961.

<sup>183</sup> E. CHELI, *L’avvio del percorso di riforma del nostro governo parlamentare: la visione di Astrid*, in *www.astrid-online.it/rassegna*, 2024, n. 3, p. 2.

<sup>184</sup> E. CHELI, *L’avvio del percorso di riforma*, cit., p. 3.

<sup>185</sup> E. CHELI, *Una riforma che rafforzi il Parlamento*, cit., p. 27.

<sup>186</sup> E. CHELI, *L’avvio del percorso di riforma*, cit., p. 2.

<sup>187</sup> E. CHELI, *Alcune indicazioni di metodo in tema di riforma della forma di governo*, in *www.federalismi.it*, paper – 7 giugno 2023, p. 3.

<sup>188</sup> E. CHELI, *Alcune indicazioni di metodo*, cit., p. 4.

<sup>189</sup> E. CHELI, *Appunti in tema di riforma della forma di governo*, in *www.astrid-online.it/rassegna*, 2023, n. 9, p. 5.

A questi problemi si aggiungono le incognite derivanti dalla futura legislazione elettorale.

Non è questa la sede per indagare i tanti problemi che il testo “Meloni” presenta, a cominciare dal fatto che esso non specifica le modalità di elezione del Presidente del Consiglio e delle Camere, né la maggioranza richiesta per l’elezione del primo. Sul punto, non si possono non esprimere serie perplessità sul fatto che non sia specificato già a livello costituzionale il metodo di elezione del vertice dell’Esecutivo, come invece è previsto nella gran parte delle Costituzioni ispirate a forme di governo presidenziali o semipresidenziali. In ogni caso, la scelta per una elezione a turno unico sarebbe assai discutibile anche nella variante che richiedesse comunque il conseguimento almeno del 40% dei voti validi<sup>190</sup>, dato che in entrambi i casi si renderebbe possibile l’elezione di un Premier “di minoranza”.

Rimane poi il noto problema del “peso” del voto degli italiani all’estero che, come è noto, è “sottostimato” nelle elezioni per la Camera e per il Senato ma che sarebbe pieno per l’elezione del Premier «con un’ulteriore irragionevolezza e anche un potenziale allargamento della forbice tra rapporti di forza in sede di competizione per l’elezione del vertice dell’Esecutivo e rapporti di forza in sede di elezioni politiche»<sup>191</sup>. Inoltre, tale “peso pieno” sarebbe riconosciuto a elettori che esercitano il voto con una modalità criticata, sia pure incidentalmente, dalla Corte costituzionale (ord. 63/2018)<sup>192</sup>.

Un ulteriore problema è dato dalla costituzionalizzazione di un premio di maggioranza attribuito «alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio, nel rispetto del principio di rappresentatività e di tutela delle minoranze linguistiche» (art. 92, comma 3, novellato).

Rispetto al testo originario del disegno di legge costituzionale, in forza di un emendamento approvato dalla 1<sup>a</sup> Commissione permanente del Senato è venuta meno la quantificazione del premio che era fissata nel testo originario della proposta al 55% dei seggi. Anche nella nuova formulazione però il premio dovrà comunque “garantire” una maggioranza di seggi alle liste e ai

<sup>190</sup> Come previsto per l’elezione del Presidente della Regione nella legge toscana o in quella siciliana per l’elezione dei Sindaci nei Comuni con popolazione superiore ai quindicimila abitanti.

<sup>191</sup> M. LUCIANI, *Audizione informale alla I Commissione della Camera nell’ambito dell’esame dei progetti di legge cost. C. 1354 Boschi e C. 1921 Governo, approvato, in prima deliberazione, dal Senato, in materia di “Modifiche alla Parte II della Costituzione”, 18 luglio 2024, in astridonline.it., p. 10. Sul punto, cfr. R., CALVANO, L. SPADACINI, *Elezione diretta del premier e indiretta delle Camere. Il problema del voto degli italiani all’estero*, in *lacostituzione.info*, 30 dicembre 2023.*

<sup>192</sup> In tale ordinanza si allude infatti a «oggettive criticità della normativa denunciata quanto al bilanciamento della “effettività” del diritto di voto dei cittadini residenti all’estero con gli imprescindibili requisiti di personalità, libertà e segretezza del voto stesso, con riferimento ai parametri di cui, rispettivamente, ai commi terzo e secondo dell’art. 48 della Costituzione».

candidati collegati al Presidente del Consiglio eletto. I sistemi elettorali per la Camera e per il Senato dovranno quindi essere configurati come *majority assuring*.

Anche in questa parte il testo di revisione costituzionale suscita quindi serie perplessità. Sul punto, è stata richiamata non a torto la giurisprudenza costituzionale sopra richiamata che, con riferimento alle elezioni delle Camere, ha chiarito che «ogni sistema elettorale, se pure deve favorire la formazione di un governo stabile, non può che esser primariamente destinato ad assicurare il valore costituzionale della rappresentatività»<sup>193</sup> (sent. 35/2017). È vero che nella stessa pronuncia la Corte ha ancorato tale assunto alla forma di governo parlamentare fatta propria dalla Costituzione e quindi ha tenuto a distinguere la normativa elettorale per il Parlamento nazionale da quella vigente nei Comuni maggiori<sup>194</sup>.

Tuttavia, nelle pronunce del giudice delle leggi sulla legislazione elettorale per il Parlamento nazionale è centrale il richiamo al fatto che «le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della “rappresentanza politica nazionale” (art. 67 Cost.), si fondano sull’espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di “una caratterizzazione tipica ed infungibile” [...], fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo del governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.): ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti territoriali» (sent. 1/2014)<sup>195</sup>.

I parametri costituzionali cui fa riferimento la giurisprudenza costituzionale, oltre a quelli già richiamati, sono il principio democratico e l’eguaglianza del voto che «pur non vincolando il legislatore ordinario alla scelta di un determinato sistema, esige comunque che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi [...] ed assume sfumature diverse in funzione del sistema elettorale prescelto»<sup>196</sup>.

Non appare quindi infondato il rilievo secondo il quale in questa parte il testo in esame realizza «una violazione “qualificata” di un vero e proprio principio costituzionale fondamentale»<sup>197</sup>.

Peraltro, proprio il richiamo ai parametri costituzionali sopra richiamati fa poi emergere un dubbio di fondo, ovvero se sia compatibile con il principio di

<sup>193</sup> *Considerato in diritto*, n. 9.2.

<sup>194</sup> *Considerato in diritto*, n. 9.2. Evidenzia questo punto, in particolare, A. STERPA, *Premierato all’italiana. Le ragioni e i limiti di una riforma costituzionale*, Torino, Utet, 2024, pp. 142 ss.

<sup>195</sup> *Considerato in diritto*, n. 3.1. Spunti in questo senso vi sono anche in recenti pronunce aventi ad oggetto materie diverse da quella elettorale (così, sentt. 146 e 192/2024).

<sup>196</sup> *Ivi*.

<sup>197</sup> M. LUCIANI, *Audizione informale*, cit., p. 10.

rappresentatività un sistema elettorale per le Camere «che farebbe dipendere la maggioranza da un premio alle liste collegate al candidato alla Presidenza del Consiglio vincente, sistema che intaccherebbe l'indipendenza del Parlamento come organo costituzionale assicurata dalla sua formazione autonoma, rispetto a quella dell'organo di vertice del potere esecutivo, riducendolo a un'appendice del premier eletto e violerebbe il principio di separazione dei poteri»<sup>198</sup>.

A questi rilievi di fondo si aggiunge la generosa disciplina del limite dei mandati consecutivi del Premier eletto, che consente ad esso di rimanere in carica fino a dodici anni e mezzo.

Per tutte queste ragioni Cheli ha sostenuto una proposta alternativa, quella elaborata da un gruppo di lavoro di Astrid, che riprende largamente tesi da lui sostenute in precedenza<sup>199</sup>, sul presupposto dell'inemendabilità del testo presentato dal Governo.

## 10. Una breve conclusione

L'itinerario culturale di Enzo Cheli offre indicazioni preziosissime che però a livello politico purtroppo non sono state ad oggi recepite.

L'analisi della sua cospicua produzione scientifica consente di delineare alcune coordinate di fondo che dovrebbero ispirare un percorso di riforma, secondo lui necessario, partendo però da un giudizio positivo sul rendimento della Carta costituzionale.

La Costituzione, quindi, «si può e si deve riformare per correggerne i difetti più evidenti e migliorarne il funzionamento», ma la riforma deve essere indirizzata solo «verso la parte (limitata) che ha funzionato male e non verso la parte (prevalente) che ha ben funzionato»<sup>200</sup>.

Da qui, la necessità di un percorso ragionevole, da impostare alla luce della nostra storia costituzionale, delle condizioni del nostro sistema politico e del quadro europeo, evitando pericolose scorciatoie e un rischio di fondo, quello cioè di considerare le riforme costituzionali lo strumento più idoneo a superare le disfunzioni in atto nel sistema politico; disfunzioni che, osserva Cheli, «non si curano tanto modificando i congegni dell'ingranaggio costituzionale quanto migliorando la qualità della politica cui spetta di alimentare tale ingranaggio»<sup>201</sup>.

In questo senso, un ripensamento della legge elettorale, unitamente ad altre riforme relative al «buon funzionamento dei processi politici»<sup>202</sup>, sul terreno

<sup>198</sup> Astrid, *Costituzione quale riforma?*, cit., p. 40.

<sup>199</sup> Astrid, *Costituzione quale riforma? La proposta del Governo e la possibile alternativa*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2024.

<sup>200</sup> E. CHELI, *Costituzione e politica*, cit., p. 116.

<sup>201</sup> E. CHELI, *Costituzione e politica*, cit., p. 117.

<sup>202</sup> E. CHELI, *Forma di governo e legge elettorale*, cit., p. 204.

della legislazione ordinaria e dei regolamenti parlamentari, assume un rilievo centrale, anche se ovviamente non si può attendere da esse la correzione di tutte le patologie esistenti.

Occorre però chiedersi se davvero la politica sia in grado oggi di recepire un tale insegnamento: e la domanda si colora di una forte preoccupazione in una stagione nella quale «siamo giunti ad un punto di svolta», di fronte, cioè, a «una scelta che mette in gioco da un lato le basi della nostra democrazia rappresentativa e dall'altro il salto verso una forma del tutto inedita di democrazia maggioritaria segnata da evidenti connotazioni autoritarie»<sup>203</sup>.

<sup>203</sup> E. CHELI, *Le fratture dell'Italia*, cit., p. 964.



*A SUD E ALTRI C. ITALIA*: BREVI CONSIDERAZIONI SUL PRIMO  
CONTENZIOSO CLIMATICO IN ITALIA

FRANCESCA CERULLI\*

**Sommario**

1. Introduzione. – 2. Un passo avanti e due indietro per la giustizia climatica in Italia. – 2.1 La strategia processuale di parte attrice. – 2.2 Analisi critica della sentenza di primo grado. – 3. Le possibili implicazioni della sentenza *KlimaSeniorinnen c. Svizzera* per il contenzioso climatico in Italia: a) in materia di separazione dei poteri. – 3.1 *Segue*: b) in materia di obblighi di mitigazione. – 4. Conclusioni.

**Abstract**

*This study aims to examine Italy's first case of climate change litigation, in which the Italian State was sued for failing to implement adequate climate policies in line with its international obligations. A critical analysis will be conducted of the judgment issued by the Tribunal of Rome on February 26, 2024, which dismissed the case as inadmissible due to an absolute lack of jurisdiction. The Tribunal based its decision on the grounds that proceeding otherwise would violate the principle of separation of powers. Additionally, this study will consider the European Court of Human Rights' ruling in *KlimaSeniorinnen v. Switzerland*, issued just weeks later. In fact, the European Court's position on separation of powers and mitigation obligations, which Italian judges will need to consider on appeal, could influence the final outcome of the case.*

**Suggerimento di citazione**

F. CERULLI, *A Sud e altri c. Italia: brevi considerazioni sul primo contenzioso climatico in Italia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università degli Studi di Firenze.

Contatto: francesca.cerulli@unifi.it.

Questo studio è stato finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP B53D23010390006. Rientra infatti nelle attività di ricerca condotte nell'ambito del Progetto di Ricerca di rilevanza nazionale 2022: "FUEL-IT: Future Generations and International Law: Boosting an Italian Response".

## 1. Introduzione

Nel giugno 2021, oltre 200 ricorrenti – tra cui 162 adulti, 17 minori rappresentati dai propri genitori e 24 associazioni impegnate nella giustizia ambientale e nella difesa dei diritti umani, capitanate dalla ONG *A Sud* – hanno intrapreso di fronte al Tribunale civile di Roma un’azione legale, nota in maniera assai evocativa con il nome di *Giudizio Universale*<sup>1</sup>. Lo Stato italiano, nella persona della Presidenza del Consiglio dei Ministri, è stato citato in giudizio per inadempienza climatica, ovvero per l’insufficiente impegno, alla luce degli obblighi internazionalmente assunti, nella promozione di adeguate politiche di riduzione delle emissioni clima-alteranti, cui conseguirebbe la violazione di numerosi diritti fondamentali.

Con sentenza del 26 febbraio 2024, la Seconda sezione civile del Tribunale di Roma ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto assoluto di giurisdizione, ritenendo che la gestione dell’emergenza climatica investa un’area sottratta al sindacato giurisdizionale, in quanto rientrante esclusivamente nella sfera di attribuzione degli organi politici. Diversamente, si sarebbe realizzata un’intrusione nel dominio riservato alla politica in violazione del principio della separazione dei poteri.

La non giustiziabilità delle misure di contrasto al cambiamento climatico adottate dagli organi politici è un argomento largamente invocato dai governi nei casi di contenzioso climatico e, di converso, raramente accolto in maniera così rigida dai giudici nazionali<sup>2</sup>. Pertanto, nella ricostruzione della controversia e delle criticità emerse nella sentenza del Tribunale di Roma si volgerà lo sguardo, laddove rilevante, al più ampio panorama della giustizia climatica transnazionale europea (paragrafo 2).

Inoltre, questo studio non potrà prescindere dal riferimento alla pronuncia *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*<sup>3</sup>, adottata dalla Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) il 9 aprile 2024, poche settimane dopo la sentenza del Tribunale di Roma, che ha creato un nuovo paradigma per il contenzioso climatico basato

<sup>1</sup> L’atto di citazione è consultabile sulla pagina della campagna *Giudizio Universale* all’indirizzo: [www.giudiziouniversale.eu](http://www.giudiziouniversale.eu).

<sup>2</sup> Per una disamina approfondita dei principali casi in cui tale argomentazione è venuta in rilievo e delle diverse risposte formulate dai giudici nazionali si rimanda a: L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell’atto politico: tanto rumore per nulla*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all’indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 3, 2023, 1029 ss. Rappresentano in questo senso un’eccezione: Corte suprema svizzera, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. c. Dipartimento federale dell’Ambiente, dei Trasporti, dell’Energia e delle Comunicazioni*, sent. del 5 maggio 2020; Corte distrettuale dell’Oregon, *Juliana et al. c. Stati Uniti d’America et al.*, sent. del 10 novembre 2016. In entrambi i casi, i giudici nazionali hanno ritenuto che l’eventuale adozione di misure di riduzione delle emissioni più ambiziose dovesse avvenire sulla scorta di decisioni di natura eminentemente politica.

<sup>3</sup> Corte EDU, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* [GC], ricorso n. 53600/20, sent. del 9 aprile 2024.



sui diritti umani (paragrafo 3)<sup>4</sup>. Si tratta infatti di una sentenza storica e innovativa<sup>5</sup> in cui, per la prima volta, la Corte di Strasburgo si è espressa circa il legame intercorrente tra cambiamenti climatici e violazioni dei diritti umani, sugli obblighi degli Stati in materia di mitigazione, adattamento e prevenzione e, infine, proprio sulla questione della separazione dei poteri. Le recenti statuizioni della Corte sono quindi destinate ad avere, sotto diversi profili, delle implicazioni che, nelle successive fasi di giudizio del caso *A Sud et al c. Italia*, così come in altre controversie aventi ad oggetto le politiche statali di mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici, i tribunali italiani non potranno ignorare.

## 2. Un passo avanti e due indietro per la giustizia climatica in Italia

Il contenzioso sui cambiamenti climatici è un fenomeno in crescita esponenziale a livello globale. I dati più recenti riferiscono di oltre 230 nuovi casi intentati nel solo 2023 su un totale di oltre 2600 controversie<sup>6</sup>. Il 70% di tali ricorsi è stato depositato a partire dal 2015<sup>7</sup>. Questa data non è casuale, poiché corrisponde all'anno di entrata in vigore dell'Accordo di Parigi, trattato internazionale con cui gli Stati contraenti – tra cui l'Italia – hanno assunto l'obbligo di *due diligence* di contenere l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2 C° rispetto ai livelli preindustriali e, possibilmente, al di sotto di 1,5 C°, realizzando tutti gli sforzi possibili in tal senso<sup>8</sup>. Per il conseguimento di tale obiettivo, le Parti si sono altresì impegnate a definire, a livello nazionale, i propri contributi di riduzione delle emissioni, tenendo conto delle migliori

<sup>4</sup> La sentenza della Corte, seppur recente, risulta già oggetto di molti commenti. Si segnalano *ex multis*: R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritti umani e cambiamento climatico: brevi note sulla sentenza KlimaSeniorinnen di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2024, 383 ss.; L. ACCONCIAMESSA, *Il contenzioso climatico davanti alla Corte europea dei diritti umani, tra aspettative, rischi e realtà*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2024, 369 ss.; M. MILANOVIĆ, *A Quick Take on the European Court's Climate Change Judgments*, in *EJIL: Talk!*, disponibile all'indirizzo: [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org), 9 aprile 2024; M. BÖNNEMANN, M. A. TIGRE, *The Transformation of European Climate Litigation*, *Verfassungsbücherei*, Berlino, 2024.

<sup>5</sup> S. ARNTZ, J. KROMMENDIJK, *Historic and Unprecedented: Climate Justice in Strasbourg*, in BÖNNEMANN, M. A. TIGRE, *The Transformation of European Climate Litigation*, cit., 27 ss.

<sup>6</sup> Un database costantemente aggiornato delle controversie in tema di contrasto al cambiamento climatico è curato dal *Sabin Center for Climate Change Law*, disponibile all'indirizzo: [www.climatecasechart.com](http://www.climatecasechart.com).

<sup>7</sup> J. SETZER, C. HIGHAM, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot*, *Grabtham Research Institute on Climate Change and the Environment*, LSE, Londra, 2024.

<sup>8</sup> Accordo di Parigi, 12 dicembre 2015, entrato in vigore il 5 ottobre 2016, art. 2, par. 1, lett. a). Sulla natura degli obblighi contenuti nell'accordo: C. VOIGT, P. FERREIRA, «*Dynamic Differentiation*»: *The Principles of CBDR-RC, Progression and Highest Possible Ambition in the Paris Agreement*, in *Transnational Environmental Law*, 2, 2016, 285 ss.

conoscenze scientifiche a disposizione<sup>9</sup>, del principio di equità e di quello delle responsabilità comuni ma differenziate, al fine di raggiungere la neutralità climatica nella seconda metà del corrente secolo<sup>10</sup>.

È in questa cornice che si inserisce il caso *A Sud et al c. Italia*, primo esempio di contenzioso *strategico* in materia di cambiamento climatico promosso nel nostro Paese<sup>11</sup>. Con tale espressione si fa riferimento a quei ricorsi “costruiti” *ad hoc* per avere un impatto che, trascendendo la singola controversia, mira a realizzare un cambiamento politico e sociale sistemico<sup>12</sup>. Aspirano infatti a produrre sia effetti diretti, in termini di adozione da parte degli Stati di misure di mitigazione e di adattamento al cambiamento climatico più ambiziose, che indiretti, in termini, ad esempio, di sensibilizzazione dell’opinione pubblica, di mobilitazione dei movimenti sociali, di stimolo ad altri contenziosi a livello internazionale<sup>13</sup>.

## 2.1 La strategia processuale di parte attrice

Sulla scorta di azioni simili intentate in Europa e in particolare del caso olandese *Urgenda*<sup>14</sup>, che più di ogni altro ha contribuito a promuovere una fiorente giurisprudenza sulla giustizia climatica<sup>15</sup>, le parti attrici hanno combinato, nella strategia processuale, argomentazioni che si fondano sui diritti umani da un lato e il diritto civile dall’altro<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Sul ruolo del contributo della comunità scientifica nello sviluppo del diritto internazionale sul cambiamento climatico si rimanda a: G. NAVRAJ SINGH, *Science and Climate Change Law: The Role of the IPCC in International Decision-Making*, in C. P. CALARNE, K. GRAY, R. TARASOFSKY (a cura di), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 55 ss.

<sup>10</sup> Art. 4 dell’Accordo di Parigi.

<sup>11</sup> Un database sul contenzioso climatico italiano, curato dall’Università del Salento, è disponibile all’indirizzo: [www.contenziosoclimaticoitaliano.it](http://www.contenziosoclimaticoitaliano.it).

<sup>12</sup> A. KOVÁCS, *Beyond Courts: Does Strategic Litigation Affect Climate Change Policy Support?*, in *International Review of Law and Economics*, 79, 2024, 3 ss.

<sup>13</sup> L. VANHALA, *Shaping the Structure of Legal Opportunities: Environmental NGOs Bringing International Environmental Procedural Rights Back Home*, in *Law & Policy*, 40, 2018, 110 ss.; M. RAMSDEN, K. GLEDHILL, *Defining Strategic Litigation*, in *Civil Justice Quarterly*, 38, 2019, 407 ss. Sul ruolo di tale tipo di contenzioso nell’ordinamento italiano si rimanda a: S. PITTO, *Public interest litigation e contenzioso strategico nell’ordinamento italiano. Profili critici e spunti dal diritto comparato*, in *DPCE Online*, 50, 2021, 1061 ss.

<sup>14</sup> Corte Suprema, *Lo Stato dei Paesi Bassi c. Fondazione Urgenda*, causa n. 19/00135, sent. del 20 dicembre 2019.

<sup>15</sup> E. BARRITT, *Consciously Transnational: Urgenda and the Shape of Climate Change Litigation: The State of the Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) v. Urgenda Foundation*, in *Environmental Law Review*, 22, 2020, 296 ss.; R. COX, *A Climate Change Litigation Precedent: Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 34, 2016, 143 ss.; A. NOLLKAEMPER, L. BURGERS, *The State of the Netherlands v. Urgenda*, in *International Legal Materials*, 59, 2020, 811 ss.

<sup>16</sup> Sul punto di veda: M. FERMEGLIA, R. LUPORINI, *‘Urgenda-Style’ Strategic Climate Change Litigation in Italy: A Tale of Human Rights and Torts?*, in *Chinese Journal of Environmental Law*, 2023,

I ricorrenti, infatti, chiedevano, in via principale<sup>17</sup>, l'accertamento della responsabilità extracontrattuale dello Stato italiano *ex art.* 2043 c.c. per aver contribuito a produrre e a non rimuovere la situazione di pericolo rappresentata dall'emergenza climatica, denunciata dalla comunità scientifica<sup>18</sup> e dichiarata dall'Unione europea<sup>19</sup>. Infatti, la politica italiana di mitigazione del cambiamento climatico era giudicata totalmente insufficiente e incapace di «porre fine all'aumento costante della temperatura, contribuire ad arrestare gli effetti degenerativi dell'emergenza climatica, quindi rendere effettivi, nel presente e nel futuro, i contenuti essenziali dei diritti fondamentali della persona umana, prevenendone la lesione»<sup>20</sup>.

Per gli attori, la perdurante inerzia statale nel perseguire l'obiettivo della stabilità climatica avrebbe integrato la responsabilità aquiliana dello Stato alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione del c.c. e della clausola generale del *neminem laedere*<sup>21</sup> in considerazione del rischio di un pregiudizio ai diritti umani in futuro, a causa degli effetti prodotti dal cambiamento climatico. Infatti, a partire dalla sentenza n. 641/1987, la Corte costituzionale ha ritenuto l'art. 2043 c.c. uno «strumento per la protezione dei valori che la Costituzione prevede e assicura»<sup>22</sup>. Come ha chiarito la Corte costituzionale, il principio del *neminem laedere*, in relazione con il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e con i precetti costituzionali posti a presidio di beni primari e assoluti, come il diritto alla salute (art. 32 Cost.), consente l'esperibilità preventiva della tutela aquiliana per evitare «tutta la gamma delle conseguenze dannose che potrebbero derivare dalla violazione degli stessi»<sup>23</sup>. Infatti, la protezione costituzionalmente accordata a beni di valore assoluto e

245 ss.; P. PUSTORINO, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale, in Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 596 ss. Sull'ampio ricorso all'istituto della responsabilità civile dello Stato nei casi di contenzioso strategico fatti valere di fronte ai giudici nazionali, nonostante le sensibili differenze riscontrabili tra i diversi sistemi giuridici interni, si rimanda a: M. HINTEREGGER, *Civil Liability and the Challenges of Climate Change: A Functional Analysis*, in *Journal of European Tort Law*, 2017, 259 ss.

<sup>17</sup> In via subordinata gli attori invocavano l'art. 2051 c.c., ai sensi del quale lo Stato italiano, in qualità di custode, sarebbe responsabile dei danni causati dalla cosa custodita, il sistema climatico. Lo stesso è infatti competente a controllare ed eliminare qualsiasi aumento di emissioni. In via ancora più subordinata, invece, si invocava la responsabilità dello Stato radicata nel mancato rispetto degli obblighi di protezione fondati – *ex artt.* 1173 e 1218 c.c. – sul contratto sociale qualificato.

<sup>18</sup> W. RIPPLE e altri 11258 scienziati, *World Scientists' Warning of a Climate Emergency*, in *BioScience*, 1, 2020, 8 ss.; UNEP, *Facts about the Climate Emergency*, 2020, disponibile all'indirizzo: [www.unep.org](http://www.unep.org).

<sup>19</sup> Risoluzione 2019/2930(RSP) del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sull'emergenza climatica e ambientale.

<sup>20</sup> Cfr. atto di citazione, p. 15.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 69.

<sup>22</sup> C. cost., 30 dicembre 1987, n. 641, par. 2.2.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

primario permette di anticipare la soglia di tutela giurisdizionale dal momento che i corrispondenti diritti «non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità»<sup>24</sup>.

Azioni insufficienti di mitigazione del cambiamento climatico, in violazione dei vincoli assunti con la conclusione dei trattati internazionali che saranno a breve richiamati, si sarebbero tradotti nella mancata rimozione della situazione di pericolo e, dunque, nella futura lesione di numerosi diritti fondamentali, determinando il sorgere dell'illecito aquiliano. Nella prospettiva attorea, l'art. 2043 c.c. avrebbe dovuto applicarsi a protezione di diritti fondamentali tutelati sia da strumenti internazionali, come la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) che dalla Costituzione. Sforzi insufficienti di mitigazione avrebbero prodotto infatti una violazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU<sup>25</sup>. Per quanto riguarda invece le disposizioni costituzionali, le parti attrici lamentavano il pregiudizio dell'art. 32, relativo alla tutela della salute, e del diritto all'ambiente salubre che, pur non presente nel catalogo dei diritti costituzionalmente protetti, veniva ricostruito in via interpretativa dagli artt. 9 e 32, letti alla luce dell'art. 2 Cost. Inoltre, veniva invocata la lesione del diritto a un clima stabile e sicuro, considerato precondizione per la salvaguardia del godimento di tutti gli altri diritti minacciati dal cambiamento climatico e da tutelare anche in una prospettiva intergenerazionale, diritto ricavato anch'esso dall'art. 2 Cost.<sup>26</sup>. Se la costruzione della legittimazione ad agire degli attori era apparsa nei primi commenti in dottrina come un aspetto potenzialmente critico del ricorso, come si vedrà, non è stata oggetto di scrutinio da parte del Tribunale di Roma<sup>27</sup>.

Per i ricorrenti, gli obblighi di mitigazione e adattamento a carico dello Stato trovavano il loro fondamento in una pluralità di fonti diverse, di diritto dell'Unione Europea<sup>28</sup> e di diritto internazionale, in modo particolare nella

<sup>24</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 27 luglio 2000, n. 9893/2000, par. 4.1.

<sup>25</sup> Nella sua giurisprudenza precedente la Corte EDU aveva già derivato dall'art. 8 l'obbligo degli Stati membri di valutare i rischi di danno associati all'inquinamento ambientale e alle catastrofi naturali e di adottare tutte le misure necessarie a proteggere il diritto degli individui al rispetto della propria vita privata. Cfr. Corte EDU, *Cordella c. Italia*, ricorso n. 54414/13, sent. del 24 gennaio 2019; *Di Sarno c. Italia*, ricorso n. 30765/08, sent. del 10 gennaio 2012; *Lopez Ostra c. Spagna*, ricorso n. 16798/90, sent. del 9 dicembre 1994; *Guerra c. Italia*, ricorso n. 14967/89, sent. del 19 febbraio 1998.

<sup>26</sup> Atto di citazione, p. 59 ss.

<sup>27</sup> Sulle criticità che il caso, così costruito, avrebbe potuto incontrare nell'ordinamento italiano si rimanda a: R. LUPORINI, *The 'Last Judgment': Early Reflections on Upcoming Climate Litigation in Italy*, in *Question of International Law*, 2021, 27 ss.; D. CASTAGNO, *Challenging Legal Standing in Climate Change Litigation, A Comparative Approach to the Italian Case 'Giudizio Universale'*, in *International Journal of Procedural Law*, 14, 2024, 47 ss.

<sup>28</sup> Quest'ultima ha imposto agli Stati obblighi volti al raggiungimento di specifici target di riduzione. A tal proposito, si vedano: Regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio

Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC)<sup>29</sup> del 1992 e nel già richiamato Accordo di Parigi. Secondo gli attori, la ratifica da parte dell'Italia di questi trattati internazionali<sup>30</sup> sarebbe stata di per sé espressiva della volontà di orientare la propria discrezionalità politica in un senso ben preciso, ossia quello di condurre una politica climatica efficace e aderente ai metodi scientifici.

La cd. “riserva di scienza”<sup>31</sup> – espressione con la quale gli attori si riferiscono alla necessità che le azioni di contrasto al cambiamento climatico debbano essere *science based*, ossia adottate tenendo conto delle migliori conoscenze e informazioni scientifiche disponibili, che diventano elementi integrativi di indirizzo degli obblighi assunti dagli Stati e parametri per vagliare l'efficacia delle politiche intraprese – è infatti richiamata da entrambi i trattati<sup>32</sup> e costituirebbe un ulteriore limite alla discrezionalità politica. A tal proposito, gli attori hanno richiamato le conclusioni dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC)<sup>33</sup> e, in particolare, il Rapporto Speciale del 2018<sup>34</sup>. Quest'ultimo ha sostenuto la necessità di contenere l'aumento della temperatura nel limite di più 1,5 C° entro il 2030, identificato quale punto di non ritorno per evitare che l'emergenza climatica diventi irreversibile. Inoltre, ha individuato nel *carbon budget* il metodo scientifico che fornisce la quantità

del 30 maggio 2018 relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'Accordo di Parigi e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013 (GU L 156 del 19.6.2018, p. 26 ss.); Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009; e il Regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»), GU L 243 del 9 luglio 2021 in cui si prevede che i Paesi dell'UE devono ridurre le emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030, al fine di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050.

<sup>29</sup> UNFCCC, aperto alle ratifiche il 9 maggio 1992, in vigore dal 21 marzo 1994. Si vedano in particolare l'art. 2 («L'obiettivo ultimo della presente Convenzione e di tutti i relativi strumenti giuridici che la Conferenza delle Parti può adottare è di stabilizzare, in conformità delle pertinenti disposizioni della Convenzione, le concentrazioni di gas ad effetto serra nell'atmosfera a un livello tale che sia esclusa qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul sistema climatico») e l'art. 4 sugli obblighi delle Parti in termini di mitigazione dei cambiamenti climatici.

<sup>30</sup> Avvenuta rispettivamente con l. n. 65/1994 e con l. n. 204/2016. Si ricorda, inoltre, che entrambi gli accordi sono stati ratificati dall'UE.

<sup>31</sup> M. F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *DPCE Online*, 2, 2023, 329 ss., M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della giustizia climatica*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1345 ss.

<sup>32</sup> Nella UNFCCC: nel preambolo e negli artt. 4, par. 2, lett. d, 5 e 6; nell'Accordo di Parigi: nel preambolo e nell'art. 4, par. 4.

<sup>33</sup> L'IPCC, istituito nel 1988 dall'Organizzazione meteorologica mondiale e dal Programma delle Nazioni Unite sull'ambiente, è il principale organismo internazionale che si occupa di analizzare i cambiamenti climatici. Ogni anno produce un rapporto di valutazione scientifica sullo stato delle conoscenze nel campo del clima.

<sup>34</sup> IPCC, *Special Report, Global Warming of 1,5 C°*, 2018.

massima di gas serra ancora emettibile per contenere l'aumento della temperatura entro i limiti indicati. Tali conclusioni, del resto, sono state confermate nella Conferenza degli Stati parte (CoP), tenutasi a Glasgow nel 2021<sup>35</sup>, nel corso della quale gli Stati hanno interpretato l'Accordo di Parigi nel senso di porre un obbligo di riduzione delle emissioni di 1,5 C° e di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050.

Gli attori sostenevano che le azioni climatiche dell'Italia erano totalmente insufficienti a garantire il raggiungimento di tali obiettivi di mitigazione. In assenza di una legge quadro sul clima, le misure programmate con il Piano integrato per l'energia e il clima (PNIEC)<sup>36</sup>, se perseguite in maniera efficace, avrebbero condotto, infatti, a una contrazione delle emissioni del solo 36% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030. Pertanto, si chiedeva al giudice di condannare il convenuto al risarcimento in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*<sup>37</sup>. Si richiedeva dunque un'ingiunzione che imponesse l'adozione di ogni iniziativa necessaria per l'abbattimento delle emissioni clima-alteranti del 92% rispetto ai livelli del 1990, abbattimento da realizzarsi entro il 2030 in modo tale da prevenire la lesione futura dei diritti umani. Sulla base di un report scientifico allegato all'atto di citazione e realizzato da *Climate Analytics*<sup>38</sup>, i ricorrenti sostenevano, infatti, che tale target di contenimento, calcolato sulla base della metodologia indicata dall'IPCC, fosse l'unico capace di soddisfare la cd. "quota equa", ossia quella porzione di riduzione delle emissioni che uno Stato dovrebbe raggiungere per dare un contributo all'attuazione dell'Accordo di Parigi, tenendo in considerazione i principi del diritto internazionale dell'ambiente di equità e delle responsabilità comuni ma differenziate<sup>39</sup>.

Proprio perché si trattava di un'azione legale sistemica e non di impugnazione di un singolo atto – ragione che contribuisce a spiegare come mai non sia stato adito il giudice amministrativo – veniva richiesta la condanna dello Stato a un obbligo di *facere* che si concretasse in una decisa inversione di tendenza nella conduzione della propria politica climatica.

<sup>35</sup> *Decision/CMA.3, Glasgow Climate Pact*, disponibile all'indirizzo: [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int).

<sup>36</sup> Si tratta del documento contenente le strategie di riduzioni delle emissioni redatto dall'Italia nel quadro del Regolamento UE n.2018/1999. È disponibile all'indirizzo: [www.mase.gov.it](http://www.mase.gov.it).

<sup>37</sup> «Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile».

<sup>38</sup> CLIMATE ANALYTICS, *Obiettivi e politiche climatiche dell'Italia in conformità all'Accordo di Parigi e alle valutazioni di Equity globale*, 2021, p. 4.

<sup>39</sup> Applicando solo l'obiettivo di riduzione delle emissioni medie globali e non il principio delle responsabilità comuni ma differenziate, l'Italia avrebbe dovuto ridurre le emissioni del 63% entro il 2030, che è comunque una soglia significativamente più alta dell'obiettivo risultante dal PNIEC.

## 2.2 Analisi critica della sentenza di primo grado

La seconda sezione civile del Tribunale di Roma in composizione monocratica ha respinto in maniera integrale le richieste degli attori in una sentenza, estremamente sintetica, in cui è stato dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione per insindacabilità delle politiche climatiche. Si tratta di una pronuncia che presenta diversi profili critici che verranno di seguito evidenziati, ripercorrendo le scarse argomentazioni fornite dall'organo giudicante.

Il Tribunale di Roma ha aperto il suo ragionamento con il riconoscimento della dimensione emergenziale del fenomeno del cambiamento climatico e con un richiamo alle più note sentenze pronunciate dai giudici di altri Paesi europei che, in diverse forme, hanno accertato la responsabilità dello Stato a causa delle misure di contrasto ai cambiamenti climatici adottate. Con il riferimento al già citato *Urgenda*, alla sentenza del Tribunale amministrativo di Parigi nel cd. *Affaire du Siècle*<sup>40</sup> e alla pronuncia della Corte costituzionale tedesca in *Neubauer*<sup>41</sup>, il decisore ha dunque collocato l'azione intentata dalle parti attrici nel solco del più ampio fenomeno della *climate change litigation*. Ciò poteva far presupporre l'adozione di una pronuncia volta ad accertare *nel merito* l'eventuale violazione dell'art. 2043 c.c. da parte dell'Italia. Tuttavia, per il giudice la similitudine con le altre controversie europee era dovuta al solo oggetto dei casi – il cambiamento climatico antropogenico – mentre la differenza «dei modelli di azione condizionati dalla diversità degli ordinamenti giuridici»<sup>42</sup> in cui sono sorti ne ha giustificato il discostamento operato dal Tribunale di Roma.

Pur ammettendo che le peculiarità dell'ordinamento italiano non avrebbero potuto condurre a un esito simile a quello di ricorsi incardinati in altri sistemi normativi, appare quantomeno singolare che l'organo giudicante non abbia minimamente considerato come, nelle controversie richiamate, i tribunali nazionali avessero affrontato la questione dell'insindacabilità della politica climatica dei governi in ragione del principio della separazione dei poteri e l'avessero respinta sulla base di considerazioni che trascendono le caratteristiche intrinseche degli ordinamenti di riferimento<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Tribunale amministrativo di Parigi, *Association Oxfam France, Association Notre Affaire À Tous, Fondation pour la Nature et l'Homme, Association Greenpeace France*, ricorsi n. 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, sent. del 14 ottobre 2021.

<sup>41</sup> Corte costituzionale tedesca, *Neubauer et al c. Germania*, sentenza del 29 aprile 2021, 1 BvR 288/20.

<sup>42</sup> Tribunale ordinario di Roma, II. Sez. Civ., *A Sud Ecologia et al c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, causa iscritta al n. 39415, sent. del 26 febbraio 2024, p. 7.

<sup>43</sup> Sul punto si veda anche A. MOLFETTA, *La sentenza Giudizio Universale in Italia: un'occasione mancata di fare giustizia climatica*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5, 2024, 186 ss., il quale osserva l'importanza delle decisioni richiamate anche in virtù del fatto che provenivano tutte da Paesi dell'UE e aderenti alla CEDU. Si veda anche: G. PALOMBINO, *Il "Giudizio universale" è inammissibile: quali prospettive per la giustizia climatica in Italia?*, in *laCostituzione.info*, disponibile all'indirizzo: [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 25 marzo 2024.

Sono due le ragioni – strettamente correlate e sostenute in maniera apodittica, senza adeguata argomentazione – sulle quali il Tribunale fonda l’inammissibilità del ricorso. La prima riguarda l’«insussistenza di una obbligazione dello Stato (di natura civile e coercibile da parte del singolo) di ridurre le emissioni»<sup>44</sup> poiché l’interesse di cui si invoca la tutela risarcitoria ai sensi dell’art. 2043 c.c. non rientrerebbe «nel novero degli interessi giuridicamente tutelati»<sup>45</sup>. Questo profilo sarà analizzato in maniera approfondita nel prossimo paragrafo poiché smentito dalla sentenza della Corte EDU contro la Svizzera<sup>46</sup>.

La seconda argomentazione fornita a giustificazione del difetto assoluto di giurisdizione attiene invece al fatto che l’organo ritiene di non potersi pronunciare in una materia “tradizionalmente” riservata alla politica. Si invoca infatti il principio della separazione dei poteri, baluardo dello Stato di diritto, come scudo per non valutare le scelte di politica climatica del legislatore e del governo che, in quanto tali, rientrerebbero nella sfera di attribuzione esclusiva degli organi politici. Si legge, infatti, che «quelli posti in essere dal Governo e dal Parlamento, e qui oggetto di censura, sono atti, provvedimenti e comportamenti manifestamente espressivi della funzione di indirizzo politico, consistente nella determinazione delle linee fondamentali di sviluppo dell’ordinamento e della politica dello Stato nella delicata e complessa questione, indubbiamente emergenziale, del cambiamento climatico antropogenico»<sup>47</sup>. Lo Stato non può essere ritenuto responsabile per le scelte politiche in materia di contrasto al cambiamento climatico poiché gli organi politici sarebbero liberi nella definizione dei propri obiettivi in una materia che comporta valutazioni discrezionali di carattere socioeconomico e bilanciamenti che investono i diversi ambiti della vita della collettività<sup>48</sup>. In questa poco condivisibile ricostruzione, dal principio della separazione dei poteri deriverebbe l’insindacabilità delle politiche climatiche da parte dei giudici, in quanto espressione di indirizzo politico di organi dotati di legittimazione democratica<sup>49</sup>.

Questa tesi appare però non convincente per diverse ragioni.

<sup>44</sup> Tribunale ordinario di Roma, *A Sud Ecologia et al c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 12.

<sup>45</sup> *Ibidem*. Il Tribunale di Roma, riguardo alla domanda, proposta dagli attori in via subordinata, riguardante la modifica del PNIEC, ha ritenuto che la questione dovesse essere devoluta al giudice amministrativo poiché ritenuta correlata a «comportamenti materiali riconducibili al concreto esercizio di un potere autoritativo» (p. 14).

<sup>46</sup> Vedi *infra* 3.1.

<sup>47</sup> Tribunale ordinario di Roma, *A Sud Ecologia et al c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 12.

<sup>48</sup> Si veda U. LATTANZI, *Climate Litigation Reaches Italian Court, Giudizio Universale*, in *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, disponibile all’indirizzo: [www.verfassungsblog](http://www.verfassungsblog), 12 aprile 2024.

<sup>49</sup> L. BERGKAMP, J.C. HANEKAMP, *Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 5, 2015, 102 ss.



In primo luogo, anche guardando al solo diritto interno, il Tribunale di Roma ha dimostrato di ignorare la copiosa giurisprudenza delle più alte Corti «sul tema dell'intreccio fra accesso al giudice, discrezionalità e insindacabilità del potere e *neminem laedere*»<sup>50</sup>. Rimandando a studi che approfondiscono in maniera specifica il tema<sup>51</sup>, in questa sede appare opportuno quantomeno evidenziare come il principio del *neminem laedere*, che si staglia nell'ordinamento italiano quale principio e valore identificativo dello Stato di diritto<sup>52</sup> e come già ricordato offre una garanzia di accesso al giudice anche in via preventiva<sup>53</sup>, è stato completamente trascurato dal Tribunale di Roma. Eppure, in più occasioni, le più alte Corti hanno riconosciuto il collegamento tra gli artt. 32 Cost. – la cui lesione era invocata dai ricorrenti – e 2043 c.c.<sup>54</sup>. In caso di violazioni dell'art. 32 Cost., infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto che apparirebbero inaccettabili limiti alla tutela risarcitoria del diritto alla salute in nome della discrezionalità del potere<sup>55</sup>. Pertanto, è ingiustificata la posizione del Tribunale di Roma nella misura in cui, pur riconoscendo il carattere emergenziale del cambiamento climatico e quindi il pericolo per la lesione dei diritti fondamentali, non ha ritenuto esistente alcuna situazione soggettiva meritevole di giustiziabilità.

Inoltre, la posizione del Tribunale di Roma si scontra con quella teoria che, nelle democrazie costituzionali, attribuisce un ruolo di rilievo al cd. “right to justification”. Assunto di base della stessa è che qualsiasi scelta politica che abbia impatti rilevanti sulla collettività, specialmente su diritti fondamentali, deve essere giustificata con argomentazioni solide, in modo chiaro e accessibile a chi ne è coinvolto o ne subisce le conseguenze. I giudici, in tal senso, sarebbero legittimati a effettuare una forma di controllo sull'esercizio del potere pubblico<sup>56</sup>. Nel contesto del cambiamento climatico, l'evidente fallimento della politica nella gestione di un fenomeno così complesso «has motivated a

<sup>50</sup> L. CARDELLI, *La sentenza “Giudizio Universale” una decisione retriva*, in *laCostituzione.info*, disponibile all'indirizzo: [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 11 marzo 2024.

<sup>51</sup> Si veda, ad esempio, I. BRUNO, *La causa «Giudizio Universale». Quattro test costituzionali sui poteri del giudice adito*, in *federalismi.it*, 18, 2022, 27 ss.; A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, ESI, Napoli, 2022, 273 ss.; L. BUTTI, S. NESPOR, *Diritto al clima*, Mimesis, Milano, 2022, 252 ss.

<sup>52</sup> C. cost., 24 gennaio 1992, n. 16, 1992, terzo considerato in diritto: «ogni norma che sopravvenga ad omologare fatti conseguiti alla violazione del *neminem laedere* si pone fuori del quadro dei valori su cui è costruito lo Stato di diritto».

<sup>53</sup> C. Cost., n. 641/1987, par. 2.2.

<sup>54</sup> Cass. Civ., Sez. III, 27 luglio 2000, n. 9893; Cass. Civ., SS.UU., 8 marzo 2006, n. 4908; e, più di recente, Cass. Civ., SS.UU., 23 aprile 2020, n. 8092.

<sup>55</sup> C. cost., 14 luglio 1986, n. 184, par. 19.

<sup>56</sup> R. FORST, *The Right to Justification, Elements of a Constructivist Theory of Justice*, Columbia University Press, New York, 2011; C. MÖLLERS, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

growing share of citizens and civil society actors to pursue what is necessary via counter-majoritarian instruments, most prominently through climate litigation»<sup>57</sup>. I tribunali assumono in questa prospettiva un ruolo di garanzia, esercitando una supervisione sulla legittimità delle decisioni politiche in ambito climatico, specialmente quando tali scelte mettono in pericolo i diritti fondamentali, come il diritto alla vita, alla salute e a un ambiente sano<sup>58</sup>. In quest'ottica, dunque, il sindacato giurisdizionale sulle scelte politiche di contrasto ai cambiamenti climatici, lungi dal minare il principio di separazione dei poteri, ne consentirebbe la piena realizzazione<sup>59</sup>, imponendo che i decisori politici “giustificano” le proprie scelte alla luce dell'impatto che le stesse hanno sui diritti umani<sup>60</sup>. Anche guardando al contenzioso climatico in altri Paesi, e, in particolare, al ben noto caso *Urgenda*, si può notare che, a più riprese, nelle diverse fasi di giudizio, sia stato evidenziato come il fatto che le scelte politiche dei poteri pubblici siano sottoposte a scrutinio da parte dei giudici sia, in realtà, un'operazione condotta a tutela dei singoli, nel pieno rispetto dello Stato di diritto e del bilanciamento tra diversi poteri<sup>61</sup>. Tale controllo, che il Tribunale di Roma si è rifiutato di svolgere, costituisce un elemento imprescindibile di un ordinamento costituzionale democratico.

In terzo luogo, non si può ignorare che presupposto fondamentale della *rule of law* è che «nessuna istituzione, nemmeno quindi un'Autorità di Governo,

<sup>57</sup> C. ECKES, *Tackling the Climate Crisis with Counter-majoritarian Instruments: Judges Between Political Paralysis, Science, and International Law*, in *European Papers*, 2021, 1307 ss., 1308. Nello stesso senso si veda anche: L. BURGERS, *Should Judges Make Climate Change Law?*, in *Transnational Environmental Law*, 9, 2020, 55 ss.

<sup>58</sup> È la stessa posizione sostenuta dalla Corte EDU nel caso contro la Svizzera (cfr. *infra* par. 3). Si veda anche: C. ECKES, P. LEINO-SANDBERG, A. WALLERMAN GHAVANINI, *Conceptual Framework for the Project “Separation of Powers for 21<sup>st</sup> Century Europe (SepaRope)”*, in *Amsterdam Law School Research Paper*, 2021, 1 ss.

<sup>59</sup> C. ECKES, *Separation of Powers in Climate Cases: Comparing cases in Germany and the Netherlands*, in *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, disponibile all'indirizzo: [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), 10 maggio 2021: «By allocating different functions to the three branches, executive, legislature, and judiciary, separation of powers aims to ensure that the tension between law and majoritarian politics is perpetuated and that neither law nor politics dominates the other. The judiciary has the important function of protecting individual autonomy as a crucially necessary element».

<sup>60</sup> Nello stesso senso: M. A. LOTH, *The Civil Court as Risk Regulator: The Issue of its Legitimacy*, in *European Journal of Risk Regulation*, 9, 2018, 69 ss.; G. PANE, *Pro e contro dei rimedi domestici: prospettive di sinergia europea nel contenzioso climatico collettivo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, 375 ss. L'autrice ritiene che la dottrina della separazione dei poteri non rappresenti un argomento convincente per limitare l'accertamento della responsabilità di uno Stato per la conduzione della propria politica climatica. Lo stesso non potrebbe dirsi per l'emanazione di ordini di ingiunzione. La stessa sostiene che, del resto, «l'assenza di un'ingiunzione di obiettivi specifici può considerarsi anche un'alternativa più flessibile e forse più efficace, comportando un monitoraggio “per gradi” più rapido e immediato, e mantenendo aperto un canale di dialogo con le istituzioni».

<sup>61</sup> Corte Suprema, *Lo Stato dei Paesi Bassi c. Fondazione Urgenda*, cit., par. 8.3.2. Per una ricostruzione dettagliata delle argomentazioni sostenute dai giudici olandesi si rimanda a: L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell'atto politico*, cit., 1039.

può sottrarsi al rispetto della Costituzione, delle leggi nazionali e dei trattati internazionali»<sup>62</sup>. Da questo punto di vista, e in ragione della ratifica da parte dell'Italia di tutti i trattati internazionali sul clima precedentemente richiamati, la politica climatica statale non è scevra da vincoli ma è chiamata al rispetto dell'obbligo di contribuire, attraverso il taglio di emissioni, al contenimento dell'aumento della temperatura media mondiale al di sotto di 1,5°. Tali vincoli internazionali acquistano una «piena dimensione costituzionale, e dunque hanno natura obbligatoria, proprio per il legislatore»<sup>63</sup>, alla luce dell'art. 117, c. 1, della Costituzione.

Inoltre, un ulteriore elemento che permette di circoscrivere la discrezionalità politica è la deferenza da tributare ai dati scientifici in questa materia. Da questo punto di vista, appare preoccupante il fatto che il Tribunale di Roma abbia ritenuto i dati forniti dalle parti «non verificabili in questa sede, non disponendo questo giudice delle informazioni necessarie»<sup>64</sup>. Trincerarsi dietro l'incapacità di esaminare i dati scientifici, in un periodo storico in cui la magistratura è sempre più spesso chiamata a pronunciarsi su questioni tecniche, potendosi avvalere di esperti e alla luce di principi giuridici ormai consolidati come quello di precauzione e della migliore scienza disponibile, è un'argomentazione difficilmente sostenibile<sup>65</sup>.

Non è un caso che in dottrina si sia parlato di scienza “come fonte del diritto”, “limite alla discrezionalità politica” o “parametro interposto di legittimità”<sup>66</sup>. Una valutazione sulla legittimità delle scelte di politica climatica non può prescindere, infatti, dalle evidenze prospettate dalla comunità internazionale e, in particolare, dall'IPCC, come è stato fatto del resto nei casi espressamente richiamati dal Tribunale di Roma, *Urgenda* e *Affaire du Siècle*. A tal proposito, appare utile ricordare anche che l'Italia è membro dell'IPCC e i suoi delegati statali hanno sempre votato a favore dei suoi rapporti pubblicati

<sup>62</sup> L. BUTTI, *Chi decide sulle politiche climatiche? Contenzioso climatico, separazione dei poteri e “Rule of Law”*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, disponibile all'indirizzo: [www.rgaonline.it](http://www.rgaonline.it), 1° aprile 2024.

<sup>63</sup> G. PALOMBINO, *Il “Giudizio universale” è inammissibile*, cit.

<sup>64</sup> Tribunale ordinario di Roma, *A Sud Ecologia et al c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 8.

<sup>65</sup> Così R. CECCHI, *Il Giudizio (o Silenzio?) Universale: una sentenza che non farà la storia*, in *Diritti Comparati*, disponibile all'indirizzo: [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 15 maggio 2024; N. STAVENATO, *Se un fisico legge la sentenza “Giudizio Universale”*, in *laCostituzione.info*, disponibile all'indirizzo: [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 29 marzo 2024.

<sup>66</sup> L. DEL CORONA, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del Tribunal Administratif De Paris sull’Affaire du Siècle*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, 1, 2021, 327 ss; M. MORVILLO, *Climate Change Litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, 1 ss.; S. BALDIN, *Towards the Judicial Reognition of the Right to Live in a Stable Climate System in the European Legal Space?*, in *DPCE Online*, 2/2020, 1424 ss.

annualmente, incluso lo *Special Report* del 2018, espressamente commissionato dagli Stati attraverso la Decisione1/CP.21<sup>67</sup>. Si ritiene, dunque, che lo stesso, ai sensi dell'art. 31, par. 2, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>68</sup>, assuma la natura giuridica di strumento disposto dalle Parti in occasione della conclusione del trattato – in questo caso dell'Accordo di Parigi – e, come tale, sia utilizzabile a fini interpretativi dal giudice<sup>69</sup>.

Infine, appare utile segnalare come nella decisione del Tribunale di Roma non abbia avuto alcun rilievo la recente riforma costituzionale<sup>70</sup> che ha portato nel 2022 alla modifica dell'art. 9, c. 3, Cost. disponendo «la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, *anche nell'interesse delle future generazioni*»<sup>71</sup>. Tale disposizione, che non era stata invocata dai ricorrenti che hanno avviato l'azione prima della riforma, assegna all'attività pubblica un compito preciso di tutela dell'ambiente e degli ecosistemi. Come è stato sostenuto da autorevole dottrina, visto il rapporto di strumentalità tra ecosistemi e clima, la stessa «è capace di dare copertura costituzionale alla tutela del clima»<sup>72</sup>, presupponendo che la tutela dell'ambiente possa realizzarsi soltanto attraverso una stabilizzazione climatica<sup>73</sup>. A riguardo, si segnala anche una recentissima sentenza della Corte cost.<sup>74</sup> che ha ritenuto il novellato art. 9 Cost. espressione di un nuovo “mandato”, vincolante tutte le autorità pubbliche, alla tutela degli interessi delle «persone ancora non venute ad esistenza, nei cui confronti le generazioni attuali hanno un preciso dovere di preservare le

<sup>67</sup> *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015*, Decision 1/CP.21, FCCC/CP/2015/10/Add.1, 26 gennaio 2016, disponibile all'indirizzo: [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int).

<sup>68</sup> Adottata il 22 maggio 1969 ed entrata in vigore il 27 gennaio 1980. In Italia ratificata con l. 12 febbraio 1974, n. 112.

<sup>69</sup> Similmente si concorda con Laura Magi, laddove la stessa sostiene che dalle risoluzioni adottate a conclusione delle CoP – e in questo senso ai nostri fini rileva quella di Glasgow sopra richiamata – possa desumersi la formazione di un accordo tra le parti circa l'interpretazione o attuazione dell'Accordo di Parigi ex art. 31, par. 3, lett. a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Pertanto, «l'utilizzo di tale criterio ermeneutico da parte del giudice nazionale non produce un'azione *ultra vires* del medesimo» (L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell'atto politico*, cit., 1047).

<sup>70</sup> La l. cost. n. 1/2022 ha introdotto anche una modifica dell'art. 41, commi 2 e 3 Cost. individuando nella salute e nell'ambiente due limiti all'iniziativa economica privata.

<sup>71</sup> Sulle prospettive di tutela giurisdizionale dell'interesse delle generazioni future si veda: C. D'ORAZI, *Le generazioni future e il loro interesse: oggetti sconosciuti di rilievo costituzionale. Osservazioni a prima lettura della l. cost. n. 1/2022*, in *BioLaw Journal*, 2023, 93 ss.

<sup>72</sup> R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2023, 132 ss., 139.

<sup>73</sup> F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCE Online*, 2, 2022, 108 ss.

<sup>74</sup> Per un primo commento si rimanda a: M. CARDUCCI, *Il duplice “mandato” ambientale tra costituzionalizzazione della preservazione intergenerazionale, neminem laedere preventivo e fattore tempo. Una prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 13 giugno 2024*, in *DPCE Online*, 2024, 1 ss.

condizioni perché esse pure possano godere di un patrimonio ambientale il più possibile integro, e le cui varie matrici restino caratterizzate dalla ricchezza e diversità che lo connotano»<sup>75</sup>.

### **3. Le possibili implicazioni della sentenza *KlimaSeniorinnen c. Svizzera* per il contenzioso climatico in Italia: a) in materia di separazione dei poteri**

È opportuno richiamare la sentenza relativa al caso *KlimaSeniorinnen c. Svizzera* del 9 aprile 2024 poiché nella stessa la Corte di Strasburgo ha affrontato direttamente la questione del principio della separazione dei poteri e del ruolo dei giudici nel contesto dei cambiamenti climatici, in risposta alle argomentazioni del governo che riteneva che una giurisdizionalizzazione delle questioni climatiche a livello internazionale avrebbe rischiato di aggirare il dibattito democratico e di rendere più complessa la ricerca di soluzioni “politicamente accettabili”<sup>76</sup>. Pertanto, la Corte ha agito con cautela, esercitando un complesso bilanciamento tra il proprio ruolo di organo giurisdizionale internazionale incaricato di tutelare i diritti umani e il rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze statali in un settore in cui, inevitabilmente, si intrecciano «problemi di diritto con problemi di politica»<sup>77</sup>. La Corte si è trovata, infatti, da un lato di fronte al rischio di perdita di fiducia e di legittimità da parte degli Stati membri, mentre dall’altro l’adozione di un approccio troppo conservatore «would avoid conflicts with domestic authorities but would exclude the ECtHR from the historic challenge of climate change»<sup>78</sup>.

La questione ha riguardato, inevitabilmente, la separazione dei poteri nella sua dimensione verticale, ma la Corte, che non ha abdicato al suo ruolo di garante dei diritti umani<sup>79</sup>, ne ha approfittato per chiarire il ruolo del potere giudiziario, anche a livello nazionale, nel contesto del cambiamento climatico. Ha infatti riconosciuto che le azioni di contrasto al cambiamento climatico sono responsabilità primaria, e dunque prerogativa, del legislatore e dell’esecutivo. In una democrazia, caratteristica dell’ordine pubblico europeo insieme al

<sup>75</sup> C. cost., 13 giugno 2024, n. 105, par 5.1.2. Si veda anche: M. CARDUCCI, *Le affinità “emissive”. La giurisprudenza comparata destinata a incidere sul contenzioso climatico italiano*, in *Diritti Comparati*, disponibile all’indirizzo: [www.diritti.comparati.it](http://www.diritti.comparati.it), 11 luglio 2024.

<sup>76</sup> Commenti del governo svizzero sull’ammissibilità e il merito di *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, ricorso n. 53600/20, 16 luglio 2021, p. 3. Il punto è stato ripreso anche dal giudice Eicke nella sua opinione dissenziente, par. 4.

<sup>77</sup> R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritti umani e cambiamento climatico*, cit., 384. Si veda: C. BLATTNER, *Separation of Powers and KlimaSeniorinnen*, in M. BÖNNEMANN, M. A. TIGRE (a cura di), *The Transformation of European Climate Litigation*, cit., 125 ss.

<sup>78</sup> A. MARICONDA, *Victim Status of Individuals in Climate Change Litigation before the ECtHR. Between Old Certainties and New Challenges*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, 282.

<sup>79</sup> L. ACCONCIAMESSA, *Il contenzioso climatico davanti alla Corte europea dei diritti umani*, cit., 373 ss.

principio di sussidiarietà, tali azioni non possono infatti prescindere da un processo decisionale democratico e non possono, in alcun modo e ad alcun livello, essere sostituite dall'intervento giudiziario<sup>80</sup>.

Tuttavia, a differenza di quanto sostenuto dal Tribunale di Roma, ciò non si traduce, per la Corte, nella sottrazione della politica climatica al sindacato giurisdizionale e non può fornire uno scudo dietro il quale i governi nazionali possono nascondersi per evitare il controllo delle politiche elaborate in risposta ai cambiamenti climatici<sup>81</sup>. L'argomento del rispetto del principio della separazione dei poteri è stato interpretato, infatti, in maniera opposta rispetto al Tribunale di Roma. La democrazia, secondo l'opinione della Corte EDU, non può essere ridotta alla volontà dell'elettorato e dei rappresentanti eletti, senza tener conto dei requisiti dello Stato di diritto. Al contrario, il mandato di qualsiasi corte – di quella di Strasburgo ma anche e soprattutto dei *tribunali nazionali* – consiste proprio nel supervisionare la legittimità delle misure adottate dal legislatore, in ragione della propria complementarità rispetto ai processi democratici<sup>82</sup>. A tal proposito, la Corte, nel distinguere il proprio ruolo in quanto tribunale internazionale, ha opportunamente segnalato che l'estensione del sindacato giurisdizionale delle corti nazionali è inevitabilmente più ampia del proprio, la cui base giuridica è sempre limitata alla sola CEDU<sup>83</sup>.

Ne deriva che, sebbene le azioni di contrasto del cambiamento climatico siano indiscutibilmente caratterizzate da un'ampia discrezionalità politica, laddove un individuo lamenti la violazione dei suoi diritti ai sensi della Convenzione in conseguenza delle stesse, la questione sollevata non investe più solo e soltanto la politica ma diviene una questione di diritto che ha un impatto sull'interpretazione e l'applicazione della Convenzione su cui la Corte di Strasburgo e, ancor prima, i giudici nazionali sono competenti a pronunciarsi<sup>84</sup>. La Corte, in questo frangente, era ovviamente interessata a dimostrare la propria competenza a pronunciarsi sul ricorso; tuttavia, ha finito per confermare la piena idoneità dei tribunali nazionali a sindacare le misure di contrasto al cambiamento climatico, interpretando il principio della separazione dei poteri alla luce della CEDU.

Durante tutto il corpo della sentenza, la Corte EDU sembra dunque aver avviato un dialogo con i suoi omologhi nazionali, che possono offrire un contributo significativo nella lotta ai cambiamenti climatici e di cui, nelle fasi

<sup>80</sup> Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 411: « Judicial intervention, including by this Court, cannot replace or provide any substitute for the action which must be taken by the legislative and executive branches of government ».

<sup>81</sup> O. W. PEDERSEN, *Climate Change and the ECHR: The Results Are In*, in *EjilTalk*, disponibile all'indirizzo: [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org), 11 aprile 2024.

<sup>82</sup> Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 412.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> *Ivi*, par. 451.

successive di *A Sud et al c. Italia*, si dovrà tenere conto<sup>85</sup>. La Corte ha infatti espressamente enfatizzato «the key role which domestic courts *have played and will play* in climate-change litigation»<sup>86</sup>.

### 3.1 *Segue*: b) in materia di obblighi di mitigazione

La recente pronuncia della Corte EDU è rilevante anche in relazione all'altro argomento sulla base del quale il Tribunale di Roma ha dichiarato inammissibile il ricorso, ossia la non sussistenza di una «obbligazione dello Stato di natura civile coercibile da parte del singolo di riduzione delle emissioni (...) poiché l'interesse invocato dagli attori non rientrerebbe nel novero degli interessi soggettivi giuridicamente tutelati»<sup>87</sup>.

La Corte di Strasburgo ha derivato dall'art. 8<sup>88</sup>, riguardante il rispetto della vita privata e familiare, il dovere primario dello Stato di adottare e di applicare effettivamente nella pratica un quadro normativo e misure in grado di mitigare gli effetti, attuali e futuri, del cambiamento climatico<sup>89</sup>. Visto, infatti, il possibile impatto del cambiamento climatico sul godimento dei diritti umani e in particolar modo dell'art. 8, l'unico modo per interpretare la Convenzione in modo tale da garantire diritti non illusori ma effettivi, è quello di assicurare che gli Stati, in linea con gli obblighi internazionali derivanti dalla UNFCCC e dall'Accordo di Parigi, istituiscano un quadro normativo e misure necessarie a prevenire un aumento della temperatura oltre i livelli che, sulla base della *migliore scienza disponibile*, determinerebbero effetti negativi irreversibili sui diritti umani<sup>90</sup>. Dunque, ogni Stato contraente è obbligato a intraprendere misure per la riduzione sostanziale e progressiva dei rispettivi livelli di emissioni di gas serra, al fine di raggiungere la neutralità carbonica nei prossimi

<sup>85</sup> Si veda anche: F. GALLARATI, *L'obbligazione climatica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza KlimaSeniorinnen e le sue ricadute comparate*, in *DPCE Online*, 2024, 707 ss.

<sup>86</sup> Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 631.

<sup>87</sup> Tribunale ordinario di Roma, *A Sud Ecologia et al c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 12.

<sup>88</sup> CEDU, art. 8, par. 1: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza». Nell'interpretazione della Corte, l'art. 8 ricomprende anche il diritto dei singoli a ottenere effettiva protezione da parte dello Stato dagli effetti negativi che il cambiamento climatico ha sulla loro vita e salute.

<sup>89</sup> Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 545.

<sup>90</sup> *Ivi*, par. 546. Sull'interpretazione evolutiva da parte della Corte EDU della Convenzione in linea con gli impegni internazionali assunti dagli Stati membri ai sensi dell'UNFCCC e dell'Accordo di Parigi si rimanda a: J. JAHN, *The Paris Effect: Human Rights in the Light of International Climate Goals and Commitments*, in BÖNNEMANN, M. A. TIGRE, *The Transformation of European Climate Litigation*, cit., 105 ss.

trent'anni<sup>91</sup>. Tali misure dovrebbero essere innanzitutto inserite in un quadro normativo vincolante a livello nazionale, seguito da un'adeguata attuazione<sup>92</sup>.

Alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU, sarà impossibile continuare a sostenere in appello l'inammissibilità del ricorso *A Sud et al c. Italia* per assenza di una situazione soggettiva meritevole di giustiziabilità. A conclusioni simili conduce anche la definizione, da parte della Corte EDU, del margine di apprezzamento in materia di politica climatica che riduce sensibilmente la discrezionalità statale<sup>93</sup>.

Il margine di apprezzamento statale risulta, infatti, compreso per quanto riguarda «l'impegno dello Stato nel combattere il cambiamento climatico e i suoi effetti negativi, e la definizione degli obiettivi e degli scopi richiesti a questo proposito»<sup>94</sup>. Gli Stati devono ridurre le emissioni nel senso indicato dalla scienza al fine di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. Agli Stati è garantita un'ampia discrezionalità solo nella scelta dei mezzi e delle politiche attraverso cui perseguire l'obiettivo generale di contrasto al cambiamento climatico, tenendo conto anche delle priorità e delle risorse statali disponibili<sup>95</sup>.

Nel valutare il rispetto del margine di apprezzamento da parte degli Stati, la Corte ha elaborato un test che, per scongiurare lacune critiche nell'azione di contrasto al cambiamento climatico, prevede il rispetto da parte delle autorità nazionali competenti di cinque criteri: a) l'adozione di misure generali che specificino un obiettivo temporale per il raggiungimento della neutralità del carbonio e il bilancio complessivo del carbonio rimanente per lo stesso periodo di tempo; b) la definizione di obiettivi e percorsi intermedi di riduzione delle emissioni di gas serra; c) la messa a disposizione di prove che dimostrino il rispetto degli obiettivi di riduzione dei gas; d) l'aggiornamento degli obiettivi di riduzione dei gas serra con la dovuta diligenza e sulla base delle migliori prove disponibili; e, infine, e) un'azione tempestiva, appropriata e coerente nell'elaborazione e nell'attuazione della legislazione e delle misure pertinenti<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 549.

<sup>92</sup> J. REICH, *KlimaSeniorinnen and the Choice Between Imperfect Options: Incorporating International Climate Change Law to Maintain the ECHR's Relevance the Climate Crisis*, in M. BÖNNEMANN, M. A. TIGRE, *The Transformation of European Climate Litigation*, cit., 41 ss.

<sup>93</sup> In questo senso si veda anche F. CITTADINO, *The A Sud v. Italy Case after the KlimaSeniorinnen Judgment Implications of the ECtHR's Decision for Climate Litigation in Italy*, in *Eurac Research*, disponibile all'indirizzo: [www.eurac.edu](http://www.eurac.edu), 28 maggio 2024.

<sup>94</sup> Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 543.

<sup>95</sup> Secondo Pisillo Mazzeschi, ciò costituirebbe conferma del fatto che gli obblighi di riduzione delle emissioni di gas clima-alteranti siano da qualificare come obblighi a realizzazione progressiva, mentre l'obbligo di adottare misure legislative e amministrative adeguate configurerebbe un obbligo immediato e di risultato. Cfr R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritti umani e cambiamento climatico*, cit., 391; R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours*, tome 333, 2008, 292 ss.

<sup>96</sup> Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 550.



La Corte EDU ha espressamente chiarito che la valutazione del rispetto del margine di apprezzamento in relazione ai cinque criteri indicati è un'operazione che può e deve essere svolta in prima istanza dai tribunali nazionali, non in violazione ma in ottemperanza al principio di separazione dei poteri.

Pertanto, attraverso questo test, vengono di fatto superati ancora una volta gli argomenti in tema di insindacabilità avanzati dal Tribunale di Roma, poiché la discrezionalità politica nelle misure di contrasto ai cambiamenti climatici è ammissibile solo una volta che sono stati soddisfatti questi cinque criteri, sul cui rispetto devono vigilare *in primis* i giudici nazionali<sup>97</sup>. Si tratta di standard prudenti, che delineano gli obblighi minimi che gli Stati devono rispettare nel contesto della mitigazione dei cambiamenti climatici per ottemperare ai diritti della Convenzione<sup>98</sup>.

Da questo punto di vista, però, l'Italia appare particolarmente esposta a seguito delle dichiarazioni rese dall'ISPRA, che, come sostenuto dallo Stato e ribadito dal Tribunale di Roma, appare «l'unico soggetto pubblico che detiene il dato ambientale, in grado di certificare i dati e le informazioni statistiche ambientali ufficiali»<sup>99</sup>. Tale organo, facendo seguito a un accesso civico di alcuni dei ricorrenti di *A Sud*, ha ufficialmente riconosciuto che l'Italia, ad oggi, non ha ancora calcolato il proprio *carbon budget* rimanente compatibile con il contenimento dell'aumento della temperatura fissato dall'Accordo di Parigi<sup>100</sup>. A tal proposito, il report scientifico allegato alla domanda di appello, che gli attori hanno commissionato ad un team di scienziati che ha utilizzato la metodologia di calcolo dell'*European Scientific Advisory Committee on Climate Change*<sup>101</sup>, ha rilevato che l'Italia avrebbe già esaurito il proprio budget di

<sup>97</sup> Si veda C. HILSON, *The Meaning of Carbon Budget within a Wide Margin of Appreciation*, in M. BÖNNEMANN, M. A. TIGRE, *The Transformation of European Climate Litigation*, cit., 77 ss.

<sup>98</sup> Ciononostante, nell'applicazione di tali standard alla Svizzera, il suo quadro normativo è stato giudicato insufficiente a garantire una protezione efficace, tempestiva e in linea con le prove scientifiche disponibili degli individui dagli effetti negativi dei cambiamenti climatici. Tale Stato, infatti, non era riuscito a quantificare il bilancio residuo di carbonio, mostrando così una lacuna critica nel processo di attuazione del quadro normativo nazionale (Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 567).

<sup>99</sup> Tribunale ordinario di Roma, *A Sud Ecologia et al c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 11.

<sup>100</sup> La risposta dell'ISPRA all'istanza di accesso civico generalizzato ai sensi del FOIA (prot. n. 38030 del luglio 2024) è stata allegata a: CEDEUAM, *Le "lacune critiche" della mitigazione climatica italiana delle informazioni ISPRA su Carbon Budget e quota storica di responsabilità emissiva dello Stato*, 2024, 9 ss., disponibile all'indirizzo: [www.asud.net](http://www.asud.net).

<sup>101</sup> ESABCC, *Scientific Advice for the Determination of an EU-wide 2040 Climate Target and a Greenhouse Gas Budget for 2030-204*, 2024, 48 ss. Il Rapporto dell'ESABCC è stato utilizzato anche dalla Commissione europea come base delle raccomandazioni formulate nel giugno del 2023 per elaborare l'obiettivo di riduzione delle emissioni dell'Unione Europea per il 2040. Secondo tali stime, l'UE dovrebbe prevedere una riduzione delle emissioni nette del 90-95% entro il 2040, rispetto ai livelli del 1990.

carbonio residuo nel 2023<sup>102</sup>. L'Italia, inoltre, non sarebbe dotata di Linee guida di calcolo delle emissioni da abbattere per la quantificazione della propria giusta quota di responsabilità emissiva.

Se è vero che la Corte ha specificato che la valutazione del soddisfacimento dei requisiti indicati in *KlimaSeniorinnen* sarà di natura generale, per cui il mancato raggiungimento di uno di questi standard non comporterà necessariamente una violazione della Convenzione<sup>103</sup>, sotto questo profilo l'Italia, al momento, non sta ottemperando agli obblighi positivi derivanti dalla CEDU. La mancata adozione del *carbon budget* residuo è stata infatti qualificata nel caso svizzero come una *critical lacuna*, in quanto «parametro necessario e obbligatorio, in tal senso normativo»<sup>104</sup>, in relazione al quale non può essere invocata la discrezionalità dell'azione politica dello Stato e come elemento essenziale affinché il quadro normativo in materia di cambiamento climatico possa risultare effettivo<sup>105</sup>.

#### 4. Conclusioni

Dall'analisi condotta risulta evidente come la recente giurisprudenza della Corte EDU, cui non a caso i ricorrenti hanno fatto ampiamente riferimento nell'atto di citazione in appello<sup>106</sup>, abbia tratteggiato un quadro diametralmente opposto a quello del Tribunale di Roma. La Corte di Strasburgo ha contestato, infatti, la tesi secondo cui il principio di separazione dei poteri impedisce il sindacato del giudice sulle decisioni relative alla modalità e ai tempi di gestione del cambiamento climatico antropogenico. Inoltre, la Corte EDU, derivando dall'art. 8 l'obbligo positivo degli Stati di mitigazione del cambiamento climatico, ha contribuito a chiarire il parametro alla luce del quale i giudici nazionali devono accertare la responsabilità climatica degli Stati<sup>107</sup>. Appare dunque

<sup>102</sup> S. OELZ, Y. ROBIOU DU PONT, Z. NICHOLLS, *Estimates of Fair Share Carbon Budgets for Italy*, 2024, disponibile all'indirizzo [www.asud.net](http://www.asud.net).

<sup>103</sup> Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 551.

<sup>104</sup> A. COHEN, *Carbon Budget e la "lacuna critica" nella decisione CEDU KlimaSeniorinnen*, in *la-Costituzione.info*, disponibile all'indirizzo [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 12 aprile 2024. Sul fatto che la definizione del carbon budget sarà probabilmente il criterio più problematico per gli Stati membri, si veda: P. ABEL, *Mixed Signals for Domestic Climate Law: The Climate Rulings of the European Court of Human Rights*, in BÖNNEMANN, M. A. TIGRE, *The Transformation of European Climate Litigation*, cit., 95 ss.

<sup>105</sup> Corte EDU, *KlimaSeniorinnen c. Svizzera*, cit., par. 570. Si veda anche D. RAGONE, *Nuove frontiere della climate litigation. Riflessioni a partire dalla sentenza KlimaSeniorinnen della Corte EDU*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5,2024, 208 ss.; M. CARDUCCI, *La sentenza KlimaSeniorinnen: il carbon budget come presidio materiale di sicurezza quantitativa e temporale, contro il pericolo e come limite esterno alla discrezionalità del potere*, in *DPCE Online*, 2024, 1415 ss.

<sup>106</sup> Disponibile all'indirizzo: [www.asud.net](http://www.asud.net).

<sup>107</sup> Si ricorda che i giudici nazionali sono vincolati alla CEDU per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, come di recente ribadito dalla Corte cost. nella sentenza del 22 gennaio 2024, n. 7, par. 13.1.

altamente probabile che la decisione della Corte EDU possa determinare un diverso esito del ricorso *A Sud et al c. Italia* in appello.



LA LEGGE SUL *MADE IN ITALY* E LA LEGGE 152/2024 PER UNA TUTELA “ALL’ITALIANA” DEL PATRIMONIO CULTURALE INTANGIBILE: RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA CONVENZIONE UNESCO DEL 2003

MADDALENA COGORNO\*

**Sommario**

1. Introduzione. – 2. Gli obblighi nascenti dalla Convenzione UNESCO del 2003. – 3. Lo stato dell’arte tra il 2007 e il 2023 in Italia. – 4. La legge 206/2023: quale patrimonio culturale intangibile? – 5. Struttura della legge e strumenti di tutela del patrimonio culturale intangibile. – 6. La legge sul *Made in Italy* e la Convenzione del 2003: quale relazione? – 7. Lacune e profili critici. – 8. Grandi speranze: la delega al Governo nella legge 152/2024 sulle manifestazioni di rievocazione storica. – 9. Segue: i criteri direttivi per una disciplina organica del patrimonio culturale immateriale. – 10. Note conclusive.

**Abstract**

*The entry into force of law 203/2026 on the protection of “made in Italy” and law 152/2024 on historical re-enactment events renews the discussion on the quality of the protection of intangible cultural heritage in the Italian legal system. These laws contain provisions that reference intangible cultural heritage and must, therefore, be read in harmony with the already existing legislation on the subject. This commentary identifies Italy’s obligations arising from the 2003 UNESCO Convention. Then it examines the extent to which they have been fulfilled and whether the new laws can be affirmed as a significant contribution to the protection of intangible cultural heritage.*

**Suggerimento di citazione**

M. COGORNO, *La legge sul Made in Italy e la legge 152/2024 per una tutela “all’italiana” del patrimonio culturale intangibile: riflessioni a partire dalla Convenzione UNESCO del 2003*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università degli Studi di Firenze.

Contatto: [maddalena.cogorno@unifi.it](mailto:maddalena.cogorno@unifi.it).

Il presente studio è frutto del lavoro di ricerca finanziato dall’Unione Europea “Defending Art: Italy and the International Security of Cultural Heritage (DEFART.IT)” – Next Generation EU, Missione 4 – Componente 2 – CUP B53D23032540001.

## 1. Introduzione

Il patrimonio culturale, con le sue ricchezze multiformi, ha sempre giocato nella società, nell'economia e persino nelle relazioni internazionali dell'Italia un ruolo di preminenza. Il nostro Paese ha, conseguentemente, negli anni, aderito ad una vasta serie di trattati a sua tutela, volti a introdurre misure di salvaguardia delle diverse manifestazioni del patrimonio culturale, inteso, a seconda delle fonti, come oggetto di circolazione, come bene a rischio nell'eventualità di un conflitto armato, quale espressione delle diversità culturali, come bene situato sulla terraferma o sommerso, etc.<sup>1</sup>

La più ampia parte di questi strumenti mira alla esplicazione materiale del patrimonio culturale, in una concezione "monumentalistica" di matrice storicamente occidentale che lo definisce e lo apprezza solo in quanto esternato in manufatti ed edifici.<sup>2</sup> Tale prospettiva, però, si è negli anni rivelata inadeguata, a livello globale, ad offrire una tutela soddisfacente alle espressioni del patrimonio culturale di molti Stati, in particolare fuori dall'Europa, dove la cultura, la storia, l'arte si dispiegano, primariamente, in forme immateriali.<sup>3</sup> È stato

<sup>1</sup> Tra le più note: Convenzione sulla Protezione dei beni culturali in conflitto armato del 1954 (Ratificata con l. n. 279/1958); Convenzione culturale europea del 1954 (Ratificata con l. n. 268/1957); Convenzione UNESCO sui mezzi per vietare e prevenire l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illeciti di beni culturali del 1970 (Ratificata con l. n. 873/1978); Convenzione UNESCO per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale del 1972 (Ratificata con l. n. 61/1978); Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico del 1992, (Ratificata con l. n. 57 del 2015); Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o esportati illecitamente del 1995 (Ratificata con l. n. 213/1999); Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali del 1995, (Ratificata con l. n. 302/1997); Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo del 2001 (Ratificata con l. n. 157/2009); Convenzione UNESCO del 2005 per la promozione delle diversità culturali (Ratificata con l. n. 19/2007); Convenzione Quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società del 2005 (Ratificata con l. n. 133/2020); Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali del 2017 (Ratificata con l. n. 6/2022).

<sup>2</sup> L. LIXINSKI, *Intangible Cultural Heritage International Law*, Oxford University Press, Oxford, I ed., 2013, 67 ss; T. SCOVAZZI, *La Convenzione sul Patrimonio Culturale Immateriale. Il negoziato e la sua applicazione pratica*, in *Antropologia e teatro*, 2023, vol. 16, 11; K. KUUTMA, *Between Arbitration and Engineering: Concepts and Contingencies in the Shaping of Heritage Regimes*, in N. ADELL. ET AL. (a cura di), *Between Imagined Communities of Practice: Participation, Territory and the Making of Heritage*, Göttingen University Press, Göttingen, 2015, 24; C. BORTOLOTTI, *UNESCO and Heritage Self-Determination: Negotiating Meaning in the Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the ICH*, in N. ADELL. ET AL. (a cura di), *Between Imagined Communities of Practice: Participation, Territory and the Making of Heritage*, Göttingen University Press, Göttingen, 2015, 250; M. PAOLETTI, E. SINIBALDI, *Miti, interpretazioni e fraintendimenti: l'"autenticità" nella Convenzione UNESCO del 2003 e nella normativa italiana*, in *Antropologia e teatro*, 2023, vol. 16, 1, 30.

<sup>3</sup> F. LENZERINI, *Protecting the Tangible, Safeguarding the Intangible: A Same Conventional Model for Different Needs*, in S. VON SCHORLEMER, S. MAUS (a cura di), *Climate Change as a Threat to Peace. Impacts on Cultural Heritage and Cultural Diversity*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2014, 144; F. LENZERINI, *Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples*, in *The European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, n. 1, 102-103; J. BLAKE, *Safeguarding Intangible Cultural Heritage*, in F. FRANCONI, A. VRDOLJAK (a cura di), *The Oxford handbook of international cultural heritage law*, Oxford University Press, Oxford, I ed., 2020, 347.

dunque necessario espandere il concetto tradizionale di patrimonio culturale oltre i beni materiali, per includervi le pratiche, le tradizioni e le conoscenze che rappresentano l'eredità comune ad una comunità ed una componente fondamentale delle culture viventi.<sup>4</sup> Anche l'Italia non è estranea alle forme culturali immateriali, con il ricchissimo folklore, le tradizioni variegiate nelle diverse regioni, i rituali tipici. Anche per questo l'Italia ha ratificato la Convenzione UNESCO per la Salvaguardia del patrimonio culturale intangibile del 17 ottobre 2003 con legge n. 167 del 27 settembre 2007.

Fino ad oggi, però, le misure adottate dall'Italia in attuazione degli obblighi discendenti dalla Convenzione non sono parse soddisfacenti, soprattutto alla luce del suo articolo 1, che tra gli scopi del trattato enuncia quello di assicurare il rispetto per il patrimonio culturale immateriale delle comunità, dei gruppi e degli individui interessati e quello di suscitare la consapevolezza a livello locale, nazionale e internazionale dell'importanza del patrimonio culturale immateriale e assicurare che sia apprezzato a tutti i livelli.<sup>5</sup>

Il 27 dicembre 2023 è entrata in vigore la legge n. 206, recante "Disposizioni organiche per la valorizzazione, la promozione e la tutela del *made in Italy*",<sup>6</sup> seguita, il 1° novembre 2024, dalla legge n. 152 "Disposizioni in materia di manifestazioni di rievocazione storica e delega al Governo per l'adozione di norme per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale" che sembrano, dunque, già dal titolo, inserirsi nel *corpus* normativo italiano relativo al patrimonio culturale intangibile.

Risulta, pertanto, rilevante esaminare tali interventi normativi, anche al fine di valutare se essi possano colmare i vuoti di tutela del patrimonio culturale immateriale in Italia, dando compiuta attuazione degli obblighi internazionali in materia.

## 2. Gli obblighi nascenti dalla Convenzione UNESCO del 2003

Prima di addentrarsi nell'esame del quadro normativo italiano di settore, pare opportuna una rapida ricognizione del contenuto della Convenzione del 2003. Essa muove dalla constatazione che i processi di globalizzazione e trasformazione sociale, con le relative possibilità di dialogo tra comunità, danno altresì

<sup>4</sup> F. FRANCONI, *Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction*, in F. FRANCONI, M. SCHEININ (a cura di), *Cultural Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, 14; F. FRANCONI, *Il contributo del diritto internazionale alla protezione del patrimonio culturale*, in *Alberico Gentili - La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Atti del Convegno, Dodicesima Giornata Gentiliana, Giuffrè, Milano, 2008, 333-336.

<sup>5</sup> Art. 1, lett. b) e c), Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale 2003 (Di seguito, in nota, "Convenzione UNESCO 2003").

<sup>6</sup> L. n. 206/2023, "Disposizioni organiche per la valorizzazione, la promozione e la tutela del *made in Italy*", le cui relative note sono poi state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale – Serie generale – n. 11 del 15 gennaio 2024.

origine a gravi minacce di deterioramento, sparizione e distruzione del patrimonio culturale intangibile,<sup>7</sup> prezioso veicolo di identità e interazione tra gli esseri umani.<sup>8</sup> Di conseguenza, l'art. 1 enuncia quattro obiettivi di tutela: a) la salvaguardia; b) il rispetto per il patrimonio intangibile delle comunità, dei gruppi e degli individui; c) l'accrescimento della consapevolezza – a livello locale, nazionale ed internazionale – dell'importanza di tale patrimonio, assicurandone il mutuo apprezzamento; d) l'assistenza e la cooperazione internazionale.<sup>9</sup>

Per il raggiungimento di tali scopi, la Convenzione ha predisposto una serie di misure e assegnato una varietà di obblighi, classificabili in quelli che si spiegano a livello internazionale, quelli che ricadono *in toto* sugli Stati contraenti e, infine, quelli che richiedono l'avvio di azioni di cooperazione e mutua assistenza.

Tra le misure del primo tipo vi sono quelle che riguardano l'istituzione degli organi della Convenzione – un'assemblea generale degli Stati parte,<sup>10</sup> un segretariato<sup>11</sup>, un fondo<sup>12</sup> e un Comitato intergovernativo per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile (“il Comitato”)<sup>13</sup> – e il sistema delle liste<sup>14</sup>.

Di particolare interesse è il funzionamento del Comitato, composto da 24 rappresentanti degli Stati membri, eletti dall'assemblea generale per un mandato di quattro anni, scelti in ragione della propria competenza nei vari campi del patrimonio culturale intangibile.<sup>15</sup> Esso ha il compito di monitorare

<sup>7</sup> Definito all'art. 2, c. 1-2, Convenzione UNESCO 2003 come “le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana.” tra cui, a titolo esemplificativo, i settori di a) tradizioni ed espressioni orali, ivi compreso il linguaggio, in quanto veicolo del patrimonio culturale immateriale; b) le arti dello spettacolo; c) le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi; d) le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo; e) l'artigianato tradizionale. Il tutto unicamente nella misura in cui è compatibile con gli strumenti esistenti in materia di diritti umani e con le esigenze di rispetto reciproco fra comunità, gruppi e individui nonché di sviluppo sostenibile.

<sup>8</sup> Preambolo, Convenzione UNESCO 2003; F. LENZERINI, *Il valore “soggettivo” del patrimonio culturale come elemento essenziale dell'identità dei popoli*, in Alberico Gentili - *La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Atti del Convegno, Dodicesima Giornata Gentiliana, Giuffrè, Milano, 2008, 378 ss.

<sup>9</sup> Art. 1, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>10</sup> Art. 4, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>11</sup> Art. 10, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>12</sup> Artt. 25-28, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>13</sup> Artt. 5-10, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>14</sup> Artt. 16-19, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>15</sup> Artt. 5-8, Convenzione UNESCO 2003.



l'attuazione della Convenzione da parte degli Stati e di agevolarla, tramite l'elaborazione di linee guida e raccomandazioni, la gestione delle risorse economiche disponibili nel fondo e l'esame delle richieste avanzate dagli Stati parte per l'iscrizione alle liste o l'assistenza internazionale.<sup>16</sup>

Anche il sistema delle liste riveste un ruolo preponderante nel progetto di tutela del patrimonio immateriale disegnato dalla Convenzione. Esso si colloca su un piano di continuità con gli elenchi introdotti nel 1972 dalla Convenzione riguardante la protezione sul piano mondiale del patrimonio culturale e naturale (materiale).<sup>17</sup> Due nello specifico sono le liste istituite dalla Convenzione del 2003: la "Lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità", che mira a garantire visibilità agli elementi in essa registrati, dietro candidatura degli Stati parte, e ad accrescere il rispetto e la consapevolezza della diversità culturale, e la "Lista del patrimonio culturale immateriale che necessita di essere urgentemente salvaguardato" contenente quegli elementi la cui vitalità è a rischio nonostante gli sforzi della comunità, del gruppo o, se del caso, dei singoli e dello Stato (o degli Stati) parte interessati oppure che stiano affrontando gravi minacce a causa delle quali non ci si può aspettare che sopravvivano senza un'immediata salvaguardia.<sup>18</sup> Per fare un esempio concreto, rientra nella lista del patrimonio da salvaguardare urgentemente il *borscht*, piatto tipico ucraino, la cui sopravvivenza, tuttavia, è minacciata da diversi fattori dall'inizio del conflitto armato nel febbraio 2022, tra cui l'allontanamento degli individui dalle loro comunità di origine e dai contesti culturali necessari per la sua cottura e il consumo, nonché la distruzione dell'ambiente circostante e dell'agricoltura tradizionale che ha impedito di accedere ai prodotti locali necessari per la preparazione del piatto.<sup>19</sup> Alle due liste si aggiunge, poi, il "Registro delle migliori pratiche di salvaguardia", istituito in ossequio alle disposizioni contenute all'art. 18 della Convenzione, che impegna il Comitato a diffondere gli interventi di salvaguardia rivelatisi virtuosi in termini di efficacia o di livello di partecipazione delle comunità locali.<sup>20</sup>

Tra gli obblighi ricadenti esclusivamente sugli Stati, invece, dopo una generica enunciazione del compito di adottare i provvedimenti necessari a garantire

<sup>16</sup> Art. 7, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>17</sup> Art. 11, parr. 2 e 4, Convenzione riguardante la protezione sul piano mondiale del patrimonio culturale e naturale 1972; T. SCOVAZZI, *La Convenzione sul Patrimonio Culturale Immateriale. Il negoziato e la sua applicazione pratica*, cit., 12-13; F. FRANCONI, *Il contributo del diritto internazionale alla protezione del patrimonio culturale*, cit., 336.

<sup>18</sup> Art. I.1, c. 1, Operational Directives for the Implementation of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2022.

<sup>19</sup> M. KANDIUK, *The War on the Cultural Heritage in Ukraine*, in *Art Documentation: Journal of the Art Libraries Society of North America*, vol. 42, issue 1, 2023, 11.

<sup>20</sup> Art. 18, Convenzione UNESCO 2003; Art. I.13, Operational Directives for the Implementation of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2022.

la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale nazionale,<sup>21</sup> si possono distinguere due ulteriori profili: l'uno di catalogazione e identificazione, l'altro di promozione e sviluppo.

Al primo profilo attengono le disposizioni degli articoli 11 e 12 della Convenzione, la lettura congiunta dei quali impone agli Stati di identificare e definire i vari elementi di patrimonio culturale intangibile presenti sul territorio, con l'aiuto della comunità, dei gruppi e di eventuali ONG competenti e, a tale scopo, di istituire e aggiornare regolarmente uno o più inventari.

Al profilo di promozione e sviluppo, invece, si possono riferire gli obblighi di adottare una politica generale atta a promuovere la funzione del patrimonio culturale intangibile nella società e che includa programmi di salvaguardia; di incentivare studi e ricerche volti ad identificare le migliori tecniche di salvaguardia; di adottare misure giuridiche, tecniche, amministrative e finanziarie, nonché di istituire organi competenti, per facilitare l'accesso, la trasmissione e la gestione del patrimonio culturale intangibile.<sup>22</sup> Inoltre, spetta agli Stati incentivare una sempre maggiore consapevolezza del pubblico rispetto all'importanza del patrimonio culturale intangibile, garantendo spazi di informazione, di memoria, nonché l'attuazione di programmi educativi e formativi, dedicati, in particolare ma non in esclusiva, ai giovani e alle comunità territoriali interessate.<sup>23</sup>

Tutti questi obblighi sono accompagnati da una clausola conclusiva che contiene tutto lo spirito innovativo della Convenzione:<sup>24</sup> nella cornice delle attività di salvaguardia, ogni Stato si deve impegnare ad assicurare la più ampia partecipazione delle comunità, dei gruppi e, laddove appropriato, degli individui che mantengono e trasmettono il patrimonio immateriale, nonché a coinvolgerli attivamente nella sua gestione.

### 3. Lo stato dell'arte tra il 2007 e il 2023 in Italia

La Convenzione, dunque, nel proprio carattere programmatico, si presenta come una fonte di natura non *self-executing*: il novero degli obblighi sopra illustrato, infatti, appare caratterizzato da espressioni che lasciano ampio spazio di manovra agli Stati per la loro attuazione nei rispettivi ordinamenti.<sup>25</sup> Di

<sup>21</sup> Art. 11, lett. a), Convenzione UNESCO 2003.

<sup>22</sup> Art. 13, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>23</sup> Art. 14, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>24</sup> F. COMINELLI, *Il patrimonio culturale immateriale: la sfida della salvaguardia*, in *Economia della Cultura*, 2011, n. 2, 189; T. SCOVAZZI, *La Convenzione sul Patrimonio Culturale Immateriale. Il negoziato e la sua applicazione pratica*, cit., 16; P.L. PETRILLO, T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, *The Legal Protection of Intangible Cultural Heritage in Italy*, in P.L. PETRILLO (a cura di), *The Legal Protection of the Intangible Cultural Heritage. A comparative Perspective*, Springer, Cham, I ed., 2019, 187 ss.

<sup>25</sup> F. LENZERINI, *Protecting the Tangible, Safeguarding the Intangible: A Same Conventional Model for Different Needs*, cit., 144; L. ZAGATO, *La Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale*

conseguenza, è opportuno verificare in quale direzione – se alcuna – si sia mossa l’iniziativa legislativa italiana per introdurre effettivamente le indicazioni della Convenzione nel panorama nazionale di tutela del patrimonio culturale immateriale.

Come anticipato, l’Italia ha ratificato la Convenzione già nel 2007.<sup>26</sup> Non è stata però contestualmente dettata una disciplina organica di trasposizione del suo contenuto nell’ordinamento interno; al contrario, l’iniziativa legislativa in materia si è dispiegata a macchia di leopardo, su diversi livelli, in particolare esplicandosi in interventi frammentati ad opera di alcune amministrazioni regionali, con forme e tempi diversi, con il risultato che, se alcune Regioni hanno introdotto una tutela del patrimonio culturale intangibile (sia con norme a tutela generale, sia dedicate specificatamente a determinate espressioni del patrimonio culturale immateriale), altre sono rimaste inerti.<sup>27</sup>

È al livello nazionale, però, che pare opportuno dedicare la presente analisi, potendo menzionare alcuni interventi adottati (almeno parzialmente) in adempimento degli obblighi di catalogazione e identificazione dettati dalla Convenzione.

In primo luogo, il d.m. 17070/2012, ravvisata l’importanza di offrire tutela e valorizzazione alle pratiche agricole tradizionali, per preservare la diversità culturale del patrimonio rurale italiano e promuoverne lo sviluppo sostenibile, nonché del patrimonio agroalimentare espressione di tali territori, ha istituito, in seno al Ministero dell’agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste,<sup>28</sup> l’Osservatorio Nazionale del paesaggio rurale, delle pratiche agricole e conoscenze tradizionali<sup>29</sup> e il relativo Registro nazionale dei paesaggi rurali di

*intangibile*, in L. ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, Cedam, Padova, 2009, 48.

<sup>26</sup> L. n. 167/2007, in vigore dal 13 ottobre 2007.

<sup>27</sup> Tra le prime: Molise, Sardegna, Toscana, Puglia, Basilicata, Lombardia. La Toscana si è rivelata la Regione più attiva nella produzione legislativa di settore. L’esordio è avvenuto con la legge regionale n. 21/2010 “Testo unico delle disposizioni in materia di beni, istituti e attività culturali” che ha riconosciuto la presenza sul proprio territorio di complessi di beni culturali, materiali e immateriali, con peculiari esigenze di fruizione e di valorizzazione (Preambolo e art. 1, c. 2, lett. a)) e ha, in conseguenza, (Art. 16, art. 19, c. 1, lett. d)) assegnato ai c.d. “ecomusei” il compito di assicurare, ai fini dello sviluppo culturale ed educativo locale, con la partecipazione della popolazione, le funzioni di ricerca, conservazione e valorizzazione di tale patrimonio immateriale, in quanto rappresentativo di un ambiente e dei modi di vita che si sono succeduti in un dato territorio e ne accompagnano lo sviluppo. Tra le iniziative più recenti, invece, merita menzione la legge regionale n. 27/2021 “Valorizzazione del patrimonio storico-culturale intangibile e della cultura popolare della Toscana” in tema di rievocazioni storiche, che richiama direttamente la Convenzione UNESCO del 2003 per definire il patrimonio culturale intangibile e che introduce sostegni alle istituzioni scolastiche per progetti ad esso inerenti (Art. 11, c. 3). Per un’approfondita analisi comparatistica delle iniziative regionali, vedasi P.L. PETRILLO, T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, *The Legal Protection of Intangible Cultural Heritage in Italy*, cit., 197-204.

<sup>28</sup> Al tempo denominato Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.

<sup>29</sup> Preambolo e art. 1, d.m. n. 17070/2012.

interesse storico, delle pratiche agricole e delle conoscenze tradizionali.<sup>30</sup> Nello specifico, tralasciando il profilo relativo ai paesaggi rurali, identificati come “porzioni di territorio”<sup>31</sup> e, pertanto, di carattere marcatamente materiale, di particolare interesse è la definizione dei concetti di “pratiche agricole” e “conoscenze tradizionali”,<sup>32</sup> che, da una parte, sembrano cogliere l’accezione di patrimonio culturale intangibile come “patrimonio vivente” ed in continua evoluzione promosso dalla Convenzione,<sup>33</sup> dall’altra fanno esplicito riferimento a “aspetti immateriali”, che includono le leggende e conoscenze. Ciononostante, nel registro, ad oggi, risultano iscritti esclusivamente elementi caratterizzati da materialità, come specifici tipi di vigneti o di sistemi di irrigazione, fatta esclusione per la sola pratica della transumanza.<sup>34</sup> Inoltre, sempre in linea con lo spirito della Convenzione, il decreto si spende anche nella definizione di “comunità” e rinsalda il legame tra ambito rurale ed individui, come elementi complementari dell’attuazione e conservazione delle pratiche tradizionali, senza, però, prevedere per le comunità stesse un ruolo attivo o il potere di iniziativa per l’iscrizione degli elementi nel registro.<sup>35</sup> Inoltre, tale disciplina ha una portata estremamente settoriale, che non può quindi ambire a soddisfare tutte le necessità di tutela del patrimonio culturale immateriale.

Caratterizzate dall’intento, in questo caso espresso, di adempiere agli obblighi di identificazione e catalogazione introdotti dalla Convenzione<sup>36</sup> sono, poi, le iniziative, contemplate dal d.m. n. 3424/2017, consistenti nella designazione

<sup>30</sup> Art. 4, d.m. n. 17070/2012. Ad oggi, al Registro, consultabile all’indirizzo [www.praticheagricole.it](http://www.praticheagricole.it) sono iscritti 29 paesaggi rurali e sei pratiche agricole tradizionali.

<sup>31</sup> Art. 2, lett. a), d.m. n. 17070/2012.

<sup>32</sup> c) «pratiche tradizionali» indica sistemi complessi basati su tecniche ingegnose e diversificate, basate sulle conoscenze locali espresse dalla civiltà rurale, che hanno fornito un contributo importante alla costruzione ed al mantenimento dei paesaggi tradizionali ad esse associati. Esse rappresentano il risultato del continuo adattamento alle diverse e mutevoli condizioni storiche ed ambientali del paese, fornendo molteplici prodotti e servizi, contribuendo alla qualità della vita delle popolazioni;

d) «conoscenze tradizionali» indica aspetti immateriali quali forme linguistiche, valori spirituali e culturali, cerimonie e tradizioni popolari, fiabe e leggende, conoscenze e tecniche pratiche, conoscenze naturalistiche e ambientali relative alle attività agricole, forestali e pastorali, alle forme insediative e alle forme di conduzione agraria.<sup>32</sup>

<sup>33</sup> Art. 2, par. 1, Convenzione 2003: “costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia”; art. 8, *Ethical Principles for Safeguarding Intangible Cultural Heritage* 2015.

<sup>34</sup> Il registro è consultabile all’indirizzo web [www.reterurale.it](http://www.reterurale.it). Tra gli elementi in esso iscritti, ad esempio, si annoverano gli oliveti terrazzati di Vallecorsa, le colline vitate del Soave, i limoneti, vigneti e boschi del Comune di Amalfi, la vite “a raggiera” del Taburno.

<sup>35</sup> Art. 2, lett. e), d.m. n. 17070/2012: “individui, persone, associazioni ovvero gruppi organizzati che praticano, valorizzano, sostengono e trasmettono di generazione in generazione conoscenze e pratiche tradizionali o attività che costituiscono parte integrante della loro identità culturale in ambito rurale”.

<sup>36</sup> Preambolo del d.m. n. 3424/2017, che cita esplicitamente gli articoli 12 e 15 della Convenzione del 2003.

del “Patrimonio agroalimentare dell’anno” e nell’istituzione dell’Inventario nazionale del patrimonio agroalimentare italiano, che, con una formulazione che fa riecheggiare l’art. 2, c. 1 della Convenzione, raccoglie le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il *know-how* relativi alla cultura del cibo e dell’alimentazione, la cui persistenza è documentata da almeno vent’anni, come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi, che le comunità riconoscono, ricevendone un senso d’identità e di continuità, in quanto parte del loro patrimonio culturale immateriale agroalimentare.<sup>37</sup> Nonostante i richiami significativi alla Convenzione, ancora una volta non si può ritenere che il d.m., da solo, ne soddisfi la portata, sia per la settorialità della materia in cui interviene, sia per lo scarso successo per ora riscosso dalle misure: ad oggi solo sei risultano gli elementi in iscritti nell’Inventario.<sup>38</sup>

È allora auspicabile analizzare le iniziative che, con una *ratio* di tutela assimilabile a quella propria delle iniziative intraprese nell’ambito delle politiche agricole, afferiscono al Ministero della cultura (“MiC”). In *primis*, le attività dell’Istituto centrale per il catalogo e la documentazione (“ICCD”)<sup>39</sup> e dell’Istituto centrale per i beni sonori e audiovisivi (“ICBSA”).<sup>40</sup> L’elenco delle rispettive funzioni dei due istituti,<sup>41</sup> globalmente considerato, evidenzia la volontà del legislatore che li ha istituiti di conservare campioni di vari tipi di beni culturali, ma poco rilievo, in realtà, viene dato agli elementi connotati da intangibilità: infatti, mentre l’organizzazione dell’ICCD non fa di essi menzione alcuna, tra le molte funzioni dell’ICBSA rientra quella di raccogliere, conservare e rendere fruibile la memoria delle tradizioni popolari nonché della società, della cultura e della lingua italiana anche attraverso l’acquisizione di registrazioni audiovisive.<sup>42</sup> Diverso, invece, è il caso dell’Istituto centrale del patrimonio immateriale (“ICPI”, già Istituto centrale per la demotnoantropologia) che svolge attività di tutela, salvaguardia, valorizzazione e promozione dei beni costituenti il patrimonio immateriale ed etnoantropologico italiano.<sup>43</sup> In particolare, esso svolge attività di supporto al Direttore generale archeologia, belle arti e paesaggio nell’esercizio delle funzioni riferite ai beni “demo-

<sup>37</sup> Artt. 2, lett. a) e c) e 4, d.m. n. 3424/2017.

<sup>38</sup> Nello specifico, gli elementi ad oggi iscritti sono: a) l’arte del pizzaiuolo napoletano; b) il piccio e l’art di appiciare; c) il rito (arte) del caffè espresso italiano; d) la cultura del caffè espresso napoletano tra rito e socialità; e) la tradizione del balsamico tra socialità, arte del saper fare e cultura popolare dell’Emilia centrale; f) la cucina di casa italiana tra rituali e pratiche sociali. Per la descrizione dettagliata di ognuna di esse, nonché per l’accesso all’Inventario, vedasi [www.politicheagricole.it](http://www.politicheagricole.it).

<sup>39</sup> D.P.C.M. n. 57/2024.

<sup>40</sup> Istituiti con d.P.R. n. 233/2007.

<sup>41</sup> L’art. 18 del d.m. 46/2022 elenca le funzioni dell’ICBSA (c. 4) e dell’ICCD (c. 5).

<sup>42</sup> Art. 18, c. 4, lett. e), d.m. 46/2022.

<sup>43</sup> Istituito con d.P.R. n. 233/2007, le cui funzioni sono definiti con l’art. 19, d.m. 46/2022.

etnoantropologici”;<sup>44</sup> di studio, ricerca, esposizione e divulgazione della conoscenza del patrimonio immateriale; di consulenza e assistenza scientifica e tecnica agli organi periferici del Ministero, ad altri organi dello Stato, a enti e istituti culturali e a enti pubblici in generale, in relazione all’identità, autenticità e valore dei beni materiali e immateriali; di cura dei rapporti con le comunità patrimoniali,<sup>45</sup> gli organismi di ricerca italiani e internazionali, nonché con gli enti pubblici e privati, nazionali e internazionali specializzati nella materia e interessati alla tutela e valorizzazione dei beni immateriali. Esso inoltre elabora programmi di catalogazione; promuove la valorizzazione del patrimonio immateriale ed etnoantropologico; promuove, produce e realizza documentazioni fotografiche, filmiche e registrazioni audiovisive riguardanti il patrimonio immateriale finalizzate alla sua catalogazione, documentazione, salvaguardia e valorizzazione; svolge attività di formazione e aggiornamento, elaborando prodotti didattici nei settori di competenza; partecipa a progetti nazionali e internazionali nelle materie di competenza.<sup>46</sup> Tale istituto, sul piano teorico, sembra rispondere pienamente alle richieste della Convenzione, mentre la ricognizione dell’attività effettivamente da esso svolta<sup>47</sup> appare piuttosto limitata e difficilmente atta a fornire un’efficace e immediata tutela del patrimonio culturale immateriale.

La stessa problematica sembra profilarsi anche per la legge 44/2017, che ha apportato, come il titolo stesso conferma, “Modifiche alla legge 20 febbraio 2006, n. 77,<sup>48</sup> concernenti la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale immateriale”, rendendola – ad oggi – uno degli strumenti più rilevanti in materia, almeno in termini programmatici: essa, infatti, è esclusivamente dedicata

<sup>44</sup> L’aggettivo “demo-etnoantropologico” non conosce definizione nella normativa di settore. Esso è emerso nel linguaggio comune a partire dagli anni ’70, grazie all’antropologo Alberto Mario Cirese (1973), che l’ha utilizzato per comunicare la pluralità delle tradizioni accademiche italiane: studi “demologici” del folklore e della cultura popolare, ricerca etnologica sulle culture extraeuropee e approcci culturali-antropologici nella tradizione nordamericana. Nella legislazione italiana esso fa il suo ingresso con l’art. 148, c. 1, lett. a), d.lg. n.112/1998, e viene utilizzato nel Codice dei beni culturali (artt. 2 e 10), senza precisazioni in merito al significato. A. BROCCOLINI, *Intangible Cultural Heritage Scenarios within the Bureaucratic Italian State*, in R.F. BENDIX et al. (a cura di), *Heritage Regimes and the State*, Göttingen University Press, Göttingen, 2013, I ed., 288-289.

<sup>45</sup> “Comunità patrimoniale” è un’espressione mutuata dalla Convenzione Quadro del Consiglio d’Europa sul valore del patrimonio culturale per la società del 2005 (“Convenzione Faro del 2005”), ratificata dall’Italia con l. n. 133/2020, che all’art. 2, lett. b), la definisce come “persone che attribuiscono valore ad aspetti specifici del patrimonio culturale, che essi desiderano, nel quadro dell’azione pubblica, mantenere e trasmettere alle generazioni future”.

<sup>46</sup> Art. 19, d.m. n. 46/2022.

<sup>47</sup> L’elenco delle attività dell’ICPI può essere consultato all’indirizzo [www.icpi.cultura.gov.it](http://www.icpi.cultura.gov.it). Si evince da esso il numero esiguo di iniziative, nonché l’estrema settorialità degli interventi, che rendono l’azione dell’ICPI poco più che simbolica.

<sup>48</sup> “Misure speciali di tutela e fruizione dei siti e degli elementi italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella “lista del patrimonio mondiale”, posti sotto la tutela dell’UNESCO”.

agli elementi iscritti nelle liste UNESCO che, riconosciuti come “punte di eccellenza del patrimonio culturale, paesaggistico e naturale italiano e della sua rappresentazione a livello internazionale”<sup>49</sup>, divengono oggetto di particolari misure di sostegno e piani di gestione, che, però, rimangono sommariamente abbozzati dallo stesso testo.<sup>50</sup>

In effetti, gli unici elementi del patrimonio culturale intangibile che sembrano poter godere di un significativo ed efficace grado di tutela direttamente ad opera della legislazione nazionale sono quelli contemplati all’art. 7-*bis* del Codice dei beni culturali e del paesaggio (“Il Codice”),<sup>51</sup> ivi introdotti dal d.lgs. 62/2008.<sup>52</sup> Detta disposizione prevede che le espressioni del patrimonio culturale intangibile tutelato dalla Convenzione UNESCO del 2003 siano assoggettabili al regime del Codice qualora – esplicitamente – “siano rappresentate da testimonianze materiali” e siano riconducibili alle categorie di beni culturali (materiali) elencate all’art. 10 del Codice.<sup>53</sup> Sostanzialmente nello stesso senso si muove anche il decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, come variato dalla legge di conversione 112/2013, che ha introdotto una modifica all’articolo 52 dello stesso Codice, disponendo che siano individuati i locali (per definizione, luoghi fisici e dunque materiali) dove si svolgano attività di artigianato o attività commerciali tradizionali riconosciute come espressione di identità culturale e collettiva come all’art. 7-*bis*, perché ne sia assicurata la promozione e la salvaguardia.<sup>54</sup> In buona sostanza, tali misure si limitano a regolare quelle ipotesi in cui i beni culturali presentino una duplice natura, o una localizzazione fisica, divenendo terreno di intersezione delle rispettive discipline normative.<sup>55</sup>

<sup>49</sup> Art. 1, l. n. 77/2006. L’Italia, infatti, si è rivelata piuttosto attiva nel promuovere l’iscrizione di elementi del patrimonio culturale alle liste UNESCO e dal 2008 ad oggi, sono stati iscritti 15 elementi nella lista rappresentativa: 2008 Opera dei pupi siciliani e canto a tenore sardo; 2010 dieta mediterranea; 2012 saperi e saper fare liutario della tradizione cremonese; 2013 feste delle grandi macchine a spalla; 2014 vite ad alberello di Pantelleria; 2016 falconeria; 2017 l’arte del “pizzaiuolo” napoletano; 2018 l’arte della costruzione in pietra a secco; 2019 Perdonanza Celestiniana, alpinismo e transumanza; 2020 l’arte delle perle di vetro, l’arte musicale dei suonatori di corno da caccia; 2021 cerca e cavatura del tartufo; 2022 la tradizione dell’allevamento dei cavalli Lipizzani; 2023 irrigazione tradizionale la pratica del canto lirico in Italia.

<sup>50</sup> Artt. 2-5, l. n. 77/2006.

<sup>51</sup> D. lgs. n. 42/2004.

<sup>52</sup> Art. 1, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 62/2008.

<sup>53</sup> Art. 7-*bis*, d.lgs. n. 42/2004.

<sup>54</sup> Art. 52, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 62/2008.

<sup>55</sup> M. TIMO, *L’intangibilità dei beni culturali*, Giappichelli Editore, Torino, 2024, I ed., 178-184. D’altronde, tale approccio è assai risalente: già una pronuncia della Corte costituzionale del 1990 (C. cost., 9 marzo 1990, n. 118, in *Giur. Cost.*, 1990, 665 ss.) aveva affermato che “il valore immateriale non assume rilevanza autonoma, separata e distinta dalla proprietà ma è interpenetrata nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale e, pertanto, non può essere protetto separatamente dalla proprietà”.

Dal quadro così ricostruito risulta, pertanto, che a causa delle limitazioni dell'applicazione del Codice e dell'attenzione al patrimonio culturale intangibile espressasi primariamente in termini di inventari, oltre alla pluralità di organi potenzialmente incaricati della sua tutela, in Italia non esiste una disciplina organica per una salvaguardia uniforme del patrimonio culturale immateriale, nonostante la Convenzione UNESCO del 2003 sia stata in via formale recepita nell'ordinamento nazionale.<sup>56</sup> Inoltre, nonostante la ratifica, il quadro legislativo italiano in materia risulta ancora aderente ad una prospettiva materialistica, cui è profondamente radicato, laddove la Convenzione, invece, introduce e richiede un cambio di paradigma culturale a tutti i livelli.

#### **4. La legge 206/2023: quale patrimonio culturale intangibile?**

In questo panorama, si è inserita, il 27 dicembre 2023, la legge n. 206, recante “Disposizioni organiche per la valorizzazione, la promozione e la tutela del *made in Italy*”.

Essa si prefigge di valorizzare e promuovere, in Italia e all'estero, le produzioni di eccellenza, il patrimonio culturale e le radici culturali nazionali, in quanto fattori da preservare e tramandare sia a fini identitari, sia per la crescita economica nazionale.<sup>57</sup> I principi che ispirano le disposizioni richiamano il recupero delle tradizioni, la valorizzazione dei mestieri, la promozione del territorio e delle bellezze naturali e artistiche e il turismo, con riguardo particolare alla sostenibilità ambientale, sempre bilanciata, però, dalla custodia delle peculiarità artigianali che caratterizzano una data attività o prodotto.<sup>58</sup>

Di primaria importanza per la presente analisi è l'articolo 21, che prevede l'attribuzione al Ministero della cultura e, per i profili di competenza, al Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, la promozione della valorizzazione (*sic*) e della salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, intervenendo a modificare, di conseguenza, il d.lgs. 300/1999 sulle competenze del MiC.<sup>59</sup>

È infatti, nella menzione che l'art. 21 fa del patrimonio culturale immateriale che si intravede la connessione tra la legge 206/2023, primariamente dedicata al “*Made in Italy*” e dunque *prima facie* lontana dai temi cui la Convenzione è dedicata, e gli obblighi che quest'ultima impone allo Stato italiano. Ma in che termini il patrimonio culturale intangibile diviene oggetto di tutela nella nuova legge?

<sup>56</sup> A. BROCCOLINI, *Intangible Cultural Heritage Scenarios within the Bureaucratic Italian State*, cit., 288.

<sup>57</sup> Art. 1, l. n. 206/2023.

<sup>58</sup> Art. 2, l. n. 206/2023.

<sup>59</sup> Artt. 52, c. 1 e 53, c. 1, lett. b) d.lgs. n. 300/1999.



Ancora una volta, la legge non fornisce una spiegazione dettagliata del concetto di “patrimonio culturale intangibile”; solo l’art. 21, comma 1 ne offre una sorta di definizione, come “insieme di beni intangibili espressione dell’identità culturale collettiva del Paese” – definizione che non solo risulta lungi dall’essere esaustiva e dirimere potenziali dubbi sul campo di applicazione della norma, ma addirittura si discosta ampiamente da quella fornita dall’art. 2 della Convenzione UNESCO del 2003.<sup>60</sup> La vaghezza di tale formulazione la rende, al contempo, suscettibile di ampliare e di restringere il concetto di patrimonio culturale contemplato nella Convenzione: da una parte, infatti, sembra voler ricomprendere nell’art. 21 qualsiasi bene intangibile, laddove la Convenzione fornisce un’elencazione limitata a “le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il *know-how* – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi”.<sup>61</sup> D’altra parte, invece, tali beni intangibili paiono dover essere espressione dell’identità culturale e collettiva “del Paese”, mentre la Convenzione li riconnette a comunità, gruppi, persino individui ma, in ogni caso, anche a singoli elementi presenti in un determinato tessuto sociale nazionale. La legge, quindi, sembra voler dare risalto ad una (pretesa) identità nazionale unitaria, in direzione contraria allo spirito della Convenzione, che, fin dal preambolo, esalta le varietà e le frammentazioni culturali in quanto ricchezza per l’intera umanità. È in questi termini che la formulazione dell’art. 21 presta il fianco a una potenziale discutibile interpretazione restrittiva: *solo* i beni intangibili espressione dell’identità dell’intero Paese diventano, sotto questa luce, meritevoli della tutela in oggetto.

Ma al di là della mancata corrispondenza con la definizione della Convenzione, la circostanza che il patrimonio culturale intangibile sia, nella legge, cifra dell’identità italiana emerge anche in altre disposizioni. *In primis*, all’art. 1, per il quale il patrimonio culturale e le radici culturali *nazionali* devono ricevere tutela e promozione a fini identitari. L’art. 25, altresì, esordisce affermando che “la cultura e la creatività”, senza darne ulteriore definizione, “sono elementi costitutivi dell’identità italiana”.<sup>62</sup> Solo l’art. 42, c. 1, invero, sembra recuperare il paradigma della Convenzione, incentivando la tutela di metodi di produzione locali radicati in una specifica zona geografica in quanto elementi significativi del *complessivo* patrimonio culturale nazionale, come a indicare non più una

<sup>60</sup> “The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity.”

<sup>61</sup> Art. 2, c. 1, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>62</sup> Art. 25, c. 1, l. n. 206/2023.

granitica unitarietà identitaria, ma, piuttosto, una costellazione di diversità riunite nel territorio italiano.

E, quindi, di quale patrimonio culturale intangibile si può sostenere che si faccia carico la legge? Assente una chiara disposizione al riguardo, si rinven- gono indizi in svariate disposizioni del testo. Sempre l'art. 25, ad esempio, offre la qualificazione di “impresa culturale e creativa” (a cui vengono riservate par- ticolari tutele)<sup>63</sup> alle “attività culturali”, intese come processi collegati a beni, servizi, opere dell'ingegno e “altre espressioni creative, individuali e collettive, anche non destinate al mercato, inerenti a musica, audiovisivo e radio, moda, architettura e design, arti visive, spettacolo dal vivo, patrimonio culturale ma- teriale e *immateriale*, artigianato artistico, editoria, libri e letteratura”.<sup>64</sup> L'elen- cazione, peraltro, lascia il dubbio sull'effettivo campo di applicazione della di- sciplina, in quanto non chiarisce la relazione insiemistica tra dette attività cul- turali che, spontaneamente, si ricondurrebbero al concetto di patrimonio cul- turale immateriale, così come definito dall'art. 2 della Convenzione,<sup>65</sup> e il pa- trimonio culturale tangibile che, vista l'esplicita menzione nella lista di attività culturali, viene in esse ricompreso.<sup>66</sup>

Si intravedono, inoltre, riflessi della Convenzione anche nell'art. 28, a tutela della memoria dell'autenticità storica delle opere musicali, audiovisive e libra- rie; nell'art. 38, finalizzato alla valorizzazione delle pratiche tradizionali e del paesaggio rurale come “la transumanza, la monticazione, l'alpeggio”,<sup>67</sup> nel già menzionato art. 42 che guarda ai “metodi di produzione locali radicati in una zona geografica”. Queste disposizioni, però, ancora una volta confermano l'im- postazione “materialistica” del legislatore italiano, che elimina la rilevanza au- tonoma del bene culturale intangibile e lo tutela solo di riflesso, grazie alla sua estrinsecazione in un prodotto materiale: gli articoli sopra citati, infatti, hanno come oggetto di tutela, rispettivamente, “le *opere* musicali, audiovisive, e libra- rie *possedute* dalle discoteche, cineteche e biblioteche pubbliche” (art. 28), le “*infrastrutture* di interesse storico e paesaggistico percorse dagli animali negli spostamenti” come la transumanza (art. 38), le “*produzioni* artigianali ed indu- striali tipiche tradizionalmente legate a metodi di produzione locali” (art. 42).

Ciò non esula completamente dall'ambito di applicazione della Conven- zione, che in effetti tutela *anche* “gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali *associati*” alle pratiche e alle conoscenze,<sup>68</sup> ma ne rovescia il

<sup>63</sup> Artt. 26, 29-30, l. n. 206/2023.

<sup>64</sup> Art. 25, c. 5, lett. b), l. n. 206/2023.

<sup>65</sup> Si veda, in particolare, art. 2, c. 2, lett. b) e e), relative rispettivamente alle espressioni artistiche e all'artigianato tradizionale.

<sup>66</sup> A simili conclusioni giunge G. SCIULLO, *Cultura e patrimonio culturale nella legge sul made in Italy: una prima lettura*, in *Aedon*, 2024, n.1, 2.

<sup>67</sup> Art. 28, c. 1, l. n. 206/2023.

<sup>68</sup> Art. 2, c. 1, Convenzione UNESCO 2003.

paradigma: se nella Convenzione i beni materiali sono tutelati come conseguenza e manifestazione di (e quindi “associati” a, *ex art. 2, c. 1*) un bene culturale immateriale,<sup>69</sup> nella legge (salvo, forse il caso dell’art. 42 che dedica misure di tutela alle produzioni tipiche *in quanto* elementi significativi del patrimonio culturale nazionale), questi ultimi godono di forme esili di specifica salvaguardia in quanto necessari per la realizzazione di quelle “produzioni di eccellenza”<sup>70</sup> da valorizzare e promuovere.

### **5. Struttura della legge e strumenti di tutela del patrimonio culturale intangibile**

Muovendo dalla pressoché inesistente definizione del campo di applicazione in riferimento al patrimonio culturale immateriale, la legge contiene, però, una varietà di disposizioni volte alla valorizzazione, promozione e tutela del c.d. “*made in Italy*”.

Il testo si dedica, in primo luogo (Titolo II), alla crescita e al consolidamento delle filiere strategiche nazionali, con misure generali a beneficio delle generalità dei settori creativi e produttivi (tramite, ad esempio, disposizioni relative alla tutela dei marchi<sup>71</sup>), nonché con una serie di disposizioni in favore di settori determinati. Inoltre, dopo aver rapidamente introdotto due disposizioni in materia di istruzione e formazione, con l’istituzione del discusso percorso liceale del *made in Italy*<sup>72</sup> e della fondazione “Imprese e competenze per il *made in Italy*” che ne agevoli il rapporto con le imprese di eccellenza<sup>73</sup>, la legge si prodiga, nel Titolo IV, in un ampio catalogo – articolato in 21 disposizioni – di misure di promozione dell’eccellenza produttiva e culturale italiana.<sup>74</sup> Il Titolo V è rivolto specificatamente alla tutela dei prodotti *made in Italy*, tramite loro ricognizione, l’utilizzo di nuove tecnologie e la lotta alla contraffazione. Il Titolo VI contiene alcune disposizioni finali a carattere finanziario.

La tutela del patrimonio culturale immateriale, nelle declinazioni sopra illustrate, avviene in particolare tramite gli strumenti identificati al IV e al V Titolo. Tra essi vengono in rilievo la possibilità di registrare i marchi degli istituti e dei luoghi per la cultura e di farne uso per scopi commerciali, con cessioni

<sup>69</sup> Nello stesso senso l’art. III.1, c. 109, lett. c), Operational Directives for the Implementation of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2022. Esso incoraggia gli istituti di ricerca, i musei, le biblioteche, i centri di documentazioni e tutti gli altri enti che giochino un ruolo importante nell’archiviazione e conservazione del patrimonio culturale a focalizzarsi sulla continua creazione e trasmissione della conoscenza e delle abilità necessarie per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile, più che sugli oggetti ad essi associati.

<sup>70</sup> Art. 1, l. n. 206/2023.

<sup>71</sup> Art. 7, l. n. 206/2023.

<sup>72</sup> Consiglio di Stato, 27 agosto 2024, 01091/2024.

<sup>73</sup> Artt. 18-19, l. n. 206/2023.

<sup>74</sup> Artt. 20-40 l. n. 206/2023.

a terzi a titolo oneroso,<sup>75</sup> l'adozione di contrassegni ufficiali di attestazione di originalità delle merci,<sup>76</sup> il rafforzamento della tutela dei domini internet riferiti al patrimonio culturale,<sup>77</sup> l'istituzione di fondi e registri per la mappatura di particolari sistemi produttivi o realtà territoriali i cui prodotti vadano promossi nei mercati nazionali ed internazionali o per la tracciabilità delle filiere,<sup>78</sup> nonché indicazioni per la predisposizione di disciplinari dei prodotti industriali e artigianali tipici.<sup>79</sup>

Ad essi si aggiunge la possibilità di qualificare come “impresa culturale e creativa” qualsiasi ente, avente qualsivoglia forma giuridica, e i lavoratori autonomi, che svolgano attività di ideazione, creazione, produzione, sviluppo, diffusione, promozione, conservazione, ricerca, valorizzazione o gestione di beni, attività e prodotti culturali, della cui definizione si è sopra discusso.<sup>80</sup> Tali imprese vengono poi iscritte nell'apposito albo istituito presso il Ministero della Cultura, per salvaguardare gli archivi storici delle imprese italiane, e ricevono i contributi in conto capitale da esso erogati.<sup>81</sup> Esse, poi, diventano l'oggetto di un omonimo Piano nazionale strategico<sup>82</sup> elaborato dal Ministero della cultura in concerto con il Ministero delle imprese e del *made in Italy* e quello degli affari esteri, per favorirne lo sviluppo.

Interessante, altresì, la possibilità di istituire un'associazione di produttori, avente scopo di valorizzazione di un determinato prodotto (ancora una volta, l'accento si posa sull'esternazione materiale di un'attività), nella parte in cui è loro affidato il compito di effettuare controlli per garantire la conformità delle fasi di produzione.<sup>83</sup>

Traendo le prime considerazioni rispetto al contenuto della legge, sembra che tutte queste misure celino – dietro un dichiarato intento di tutelare, “valorizzare e promuovere [...] le produzioni di eccellenza, il patrimonio culturale e le radici culturali nazionali”<sup>84</sup> – uno spirito spiccatamente commerciale avente il primario obiettivo di “crescita dell'economia nazionale nell'ambito e in coerenza con le regole del mercato interno dell'Unione europea.”<sup>85</sup> Tale spirito è in tutto contrario a quello della Convenzione del 2003, in quanto, sostanzialmente, portando all'attenzione del pubblico (utenza turistica *in primis*) il

<sup>75</sup> Art. 22, l. n. 206/2023.

<sup>76</sup> Art. 41, l. n. 206/2023.

<sup>77</sup> Art. 23, l. n. 206/2023.

<sup>78</sup> Artt. 39, 40, 47, c. 2, l. n. 206/2023.

<sup>79</sup> Artt. 45-46, l. n. 206/2023.

<sup>80</sup> Art. 25, c. 2, l. n. 206/2023.

<sup>81</sup> Artt. 26, 29, l. n. 206/2023.

<sup>82</sup> Art. 30, l. n. 206/2023.

<sup>83</sup> Artt. 43-433, l. n. 206/2023.

<sup>84</sup> Art. 1, l. n. 206/2023.

<sup>85</sup> Art. 1, l. n. 206/2023.

patrimonio culturale immateriale italiano, persegue in realtà obiettivi di diffusione commerciale dei prodotti materiali ad esso connessi, offrendo in aggiunta tutele specifiche all'imprenditoria di settore.

### 6. La legge sul *Made in Italy* e la Convenzione del 2003: quale relazione?

Risulta marcata, allora, nel testo di legge in analisi, la prospettiva di tutela del patrimonio (anche immateriale) in termini, principalmente, di proprietà e, in particolare, di proprietà intellettuale ed industriale.<sup>86</sup> L'approccio non è nuovo né sconosciuto sul piano internazionale,<sup>87</sup> tanto che il WIPO ha già sviluppato una serie di bozze per la protezione delle espressioni culturali tradizionali e del folklore e per la protezione delle conoscenze tradizionali contro la loro appropriazione e l'uso improprio e,<sup>88</sup> inoltre, nel maggio 2024, ha adottato un trattato sulla proprietà intellettuale, le risorse genetiche e le conoscenze tradizionali associate.<sup>89</sup>

Se, da una parte, tale approccio può apparire accettabile, soprattutto per il vantaggio di poter garantire dei sistemi collettivi di proprietà, con titolarità, dunque, non degli individui ma di una pluralità, in accordo allo spirito della Convenzione,<sup>90</sup> dall'altra esso stride con il concetto stesso di patrimonio culturale immateriale sotto diversi profili: l'originalità richiesta, contrastante con le pratiche tradizionali solitamente molto risalenti, l'identificazione di coloro che possano utilizzare il patrimonio intangibile o beneficiare dei vantaggi economici conseguenti e il rischio di tagliare fuori parte della comunità di riferimento o di gerarchizzare la partecipazione alle pratiche stesse.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> Artt.6, 22, 30, c. 2, lett. e), 37, c. 2, lett. b), 41, c. 2, 43, 44, c. 2, lett. b), 50.

<sup>87</sup> Per alcune riflessioni in merito: B. UBERTAZZI, *Intangible Cultural Heritage, Sustainable Development and Intellectual Property*, Springer, Cham, 2019, I ed., 119 ss; C. ZUDDAS, A. COCCO, *Traditional Cultural Expressions (TCEs), Holder Communities and Conflicts with Central States: Policies for the Recognition of Intangible Cultural Heritage (ICH) and Intellectual Property (IP) Regulation*, in O. NIGLIO, E.Y.J. LEE (a cura di), *Transcultural Diplomacy and International Law in Heritage Conservation*, Springer, Cham, 2021, 209 ss; F. LENZERINI, *Traditional knowledge, biogenetic resources, genetic engineering and intellectual property rights*, in D. WÜGER, T. COTTIER, *Genetic Engineering and the World Trade System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 118-148.

<sup>88</sup> WIPO/GRTKF/IC/47/4, *The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles*, 13 marzo 2023; WIPO/GRTKF/IC/47/5, *The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles*, 14 marzo 2023.

<sup>89</sup> Trattato sulla proprietà intellettuale, le risorse genetiche e le conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche, concluso a Ginevra il 24 maggio 2024. Sul tema, leggasi F. LENZERINI, *Indigenous Peoples' Cultural Rights and the Controversy over Commercial Use of Their Traditional Knowledge*, in F. FRANCONI, M. SCHEININ (a cura di), *Cultural Human Rights*, Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, 119-149.

<sup>90</sup> F. COMINELLI, *Il patrimonio culturale immateriale: la sfida della salvaguardia*, cit., 196-197-

<sup>91</sup> T. SCOVAZZI, *La Convenzione sul Patrimonio Culturale Immateriale. Il negoziato e la sua applicazione pratica*, cit., 21-22. Il sistema stesso delle liste, a ben vedere, anche a livello internazionale presenta le stesse criticità rispetto ad una "prioritizzazione" degli elementi che in esse vengono iscritti,

Detto approccio, però, sembra corrispondere allo spirito che innerva l'intera legge, che, infatti, evidentemente persegue degli obiettivi primari di "crescita dell'economia nazionale",<sup>92</sup> con riflessi marcati nel settore turistico,<sup>93</sup> e solo in funzione di essi sembra proporsi di tutelare il patrimonio culturale immateriale.

In quali termini, allora, la legge 206/2023 si afferma come strumento di assolvimento agli obblighi della Convenzione UNESCO?

Qualche elemento pare venire in rilievo con riferimento agli obblighi di identificazione e catalogazione introdotti *ex* articoli 11 e 12 della Convenzione, in un panorama nazionale preesistente che, invero, già offriva alcuni strumenti di tutela a riguardo, come discusso sopra. In particolare, l'attribuzione della qualifica di "imprese culturali e creative" *ex* art. 25 della legge, con la conseguente iscrizione all'albo relativo e la registrazione nel sistema archivistico nazionale del MiC, potrebbero contribuire a identificare le attività inerenti ad elementi del patrimonio culturale immateriale.<sup>94</sup> Nello stesso senso, il riconoscimento tramite decreto dei "distretti del prodotti tipico italiano",<sup>95</sup> l'istituzione del Registro delle associazioni nazionali delle città di identità,<sup>96</sup> il contrassegno del *Made in Italy*,<sup>97</sup> le attività di ricognizione,<sup>98</sup> e le verifiche compiute dalle associazioni di produttori,<sup>99</sup> pur dedicandosi ai prodotti – e dunque alle manifestazioni materiali del patrimonio culturale – possono, di riflesso, concorrere ad identificare e poi catalogare gli elementi del patrimonio culturale immateriale che ne costituiscono il processo produttivo. Tuttavia, in senso contrario allo spirito della Convenzione, che si prefigge di mantenere e ricreare il patrimonio culturale immateriale per arricchire la diversità culturale e la creatività umana,<sup>100</sup> queste stesse misure recano con sé il rischio di stimolare processi di omologazione e standardizzazione degli stessi processi produttivi. Per accedere alle tutele offerte dalla disciplina e ai relativi sussidi<sup>101</sup> e per aderire ai criteri necessari per ottenerli, gli imprenditori e i produttori potrebbero infatti finire per snaturare o omogeneizzare le pratiche tradizionali.<sup>102</sup>

si veda a riguardo F. LENZERINI, *Protecting the Tangible, Safeguarding the Intangible: A Same Conventional Model for Different Needs*, cit., 145-147.

<sup>92</sup> Artt. 1, 21, c. 2, lett. b), 24, c. 1, l. n. 206/2023.

<sup>93</sup> Art. 31, l. n. 206/2023.

<sup>94</sup> Artt. 25, c. 5, lett. b), 26, cc. 1-2, l. n. 206/2023.

<sup>95</sup> Art. 39, l. n. 206/2023.

<sup>96</sup> Art. 40, l. n. 206/2023.

<sup>97</sup> Art. 41, l. n. 206/2023.

<sup>98</sup> Art. 42, l. n. 206/2023.

<sup>99</sup> Artt. 43-46, l. n. 206/2023.

<sup>100</sup> Preambolo, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>101</sup> Artt. 5, 6, 13, 29, 39, c. 4-9, 46, l. n. 206/2023.

<sup>102</sup> Sulla relazione tra diversità culturale e rischio di standardizzazione anche a livello internazionale vedasi F. LENZERINI, *Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples*, cit., 102-103.

In riferimento, invece, agli obblighi di promozione, sviluppo, diffusione della conoscenza e della consapevolezza sull'importanza della salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, previsti alla Convenzione agli articoli 13 e 14, la legge apporta poche novità.

Viene introdotta una “Giornata nazionale del *Made in Italy*”, finalizzata a “celebrare la creatività e l'eccellenza italiana”, che certo può essere occasione per “sensibilizzare l'opinione pubblica nei confronti dei temi della promozione e delle tutela del valore e delle qualità peculiari delle opere dell'ingegno e dei prodotti italiani”<sup>103</sup> e dunque ha la potenzialità, a seconda di come venga declinata, di rispondere all'obbligo di assicurare il riconoscimento e il rispetto del patrimonio culturale intangibile da parte della società e di mantenere il pubblico informato dei pericoli che lo minacciano.<sup>104</sup> La misura presenta però, anche in questo caso, il rischio di contraddire la logica della Convenzione di valorizzazione delle diversità culturali tra gruppi, comunità locali ed individui, di cui è costellato il territorio italiano, raggruppandole tutte sotto le etichette generiche di “*Made in Italy*”, “eccellenza italiana” o “ingegno italiano” e ancora una volta preferendo dare risalto ad una (pretesa) identità nazionale unitaria che in nulla rispecchia la realtà del Paese né gli obiettivi della Convenzione. Anzi, proprio la Convenzione, nel Preambolo, mette in guardia contro il pericolo che l'annullamento e l'appiattimento delle diversità culturali possano suscitare fenomeni di intolleranza nei confronti di ciò che si configura come “altro”, come potrebbe avvenire con la misura in esame che traccia una linea tra ciò che è elemento identitario e ciò che non lo è.

Altro strumento potenziale è l'iniziativa dell'art. 18 della legge di istituire il percorso di istruzione secondaria superiore “liceo del *Made in Italy*”, che si propone di “promuovere l'acquisizione, da parte degli studenti, degli strumenti necessari per la ricerca e per l'analisi degli scenari storico-geografici e artistico culturali nonché della dimensione storica e dello sviluppo industriale ed economico dei settori produttivi del *made in Italy*”<sup>105</sup> e che potrebbe in qualche modo configurare una risposta agli obblighi di incrementare studi tecnici, scientifici ed artistici e di predisporre programmi educativi specifici diretti ai giovani.<sup>106</sup> In realtà, ad osservare il piano di studi allegato alla legge stilato per il primo biennio di tale percorso d'istruzione, salta agli occhi come la materia di storia dell'arte, potenziale contenitore di tali argomenti formativi, sia in realtà relegato ai margini del monte ore annuale (33 ore su 891, al pari dell'insegnamento della religione cattolica),<sup>107</sup> circostanza che conduce a

<sup>103</sup> Art. 3, l. n. 206/2023.

<sup>104</sup> Art. 14, lett. a) e b), Convenzione UNESCO 2003.

<sup>105</sup> Art. 18, c. 2, lett. c), l. n. 206/2023.

<sup>106</sup> Art. 13, lett. c), 14, lett. a) i), Convenzione UNESCO 2003.

<sup>107</sup> Allegato A, l. n. 206/2023.

dubitare della portata significativa di tale strumento in termini di educazione alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, forte anche l'accento preponderante, ancora una volta, sulle "competenze imprenditoriali" che il corpo studentesco dovrebbe acquisire.<sup>108</sup>

La disposizione centrale, è, però, nuovamente, l'art. 21, esplicitamente rubricato "Promozione della valorizzazione e della tutela del patrimonio culturale immateriale", che assegna al MiC, al Ministero dell'agricoltura e ad altre amministrazioni competenti "la valorizzazione e la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale". Come, però, illustrato, ripercorrendo lo stato dell'arte precedente all'entrata in vigore della legge, tali amministrazioni, *de facto*, già si erano fatte carico dell'attuazione (seppure del tutto limitata) della Convenzione del 2003, e, in parte, ne erano già *de iure* competenti: in particolare, il d.P.C.M. 169/1999 già assegnava al Segretario generale e alle Soprintendenze, nonché all'Ufficio stampa del MiC, competenze sul patrimonio culturale intangibile.<sup>109</sup>

L'unica misura che si può forse accogliere con un certo favore, per il meccanismo di protezione che offre ad elementi del patrimonio culturale intangibile, è l'art. 38 sulla valorizzazione delle pratiche tradizionali e del paesaggio rurale. Pur rivolgendosi ad un campo applicativo estremamente circoscritto e pur – come già commentato – ponendo l'accento al dato materiale delle infrastrutture, esso si può rivelare paradigmatico di un sistema di tutela efficace. Il mantenimento delle infrastrutture necessarie per la transumanza (che è, peraltro, un elemento iscritto alla lista rappresentativa UNESCO dal 2019), la monticazione, l'alpeggio e altre pratiche tradizionali, non sembra venire in rilievo *per se* (tanto più che non rappresentano un prodotto, né un'esplicazione commerciabile del *made in Italy*), ma in quanto serventi alle pratiche stesse. Ossia, la manutenzione di tali infrastrutture è, allo stesso tempo, "conservazione" delle pratiche – evidentemente, immateriali – che ad esse, necessariamente, si appoggiano. Ciò permette di esercitare tali pratiche nel proprio ambiente originario, laddove il deterioramento degli spazi (elemento fondamentale del patrimonio culturale immateriale così come definito dalla Convenzione)<sup>110</sup> comporterebbe, inevitabilmente, una modifica forzata di esse o, addirittura, un definitivo abbandono da parte delle comunità territoriali di riferimento. Il meccanismo di salvaguardia, inoltre, diviene effettivo sia nel concretizzarsi in dotazioni finanziarie da destinare a tali interventi strutturali, senza le quali esso si porrebbe solo come disposizione programmatica, sia nell'essere servente ad

<sup>108</sup> Art. 18, c. 2, lett. b), l. n. 206/2023.

<sup>109</sup> Artt. 8, c. 1, 13, c. 2, lett. m), 16, c. 4 e c. 6, 41, c. 2, d.P.C.M. n. 169/1999.

<sup>110</sup> Art. 2, c. 1 della Convenzione UNESCO 2003; T. SCOVAZZI, *La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, in T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 17-18.



“iniziative dei comuni”<sup>111</sup>. Tale ultima specificazione sposta il baricentro sulle comunità locali, coinvolgendole attivamente nella gestione e assegnando loro il potere/dovere di iniziativa, in piena rispondenza all’art. 15 della Convenzione.

### 7. Lacune e profili critici

Analizzandola in raffronto agli obblighi derivanti dalla Convenzione, evidentemente, la legge 206/2023 non pare colmare i vuoti e le debolezze che il frammentato quadro legislativo preesistente, così come ricostruito, presentava. Al contrario, essa sembra rappresentare una distorsione, principalmente a fini commerciali, dello spirito della Convenzione e lascia aperte alcune questioni.

*In primis*, comune a tutta la produzione normativa precedente, vi è la questione del coinvolgimento delle comunità locali, secondo l’approccio *bottom-up* della Convenzione, che non pare trovare ampio spazio nel nostro ordinamento. In particolare, il fitto sistema di organi in qualche misura coinvolti nella tutela del patrimonio culturale immateriale sembra invece articolare una struttura *top-down* che dall’amministrazione centrale a livello ministeriale si dipana verso il basso, solo a necessità coinvolgendo le realtà locali ed unicamente per migliorare la propria opera di ricognizione. Eppure, il coinvolgimento delle comunità locali, dei gruppi e degli individui “portatori” del patrimonio culturale immateriale, secondo il dettato degli art. 11(b) e 15 della Convenzione, sembra esserne la chiave di volta: a tali soggetti, infatti, spetta l’identificazione degli elementi del patrimonio culturale immateriale, con la pratica quotidiana li ricreano continuamente, modificandoli in risposta alla propria evoluzione storica e sociale.<sup>112</sup>

In secondo luogo, si presenta una evidente dicotomia tra le azioni intraprese dallo Stato in termini di catalogazione e identificazione degli elementi del patrimonio culturale immateriale e la natura di patrimonio vivente di esso. Infatti, tutte le iniziative introdotte nel sistema italiano, comprese quelle della legge 206/2023, ambiscono ad una sorta di cristallizzazione delle pratiche, delle usanze, delle conoscenze, delle manifestazioni artistiche, attraverso trasposizioni fotografiche e audiovisive, trascrizioni, raccolte. Ciò è, in realtà, connotato al sistema stesso delle liste, che sembrano voler immobilizzare una

<sup>111</sup> Art. 38, c. 1-2, l. n. 206/2023.

<sup>112</sup> F. LENZERINI, *Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples*, cit., 107-108; S. URBINATI, *The Role for Communities, Groups and Individuals under the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, in S. BORELLI, F. LENZERINI, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012, 207-209; S. URBINATI, *Communities, Groups and Individuals: the Bearers of the Intangible Cultural Heritage. What is the Role Attributed to These Subjects in the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage?*, in A. CICHETTI, J. FROSINI, M. GOLA, *Public Law and Regulation. Collected Essays*, Maggioli Editore, Bologna, 2011, 163-189.

determinata pratica nel modo in cui essa viene attuata alla data di inserimento nel catalogo, nella lista, nell'inventario – sia esso nazionale o internazionale. Il patrimonio culturale immateriale, però, è per propria natura in continua trasformazione e mutamento, e viene dunque “costantemente ricreato dalle comunità e gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia”.<sup>113</sup> Per questo motivo limitarsi a rispondere agli obblighi di catalogazione o di informazione non integra una tutela efficace del patrimonio intangibile, che ha bisogno di misure (come quelle dell'art. 38 della legge) che incidano sulla conservazione dei luoghi in cui tali pratiche si svolgono e delle persone che di tali conoscenze sono portatrici. Inoltre, per una autentica salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, è altresì opportuno che esso rimanga “vivo”, ossia che le pratiche non vengano perpetrate esclusivamente a scopi turistici o commerciali, ma che siano, anche ammettendone dei mutamenti, profondamente ancorate alla comunità di riferimento in modo autentico.<sup>114</sup> E proprio il tema dell'autenticità si presenta come altra questione aperta, tra spinte alla mercificazione dei prodotti delle pratiche tradizionali, con conseguente omogeneizzazione di essi, e naturali sviluppi modificativi:<sup>115</sup> la perdita di autenticità conduce ad un patrimonio culturale immateriale artificiale, non più connesso all'identità culturale delle comunità. La perdita di autenticità è più probabile laddove siano le autorità statali a gestire il patrimonio culturale intangibile, dettando criteri esterni – come, in larga parte fa la legge 206/2023 – che spezzano il collegamento tra tale patrimonio e la comunità di riferimento.<sup>116</sup>

Queste riflessioni ruotano intorno alla questione, sottolineata e centrale, dell'impossibilità per la normativa italiana di settore di smarcarsi dal dato materiale. In effetti, non è agevole immaginarsi in che modo si possa agire a tutela di qualcosa che non ha concretezza, di quali *facere* lo Stato possa farsi carico. Gli interventi potrebbero, ad esempio, tutelare i luoghi in cui tali attività si svolgono dagli effetti della globalizzazione: così, recentemente, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che su un bene culturale si possa imporre un vincolo di destinazione d'uso sia per la “conservazione della integrità materiale della cosa o dei suoi caratteri storici o artistici, sulla base di una adeguata motivazione da cui risulti l'esigenza di prevenire situazioni di rischio per la conservazione dell'integrità materiale del bene culturale o del valore immateriale nello stesso

<sup>113</sup> Art. 2, c. 1, l. n. 203/2026; T. SCOVAZZI, *La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, in T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 14-17.

<sup>114</sup> Nello stesso senso: F. LENZERINI, *Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples*, cit., 118-120.

<sup>115</sup> L. LIXINSKI, *Intangible Cultural Heritage International Law*, cit., 20 ss.

<sup>116</sup> F. LENZERINI, *Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples*, cit., 113-114.

incorporato” sia “a tutela di beni che sono espressione di identità culturale collettiva, non solo per disporre la conservazione sotto il profilo materiale, ma anche per consentire che perduri nel tempo la condivisione e la trasmissione della manifestazione culturale immateriale, di cui la cosa contribuisce a costituirne la testimonianza”.<sup>117</sup> Rimane, però, anche in questo caso necessario prestare attenzione a non “mummificare” il tessuto sociale, urbano e culturale nel tentativo di una strenua tutela di qualcosa che non rappresenta più la realtà della comunità locale: è necessario, in sostanza, un costante bilanciamento degli interessi in gioco.

Tutto ciò, in ogni caso, si basa sulla necessaria esistenza di una chiara definizione di “patrimonio culturale immateriale”, che non sia relegata alle singole disposizioni o ai singoli testi normativi, divenendo quindi una somma frammentata di indicazioni in proposito.<sup>118</sup>

### **8. Grandi speranze: la delega al Governo nella legge 152/2024 sulle manifestazioni di rievocazione storica**

Sempre in tema di attuazione della Convenzione del 2003, il 1° novembre 2024 è entrata in vigore la legge n. 152, che reca sia disposizioni in materia di manifestazioni di rievocazione storica, sia una delega al Governo per l’adozione di norme per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale.

Il Capo I, dedicato alla disciplina delle rievocazioni storiche,<sup>119</sup> dopo averne fornito la definizione,<sup>120</sup> introduce una serie di attività che spettano allo Stato per la promozione delle stesse manifestazioni, tra cui la valorizzazione del prodotto culturale delle rievocazioni tramite l’editoria e i mezzi di comunicazione di massa, il sostegno finanziario agli enti di rievocazione storica e lo sviluppo del turismo locale per le manifestazioni di rievocazione.<sup>121</sup> Istituisce, poi, un elenco nazionale degli enti e delle manifestazioni di rievocazione storica, che un apposito Comitato tecnico-scientifico, composto da esperti ed istituito dal MiC, tenga aggiornato e approvi annualmente.<sup>122</sup> Infine, introduce deroghe

<sup>117</sup> Cons. Stato, A.P., 13 febbraio 2023, n. 5.

<sup>118</sup> La necessità di una definizione deve però tenere conto del pericolo dell’attività definitoria in sé, cui sottende una *ratio* di delimitazione e che rischia, pertanto, nel campo del patrimonio culturale intangibile, risultare rigida ed escludente: T. SCOVAZZI, *La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, cit., 6.

<sup>119</sup> Definite all’art. 2, comma 2 della l. n. 152/2024 come “rappresentazione scenica, attraverso le arti performative, di un passato o di una memoria collettiva che appaiano significativi per una comunità territoriale e che facciano riferimento a conoscenze storiche acquisite e a evidenze documentarie dotate di attendibilità storica”.

<sup>120</sup> Art. 2, l. n. 152/2024.

<sup>121</sup> Art. 3, l. n. 152/2024.

<sup>122</sup> Artt. 4-6, l. n. 152/2024.

alla disciplina del porto e uso di armi e in materia di accensioni di fuochi in occasioni di manifestazione di rievocazione storica.<sup>123</sup>

Tali disposizioni confermano le riflessioni già emerse rispetto alla tendenza del legislatore a tutelare il (prodotto del)<sup>124</sup> patrimonio culturale immateriale con la *ratio* di renderlo commerciabile e mercificabile “al fine di promuovere lo sviluppo economico-produttivo e turistico locale”.<sup>125</sup> Ancora una volta, infatti, la legge pare utilizzare le manifestazioni variegate del patrimonio italiano per sviluppare la narrazione di una “presunta” identità nazionale che, passando tramite la “valorizzazione dell’immagine dell’offerta socio-culturale”,<sup>126</sup> sia a beneficio, prima di tutto, di un’utenza turistica a fini commerciali e non custodisca, invece, la vitalità “fine a sé stessa” delle pratiche di una comunità locale.

La prospettiva, non senza sorpresa, pare cambiare di segno con il prosieguo della legge, che, nel Capo II “Disposizioni in materia di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale”, suscita grandi speranze di innovazione.

L’art. 10, infatti, afferma che lo Stato riconosce il patrimonio culturale immateriale come componente del valore identitario e storico per gli individui, le comunità locali e la comunità nazionale, assegnando rilievo (secondo un dettato che, finalmente, replica il testo dell’art. 2, c. 1 della Convenzione UNESCO del 2003) “alle prassi, alle rappresentazioni, alle espressioni, alle conoscenze, alle competenze nonché agli strumenti, agli oggetti, ai manufatti e agli spazi culturali associati agli stessi, che le comunità, i gruppi e gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale”.

Sebbene tale formulazione sia inclusa in una disposizione rubricata “principi relativi al patrimonio culturale immateriale”<sup>127</sup>, come a voler implicitamente lasciare al Governo il compito di fornire definizioni, essa, di fatto, già propone un campo di applicazione dettagliato e delimitato. La legge poi indica che agli elementi del patrimonio culturale intangibile, considerati in sé e per sé, lo Stato intende “dare rilievo”, riconoscendone il valore identitario per tre categorie di soggetti.

La prima è quella degli individui, che, se nella Convenzione vengono menzionati in via eventuale e residuale dopo le comunità e i gruppi,<sup>128</sup> nella legge 152/2024 invece diventano i primi destinatari menzionati. La formulazione proposta dalla Convenzione, costante e uniforme nell’arco di tutto il testo, in realtà, sembra suggerire un ordine gerarchico tra i soggetti beneficiari, che la

<sup>123</sup> Artt. 8-9, l. n. 152/2024.

<sup>124</sup> Art. 3, c. 1, lett. c), con riferimento al “prodotto culturale” delle rievocazioni storiche.

<sup>125</sup> Artt. 2, c. 1, 3, c. 1, lett. c), l. n. 152/2024.

<sup>126</sup> Art. 3, c. 1, lett. f), l. n. 152/2024.

<sup>127</sup> Art. 10, l. n. 152/2024.

<sup>128</sup> Art. 2, c. 1, Convenzione UNESCO 2003.

legge disattende.<sup>129</sup> Infatti, gli individui, in ultimo luogo considerati dalla Convenzione, sono da identificarsi in coloro che, *all'interno delle comunità o tra di esse*, possiedono competenze, conoscenze, esperienze o altre caratteristiche distinte e svolgono quindi ruoli specifici nella pratica, nella ricreazione e/o nella trasmissione presente e futura del loro patrimonio culturale immateriale, come custodi culturali, operatori e, se del caso, apprendisti.<sup>130</sup> Essi vengono, dunque, singolarmente in rilievo solo in quanto appartenenti ad una collettività di riferimento e portatori non di interessi personali ma collettivi, di memoria comune e comunque ancorata ad un patrimonio – ancorché da pochi praticato – condiviso. La primarietà assegnata agli individui dalla legge 152/2024 risulta, in questa luce, pericolosa: essa, infatti, rischia di rovesciare la concezione comunitaria della Convenzione per agevolare, se non favorire, ancora una volta, un approccio imprenditoriale e commerciale al patrimonio culturale immateriale, incentivando l'iniziativa (economica) personale a scapito degli interessi di una comunità.

La seconda categoria è costituita dalle comunità locali, mentre vengono esclusi – o, quantomeno, non esplicitamente, richiamati – i gruppi, che nella Convenzione acquisiscono invece rilevanza autonoma e distinta dalle comunità. Né la Convenzione né le Direttive operative per la sua attuazione, in realtà, tracciano una linea distintiva tra i due concetti.

Una distinzione proposta, ponendo un forte accento sulla prospettiva spirituale, eleva a comunità gli insiemi di individui le cui credenze siano radicate in una sorta di dimensione metafisica (quali dogmi o canoni di fede), mentre i gruppi sarebbero collettivi la cui identità si basa su un interesse condiviso, come la perpetuazione della propria identità culturale o etnologica.<sup>131</sup>

Più condivisibile, in quanto ampia, dettagliata ed utile ai fini dell'attuazione della Convenzione, sembra, però, la distinzione proposta nell'autorevole rapporto conclusivo della riunione di esperti sul coinvolgimento delle comunità nella salvaguardia del patrimonio culturale intangibile, convenuta da UNESCO a Tokyo nel 2006. Esso definisce le comunità come reti di persone il cui senso di identità e di connessione emerge da una relazione storica condivisa che è radicata nella pratica e nella trasmissione de – o nella connessione con – il proprio patrimonio culturale immateriale. La definizione, utilizzando volutamente l'immagine del radicamento nella comunità, pone l'accento su un

<sup>129</sup> Report of the Expert Meeting on Community Involvement in Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Towards the Implementation of the 2003 Convention, UNESCO, Tokyo, 2006, 8.

<sup>130</sup> Report of the Expert Meeting on Community Involvement in Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Towards the Implementation of the 2003 Convention, cit., 9.

<sup>131</sup> G. D'AMICO SOGGETTI, *Article 15 Participation of Communities, Groups, and Individuals Participation and Democracy*, in J. BLAKE, L. LIXINSKI (a cura di), *The 2003 UNESCO Intangible Heritage Convention: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 302.

senso di appartenenza comune, o un senso di identità, basato sulla condivisione del patrimonio culturale immateriale, che include dunque anche quegli elementi la cui trasmissione intergenerazionale sia (stata) interrotta.<sup>132</sup> Invece, i gruppi vengono identificati come insiemi di persone all'interno di una comunità o tra comunità diverse che condividono caratteristiche come abilità, esperienza e conoscenze speciali e che quindi svolgono ruoli specifici nella pratica, nella ricreazione e/o nella trasmissione presente e futura del loro patrimonio culturale immateriale come, ad esempio, custodi culturali, operatori o apprendisti.<sup>133</sup>

Lo stesso rapporto, infine, chiarisce la relazione tra gruppo e comunità: un gruppo può essere considerato come un sottoinsieme di una comunità (o trasversale a più comunità), caratterizzato da una pratica specifica che non è necessariamente condivisa, o non condivisa allo stesso modo, dall'intera comunità stessa.<sup>134</sup>

La mancanza della menzione, all'art. 10 della legge 152/2024, del gruppo tra i soggetti per i quali il patrimonio culturale immateriale appare più frutto di una leggerezza lessicale del legislatore che di un autentico desiderio di sottrarre tale categoria dal campo di tutela. Infatti, i gruppi vengono successivamente menzionati sia nello stesso art. 10, nell'elencazione dell'elemento oggettivo della tutela (manifestazioni che le comunità, i *gruppi* e gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale),<sup>135</sup> sia all'art. 11, comma 2, lett. b), che fa riferimento a "misure volte ad assicurare la vitalità e la perpetuazione delle pratiche culturali e la loro costante rinnovazione da parte delle comunità, dei *gruppi* e degli individui". Ciononostante, l'assenza del gruppo nella prima elencazione dei beneficiari non solo sottrae dignità a tale articolazione sociale, ma, a causa dell'incoerenza della lettera nel non fare menzione costante del gruppo nelle diverse disposizioni della legge, indebolisce la tutela offerta a quei gruppi che non si inseriscono in un'unica comunità ma che siano trasversali ad una pluralità di esse.

Infine, distaccandosi dal testo della Convenzione, la legge menziona tra i soggetti per cui il patrimonio culturale immateriale funge da fattore identitario

<sup>132</sup> Report of the Expert Meeting on Community Involvement in Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Towards the Implementation of the 2003 Convention, cit., 9.

<sup>133</sup> Report of the Expert Meeting on Community Involvement in Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Towards the Implementation of the 2003 Convention, cit., 9.

<sup>134</sup> Report of the Expert Meeting on Community Involvement in Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Towards the Implementation of the 2003 Convention, cit., 9.

<sup>135</sup> Art. 10, l. n. 152/2024: "Lo Stato riconosce il patrimonio culturale immateriale come componente del valore identitario e storico per gli individui, le comunità locali e la comunità nazionale, assegnando rilievo alle prassi, alle rappresentazioni, alle espressioni, alle conoscenze, alle competenze nonché agli strumenti, agli oggetti, ai manufatti e agli spazi culturali associati agli stessi, che le comunità, i gruppi e gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale."

anche la comunità nazionale. Tale riferimento, che nel presente commento è già stato oggetto di critiche, perché in altre sedi veicola eccessivamente una retorica di identità nazionale unitaria a scapito delle differenze culturali, appare invece, in questa disposizione, accettabile e congruente, se considerata in posizione – come l’ordine delle parole pare suggerire – di subordinazione rispetto agli individui e alle comunità. Infatti, la ricchezza della diversità e della pluralità del patrimonio culturale immateriale sul territorio italiano può diventare (ed è anzi auspicabile che diventi) motivo di curiosità, affezione, interesse e quindi cura anche per chi non sia primariamente “praticante”<sup>136</sup> degli elementi di tale patrimonio.

Il cambio di paradigma apportato dalla legge sembrerebbe trovare il proprio apice nell’art. 11, che delega il Governo a adottare, entro 18 mesi dall’entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina del patrimonio culturale immateriale, per assicurarne la salvaguardia più efficace garantendo la più ampia partecipazione delle comunità “praticanti”, nonché per promuovere la trasmissione delle conoscenze relative al medesimo patrimonio alle generazioni più giovani.<sup>137</sup>

### **9. Segue: i criteri direttivi per una disciplina organica del patrimonio culturale immateriale**

Il comma 2 dell’art. 11 della legge 152/2024, in particolare, sostanzia e dettaglia il nuovo approccio, elencando una serie di principi e criteri direttivi, ascrivibili ad una pluralità di profili, in cui emerge definitivamente una sensibilità che fortemente si accorda con lo spirito della Convenzione e che, se incanalata efficacemente nei decreti legislativi, introdurrebbe in Italia una disciplina di tutela innovativa e pienamente rispettosa degli obblighi discendenti dal diritto internazionale.

Un primo profilo, che si potrebbe definire di tutela “pura”, è quello relativo alla protezione del patrimonio culturale immateriale affinché possa continuare a svilupparsi “in forme libere, aperte e partecipate”.<sup>138</sup> La legge riconosce infatti il patrimonio culturale immateriale come “strumento essenziale per lo sviluppo della persona umana e la crescita sociale e culturale della comunità” (nazionale).<sup>139</sup> A questo proposito, sembra voler porre rimedio anche alla questione della cristallizzazione delle manifestazioni culturali immateriali, richiedendo misure volte ad assicurare la “vitalità” – e dunque l’autenticità e l’evoluzione – nonché la “perpetrazione” – quindi l’attualità e la continuità – delle

<sup>136</sup> Art. 11, c. 2, lett. h), l. n. 152/2024.

<sup>137</sup> Art. 11, c. 1, l. n. 152/2024.

<sup>138</sup> Art. 11, c. 2, lett. a), l. n. 152/2024.

<sup>139</sup> Art. 11, c. 2, lett. a), l. n. 152/2024.

pratiche culturali, che ne permettano, come già richiedeva l'art. 2, c. 1 della Convenzione, la “rinnovazione da parte delle comunità, dei gruppi e degli individui in risposta al loro ambiente, alla loro storia e alla loro interazione reciproca e con la natura”.<sup>140</sup> Servente a questi scopi pare essere, infine, la richiesta di “promuovere il recupero, la riqualificazione e l’allestimento, in forme integrate e coerenti con l’ambiente, il paesaggio e il contesto economico e sociale, di spazi, attrezzature, infrastrutture e strumenti idonei alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e alla pratica delle relative attività”.<sup>141</sup>

Un secondo profilo, invece, attiene alla trasmissione intergenerazionale del patrimonio culturale immateriale. Ciò include, in prima battuta, la previsione di percorsi formativi ed educativi, anche scolastici ed universitari, volti ad assicurare la consapevolezza delle più giovani generazioni rispetto al patrimonio intangibile presente sul proprio territorio e la trasmissione delle relative conoscenze.<sup>142</sup> Oltre a tali iniziative, di stampo intellettuale, la disposizione auspica anche la promozione dell’accesso dei giovani al patrimonio culturale immateriale, favorendo e sostenendo la loro presenza nelle relative comunità.<sup>143</sup> L’adozione di misure di tal sorta, già suggerite dall’art. 14 della Convenzione, se efficacemente implementate, potrebbero in effetti incidere sul tessuto sociale di territori – come l’entroterra, le aree rurali e montane, nonché i piccoli centri abitati – che subiscono continuo impoverimento culturale, demografico, abitativo proprio in ragione del loro abbandono da parte delle generazioni giovani, e diventerebbero, in sostanza, misure a tutela degli “stili di vita” diversificati.<sup>144</sup> È la stessa disposizione, d’altronde, a ricordare, sempre in vista dell’adozione dei decreti delegati in materia, che la trasmissione e lo scambio intergenerazionale delle conoscenze, esperienze e pratiche con valore tradizionale ed identitario sono “condizioni per uno sviluppo sostenibile e un miglioramento della qualità della vita” e a richiedere, nell’ambito di procedimenti per l’adozione degli strumenti di pianificazione territoriale (evidentemente influenti sul *modus vivendi* di una comunità) una valutazione d’impatto riferita al patrimonio culturale immateriale presente sul territorio.<sup>145</sup> Dette misure, infine, ben si inseriscono nel tracciato del nuovo comma 3 dell’art. 9 della Costituzione, introdotto dalla legge costituzionale 1/2022, a norma del quale la Repubblica

<sup>140</sup> Art. 11, c. 2, lett. b), l. n. 152/2024.

<sup>141</sup> Art. 11, c. 2, lett. t), l. n. 152/2024.

<sup>142</sup> Art. 11, c. 2, lett. m) e s), l. n. 152/2024.

<sup>143</sup> Art. 11, c. 2, lett. r), l. n. 152/2024.

<sup>144</sup> T. SCOVAZZI, *La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile*, in T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 17-18.

<sup>145</sup> Art. 11, c. 2, lett. f) e l), l. n. 152/2024.



“Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni.”<sup>146</sup>

Un terzo gruppo di criteri direttivi attiene, poi, all’interazione tra comunità e tra individui portatori del patrimonio culturale immateriale, con l’obiettivo di promuovere lo sviluppo della cultura in un “contesto di libertà, eguaglianza, partecipazione, coesione sociale e rispetto reciproco”.<sup>147</sup> La diversità, che nella normativa finora analizzata sembra essere rifuggita in nome di una pretesa unitarietà culturale nazionale, recupera una propria dignità nell’auspicio, formulato dal legislatore alla lett. c) dell’art. 11, c. 2, che il Governo adotti misure per preservare e trasmettere le memorie di comunità, gruppi (che in tal sede vengono menzionati come soggetto autonomo) ed individui quali espressioni della specificità e della pluralità delle identità culturali. Il concetto viene ribadito, con una formulazione che richiama l’art. 16 della Convenzione, nell’indicazione – che deve essere accolta con estremo favore e che ci si augura caratterizzi l’intero lavoro del Governo – di “incoraggiare il dialogo tra le culture e stimolare l’interculturalità nel rispetto delle differenze e dei diritti umani, contribuendo a rafforzare i legami tra persone e popoli e a costruire una società aperta, plurale, pacifica e democratica”.<sup>148</sup>

Le tre categorie ora commentate sono, inoltre, accomunate dalla loro rispondenza all’obbligo dell’art. 13, lett. a) della Convenzione di promuovere la funzione del patrimonio culturale immateriale nella società ed integrarne la salvaguardia nei programmi di pianificazione.

Un quarto filone raccoglie, poi, i criteri direttivi che incentivano una forte partecipazione degli individui alla vita delle comunità e di queste alla gestione del patrimonio culturale immateriale, in ossequio al dettato dell’art. 15 della Convenzione. Essi si sommano alla già commentata disposizione (Art. 11, c. 2, lett. r)), in materia di partecipazione dei giovani alla vita delle comunità, che ben può essere catalogata anche sotto questo profilo.<sup>149</sup> In particolare, la delega auspica la protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali e linguistiche, che, seppure non siano l’oggetto primario della tutela offerta dalla Convenzione, sono in questa sede considerate come veicolo per accedere al patrimonio della propria comunità di riferimento, come “presupposto per la piena partecipazione di ogni persona alla vita della comunità” e “come fattore di crescita e di arricchimento individuale e sociale”.<sup>150</sup> Le comunità, poi, dovrebbero essere coinvolte in procedure partecipative volte a consentire loro di

<sup>146</sup> Art. 9, c. 3, Costituzione.

<sup>147</sup> Art. 11, c. 2, lett. c), l. n. 152/2024.

<sup>148</sup> Art. 11, c. 2, lett. e), l. n. 152/2024.

<sup>149</sup> Art. 11, c. 2, lett. r), l. n. 152/2024.

<sup>150</sup> Art. 11, c. 2, lett. d), l. n. 152/2024.

definire e aggiornare costantemente la documentazione e la catalogazione del patrimonio culturale immateriale contenuto nelle banche dati statali.<sup>151</sup>

Proprio agli obblighi di catalogazione contemplati agli articoli 11, lett. b) e 12 della Convenzione, è dedicato un quinto gruppo di criteri direttivi, che sostanzialmente propone di adottare un sistema di liste che replichi *in toto* quello internazionale,<sup>152</sup> prevedendo un elenco nazionale del patrimonio culturale immateriale, un elenco nazionale del patrimonio culturale immateriale a salvaguardia urgente e un elenco di buone pratiche per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. Tali elenchi, che dovrebbero essere aggiornati con la partecipazione dei soggetti “praticanti”, destano invero qualche perplessità. L’elenco nazionale del patrimonio culturale e l’elenco delle buone pratiche si espongono alle criticità, già analizzate, che il sistema delle liste, in sé considerato, manifesta a tutti i livelli, in rapporto ad un patrimonio che intrinsecamente si sottrae a cristallizzazioni ed è invece vivo ed in continua evoluzione, con il rischio conseguente di spostare lo sguardo alla dimensione materiale, al prodotto o, comunque, a schemi predisposti di pratiche e conoscenze. L’elenco del patrimonio culturale immateriale a salvaguardia urgente, invece, desta ulteriori dubbi: la corrispondente lista, contemplata all’art. 17 della Convenzione, a livello internazionale, infatti, mira a tutelare quegli elementi del patrimonio culturale che in contesti particolari rischiano di estinguersi definitivamente e a portare l’attenzione degli Stati ad un comune obiettivo di preservazione di essi. A livello nazionale, invece, al fine di mantenere l’obiettivo ultimo di custodire gli elementi del patrimonio culturale immateriale che rischiano di estinguersi, sembrerebbe più appropriato prevedere misure più penetranti ed incisive, di stampo esecutivo e sostanziale, superando l’approccio ricognitivo e dichiarativo delle liste, al fine di introdurre rapidamente una tutela effettiva degli elementi in pericolo imminente.

L’ultimo profilo, infine, attiene alla sistematizzazione della disciplina preesistente. In particolare, la delega richiede al Governo di razionalizzare le competenze e i procedimenti delle amministrazioni statali in materia di patrimonio culturale immateriale, le norme relative all’organizzazione di eventi ad esso connessi, oggi affidate ad una pluralità di interventi legislativi iper-settoriali e frammentati e le norme inerenti all’autorizzazione allo svolgimento delle attività artigianali connesse al patrimonio culturale immateriale.<sup>153</sup> Affida, poi, al Governo il compito di prevedere un coordinamento tra le azioni a salvaguardia del patrimonio culturale materiale e immateriale che, pur valorizzando la differenza tra essi, preveda un raccordo tra le discipline, del tutto auspicabile se

<sup>151</sup> Art. 11, c. 2, lett. h) e u), l. n. 152/2024.

<sup>152</sup> Artt. 12, 16, 17, 18, Convenzione UNESCO 2003.

<sup>153</sup> Art. 11, c. 2, lett. i), n), o) e c. 3, l. n. 152/2024.

si considera le caratteristiche riferibili ad entrambi gli “assetti” di molti elementi del patrimonio culturale.<sup>154</sup>

Alla luce di questi criteri, che sembrano rispondere in modo ampio alle necessità di tutelare il patrimonio intangibile, variamente declinate, e che puntualmente si riconnettono agli obblighi imposti agli stati dalla Convenzione, si può trarre una prima positiva valutazione del contenuto della delega, ponendo su essa e sui decreti legislativi che ne conseguiranno speranze di adeguata tutela del patrimonio culturale immateriale in Italia.

### 10. Note conclusive

La tutela del patrimonio culturale immateriale in Italia, anche dopo l'introduzione della legge 206/2023 e della legge 152/2024 appare ancora oggi insufficiente in termini di efficacia. Se gli obblighi della Convenzione UNESCO del 2003 inerenti alla catalogazione e identificazione del patrimonio culturale immateriale, nonché l'istituzione di organi a ciò deputati, possono dirsi potenzialmente assolti, mancano invece strumenti in grado di tutelare la dimensione evolutiva e “vivente” di tale patrimonio, nonché le comunità che ne sono portatrici.

La perdurante mancanza di una disciplina organica e unitaria conduce ad una salvaguardia a macchia di leopardo sia in senso verticale, tra iniziative nazionali e regionali, sia in senso orizzontale, laddove alcuni settori, per una combinazione di disposizioni legislative, godono di una tutela maggiore rispetto ad altri. L'assenza di una definizione comune di patrimonio intangibile è la fonte primaria di questa disparità di trattamento tra i vari elementi di tale patrimonio, cui la legge 203/2026 contribuisce con interventi settoriali e differenziati.

Solo con l'adozione dei decreti legislativi in attuazione della delega contenuta all'art. 11 della legge 152/2024 per una disciplina organica del patrimonio culturale immateriale – attesi entro aprile del 2026 – sarà possibile valutare le future prospettive della tutela di tale patrimonio nell'ordinamento italiano e un adeguato adempimento degli obblighi scaturenti dalla Convenzione UNESCO del 2003. L'auspicio è che il Governo sappia efficacemente importare nei decreti lo spirito della Convenzione e della delega, per contribuire a costruire davvero “una società aperta, plurale, pacifica e democratica”.<sup>155</sup>

<sup>154</sup> Art. 11, c. 2, lett. p), l. n. 152/2024.

<sup>155</sup> Art. 11, c. 2, lett. e), l. n. 152/2024.



LA DELEGIFICAZIONE DEFORMATA: A PROPOSITO DELL'“INNOVATIVO MECCANISMO” PREVISTO DAL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

ALESSANDRA PROZZO\*

**Sommario**

1. Introduzione – 2. Il modello di delegificazione di cui all'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988: ratio e limiti applicativi. – 3. Il meccanismo di delegificazione di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici. – 4. Osservazioni conclusive.

**Abstract**

*The gradual overcoming of the delegation model introduced by Article 17, par. 2 of Law No. 400/1988 is now long highlighted by scholars. More recently, a confirmation in this sense is represented by the delegation “mechanism” provided for by the new Contract Code. This article will illustrate the peculiarities of this mechanism, which concerns the annexes to the Code, and the aspects that appear most problematic.*

**Suggerimento di citazione**

A. PROZZO, *La delegificazione deformata: a proposito dell'“innovativo meccanismo” previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Dottoressa di ricerca in Discipline giuridiche, Università degli Studi Roma Tre.  
Contatto: [alessandra.prozzo@uniroma3.it](mailto:alessandra.prozzo@uniroma3.it)

## 1. Introduzione

La proliferazione di modelli di delegificazione diversi da quello previsto dall'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988 è ormai da tempo oggetto di riflessione da parte degli studiosi, i quali hanno messo in luce come la prassi abbia di fatto superato il paradigma procedimentale introdotto dal legislatore alla fine degli anni '80<sup>1</sup>.

In effetti, sebbene nei primi anni successivi all'entrata in vigore della legge n. 400/1988 il ricorso alla delegificazione sia stato scarso, a partire dalla legge 24 dicembre 1993, n. 537 si è assistito ad un'inversione di tendenza<sup>2</sup> ed, anche, al succedersi di leggi ordinarie che hanno previsto forme di delegificazione non sempre coincidenti con quella precedentemente delineata.

Negli anni, infatti, le deviazioni dal modello introdotto dal legislatore del 1988 sono state numerose.

Più recentemente, ciò si è verificato con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, che, al fine di rendere il codice “immediatamente autoesecutivo”, ha introdotto un “innovativo meccanismo di delegificazione”<sup>3</sup>. Quest'ultimo, essendo imperniato sui regolamenti ministeriali di cui al terzo comma del citato art. 17, invece che sui regolamenti in delegificazione di cui al secondo comma, presenta aspetti peculiari che saranno esaminati nel prosieguo, anche alla luce del procedimento semplificato previsto dall'art. 225, comma 14, del medesimo Codice.

<sup>1</sup> Cfr. M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale. Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, Giappichelli, Torino, 2001, 105, il quale ha riscontrato un “sostanziale fallimento” del tentativo operato dalla disposizione citata di “razionalizzare l'utilizzo della fonte regolamentare” mediante l'elaborazione di un modello di delegificazione “in grado di imporsi al legislatore futuro, per così dire, per forza propria”, in quanto “espressione di esigenze relative alla tenuta di un impianto complessivo di rapporto tra le fonti, di istanze, cioè, già racchiuse a livello più profondo del sistema costituzionale”.

<sup>2</sup> Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, 4 ss. Sul punto, vd. anche G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni per la razionalizzazione e la semplificazione amministrativa*, in *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli, Torino, 1996, 169, “le più significative leggi di delegificazione sono state varate nel periodo successivo al 1993 (con la sola, significativa eccezione del Governo Berlusconi), allorché la cronica debolezza del Parlamento e parallelamente l'esperienza di Governi meno organicamente legati ai partiti della maggioranza ed a composizione ‘tecnica’ in tutto (Governo Dini) o in parte (Governi Amato e Ciampi) ha consentito, prima con il d.lgs. n. 29/1993, poi, soprattutto, con l'approvazione della l. n. 537/1993 il ‘decollo’ dell'attuazione dello schema generale di delegificazione di cui all'art. 17, c. 2°, l. n. 400/1988, in alcune importanti leggi di razionalizzazione e semplificazione amministrativa”.

<sup>3</sup> Così si legge nella Relazione di accompagnamento al Codice: “Si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente ‘autoesecutivo’, consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare. Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)”.

Preliminarmente, però, occorre soffermarsi sulle ragioni che hanno spinto il legislatore dapprima a positivizzare un modello procedimentale di delegificazione ed, in seguito, a superarlo nella prassi.

## **2. Il modello di delegificazione di cui all'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988: *ratio* e limiti applicativi.**

Sino all'approvazione della legge n. 400/1988, la disciplina del potere regolamentare del Governo era individuata nella legge n. 100 del 1926 e nelle disposizioni preliminari al codice civile del 1942, considerate generalmente applicabili salvo "limitate eccezioni, relative alle norme manifestamente contrastanti con i disposti costituzionali"<sup>4</sup>. Del resto, la Costituzione repubblicana contiene solo un riferimento ai regolamenti del Governo nell'art. 87, comma 5, limitandosi a prevedere che questi siano emanati dal Presidente della Repubblica<sup>5</sup>, sicché si è detto che per i primi quaranta anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione il governo italiano "ha continuato a fondare la propria potestà normativa secondaria su un ancoraggio costituzionale pressoché inesistente ed entro limiti legislativi tutt'altro che definiti"<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, il Mulino, Bologna, 2003, 22.

<sup>5</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Vol. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1978, 110, rileva che dalla comparazione del "fugace accenno del testo costituzionale ai regolamenti che deve emanare il Capo dello Stato" con gli artt. 121, 123 e 128 Cost. allora vigenti, "si ricava l'impressione che l'incompletezza della disciplina costituzionale delle fonti (...) sia un'incompletezza «intenzionale»".

<sup>6</sup> N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 22 ss., il quale, sul punto, riporta quanto già evidenziato in precedenza da V. CRISAFULLI in *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti normative*, Cedam, Padova, 1984, 130, ossia che in tale periodo si era riproposto "il conflitto tra l'impostazione anacronisticamente garantista accolta dalla Costituzione per tutto ciò che riguarda i rapporti tra Governo e Parlamento [...] e le esigenze del mondo contemporaneo, che sempre più reclamano agilità e prontezza di intervento nei più diversi settori".

Sotto altro profilo, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico. Tomo II*, Cedam, Padova, 1976, 787 ss., notava come il problema del fondamento – nonché dell'ammissibilità – del potere regolamentare dell'amministrazione debba essere risolto "non già in sede di teoria generale, bensì sulla base dei singoli diritti positivi". In linea generale, infatti, secondo l'A. tale fondamento deve "ricavarsi dalla posizione che ogni regime conferisce al governo". In particolare, osserva che negli "stati parlamentari contemporanei" il riconoscimento del potere regolamentare dell'amministrazione, "esercitabile all'infuori di ogni esplicita attribuzione", risiede nell'esigenza di assicurare in tal modo "l'imparzialità dell'attività amministrativa e la certezza e prevedibilità delle sue manifestazioni, quale può appunto venire conseguita con la predisposizione di norme generali ed astratte, limitative dell'arbitrio nell'uso del potere non vincolato, (...) sempreché la natura degli atti sia tale da non tollerare una disciplina preventiva che verrebbe a compromettere la piena adeguazione alle situazioni concrete, voluta conseguire con l'assegnazione di una sfera di piena discrezionalità". Ciò in quanto gli stati parlamentari "insieme all'enorme accrescimento delle funzioni statali, tale da rendere impossibile una loro minuta disciplina per opera della legge e da ampliare quindi la sfera della discrezionalità amministrativa, hanno visto mutare il rapporto fra parlamento e governo, imprimendogli carattere fiduciario, così da realizzare una stabile consonanza di orientamenti, riflettentesi in ogni settore della p.a."

In seguito, come è noto, la legge n. 400 del 1988 ha previsto diverse tipologie di regolamenti governativi<sup>7</sup>, tra i quali si annoverano i regolamenti in delegificazione, la cui disciplina è stata introdotta al fine precipuo di creare uno strumento mediante il quale semplificare l'ordinamento.

In effetti, tale esigenza di semplificazione era avvertita sia con riferimento al tessuto normativo, in ragione della cd. "ipertrofia legislativa", ossia del disordine connesso all'eccessiva produzione di norme legislative, sia rispetto all'azione della Pubblica amministrazione<sup>8</sup>, di cui si criticava l'inefficienza in quanto suscettibile di pregiudicarne la competitività sul piano internazionale e di gravare sulla finanza pubblica<sup>9</sup>. In questo contesto, il miglioramento della qualità della normazione aveva "carattere marginale e fundamentalmente ausiliario (...) rispetto al fine principalmente perseguito della semplificazione amministrativa", atteso che la riforma dell'azione amministrativa "non poteva che realizzarsi attraverso un opportuno intervento sul *corpus* normativo regolatorio

Sul punto, cfr. anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1978, cit., 111 ss., secondo il quale "La omessa previsione o l'assenza di disciplina, (...) nei testi costituzionali, di fonti, istituite o istituiti da norme di legge ordinarie, e destinate ad operare su un piano subordinato alla legge, non è – di per sé sola – argomento sufficiente per escluderne l'ammissibilità". Ciò specialmente in considerazione del fatto che la Costituzione non "tace del tutto" sui regolamenti, disciplinandone alcune tipologie (come i regolamenti parlamentari) e "altri prevedendo in modo implicito. Può e deve dirsi, pertanto, che la figura dei regolamenti è *presupposta*, in generale, dalla Costituzione, e per ciò stesso – almeno – consentita". Inoltre, il fondamento del potere regolamentare del Governo deriva dall'esigenza "di una posizione autonoma" del medesimo, in quanto "organo supremo dell'organizzazione amministrativa statale, dotato di propri poteri di indirizzo generale, politico ed amministrativo: senza i quali non si giustificerebbero le responsabilità verso il Parlamento, di cui all'art. 95 Cost., con particolare riguardo alla responsabilità individuale dei ministri per gli atti del loro dicastero".

<sup>7</sup> L'art. 17 della l. n. 400/1988 ha infatti previsto i regolamenti esecutivi, di attuazione ed integrazione, indipendenti, di organizzazione, in delegificazione. Inoltre, disciplina i regolamenti ministeriali ed interministeriali.

<sup>8</sup> Sull'importanza della distinzione tra semplificazione amministrativa e riordino normativo, cfr. M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella 'legge annuale di semplificazione'*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 391 ss., la quale precisa che sebbene essi siano manifestazione di "un atteggiamento culturale e politico, caratteristico degli anni Novanta, generalmente favorevole ed impegnato verso lo 'Stato leggero'", e condividano "la matrice della semplificazione, dello snellimento, dell'alleggerimento, (...) nel primo caso l'oggetto di tale operazione è l'attività della pubblica amministrazione, mentre nel secondo caso l'oggetto è il sistema normativo. Così il primo obiettivo è quello di un'amministrazione più veloce, agile, snella ed efficiente; il secondo è quello di un sistema normativo più leggibile, conoscibile, ordinato e razionale". In virtù di ciò, l'A. sottolinea che il riordino del sistema normativo non implica automaticamente la semplificazione amministrativa, essendo la connessione tra essi frutto piuttosto di una "scelta politica del legislatore", come nel caso della legge n. 59 del 1997.

<sup>9</sup> P. CARNEVALE, *Le cabale della legge*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 24 ss., il quale osserva che "l'inefficienza costituiva per l'Italia un disvalore aggiunto sul piano della competitività internazionale, un grave fattore di resistenza allo sviluppo, oltre che un onere sempre più intollerabile per la finanza pubblica".



di quell'azione e, quindi, mercé il ricorso all'utilizzo di strumenti di normazione"<sup>10</sup>.

Ad ogni modo, allo scopo di perseguire la semplificazione del sistema normativo, il legislatore ha fatto ricorso a due diversi strumenti, ossia alla "delegificazione"<sup>11</sup> ed alla "codificazione". Quest'ultima consiste nella predisposizione di "codici di settore", i quali hanno "la forma di decreti legislativi e [sono] dotati di un potere innovativo più incisivo di quello di armonizzazione e coordinamento formale, che normalmente è proprio dei testi unici", in quanto non si limitano a raccogliere materiale normativo preesistente ma ne introducono di nuovo<sup>12</sup>.

La delegificazione, invece, può essere declinata in due diverse accezioni, ossia in una più "ampia", per cui essa è finalizzata alla riduzione delle "regole

<sup>10</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *Le cabale della legge*, cit., 25. Pertanto, l'A. individua "i genitori putativi (nel senso di atti generatori) della politica di semplificazione nel nostro Paese" nella legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e nella legge n. 537 del 1993, "che, nel quadro più generale di una vera e propria riforma complessiva (in termini di riconformazione) dell'azione amministrativa, dà la stura al fecondo indirizzo di semplificazione dei singoli procedimenti amministrativi, a fini di riduzione di articolazioni, tempi, costi, che costituirà per diversi anni il solco su cui fondamentalmente si adagerà il corso della semplificazione in Italia".

In effetti, la l. n. 537/1993 aveva autorizzato il Governo ad adottare regolamenti in delegificazione per la semplificazione di 123 procedimenti amministrativi specificamente individuati.

In tal senso anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un factotum*, in *Federalismi.it*, 6, 2014, cit., 4, "l'intervento sul tessuto normativo appariva come *medium* necessario a soddisfare l'esigenza della riforma dell'azione amministrativa, senza che si potesse assicurare alla qualità della normazione un rilievo che eccedesse il ruolo di esito riflesso".

<sup>11</sup> Cfr. T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1987, 875.

Ulteriori ragioni che spiegano il ricorso alla delegificazione sono individuate da G. DEMURO, *La delegificazione*, in *Foro it.*, 1989, V, 6, il quale vi annovera anche il "venir meno delle distinzioni funzionali tra i poteri dello Stato" e la "crisi di chiarezza e qualità delle disposizioni normative", quali effetti "della non flessibilità della legge nel rispondere alle esigenze del Welfare State, che comportano la necessità di un mutamento, sempre più rapido, delle regole".

<sup>12</sup> A. IANNUCILLI, *L'evoluzione "politipica" della delega legislativa*, in M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, L. IANNUCILLI (a cura di), *La delega legislativa. Parte II*, disponibile in <https://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>, ricorda che mentre le prime leggi di semplificazione prevedevano l'impiego congiunto della delega legislativa e della delegificazione, a partire dalla legge n. 229 del 2003 il legislatore, ricorrendo al modello dei codici di settore, ha attribuito un "ruolo preminente alla delegazione legislativa, ridimensionando notevolmente quello della delegificazione". Ciò in quanto la delega legislativa era finalizzata "dapprima alla revisione e al 'riordino' per l'emanazione di testi unici di varia natura; poi al 'riassetto' e alla codificazione mediante decreti legislativi". Tale scelta, secondo l'A., oltre a sottintendere la "distinzione ontologica" tra testo unico e codice – il quale, a differenza del primo, non si limita a raccogliere materiale normativo preesistente ma introduce "materiale legislativo nuovo" – è stata dettata anche dalla devoluzione alle Regioni, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, di competenze legislative e regolamentari, che ha reso "recessiva la pretesa di completezza dei testi unici 'misti' e pressoché impraticabile la delegificazione nelle materie di competenza legislativa regionale (concorrente o residuale), nelle quali lo Stato (...) non ha più potestà regolamentare".

pubbliche” e consiste nella “dismissione della disciplina di una determinata materia ad opera delle fonti legali”, sul presupposto della rinuncia dello Stato a disciplinare alcune materie o attività<sup>13</sup>, ed in un'altra più “tecnica”<sup>14</sup>. In base a questa seconda accezione, “la delegificazione si definisce come trasferimento della funzione normativa («su materie od attività determinate») dalla sede legislativa statale ad altra sede”, potendo avvenire “nei confronti della potestà regolamentare governativa, oppure della potestà legislativa regionale e delle altre fonti di autonomia territoriale”<sup>15</sup>. Diversamente dalla prima ipotesi, dunque, in questo caso non si verifica una “dismissione della disciplina giuridica, bensì la trasformazione della fonte del diritto abilitata a porla”<sup>16</sup>.

La disciplina dettata dall'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988 opera in quest'ultimo senso, in quanto non esclude l'intervento normativo da alcuni ambiti bensì prevede “un'attività regolamentare *praeter legem*, quale strumento delegificativo, che opera in una sorta di effetto combinato con la legge autorizzante”<sup>17</sup>.

In base a tale disposizione, invero, i regolamenti in delegificazione presuppongono una legge di autorizzazione all'esercizio della potestà regolamentare del Governo, la quale determina le “norme generali regolatrici della materia” e, contestualmente, dispone “l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari”. In virtù di ciò, come affermato anche dalla giurisprudenza costituzionale, “è alla legge che autorizza l'adozione del regolamento che deve essere imputato l'effetto abrogativo, mentre il regolamento determina semplicemente il termine iniziale di questa abrogazione”<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, cit., 867, il quale distingue diversi “gradi” di delegificazione: oltre alla rinuncia dello Stato a disciplinare alcuni ambiti, può verificarsi che il legislatore affidi tale compito, in tutto o in parte, a soggetti privati. In tal caso lo Stato potrebbe infatti riservarsi “un'area di intervento normativo al fine di indirizzare e coordinare, con norme generali e di principio, la produzione normativa dei privati”, dando luogo ad un'ipotesi di *deregulation*.

<sup>14</sup> Cfr. G. DEMURO, *La delegificazione*, cit.

<sup>15</sup> Cfr. G. DEMURO, *La delegificazione*, cit.

<sup>16</sup> Cfr. G. DEMURO, *La delegificazione*, cit.

<sup>17</sup> Cfr. G. DEMURO, *La delegificazione*, cit.

<sup>18</sup> Cfr. C. cost., 29 novembre 2004, n. 378, punto 6 c.i.d. in *Foro it.*, 2005. Tale affermazione è stata recentemente ribadita dalla Corte costituzionale nella sentenza 23 maggio 2023, n. 138, in *Foro Amm.*, 2024, 1, 4.

Secondo N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 33 ss., si tratta di dunque di un'ipotesi di “abrogazione condizionata o differita”, in quanto, in conformità con il criterio gerarchico, l'effetto abrogativo discende dalla legge che dispone la delegificazione, e non direttamente dal regolamento, e si produce solo al momento dell'entrata in vigore di quest'ultimo. Pertanto, “sia l'*an* sia il *quando* dell'effetto di delegificazione sono condizionati dall'entrata in vigore del regolamento”.

Diverse, tuttavia, sono le critiche mosse dalla dottrina a questo modello, così come minacciose sono le problematiche emerse sul piano applicativo<sup>19</sup>.

Proprio con riferimento al descritto meccanismo di abrogazione differita, infatti, è stato osservato che talvolta le leggi di autorizzazione della delegificazione affidano al regolamento stesso l'individuazione delle norme abrogate, sicché in concreto la produzione dell'effetto abrogativo finisce per dipendere da esso, e non dalla fonte ordinaria<sup>20</sup>. Il che, però, "sul piano dell'effettività" si scontra con il mancato riconoscimento di forza di legge ai regolamenti in delegificazione<sup>21</sup> ed, in definitiva, con l'esclusione del sindacato della Corte costituzionale<sup>22</sup>.

A ciò si aggiunge la problematica delimitazione delle "norme generali regolatrici della materia" che, a rigore, si distinguono dai "principi e criteri direttivi" di cui all'art. 76 Cost. in quanto rispetto ad essi hanno una "funzione delimitativa più stringente"<sup>23</sup>. Come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, le norme generali di cui all'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988 pur essendo connotate da "un certo grado di flessibilità" in relazione alla materia delegificata, devono avere un "raggio di azione tale da costituire le scelte

<sup>19</sup> Gli studiosi si sono interrogati sulla legittimità costituzionale dell'art. 17 della l. n. 400/1988: secondo la dottrina maggioritaria, il fondamento normativo della potestà regolamentare dell'esecutivo ben potrebbe essere individuato in una legge ordinaria, non essendo a tal fine necessaria una legge di rango costituzionale, in quanto, come riportato da G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, cit., 44, "la Costituzione non attribuirebbe in via esclusiva alla legge ordinaria l'effetto abrogativo o derogatorio delle leggi: non sarebbe, perciò, illegittimo disporre con legge che la perdita di efficacia della previgente disciplina legislativa sia collegata all'entrata in vigore della nuova disciplina regolamentare". Secondo altri, invece, la legge costituzionale dovrebbe disciplinare i profili di carattere generale del potere regolamentare.

<sup>20</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ministeriali in delegificazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 3, 2011, 3, secondo il quale "Non sembra reggere, alla prova dei fatti, la tesi per cui l'effetto abrogativo sarebbe precisato nella sua estensione materiale dalla legge, pur essendo *sospensivamente condizionato* dall'entrata in vigore delle norme regolamentari".

Sul punto, cfr. anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo*, cit., 33, che individua diversi fattori all'origine di tale prassi, come la "cronica scarsità di conoscenza preliminare [del legislatore] circa lo stato del diritto oggettivo vigente in un determinato settore dell'ordinamento" ed il fatto che l'individuazione precisa delle norme da abrogare presuppone una chiara e precisa consapevolezza della disciplina regolamentare successiva, sicché è "quasi inevitabile" che l'abrogazione sia disposta dalle norme regolamentari.

<sup>21</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1978, cit., 114 ss., 117, secondo il quale nell'ordinamento repubblicano la rigidità della Costituzione non consente alla legge ordinaria di istituire fonti "concorrenziali", ossia dotate della sua stessa forza. L'A. ricorda inoltre che il fenomeno dell'abrogazione di norme di legge in seguito all'entrata in vigore di un regolamento in delegificazione difficilmente potrebbe essere giustificata in base alla tesi del "declassamento" *ex lege* di norme originariamente legislative in norme regolamentari. Ciò, infatti, implicherebbe che la legge possa disporre della forza che le è attribuita dalla Costituzione.

<sup>22</sup> M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti*, cit., 3.

<sup>23</sup> C. cost., n. 138/2023, punto 8 c.i.d. che, al riguardo, richiama la propria precedente sent. n. 303/2005.

fondanti l'assetto normativo dell'oggetto della delegificazione, sul quale il regolamento si innesta non per completare o integrare queste ultime, ma per svilupparle ulteriormente<sup>24</sup>.

Eppure, nella prassi si è assistito a leggi che hanno previsto la delegificazione omettendo sostanzialmente di definire le norme generali regolatrici della materia, in quanto “si sono limitate alla enunciazione di generici obiettivi da raggiungere e di finalità da perseguire, ovvero all'individuazione di generici criteri di razionalizzazione od a parafrasi del concetto di buona amministrazione”<sup>25</sup>.

Sotto tali profili, un recente esempio di deviazione dal modello di delegificazione descritto è contenuto nel decreto-legge n. 80 del 2021<sup>26</sup>, recante

<sup>24</sup> C. cost., n. 138/2023, punto 8 c.i.d., ove si precisa che “non può escludersi che anche norme di scopo, con le quali la legge di autorizzazione alla delegificazione aspira ad indirizzare il regolamento verso un obiettivo specifico, possano integrare le norme generali regolatrici. Infatti, selezionare la finalità da perseguire con la fonte secondaria può valere a tracciare i confini di quest'ultima, ogni qual volta, anche alla luce della materia trattata, tale finalità sia così specifica da offrirsi a parametro effettivo di valutazione della legalità del regolamento”. Ciò, però, purché “l'obiettivo enunciato dal legislatore non abbia tratti di genericità tali da svuotarlo di ogni profilo prescrittivo, e quindi della precipua funzione non solo di orientare la potestà regolamentare, ma anche di costituire uno standard valutativo di essa delineato in autonomia dal legislatore della delegificazione”.

Come osservato da G. D'ALESSANDRO, *Corte costituzionale e delegificazione regionale in assenza di un'idonea e adeguata determinazione legislativa delle norme regolatrici della materia*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, disponibile all'indirizzo: [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3, 2023, 7, sebbene tale pronuncia sia stata adottata con specifico riferimento ad un'ipotesi di delegificazione regionale, con essa la Corte costituzionale ha fissato “un indirizzo giurisprudenziale” sulla delegificazione in generale “che di certo è pienamente conforme ai principi costituzionali e alla dogmatica delle fonti del diritto italiano, ma che rende molto *stringenti* i limiti entro cui può esercitarsi il procedimento della delegificazione”. Rispetto a questo orientamento, l'A. rileva che recenti delegificazioni - come quella per l'attuazione degli obiettivi del PNRR (su cui si vd. il parere n. 506/2022 della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato) - costituiscono delle “sfocature”.

Cfr. anche A. VUOLO, *Semaforo rosso per le delegificazioni in bianco. Nota a Corte cost., sentenza n. 138 del 2023*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 1, 2024, 244 ss., secondo il quale “sarà interessante in futuro verificare se il richiamo al principio di legalità sostanziale compiuto nella sentenza in commento sarà valorizzato dalla Corte anche per le delegificazioni in ambito statale. È appena il caso di rilevare che i sensibili scostamenti, registratisi nel corso del tempo, dal modello dell'art. 17, c. 2, l. n. 400 del 1988, non hanno innescato il severo controllo delle autorità giurisdizionali adite”. Ad avviso dell'A., quindi, il sindacato sulle leggi di delegificazione avrà un appiccio “caso per caso”, in quanto “l'adeguatezza delle norme generali regolatrici della materia dipende non solo dalle specifiche disposizioni dettate sul punto ma anche dal perimetro (più o meno ampio) della disciplina di cui si vuole l'abbassamento di grado. In altri termini, più si appalesa esteso il raggio di azione della delegificazione, maggiore dovrà essere lo spessore della normazione di principio”.

<sup>25</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2023, 229.

<sup>26</sup> Con riferimento al Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), tale disposizione prevede che “Entro il 31 marzo 2022, con uno o più decreti del Presidente della Repubblica, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono individuati e abrogati gli adempimenti relativi ai piani assorbiti da quello di cui al presente articolo”.

“Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia”. In particolare, il relativo art. 6, con cui si introduce il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), al comma 5 prevede che “Entro il 31 marzo 2022, con uno o più decreti del Presidente della Repubblica, adottati ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell’articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono individuati e abrogati gli adempimenti relativi ai piani assorbiti da quello di cui al presente articolo”. Come sottolineato dal Consiglio di Stato nel relativo parere<sup>27</sup>, il legislatore in questo caso ha demandato al regolamento l’individuazione e l’abrogazione non di norme, ma degli “adempimenti relativi ai piani assorbiti” dal PIAO<sup>28</sup> – utilizzando pertanto una terminologia impropria<sup>29</sup> – senza indicare neppure le norme generali regolatrici della materia<sup>30</sup>. Al

<sup>27</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione dell’8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, rinvenibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>28</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione dell’8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., “la norma di delegificazione assegna al regolamento il solo compito di individuare e abrogare ‘gli adempimenti’ relativi ai piani che saranno assorbiti nel nuovo Piao e, senza indicare le disposizioni legislative che andranno ad essere abrogate con l’entrata in vigore del regolamento, demanda integralmente questo compito al regolamento stesso, quale atto cui spetterà identificare (non le norme di legge, bensì, si ripete,) ‘gli adempimenti’ di legge abrogati con la sua entrata in vigore”.

<sup>29</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione dell’8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit.: il Consiglio di Stato, pur apprezzando l’intervento del legislatore, sottolinea che “la norma di legge si riferisce, impropriamente, all’abrogazione di adempimenti, non di norme. Una formulazione che lascia aperto il dubbio se essa debba essere interpretata nel senso che il regolamento in esame ha l’effetto non già di abrogare le norme indicate ma di determinare la loro inefficacia in quanto relative ad adempimenti, da ritenere ormai inutili o superati in quanto inerenti a piani assorbiti nel PIAO, o ancora di lasciare vigenti le norme solo per alcuni destinatari, cui non si applica l’art. 6 del d.l. n. 80”.

Sul punto, il Consiglio di Stato evidenzia un’ulteriore criticità, legata al fatto che “il regolamento di delegificazione agisce solo ‘in negativo’, astenendosi dal recare una ‘disciplina della materia’ che si dovrà perciò desumere per sottrazione degli adempimenti abrogati (*rectius* aboliti) comunque adeguati”.

In seguito ai suddetti rilievi, lo schema dell’adottando d.P.R. 30 giugno 2022, n. 132 (Regolamento recante definizione del contenuto del Piano integrato di attività e organizzazione), è stato riformulato e sottoposto nuovamente al Consiglio di Stato il quale, nel parere reso dalla Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 22 maggio 2022, n. 902, ha constatato che “si è disposta, per le amministrazioni assoggettate al Piao, la ‘cessazione dell’efficacia’, in luogo dell’abrogazione in precedenza prevista, delle disposizioni indicate nel medesimo articolo, in quanto ‘Relative ad adempimenti inerenti a Piani assorbiti nel piano integrato di attività e organizzazione’”.

<sup>30</sup> Il Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione dell’8 e del 17 febbraio 2022, n. 506, cit., rileva infatti che l’art. 6 in esame “rinuncia anche a indicare le ‘norme generali regolatrici’ della materia”, limitandosi a richiedere il “rispetto delle ‘vigenti discipline di settore’ e, fra queste, in particolare del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, ‘Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle

riguardo, dunque, è stato rilevato che, considerata la “evidente carenza di prescrizioni orientative” con riferimento sia all’individuazione delle disposizioni abrogate che alle norme generali regolatrici della materia<sup>31</sup>, la disposizione finisce “per sostanziarsi in una mera autorizzazione ‘in bianco’ all’esercizio del potere regolamentare”, a scapito del principio di legalità<sup>32</sup>.

Il caso appena citato ben rappresenta come la portata degli elementi introdotti dal legislatore del 1988 al fine di indirizzare e di limitare il potere regolamentare dell’esecutivo possa essere notevolmente ridimensionata in concreto. Ciò, oltre a determinare un’alterazione del sistema delle fonti<sup>33</sup>, è espressione della più generale tendenza ad ampliare la potestà normativa dell’esecutivo, la quale però rischia di tradursi, a sua volta, in uno squilibrio del rapporto tra Parlamento e Governo delineato dalla Costituzione<sup>34</sup>. Ciononostante, come

*pubbliche amministrazioni* e della l. 6 novembre 2012, n. 190 ‘Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione’, per poi richiamare le finalità generali della semplificazione, che s’intende realizzare mediante l’introduzione del Piao”.

<sup>31</sup> G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione è presa sul serio ... note sparse su un recente parere del Consiglio di Stato su un “anomalo” regolamento in delegificazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all’indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1, 2022, 316.

<sup>32</sup> G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione*, cit., 317 ss., il quale per tali ragioni dubita della legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 5, d.l. n. 80/2021, in quanto “finisce per dare luogo a mero conferimento di potere normativo, mancando in concreto ogni contenuto sostanziale nella fonte primaria; e ciò appare tanto più grave alla luce del fatto che la fonte abilitante è, sua volta, un atto del Governo”.

Per un esame della casistica di leggi di delegificazione “in bianco” si veda M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 110 ss. L’A. rileva inoltre la tendenza della legge di autorizzazione alla delegificazione ad essere “vista come una sorta di legge delega, la cui funzione non è tanto il porre un nucleo di normativa da integrarsi da parte del regolamento, quanto quella di circoscrivere il potere normativo del governo, potere dal quale dovrebbe peraltro scaturire una disciplina tendenzialmente completa della materia”.

<sup>33</sup> Cfr. S. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2019, 371, il quale osserva che tutti gli “elementi di diversità rispetto al modello di delegificazione previsto dalla l. n. 400”, come la mancata individuazione di norme generali regolatrici e di quelle abrogate o le modifiche all’iter di formazione dei regolamenti apportate dalle singole leggi di delegificazione, “fanno pensare che i regolamenti in delegificazione abbiano completamente mutato la loro natura di fonti secondarie e tendano sempre più ad assomigliare a decreti legislativi e sempre meno agli altri tipi di regolamento previsti dall’art. 17. Il fenomeno è estremamente preoccupante, se non altro perché i regolamenti in delegificazione nascono con limiti minori rispetto a quelli dei decreti legislativi: non è, infatti, previsto alcun termine per l’adozione dei regolamenti; inoltre, per le leggi delegificazione non vale l’obbligo della riserva di legge d’Assemblea che è, invece, prescritto dall’art. 72 Cost. per le leggi di delegazione legislativa”.

<sup>34</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, ECIG, Genova, 1997, 151, che evidenzia che qualora i “limiti generali” previsti dal legislatore in materia di delegificazione “vengono infranti - come accade allorché si consenta ai regolamenti, sia pure sulla base di molto generici principi e criteri direttivi, di scegliere autonomamente il proprio oggetto, di intervenire senza sufficiente base legislativa in materie riservate alla legge, di abrogare direttamente disposizioni legislative - si finisce col conferire al Governo, talvolta anche a mezzo di atto non idoneo (legge approvata in commissione o decreto legislativo), un potere normativo nelle sue dimensioni oggettive analogo a quello conferibile in base a delegazione legislativa, caratterizzato da una stabilità di attribuzione sconosciuta alla potestà legislativa

rilevato dalla Dottrina, spesso tali prassi “non hanno innescato il severo controllo delle autorità giurisdizionali adite”<sup>35</sup>, pur essendo state oggetto di specifiche osservazioni nei pareri, comunque favorevoli, resi dal Consiglio di Stato in sede consultiva, come nel caso del citato parere n. 506/2022<sup>36</sup>.

Sotto altro profilo, ulteriori deviazioni dal modello di cui all’art. 17 della legge n. 400/1988 sono state riscontrate relativamente all’*iter* procedimentale ivi previsto<sup>37</sup>. Spesso, infatti, le singole leggi di delegificazione hanno introdotto, di volta in volta, delle varianti rispetto al procedimento delineato dalla disposizione citata. In particolare, il legislatore ha sovente prescritto l’interlocuzione con le commissioni parlamentari competenti<sup>38</sup> o con soggetti privati, tentando in tal modo, secondo alcuni, di supplire alla carenza delle norme generali regolatrici della materia e di individuare una forma di coinvolgimento delle opposizioni<sup>39</sup>. In altri casi, invece, il legislatore ha previsto il

delegata”. Nello stesso senso, si veda G. DEMURO, *La delegificazione come strumento di semplificazione: una difficile coesistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1999, 197.

<sup>35</sup> A. VUOLO, *Semaforo rosso*, cit., 244. Cfr. anche M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 137; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 229.

In effetti, il Consiglio di Stato, adunanza generale, 16 novembre 1989 n. 100, ha affermato che “benché il fenomeno della delegificazione trovi ormai espressa previsione nel disposto dell’art. 17, 2° comma, l. 23 agosto 1988 n. 400, non pare di ostacolo al suo inverarsi la circostanza che la norma di legge contenente la clausola autorizzativa della potestà regolamentare (...) non contenga la determinazione delle norme generali regolatrici della materia e la prevenzione dell’effetto di abrogazione delle norme (primarie) vigenti, che pure l’art. 17, 2° comma, l. n. 400 del 1988 indica come contenuto delle clausole legislative di delegificazione. Vale infatti considerare che, quanto al primo profilo, il relativo effetto di prefigurazione e vincolo del contenuto delle successive norme regolamentari è – seppure indirettamente – raggiunto attraverso il mantenimento nell’ambito della disciplina con normativa primaria della determinazione dei tratti e degli effetti essenziali della pratica forense (articoli non abrogandi del r.d. n. 37 del 1934). Quanto al secondo profilo, l’effetto di abrogazione condizionata è il *proprium* della delegificazione, e non vi è necessità che ciò sia letteralmente esternato dalla previsione legislativa”.

<sup>36</sup> Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione*, cit., 314: “Sui mezzi utilizzati, (...) emergono più aspetti criticabili che il Consiglio di Stato evidenzia con grande chiarezza, tanto che non pare una forzatura definire il parere in commento come favorevole ma con motivazione contraria”.

<sup>37</sup> Art. 17, secondo comma, l. n. 400/1988: “Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia, che si pronunciano entro trenta giorni dalla richiesta, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l’esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l’abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall’entrata in vigore delle norme regolamentari”.

<sup>38</sup> Ci si riferisce qui ai casi di leggi di delegificazione che hanno prescritto l’acquisizione del parere delle commissioni parlamentari prima dell’entrata in vigore della l. n. 69/2009, il cui art. 5 ha modificato l’art. 17, c. 2, della l. n. 400/1988 prevedendo proprio la necessaria acquisizione di tale parere nell’ambito del procedimento di delegificazione.

<sup>39</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., 150, il quale ritiene che “la previsione del parere obbligatorio delle commissioni parlamentari disvela in modo evidente l’ampiezza dei criteri direttivi e quindi l’esigenza di specificarli attraverso il confronto tra le commissioni ed il Governo”, nonché M. DELLA MORTE, *L’intervento consultivo del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari sui*

coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni o il raggiungimento di un'intesa tra tali enti<sup>40</sup>.

Al riguardo, però, è stato osservato che ciò comporta un aggravamento del procedimento di adozione del regolamento in delegificazione, in quanto lo rende di fatto più complesso e farraginoso<sup>41</sup> e, dunque, meno idoneo a rispondere agilmente all'esigenza di flessibilizzazione dell'ordinamento. Inoltre, il regolamento sarebbe più esposto al rischio di incorrere in vizi formali, i quali, tuttavia, sono difficilmente accertabili e sanzionabili in sede giurisdizionale, sicché la maggiore complessità del procedimento non potrebbe surrogare la mancata determinazione delle norme generali regolatrici, finendo piuttosto per compromettere gli strumenti di difesa della riserva di legge e del principio di legalità<sup>42</sup>.

In linea generale, le illustrate distorsioni del modello di delegificazione positivizzato dal legislatore del 1988 - che ne inficiano la tenuta - appaiono dipendere dal fatto che esso è disciplinato da una legge ordinaria, in quanto tale derogabile, secondo la dottrina maggioritaria, da una fonte primaria successiva<sup>43</sup>. La legge n. 400/1988, infatti, all'art. 17, secondo comma non opera direttamente alcuna delegificazione, ma si limita a rinviare a successive leggi di autorizzazione dell'esercizio della potestà regolamentare dell'esecutivo da adottarsi nel rispetto di alcuni vincoli specificamente individuati i quali,

*regolamenti di delegificazione: problemi di coordinamento*, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo*, cit., 665, secondo il quale tali meccanismi di consultazione rappresentano un "potenziale elemento di bilanciamento di un rapporto sempre più orientato a favore dell'esecutivo, o, in senso complementare, un fattore di compensazione nell'ambito del gioco dialettico tra maggioranza e opposizione".

<sup>40</sup> Per esempi di legislazione in tal senso, si rinvia alla Dottrina precedentemente citata.

<sup>41</sup> Cfr. G. GUIGLIA, *La legge n. 400 del 1988: profili generali*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1, 2019, 22 ss.

<sup>42</sup> Cfr. M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 114 ss., sottolinea proprio che la maggiore complessità del procedimento determinata dalla previsione di tali forme di consultazione, oltre ad essere di difficile coordinazione con la funzione svolta dal Consiglio di Stato, "si traduce inevitabilmente in un aumento della possibilità di vizi formali del regolamento: il che pone ulteriori delicati problemi inerenti alla tutela giurisdizionale, risultando spesso tutt'altro che agevole riscontrare e sanzionare tale tipo di vizi se non attraverso i limitati poteri di cui dispone la Corte dei conti in sede di controllo". In definitiva, secondo l'A. la previsione di tali forme di consultazione non può surrogare la mancata definizione delle norme generali regolatrici della materia, in quanto viene in rilievo non solo la "ratio cd. democratica degli istituti della riserva di legge e del principio di legalità, ma anche il versante garantista dei medesimi istituti: non si tratta insomma (solo) di realizzare istanze di controllo e di partecipazione tali da coinvolgere anche le minoranze nel procedimento di formazione dell'atto, ma (anche) di precostituire strumenti di difesa contro l'eventuale regolamento illegittimo; e in questo caso lo strumento di difesa è chiaramente spuntato".

Per una sintesi sul concetto di riserva di legge e sul principio di legalità, nelle sue diverse accezioni, si veda R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 220.

<sup>43</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1987, 6, 40; A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.*, 1988, 1483.



avendo natura legislativa, secondo i più non sarebbero cogenti bensì sarebbero derogabili da fonti del medesimo rango<sup>44</sup>.

Al riguardo, occorre evidenziare che altra parte della dottrina ritiene invece che le “norme sulla normazione” abbiano natura cogente ed incidano sulla validità delle norme successive, non potendo essere disattese nel procedimento di adozione dell’atto cui si riferiscono<sup>45</sup>. Per rimuovere un autovincolo, il

<sup>44</sup> Ulteriori ragioni addotte a sostegno di tale tesi sono individuate nel *numerus clausus* di fonti primarie, da cui deriva il divieto per la legge di istituire fonti concorrenziali, e nel carattere antidemocratico degli autovincoli, in quanto limiterebbero il legislatore futuro. Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1978, cit., 171, “in sistemi a rigidità costituzionale, dove la potenzialità normativa dei diversi tipi di fonti è preventivamente regolata in generale e con norme che devono considerarsi cogenti, almeno per quanto riguarda le fonti primarie, è dubbio che particolari leggi possano validamente limitare l’efficacia abrogativa delle leggi successive, disponendo ad esempio la propria immutabilità (ipotesi tutt’altro che scolastica: si pensi alle leggi che dispongono esenzioni fiscali per un determinato tempo addirittura in perpetuo, come nei riguardi della rendita del debito pubblico), ovvero consentendo soltanto di essere abrogate espressamente; ed è poi ancora più dubbio che possano previamente autorizzare la propria abrogazione ad opera di fonti di grado subordinato. Di guisa che il far dipendere l’abrogazione dalla forza della legge precedente, anziché riconnetterlo come suo effetto «legale» alla fonte successiva diventa ormai praticamente irrilevante”. L’A., viceversa, ammette che una legge rechi un termine di efficacia, in quanto esso attiene agli “effetti «materiali» o «precettivi» della fonte, e non agli effetti “legali” attribuiti alla fonte medesima dalla Costituzione.

N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 398, per risolvere il problema della dubbia vincolatività delle norme sulla normazione, propone di inserire un richiamo ad esse nella Costituzione in modo che possano svolgere la funzione di norme interposte nel giudizio di costituzionalità.

<sup>45</sup> In tema di autovincoli legislativi, vd. S. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 69 ss., che distingue tra autovincoli procedurali e sostanziali concludendo che nell’ordinamento italiano i primi sono ammissibili e cogenti solo se attengono al procedimento di formazione degli atti con forza di legge del Governo, in quanto la disciplina del procedimento legislativo, in base all’art. 64 Cost., è oggetto di riserva di regolamento parlamentare. Anche gli autovincoli sostanziali secondo l’A. sono ammissibili, ma non sono cogenti in quanto hanno “valore soltanto politico” e sono dunque derogabili espressamente o tacitamente da successive leggi o atti equiparati. Sul punto si veda anche P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo*, cit., 25 ss., secondo il quale la “necessarietà” delle norme sulla normazione implica che, “avendo il legislatore prefigurato un determinato processo di razionalizzazione del sistema normativo ed avendo all’uopo previsto l’utilizzo di un certo strumento – regolamento in delegificazione, testo unico misto, codice di settore, ecc. – del quale si fornisce il modello generale di riferimento, allora non può ritenersi ammissibile che di quel modello venga *sic et simpliciter* disatteso nelle sue singole applicazioni dal legislatore successivo, semplicemente perché la fonte che lo ha previsto e quella che ne dà applicazione sono sullo stesso piano gerarchico. Questo perché la normativa sulla normazione che configura il modello, pur potendo essere sostituita dal legislatore successivo, che quel modello voglia riconformare, non può tuttavia essere semplicemente ignorata (disattesa) da questi, in quanto essa, operando su di un piano diverso da quello della disciplina futura cui è indirizzata, *non ne risulta toccata e resta in vigore* (manca la norma sulla normazione congenere che la modifichi). Ed allora quell’ignorare (o disattendere) finisce per tradursi in violazione *tout-court*, determinando a carico della fonte o norma prodotta ‘in violazione’ conseguenze sanzionatorie, sia sul piano della validità che dell’efficacia a seconda delle varie ipotesi”. In via ulteriore, ne deriva che “la deroga per singolo caso richiederebbe

quantomeno una specifica motivazione a sostegno”, da valutarsi alla stregua del canone della ragionevolezza, in quanto ove viceversa si ammettesse che “ciascuna fonte potesse disciplinare a piacimento il proprio o l’altrui regime giuridico, liberamente derogando a quello generale di riferimento,

legislatore dovrebbe adottare un atto esplicito in tal senso<sup>46</sup> del medesimo tipo di quello ove esso è contenuto, il che è possibile solo qualora l'autovincolo non sia espressione di limiti costituzionali, nella quale ipotesi non sarebbe comunque derogabile. Nel caso dell'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988, dunque, gli autovincoli consistenti nella necessaria individuazione ad opera della legge ordinaria delle norme generali regolatrici e nell'esclusione della delegificazione nelle materie oggetto di riserva assoluta di legge non potrebbero essere derogati<sup>47</sup>.

Gli studiosi, poi, hanno anche manifestato dubbi circa il fatto che la delegificazione possa rappresentare uno strumento idoneo a semplificare il sistema normativo. Sebbene, infatti, a partire dalla legge n. 59/1997<sup>48</sup> il ricorso a tal

la stessa possibilità di ricostruire un sistema (o complesso di sistemi) normativo(i) sarebbe revocata in dubbio”.

Cfr. anche F. MODUGNO, voce *Validità (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 61, nonché F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, reperibile su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), secondo il quale “non è poi affatto convincente la comune e tralattizia opinione che le norme sulla normazione poste da fonti equiparate (che non siano fonti formalmente costituzionali) possano essere ignorate o disattese dalla fonte oggetto del vincolo essendo dotate di efficacia meramente ‘direttiva’. È stato esattamente dimostrato in proposito che delle due l’una: se esse sono illegittime (e la norma invalida è efficace fino a che non venga dichiarata invalida) la negazione dell’efficacia (provvisoriamente) vincolante è contraddittoria; se esse sono invece vincolanti, non può sostenersi che possano disattendersi dalla fonte (o dalle norme) su cui vertono, poiché «la sostituzione/eliminazione di una norma sulla normazione è possibile solo da parte di altra norma del medesimo genere, l’unica in grado di reagire adeguatamente ad essa per la banale ragione di operare sul suo medesimo piano. Invero, una qualsiasi norma di produzione non potrà mai risultare capace di sostituire, modificare, abrogare, derogare la rispettiva norma sulla produzione, stante l’incommensurabilità dei reciproci campi applicativi: l’uno la produzione di quella norma appunto; l’altro, la sfera materiale dei rapporti su cui il suo contenuto prescrittivi va ad incidere”.

<sup>46</sup> Cfr. G. SERGES, *Norme sulla normazione e limiti all’interpretazione autentica (Brevi riflessioni a margine dello Statuto sui diritti del contribuente)*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Vol. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2000, 299 ss., il quale riporta le diverse tesi circa la vincolatività delle norme sulla normazione. Secondo l’A., in particolare, le norme prodotte in violazione di norme sulla normazione dovrebbero essere dichiarate costituzionalmente illegittime.

<sup>47</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo*, cit., 24; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, cit., 49.

<sup>48</sup> Cfr. art. 20, l. n. 59/1997: “1. Il Governo, sulla base di un programma di priorità di interventi, definito, con deliberazione del Consiglio dei ministri, in relazione alle proposte formulate dai Ministri competenti, sentita la Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro la data del 30 aprile, presenta al Parlamento, entro il 31 maggio di ogni anno, un disegno di legge per la semplificazione e il riassetto normativo, volto a definire, per l’anno successivo, gli indirizzi, i criteri, le modalità e le materie di intervento, anche ai fini della ridefinizione dell’area di incidenza delle pubbliche funzioni con particolare riguardo all’assetto delle competenze dello Stato, delle regioni e degli enti locali. In allegato al disegno di legge è presentata una relazione sullo stato di attuazione della semplificazione e del riassetto.

2. Il disegno di legge di cui al comma 1 prevede l’emanazione di decreti legislativi, relativamente alle norme legislative sostanziali e procedurali, nonché di regolamenti ai sensi dell’articolo 17,

fine alla delegificazione non sia più “episodico” ma sia divenuto “programmatico e ciclico”, in virtù della “stabilizzazione” di leggi cd. di “semplificazione” a cadenza annuale che “prevedono regolamenti in materie delegificate”<sup>49</sup>, è stato evidenziato che esso in realtà moltiplica gli atti normativi presenti nell’ordinamento<sup>50</sup>. Il meccanismo della delegificazione, infatti, comporta la coesistenza nell’ordinamento di una legge di autorizzazione e dei regolamenti adottati in virtù di essa, di modo che la disciplina di un determinato oggetto si ricava dalle due diverse fonti congiuntamente considerate<sup>51</sup>.

Al contempo, è stato osservato che non può ravvisarsi un nesso automatico fra semplificazione amministrativa e delegificazione, ben potendo la prima essere perseguita anche con altri mezzi, specialmente ove si consideri che la delegificazione “non appare una via più breve della legge, quanto meno in fase di prima attuazione”<sup>52</sup>. Se, invece, “proiettata nel futuro”, la delegificazione potrebbe realizzare una semplificazione in termini di maggiore “agilità” del sistema, consentendo al Governo di “tornare sui regolamenti delegificati senza necessità di ulteriori autorizzazioni parlamentari”<sup>53</sup>.

commi 1 e 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, per le norme regolamentari di competenza dello Stato. (...).”

<sup>49</sup> G. DEMURO, *La delegificazione come strumento di semplificazione*, cit., 195. Come illustrato da N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 175, la legge di semplificazione opera come “fonte sulla produzione di un’altra legge”.

<sup>50</sup> D’altro canto, M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa*, cit., 416, evidenzia la distinzione tra delegificazione e semplificazione del sistema normativo: infatti, “con la delegificazione si intende combattere l’inflazione legislativa, cioè l’eccessivo livello di legificazione che caratterizza l’ordinamento italiano, mentre la semplificazione normativa è una operazione che intende fronteggiare le difficoltà di leggibilità e di conoscibilità dell’ordinamento normativo, derivanti dal carattere disorganico e alluvionale della normazione”. L’A. rileva inoltre come nella sostanza la delegificazione finisca per complicare il quadro normativo, in quanto moltiplica i “livelli di intervento, almeno in sede di prima attuazione”.

<sup>51</sup> P. CARNEVALE, *Le cabale della legge*, cit., 26, però, al riguardo obietta che la ripartizione della disciplina normativa su più fonti non determina necessariamente il moltiplicarsi delle norme, potendo risolversi soltanto anche nella loro “ridislocazione”. Peraltro, secondo l’A. non può darsi per scontato che la delegificazione produca un incremento degli atti normativi, atteso che potrebbe darsi il caso di una “coppia legge-regolamento delegificante” che va a sostituire un’altra coppia costituita dalla legge ed il relativo regolamento di attuazione o integrazione.

<sup>52</sup> M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa*, cit., 401.

<sup>53</sup> M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa*, cit., 401. Secondo P. CARNEVALE, *La qualità del sistema normativo*, cit., 8 ss., la delegificazione realizza una semplificazione “modale”, in quanto risolvendosi “nel transito della disciplina stessa nella disponibilità di un *lawmaker* politicamente omogeneo e a maggior riparo – decisione *in itinere* – da eccessi di pubblicità”, garantisce “alla normazione una più immediata capacità di risposta al sempre più celere processo di ascesa e decadimento dei bisogni sociali, tradizionalmente rientrando fra quelli propri delle politiche di *better regulation*”. L’A., però, sottolinea il costo di tale maggiore efficienza della delegificazione in termini di minore democraticità del sistema, in quanto comporta una limitazione del confronto politico ed esclude la possibilità di sottoporre la disciplina al controllo della Corte costituzionale o a referendum abrogativo.

Cfr. anche R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2005, 363, i quali evidenziano che il procedimento parlamentare “è dominato dal *principio di pubblicità*”, che “rende efficace la

Peraltro, anche tale maggiore efficienza del regolamento rispetto alla legge, in concreto appare messa in discussione dalla complessità del procedimento di delegificazione, che talvolta spinge il Governo a preferire piuttosto il ricorso al decreto legislativo o al decreto-legge, dando luogo all'opposta tendenza alla "fuga dal regolamento"<sup>54</sup>.

Da quanto illustrato emerge un quadro complesso, che denota da un lato la difficile realizzazione degli obiettivi di semplificazione perseguiti con la legge n. 400/1988 e, dall'altro, la tendenza del legislatore ad apportare caso per caso variazioni al modello di delegificazione precedentemente prefigurato o ad evitare del tutto di farvi ricorso, prediligendo l'adozione di atti equiparati alla legge.

Come si vedrà nel paragrafo seguente, il superamento del modello di delegificazione di cui all'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988 appare confermato dalla prassi più recente.

### **3. Il meccanismo di delegificazione di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici**

Come anticipato in apertura, il legislatore ha introdotto una peculiare forma di delegificazione con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, adottato in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, con cui è stata conferita delega al Governo in materia di contratti pubblici.

Tale Codice, destinato a sostituire il precedente decreto legislativo n. 50/2016 e i relativi regolamenti attuativi, è costituito da due distinti complessi di norme: ai 229 articoli, infatti, si affiancano 36 "allegati"<sup>55</sup>, aventi anch'essi rango legislativo, i quali sono richiamati dagli articoli del Codice in quanto ne recano la relativa disciplina di dettaglio. Nell'intenzione del legislatore, però, detti allegati avrebbero avuto natura legislativa solo "in prima applicazione" mentre, "a regime", avrebbero assunto natura regolamentare grazie ad "un innovativo meccanismo di delegificazione" appositamente introdotto. Infatti, gli articoli del Codice, nel rinviare ai rispettivi allegati ne dispongono l'abrogazione "in sede di prima applicazione" a decorrere dalla data di entrata in vigore di regolamenti "corrispondenti" – sembrerebbe, per ambito di disciplina – da adottarsi per lo più ai sensi dell'art. 17, terzo comma, della legge n. 400/1988, i quali li sostituiscono "integralmente anche in qualità di allegat[i] al codice"<sup>56</sup>.

partecipazione delle opposizioni alle decisioni; il procedimento decisionale del Governo è invece caratterizzato dalla *riservatezza*, e ciò perché il Governo è (o dovrebbe essere) politicamente compatto".

<sup>54</sup> G. GUIGLIA, *La legge n. 400 del 1988: profili generali*, cit., 22.

<sup>55</sup> Relazione illustrativa del nuovo Codice dei contratti.

<sup>56</sup> Cfr. "analisi tecnico-normativa" di cui alla Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 36/2023, nonché, ad es., artt. 17, 40, 100, 120, 131 del nuovo Codice. Sembrano tuttavia esclusi da tale

Come si evince dalla Relazione illustrativa del Codice, il legislatore in questo modo ha inteso coniugare due distinte esigenze: da un lato, infatti, si era scelto di redigere un Codice immediatamente applicabile, che non necessitasse cioè di ulteriori atti di attuazione, sicché, in funzione di ciò, sono stati predisposti gli allegati di natura legislativa. Dall'altro, si riteneva preferibile che, "a regime", la disciplina di dettaglio del Codice fosse contenuta nella fonte regolamentare, generalmente ritenuta "più agile" di quella legislativa<sup>57</sup> in quanto modificabile dal solo esecutivo, il che ha giustificato l'introduzione dell'apposito meccanismo di delegificazione degli allegati<sup>58</sup>.

Tuttavia, tale meccanismo di delegificazione sembra discostarsi sotto diversi aspetti dal modello prefigurato dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400/1988.

In primo luogo, occorre osservare che nel caso di specie la delegificazione degli allegati non è affidata ai regolamenti a tale scopo previsti dalla disposizione appena citata, bensì a regolamenti ministeriali o interministeriali<sup>59</sup>, da adottarsi ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988<sup>60</sup>, oppure, talvolta, a

meccanismo di delegificazione l'allegato I.1, recante "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti", l'allegato I.12, relativo alle "Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione", e l'allegato II.10, concernente "Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali", i quali, dunque, resterebbero modificabili solo mediante un intervento di rango legislativo.

<sup>57</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia insieme*, 21 dicembre 2022.

<sup>58</sup> Relazione illustrativa del nuovo Codice dei contratti, 8, ove si evidenzia proprio che la scelta di redigere un Codice "immediatamente 'autoesecutivo'", ossia che consentisse "da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare", è stata realizzata "grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)".

<sup>59</sup> Cfr., ad esempio, art. 41, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 36/2023: "In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.7 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

4. (...) In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.8 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della cultura, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice".

Talvolta, però, il legislatore ha disposto che la delegificazione avvenga mediante decreti ministeriali da adottarsi con d.P.C.M.: ad esempio, in base all'art. 40, comma 2, del Codice "In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.6 [Dibattito pubblico obbligatorio] è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministro della cultura, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice".

<sup>60</sup> Art. 17, comma 3, l. n. 400/1988 prevede 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,

quelli governativi<sup>61</sup> di cui al primo comma del medesimo art. 17 (che, come è noto, disciplina i regolamenti esecutivi, di attuazione ed integrazione, indipendenti, di organizzazione). A ben vedere, l'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988 – relativo, appunto, ai regolamenti in delegificazione – non è neppure richiamato dagli articoli del Codice. Ciononostante, questi ultimi prevedono che l'entrata in vigore di detti regolamenti ministeriali (o, più raramente, governativi) determina l'abrogazione dei corrispondenti allegati, sebbene simile effetto abrogativo rispetto a tali tipologie di regolamento non sia contemplato dai commi 1 e 3 dell'art. 17, l. n. 400/1988, pur richiamati.

Rispetto ai regolamenti ministeriali, infatti, “la legge n. 400 del 1988 non delinea una tipologia” specifica<sup>62</sup>, limitandosi a prevedere che essi siano adottati, “quando la legge espressamente conferisca tale potere”, con decreto ministeriale “nelle materie di competenza del ministro” o di autorità a questo sottordinate, oppure con decreto interministeriale nel caso in cui vengano in rilievo materie di competenza di più ministri, “ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge”. Inoltre, in base all'art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988 tali regolamenti “debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione” e “non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo”<sup>63</sup>.

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”.

<sup>61</sup> Ad esempio, l'art. 17, terzo comma, del Codice, con riferimento alla disciplina dei termini delle procedure di appalto e di concessione (allegato I.3), prevede che “In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro per la pubblica amministrazione, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”. Analogamente, cfr. art. 100, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, con riferimento al sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori e ai requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura (allegato II.12): “In sede di prima applicazione del codice l'allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”.

<sup>62</sup> M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti*, cit., 4.

<sup>63</sup> I regolamenti ministeriali (o interministeriali), dunque, sono considerati subordinati a quelli del Governo, non potendo contenere previsioni in contrasto con essi. Anche nell'ambito delle fonti secondarie, dunque, si ravvisa una certa “disarticolazione” del sistema delle fonti, specialmente ove si consideri che potrebbe darsi il caso di regolamenti del Governo che rinviano a regolamenti di singoli ministri. Al riguardo, viene in rilievo anche l'art. 4 delle disp. prel. cod. civ., che, analogamente all'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, prevede che i regolamenti di autorità diverse dal Consiglio dei ministri non possono dettare norme contrarie a disposizioni di leggi né a “quelle dei regolamenti emanati dal Governo”. Secondo G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 206, tale “regola generale (...) stabilisce una sorta di microgerarchia all'interno della potestà regolamentare”. Inoltre, come sottolineato dall'A., ai sensi dell'art. 3 delle disp. prel. cod. civ. il potere regolamentare di tali autorità

A rigore, dunque, l'art. 17 della legge n. 400/1988 non ricollega all'entrata in vigore di regolamenti ministeriali la produzione di alcun effetto abrogativo di norme esistenti, mentre tale effetto è espressamente previsto con riferimento all'entrata in vigore di regolamenti cd. in delegificazione, da adottarsi in base al procedimento specificamente individuato dal secondo comma del medesimo art. 17.

Proprio in virtù di ciò, la Dottrina, anche sulla base della giurisprudenza, ha dedotto che la delegificazione può essere affidata soltanto a quest'ultima tipologia di regolamento, dovendosi ritenere "tassativo" il modello di cui al secondo comma del citato art. 17<sup>64</sup>.

In effetti, come rilevato dagli studiosi, la Corte costituzionale<sup>65</sup> sembra aver riconosciuto che la delegificazione possa essere realizzata solo mediante regolamenti adottati sulla base di tale disposizione, e non anche per mezzo di regolamenti ministeriali.

Anche il Consiglio di Stato in passato ha affermato che la legge n. 400/1988 assume per l'ordinamento costituzionale un particolare rilievo, "rilievo che investe, proprio per l'espressa razionalizzazione dell'istituto della delegificazione

diverse dal governo deve essere esercitato "nei limiti delle competenze delle rispettive autorità amministrative, in conformità con le leggi particolari". Ne deriva che al microcriterio gerarchico si affianca un "microcriterio di competenza", sicché "se esistono regolamenti incompatibili di due autorità equivalenti (ad es. due ministri), avrà la prevalenza quello dell'autorità competente per materia".

<sup>64</sup> G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare nel caos senza fine della produzione normativa in Italia*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *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*, Giappichelli, Torino, 2011, 496. L'A., tuttavia, riporta alcuni casi di disposizioni legislative che, discostandosi da tale modello procedimentale e ponendosi in contrasto con la giurisprudenza costituzionale e con quella consultiva del Consiglio di Stato, autorizzano la delegificazione mediante regolamenti ministeriali o, ancora, l'adozione di regolamenti ministeriali ex art. 17, secondo comma, l. n. 400/1988.

<sup>65</sup> Cfr. C. cost., 24 settembre 2003, n. 301, in *Foro it.*, 2006. Nel caso di specie, il giudice *a quo* aveva impugnato, per quanto qui di rilievo, l'art. 11, comma 1, ultimo periodo, della legge n. 448 del 2001, con cui si attribuiva all'Autorità di vigilanza (ossia al Ministro dell'economia) il potere di modificare con regolamento ex art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988 i settori, già individuati dalla fonte primaria, nei quali è ammessa l'attività delle fondazioni bancarie. Secondo il rimettente, in particolare, la norma impugnata contrastava, oltre che con l'art. 117 Cost., anche "con l'art. 70 Cost. - che riserva al Parlamento l'attività legislativa - comportando una delegificazione ad opera di una fonte secondaria diversa dai regolamenti cosiddetti di delegificazione, espressamente contemplati dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988". Il Giudice delle Leggi ha accolto la questione riconoscendo che "la norma impugnata, accordando all'Autorità di vigilanza, il potere di modificare, con regolamento, la legge in qualsiasi direzione, per di più senza indicazione di criteri, compatibili con la natura privata delle fondazioni e con la loro autonomia statutaria, idonei a circoscriverne la discrezionalità, viola i parametri costituzionali evocati dal rimettente". Sembra, dunque, che nella pronuncia in esame il giudice costituzionale abbia negato che la delegificazione possa essere legittimamente affidata ad un regolamento ministeriale, ravvisando un'ulteriore ragione di illegittimità costituzionale della disposizione nella mancata indicazione di criteri. Al riguardo, cfr. M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti*, cit., 7; G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare nel caos*, cit., 496.

che si è inteso porre, la distribuzione delle competenze nell'ambito del complesso governativo in ordine all'esercizio della potestà normativa secondaria con efficacia abrogatrice di norma primaria<sup>66</sup>. Secondo l'Adunanza generale 16 novembre 1989 n. 100, la razionalizzazione della delegificazione compiuta con l'art. 17, secondo comma, “per la sua portata normativa, e non meramente ricognitiva di un fenomeno già esistente, è infatti tale da far assurgere a principio generale dell'ordinamento che la degradazione della fonte disciplinatrice sia impegnativa della responsabilità dell'intero governo, e non già più d'un solo ministro. L'atto dunque deve essere imputato all'esecutivo nella sua collegialità e rivestire la forma di cui all'art. 17, 2° comma, l. n. 400 del 1988”<sup>67</sup>.

Proprio l'elemento collegiale valorizzato dalla pronuncia del 1989 appena richiamata, dunque, pare venir meno nella fattispecie delineata dal nuovo Codice dei contratti in quanto la delegificazione è qui incentrata sul preponderante ricorso a regolamenti ministeriali o interministeriali.

Se, però, in passato in diverse occasioni il legislatore ha già affidato, più o meno espressamente<sup>68</sup>, la delegificazione a decreti ministeriali o interministeriali, il caso di specie presenta inedite peculiarità.

Infatti, il meccanismo di sostituzione degli allegati sopra descritto si completa con la previsione di cui al comma 14 dell'art. 225 del nuovo Codice dei contratti, rubricato “Disposizioni transitorie e di coordinamento”, in base al quale “Qualora, entro novanta giorni dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, siano emanati regolamenti governativi o adottati regolamenti ministeriali sostitutivi di allegati al codice, il cui contenuto sia identico a quello dell'allegato stesso, sugli schemi dei regolamenti non è acquisito il parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari”<sup>69</sup>.

Tale disposizione, dunque, sembra attribuire efficacia “sostitutiva” a regolamenti governativi o ministeriali<sup>70</sup> di contenuto “identico” a quello degli allegati al Codice, purché adottati entro novanta giorni dalla data in cui il codice avrebbe acquistato efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2. Dal punto di vista procedimentale, poi, l'art. 225, comma 14, al ricorrere dei presupposti ivi previsti, espunge dall'*iter* di adozione del regolamento, oltre che il parere delle

<sup>66</sup> Consiglio di Stato, adunanza generale, 16 novembre 1989 n. 100.

<sup>67</sup> Consiglio di Stato, adunanza generale, 16 novembre 1989 n. 100.

<sup>68</sup> Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare nel caos*, cit., 496, il quale sottolinea che “non mancano casi di delegificazione ‘mascherata’, nei quali, cioè, il legislatore autorizza una delegificazione senza dirlo espressamente o, peggio, qualificando il futuro regolamento come di mera attuazione”.

<sup>69</sup> Inoltre, il medesimo art. 225, al comma successivo, dispone che, “Salvo quanto previsto dal comma 14”, gli schemi di alcuni regolamenti ivi specificamente individuati “sono trasmessi alle Camere ai fini dell'acquisizione dei pareri delle competenti Commissioni parlamentari che si esprimono entro trenta giorni, decorsi i quali i regolamenti possono essere comunque emanati o adottati”.

<sup>70</sup> Si noti, dunque, che il nuovo Codice nel prevedere la delegificazione pone sullo stesso piano i regolamenti governativi e quelli ministeriali o interministeriali.



Commissioni parlamentari competenti, anche il parere del Consiglio di Stato – viceversa imposto sia per i regolamenti in delegificazione che per quelli ministeriali, nonché per le altre tipologie di regolamenti governativi, dai commi 2 e 4 dell’art. 17 della legge n. 400/1988<sup>71</sup>–, introducendo dunque un meccanismo semplificato di delegificazione.

Sebbene non risulti che l’esecutivo si sia avvalso di tale facoltà nel termine previsto<sup>72</sup>, la disposizione di cui all’art. 225, comma 14 del Codice presenta aspetti che paiono meritevoli di approfondimento.

Ciò che colpisce, in particolare, è la prima condizione cui la disposizione ha subordinato l’applicabilità di tale *iter* semplificato, in quanto pone un vincolo assai stringente al contenuto dell’adottando regolamento. Infatti, sembra che l’esecutivo, qualora avesse voluto beneficiare del procedimento in esame, avrebbe dovuto adottare un regolamento di contenuto necessariamente “identico”<sup>73</sup> a quello del relativo allegato di rango legislativo. Pertanto, di fatto il contenuto sostanziale del regolamento sarebbe risultato già predeterminato dal legislatore, il quale in questo caso non avrebbe individuato solo le “norme generali regolatrici della materia”, ma ne avrebbe predefinito l’intera disciplina, privando l’esecutivo di ogni spazio di discrezionalità.

Sotto tale profilo, dunque, si ravvisa una notevole differenza, oltre che dal modello di delegificazione di cui al secondo comma dell’art. 17 della legge n. 400/1988, anche dalle varie tipologie di regolamento governativo e ministeriale di cui, rispettivamente, al primo e terzo comma del medesimo art. 17, le quali presuppongono tutte un margine di discrezionalità<sup>74</sup>, più o meno ampio, a disposizione dell’esecutivo<sup>75</sup>.

Poiché, inoltre, sembra che quest’ultimo si sarebbe dovuto limitare a riprodurre la fonte primaria vigente senza poter specificare o integrare alcunché,

<sup>71</sup> Art. 17, comma 4, l. n. 400/1988: “I regolamenti di cui al comma 1 ed i regolamenti ministeriali ed interministeriali, che devono recare la denominazione di ‘regolamento’, sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale”.

<sup>72</sup> Ossia nel termine di 90 giorni a decorrere dal 1° luglio 2023 (cfr. combinato disposto dell’art. 225, comma 15, e dell’art. 229, comma 2, del Codice).

<sup>73</sup> Si noti, peraltro, la differente terminologia utilizzata dall’art. 225 rispetto agli articoli del Codice che dispongono l’abrogazione: il primo, infatti, fa riferimento a regolamenti “sostitutivi” di contenuto “identico” a quello degli allegati, mentre i secondi rinviano a regolamenti “corrispondenti” agli allegati che sostituiscono, ossia, sembrerebbe, a regolamenti che intervengono nella medesima materia disciplinata dai singoli allegati (e, dunque, non necessariamente identici ad essi).

<sup>74</sup> Tale margine discrezionalità verrebbe recuperato dall’esecutivo dopo che si è compiuto il declassamento dell’allegato, cioè in seguito all’adozione di un regolamento ai sensi dell’art. 225 del Codice.

<sup>75</sup> Anche i regolamenti di esecuzione, infatti, pur non potendo “innovare o aggiungere alcunché rispetto agli atti normativi ai quali si riferiscono”, hanno il compito, “in positivo”, di “specificare quanto già potenzialmente ricompreso negli atti suddetti” (S. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 362), sicché il loro contenuto non è comunque “identico” a quello degli atti normativi già vigenti.

l'atto formalmente regolamentare che ne sarebbe derivato, dal punto di vista sostanziale, non avrebbe introdotto alcun elemento di novità nell'ordinamento, sicché sarebbe stato necessariamente privo del carattere dell'"innovatività", il quale, però, unitamente ai caratteri di generalità ed astrattezza, vale a connotare specificamente i regolamenti<sup>76</sup> quali fonti del diritto<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, Sentt. nn. 1817/2021 e 1815/2021, Sez. V, sent. n. 35/2003.

<sup>77</sup> L'innovatività rappresenta anche un criterio alla base della distinzione tra essi e gli atti amministrativi generali. A questo proposito, tale carattere assume particolare rilievo ove si consideri che, come rilevato da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, 57, non sono mancati casi di disposizioni regolamentari "dettate per il caso singolo" oppure di provvedimenti amministrativi "aventi carattere generale ed astratto". Infatti, anche i regolamenti privi di generalità ed astrattezza sono comunque "destinati a innovare l'ordinamento in relazione a uno o più casi determinati", mentre i provvedimenti amministrativi, pur potendo avere contenuto generale e astratto, sono "meramente applicativi (e perciò non innovativi dell'ordinamento, e dunque non normativi)". Sul punto, l'A. precisa che "la innovatività degli atti di normazione secondaria non può generalmente operare (non avendo essi forza di legge) incidendo nel corpo «legislativo», e cioè nel corpo delle norme regolate da fonti di livello legislativo, se non in quanto la materia regolata (l'oggetto della normativa) sia stata «delegificata» (vale a dire sottratta per il futuro alla sfera «legislativa», e fatta rientrare nella sfera della potestà normativa di un'autorità amministrativa, di volta in volta statale, regionale, locale, ecc.) da una fonte operante essa stessa a livello «legislativo» o superiore (...), ovvero in quanto all'autorità amministrativa sia stata attribuita una potestà normativa «derogatoria». L'inferiorità della normazione secondaria rispetto a quella primaria comporta poi che la validità e la operatività degli atti posti in essere nell'esercizio di essa sono - fermo lo spazio normativo riconosciuto agli atti stessi - subordinate all'osservanza della normazione primaria (oltretutto di quella costituzionale)". In conclusione, i regolamenti, a differenza degli atti amministrativi generali, innovano l'ordinamento e, al contempo, "prevalgono (...) sugli atti che tale forza non posseggono (atti amministrativi, sentenze, atti di diritto privato)" in quanto sono dotati di "forza normativa", in virtù della quale, peraltro, sono annoverati tra le fonti del diritto, sebbene di livello secondario.

Si tratta di una distinzione rilevante sul piano pratico atteso che solo i regolamenti costituiscono fonti del diritto e, dunque, solo rispetto ad essi è applicabile il principio *iura novit curia*. Inoltre, i regolamenti, diversamente dagli atti amministrativi generali, svolgono la funzione di parametro della legittimità di un atto amministrativo e devono essere interpretati in base all'art. 12 delle Preleggi.

Sulla differenza tra regolamenti ed atti amministrativi generali, si veda anche 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 *Giur. cost.*, 2011, 999 ss., secondo la quale il contenuto dei regolamenti è connotato da generalità e astrattezza, intese come "riferibilità della disposizione a un numero indeterminabile di soggetti" e "di comportamenti", nonché da innovatività, di modo che "a contrario", sono quindi atti non normativi quegli atti che, pur presentando disposizioni concettualmente generali e astratte, prescrivono contenuti volti a specificare i limiti di operatività di norme già presenti nell'ordinamento, una specificazione affidata all'accertamento di presupposti di fatto, o a valutazioni tecniche". Tale questione è stata affrontata anche dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 9 del 2012 che, al riguardo, fa riferimento al "requisito della indeterminabilità dei destinatari", in base al quale "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". In virtù di ciò, secondo l'Adunanza plenaria anche un atto "settoriale" può essere qualificato come normativo. Sul punto, cfr. N. LUPO, *Il Consiglio*

In definitiva, tale procedimento appare singolare in quanto, dovendosi concludere con l'adozione di un regolamento meramente riproduttivo di disposizioni vigenti – perciò, sostanzialmente non innovativo dell'ordinamento –, avrebbe comportato solo il trasferimento della disciplina contenuta negli allegati al Codice dalla fonte legislativa a quella regolamentare, ossia il mero “declassamento” della fonte stessa.

D'altronde, il meccanismo semplificato di delegificazione di cui all'art. 225, che avrebbe potuto operare solo in sede di prima applicazione del Codice nel termine di novanta giorni ivi previsto, sembra essere stato concepito proprio in funzione di una più agevole e celere trasformazione della natura degli allegati da legislativa a regolamentare. Il legislatore, infatti, muovendo dal presupposto della maggiore flessibilità della fonte regolamentare rispetto a quella legislativa, pare aver ideato tale meccanismo come uno strumento che, essendo preordinato ad incidere esclusivamente sul piano ontologico degli allegati e non anche sul loro contenuto, consentisse all'esecutivo, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice, di procedere in breve tempo al declassamento della fonte che ne reca la disciplina di attuazione, conformemente alla *ratio*, più volte enunciata nella Relazione illustrativa, per cui “a regime” gli allegati avrebbero assunto natura regolamentare.

In definitiva, quindi, il margine di discrezionalità dell'esecutivo, annullato “a monte” dall'art. 225 del Codice, sarebbe stato recuperato “a valle” del procedimento in oggetto, in quanto una volta degradata la fonte da legislativa a regolamentare, la disciplina ivi contenuta sarebbe divenuta autonomamente modificabile dall'organo esecutivo competente, senza cioè la necessità di un intervento parlamentare, purché, naturalmente, nel rispetto delle disposizioni di rango superiore vigenti.

Si noti, peraltro, che la previsione di cui all'art. 225, che dispensa l'esecutivo dal richiedere il parere del Consiglio di Stato, appare giustificata proprio dalla duplice circostanza per cui da un lato il regolamento sostitutivo dell'allegato legislativo avrebbe avuto contenuto identico a quest'ultimo, e, dall'altro, il Codice è stato redatto da una Commissione speciale composta anche da magistrati del Consiglio di Stato<sup>78</sup>. Tale semplificazione procedimentale, dunque, avrebbe evitato che quest'ultimo fosse chiamato ad esprimere un parere su un atto normativo sostanzialmente identico ad un altro alla cui stesura hanno attivamente

*di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2012, 1211 ss.; M. MASSA, *I regolamenti ministeriali*, in *Federalismi*, 2, 2017, 8 ss.

<sup>78</sup> Il Governo, infatti, per la redazione del Codice ha esercitato la facoltà – prevista esplicitamente dall'articolo 1, comma 4, della legge delega – di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054), in base al quale “Il Consiglio di Stato: (...) 2° Formola quei progetti di legge ed i regolamenti che gli vengono commessi dal Governo”.

contribuito anche magistrati da esso provenienti, per di più poco tempo dopo la conclusione dei lavori della Commissione speciale<sup>79</sup>.

Analogamente, poiché il parere delle Commissioni parlamentari è stato acquisito nell'ambito del procedimento di adozione del Codice, la previsione di cui all'art. 225 avrebbe evitato che fosse richiesto loro di renderne uno nuovo su un atto avente il medesimo contenuto sostanziale di quello su cui esse si sono già pronunciate.

Sotto altro profilo, occorre sottolineare che, per quanto riguarda il nuovo Codice dei contratti, è il Governo stesso, mediante un decreto legislativo, ad aver previsto la delegificazione, sicché quest'ultima è non solo autorizzata, ma è anche realizzata dall'esecutivo. Le criticità di un simile *modus operandi* sono state già da tempo stigmatizzate dagli studiosi, i quali hanno evidenziato che l'autorizzazione alla delegificazione contenuta in atti aventi forza di legge "viola il necessario principio di alterità tra il soggetto controllato ed il soggetto controllante, insito nel meccanismo di autorizzazione all'uso della delegificazione"<sup>80</sup>.

Quanto, in particolare, alle autorizzazioni alla delegificazione contenute in decreti legislativi occorre fare una precisazione: infatti, le stesse sono ritenute ammissibili solo qualora previste espressamente dalla legge delega, nella quale si rinviene il "fondamento della delegificazione"<sup>81</sup>. Al contrario, è considerata illegittima sia la delegificazione disposta "autonomamente dal governo in sede di adozione del decreto e in assenza di previsioni della legge delega, sia un'eventuale previsione generica della legge delega che lasci al governo l'individuazione degli ambiti da disciplinare con decreto legislativo e degli ambiti da delegificare"<sup>82</sup>.

Nel caso di specie, la legge delega<sup>83</sup> non sembra contenere disposizioni che consentano espressamente al Governo di ricorrere alla delegificazione

<sup>79</sup> Il termine previsto dall'art. 225 comma 15, entro il quale l'esecutivo avrebbe potuto avvalersi di tale procedimento semplificato, è infatti di "novanta giorni dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2", ossia a far data dal 1° luglio 2023.

<sup>80</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 232, i quali con specifico riferimento all'ipotesi in cui sia un decreto-legge ad autorizzare la delegificazione, precisano che in tal caso si determina un contrasto "con i requisiti della straordinarietà, necessità ed urgenza". Sul punto, cfr. anche G. TARLI BARBIERI, *Su un regolamento di delegificazione autorizzato da un decreto legislativo: dalla «centralità del Parlamento» alla «centralità del Governo» nella produzione legislativa?*, in *Le Regioni*, 1999, 140 ss.: secondo l'A., poiché l'istituto della delegificazione coinvolge i rapporti tra esecutivo e legislativo, postula l'alterità tra Parlamento, che nel rispetto del principio di legalità decide "se" e "come" delegificare, e Governo, che attua la delegificazione "nel rispetto della legge di autorizzazione".

<sup>81</sup> S. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 371.

<sup>82</sup> M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 121.

<sup>83</sup> Cfr. art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

delimitandone l'ambito, sicché sotto tale profilo la legittimità della delegificazione introdotta dal legislatore delegato appare dubbia.

Infine, un ulteriore aspetto meritevole di attenzione attiene al fatto che gli articoli del Codice che dispongono la delegificazione degli allegati non si limitano a richiamare l'art. 17, commi 1 o 3 della legge n. 400/1988 - relativi, rispettivamente, ai regolamenti governativi e a quelli ministeriali ed interministeriali -, ma a loro volta ne integrano il procedimento prescrivendo il coinvolgimento di soggetti diversi o specifiche forme di concertazione, che variano a seconda dell'oggetto disciplinato dal singolo allegato<sup>84</sup>. Pertanto, anche nell'ambito dello stesso Codice sono delineati procedimenti di adozione dei regolamenti piuttosto variegati, il che sembra confermare la "crisi"<sup>85</sup> dei contenuti dall'art. 17 della legge n. 400/1988.

#### 4. Osservazioni conclusive

Come illustrato, il meccanismo di delegificazione introdotto dal legislatore del nuovo Codice dei contratti appare comportare diverse torsioni del modello prefigurato dall'art. 17, secondo comma, della legge n. 400/1988, inserendosi nel solco della prassi che, come già da tempo evidenziato dagli studiosi, ha condotto al superamento del modello di cui alla disposizione citata<sup>86</sup>.

Quest'ultima, in effetti, non è neanche richiamata dagli articoli del Codice, i quali, invece, rinviano per lo più al comma 3 (o, talvolta, al comma 1) del medesimo art. 17 della legge n. 400/1988, prevedendo al contempo

<sup>84</sup> Ad esempio, il citato art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, prevede che il regolamento sostitutivo dell'allegato I.3 (Termini delle procedure di appalto e di concessione) sia emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 400/1988, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro per la pubblica amministrazione, mentre l'art. 40, comma 2, relativamente all'allegato I.6 (Dibattito pubblico obbligatorio) prevede l'adozione di un regolamento ex articolo 17, comma 3, della legge 400/1988 mediante decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministro della cultura. Parimenti, l'art. 41, ai commi 2 e 4, richiede che i regolamenti siano adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti "sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici" ed il comma 4, con riferimento all'allegato I.8 (Verifica preventiva dell'interesse archeologico), richiede anche il "concerto con il Ministro della cultura". Anche l'art. 61, comma 5, del Codice richiede che la proposta del regolamento sostitutivo dell'allegato II.3 (Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti) provenga dalle Autorità delegate per le pari opportunità e per le disabilità, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

<sup>85</sup> G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione*, cit., 310.

<sup>86</sup> Cfr. M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, cit., 122, secondo il quale il "fallimento del tentativo di razionalizzazione" del fenomeno della delegificazione operato con la legge n. 400/1988 è dovuto, oltre che alla dubbia "idoneità dello strumento della legge ordinaria a dettare norme sulla produzione", anche "all'essere tale tentativo ancora legato all'idea di una possibile riconduzione ad unità delle manifestazioni normative di rango secondario, idea che si rivela sempre più utopistica di fronte ad una generale tendenza alla frammentazione dell'universo degli atti normativi «secondari» (ma sempre più spesso sostanzialmente primari) a favore di una pluralità di centri di normazione".

l'abrogazione degli allegati di natura legislativa quale conseguenza dell'adozione di regolamenti ministeriali ad essi "corrispondenti" per ambito di disciplina, che li sostituiscono "integralmente anche in qualità di allegati al Codice". La delegificazione<sup>87</sup>, quindi, nel caso di specie viene realizzata mediante regolamenti diversi da quelli a tal fine previsti dalla legge n. 400/1988, i quali perciò sembrano chiamati a svolgere una funzione normativa differente da quella ivi contemplata.

Tuttavia, la circostanza che la delegificazione degli allegati sia affidata principalmente a decreti ministeriali, ossia ad atti di singoli ministri, pare difficilmente conciliabile con la *ratio* dell'art. 17, secondo comma, legge n. 400/1988 – in passato valorizzata dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato – di riservare la delegificazione a deliberazioni collegiali del Consiglio dei ministri<sup>88</sup>.

Se, infatti, il Consiglio di Stato tende ad applicare più elasticamente i vincoli stabili dall'art. 17 nella parte in cui prevede che "le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti", in quanto in passato "non ha ritenuto necessario che la legge di delegificazione indicasse puntualmente le disposizioni di legge abrogabili"<sup>89</sup>, lo stesso sembra invece aver riconosciuto una maggiore portata applicativa al principio della collegialità<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Pur in mancanza del richiamo all'art. 17, comma 2, della l. n. 400/1988, il fatto che, nel caso di specie, venga in rilievo l'istituto della delegificazione è chiaramente esplicitato nella Relazione di accompagnamento al Codice (cfr. pag. 8).

<sup>88</sup> Si noti inoltre che, talvolta, il d.lgs. n. 36/2023 rinvia a successivi regolamenti da adottarsi con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri *ex art.* 17, comma 3, l. n. 400/1988 (ad esempio, vd. art. 40, comma 2, art. 61, comma 5, art. 62, comma 3, art. 100, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 ecc.).

<sup>89</sup> F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, cit., 18, secondo il quale la "non opposizione del Consiglio di Stato" alla tendenza a invocare, nei preamboli dei decreti presidenziali che dispongono in deroga alla legge, l'art. 17 della l. n. 400/1988 solo formalmente, cioè pur in mancanza dei presupposti ivi previsti, ha consentito, "di fatto, l'allontanamento dal figurino disegnato" da tale disposizione.

<sup>90</sup> Cfr. Consiglio di Stato, adunanza generale, 16 novembre 1989 n. 100, precedentemente citata, che da un lato ha riconosciuto quale "principio generale dell'ordinamento che la degradazione della fonte disciplinatrice sia impegnativa della responsabilità dell'intero governo, e non già più d'un solo ministro", sicché il regolamento "deve essere imputato all'esecutivo nella sua collegialità e rivestire la forma di cui all'art. 17, 2° comma, l. n. 400 del 1988"; dall'altro, con riferimento alla mancata indicazione, da parte della fonte primaria, delle norme generali regolatrici e delle disposizioni abrogate, detta adunanza generale ha affermato che "il relativo effetto di prefigurazione e vincolo del contenuto delle successive norme regolamentari è – seppure indirettamente – raggiunto attraverso il mantenimento nell'ambito della disciplina con normativa primaria della determinazione dei tratti e degli effetti essenziali della pratica forense (articoli non abrogandi del r.d. n. 37 del 1934)", mentre "l'effetto di abrogazione condizionata è il *proprium* della delegificazione, e non vi è necessità che ciò sia letteralmente esternato dalla previsione legislativa". Al riguardo, M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti*, cit., 12, ha osservato che "Sembra quasi che il modello delineato dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988 sia inderogabile dal legislatore soltanto in un punto essenziale: la delegificazione a favore

Inoltre, a destare ulteriori perplessità è il venir meno della necessaria alterità tra il soggetto controllante e quello controllato, quale conseguenza della previsione della delegificazione in un decreto legislativo pur in mancanza di una disposizione della legge delega che la autorizzi espressamente e ne circoscriva l'ambito. Questo aspetto appare meritevole di attenzione alla luce della numerosità degli allegati al Codice e dell'esteso ambito da essi disciplinato<sup>91</sup>, nonché della tendenza all'ampliamento della potestà normativa dell'esecutivo<sup>92</sup>. Ciononostante, il legislatore delegato al comma 14 dell'art. 225 ha previsto pure un meccanismo semplificato di delegificazione che, derogando anch'esso al modello delineato dalla legge n. 400/1988, sembra rappresentare un'ulteriore manifestazione del fenomeno della cd. "fuga del potere esecutivo dalla 'forma' regolamento"<sup>93</sup>. Questa tendenza appare tanto più evidente ove si consideri che la suddetta disposizione, richiedendo l'adozione di un regolamento di contenuto "identico" a quello della fonte primaria vigente, implica che esso non sia "innovativo", carattere tuttavia considerato generalmente tipico dei regolamenti in quanto atti normativi<sup>94</sup>.

In definitiva, sembra che tali aspetti problematici possano essere collocati non solo nell'ambito della discussa questione della vincolatività, o meno, delle

dell'esecutivo può essere realizzata esclusivamente mediante regolamento governativo", di modo che non è ammissibile la delegificazione mediante regolamento ministeriale.

<sup>91</sup> Infatti, gli allegati al nuovo Codice dei contratti attengono a vari aspetti quali, ad esempio: attività del RUP (all. I.2), Termini delle procedure di appalto e di concessione (all. I.3), Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo (all. I.7), Disposizioni relative all'organizzazione, alle competenze, alle regole di funzionamento, nonché alle ulteriori attribuzioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici, Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzi regionali (all. I.14) ecc.

<sup>92</sup> Come notava già F. MODUGNO, *A mo' di introduzione*, cit., 18, "l'abuso della delegificazione è senz'altro ricollegabile alla più ampia tendenza del Governo ad occupare una posizione centrale nella produzione normativa", determinata anche dall'abuso della decretazione d'urgenza.

<sup>93</sup> V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso*, cit., con riferimento alla prassi dei decreti ministeriali qualificati "non regolamentari", osserva che "la fuga del potere esecutivo dalla 'forma' regolamento, ma non dalla produzione normativa secondaria", è "espressione di un atteggiamento di insofferenza nei confronti di procedure formative ritenute eccessivamente rigide e gravose". Secondo l'A., tale "fuga" in un primo momento è stata "favorita da un comportamento omissivo del legislatore", mentre in seguito si è evoluta "sotto la spinta di un comportamento commissivo dello stesso legislatore", in virtù della tendenza a percepire l'art. 17 come "norma di natura meramente descrittiva (nel senso di norma che suggerisce forme di regolamento comunque non vincolanti) e non precettiva". Tuttavia, l'A. conclude che "la crisi della primazia della legge e la pluralità di forme di produzione del diritto" così come "lo spostamento cui oggi si assiste, quasi inevitabilmente, dalla centralità del Parlamento alla 'signoria' del Governo non possono giustificare tentativi di fuga dai modelli teorici di riferimento. Né l'assenza di soggetti 'interessati' alla difesa di specifiche forme di produzione normativa può indurre a ritenere l'inutilità di sforzi volti ad argomentare la tenuta del sistema costituzionale delle fonti".

<sup>94</sup> Non risulta tuttavia che il Governo abbia fatto ricorso a tale procedimento semplificato nel termine di cui all'art. 225, comma 15, del d.lgs. n. 36/2023, né che tale termine sia stato prorogato.

norme sulla normazione, ma anche in quella del necessario rispetto della “forma” nello svolgimento dell’attività normativa. In effetti, pare che il legislatore delegato nel caso di specie abbia cercato di plasmare, con qualche forzatura, gli strumenti normativi previsti dall’ordinamento al fine di coniugare, nell’immediato, l’esigenza pratica di “autoesecutività” del Codice con quella di rendere, in un’ottica più a lungo termine, la relativa disciplina di attuazione agilmente modificabile dal solo esecutivo, senza cioè la necessità di un intervento del Parlamento<sup>95</sup>. Ciò sembra emergere dalla Relazione illustrativa del Codice, ove si collega espressamente “la scelta di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi”, all’introduzione di “un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)”<sup>96</sup>.

Tuttavia la “forma”, lungi dall’essere meramente fine a se stessa, è “consustanziale, alla stessa struttura del *nomos*”, tanto che “i principi di preferenza e di riserva di legge e, dunque, della legalità in senso formale ne rappresentano (...) i corollari più importanti”<sup>97</sup>.

Infatti, essa inevitabilmente si riverbera sul piano sostanziale, atteso che nel caso di specie all’effetto – connaturato al fenomeno delegificativo – di declassamento della fonte normativa dal rango legislativo a quello regolamentare, con conseguenziale esclusione del sindacato della Corte costituzionale, si aggiungono il trasferimento del potere di modificare successivamente la disciplina contenuta negli allegati al Codice ad un organo monocratico, ossia al singolo ministro invece che al Consiglio dei ministri, e, dunque, il venir meno del principio della collegialità che, in base all’art. 17, comma 2, l. n. 400/1988, dovrebbe connotare il procedimento di delegificazione.

A ciò si aggiunge che gli illustrati aspetti problematici del meccanismo di delegificazione introdotto dal nuovo Codice dei contratti sono suscettibili non solo di produrre ulteriore incertezza nel sistema delle fonti, ma anche di compromettere l’esigenza di semplificazione valorizzata dagli estensori<sup>98</sup>. Infatti, qualora i regolamenti in delegificazione non “normino l’intera materia

<sup>95</sup> Secondo M. MASSA, *I regolamenti ministeriali*, cit., 2, “la prassi dei regolamenti ministeriali (...) presenta tratti di complessità, fluidità e persino contraddittorietà”. Più in generale, l’A. osserva che “storicamente la prassi regolamentare si è sviluppata soprattutto all’insegna di esigenze pratiche, politico-istituzionali, più che in conformità a disegni costituzionali prestabiliti e concettualmente nitidi”.

<sup>96</sup> Il fatto stesso che nella Relazione il meccanismo di delegificazione sia definito “innovativo” pare sottintendere proprio la consapevolezza degli estensori rispetto all’atipicità del medesimo.

<sup>97</sup> R. FERRARA, *Legge e regolamento: noterelle critiche a proposito di un’antica «querelle»*, in *Foro it.*, 2000, III, 505 ss.

<sup>98</sup> Cfr. Relazione illustrativa, cit.: “Sempre in ottica di semplificazione si è optato per la scelta di prevedere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente ‘autoesecutivo’ fornendo agli operatori del settore un testo unico e facilmente intellegibile”.



disciplinata dall'allegato"<sup>99</sup> ma solo una sua parte, e dunque non siano perfettamente "corrispondenti" ad esso, potrebbe risultare complesso discernere le disposizioni dell'allegato abrogate da quelle rimaste in vigore. Inoltre, ciò comporterebbe che la normativa applicabile ad una singola fattispecie dovrebbe essere individuata facendo riferimento a più atti aventi differente natura che si intersecano l'uno con l'altro, con il rischio di rendere più difficoltosa tale operazione con conseguenti ricadute in termini di certezza del diritto.

<sup>99</sup> Audizione della Corte dei conti su atto Governo n. 19 - Codice dei contratti pubblici, reperibile in [www.corteconti.it/HOME/Documenti/DettaglioDocumenti](http://www.corteconti.it/HOME/Documenti/DettaglioDocumenti): "poiché la previsione in esame autorizza l'abrogazione e la sostituzione integrale degli allegati a decorrere dall'entrata in vigore dei corrispondenti regolamenti ministeriali, occorre vigilare affinché gli emanandi regolamenti normino l'intera materia disciplinata dall'allegato e non si limitino ad intervenire esclusivamente su singole parti dei contenuti degli allegati, comportando così una non augurabile delegificazione solo parziale della materia (la quale darebbe vita ad atti in cui conviverebbero norme di valore legislativo e norme di rango regolamentare)".



LA CORTE DI CASSAZIONE RICOMPRENDE NELL'ART. 270-BIS DEL CODICE PENALE, IN TEMA DI ATTI DI TERRORISMO CONTRO STATI ESTERI, ANCHE CONDOTTE VIOLENTE CONTRO LA POPOLAZIONE CIVILE IN TERRITORI ILLEGALMENTE OCCUPATI

**AGNESE VITALE\***

**Sommario**

1. Introduzione. – 2. Sulle forme legittime di resistenza armata nel diritto internazionale. –3. Sulla definizione di terrorismo. – 3.1. Le liste nere degli organismi sovranazionali. – 3.2. Lettura dell'art. 270-bis alla luce della Convenzione di New York del 1999. – 4. Sulla nozione di Stato estero ai fini dell'applicazione dell'art. 270-bis. – 5. Considerazioni conclusive.

**Abstract**

*The Italian Court of Cassation – decision n. 32712 of 20 August 2024 – interprets art. 270-bis of the Italian penal Code in light of the International Convention on the Repression of Financing of Terrorism, signed in New York on December 9th 1999 and ratified by Italy with Law 14 January 2003, n. 7. It controversially includes in the notion of terrorist acts against a foreign State also violent acts against the civilian population in illegally occupied territories.*

**Suggerimento di citazione**

A. VITALE, *La Corte di cassazione ricomprende nell'art. 270-bis del codice penale, in tema di atti di terrorismo contro Stati esteri, anche condotte violente contro la popolazione civile in territori illegalmente occupati*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Ricercatrice in Diritto internazionale, Università degli Studi di Firenze.  
Contatto: [agnese.vitale@unifi.it](mailto:agnese.vitale@unifi.it).

## 1. Introduzione

Con la sentenza n. 32712, depositata il 20 agosto<sup>1</sup>, la Corte di cassazione, sesta sezione penale, offre importanti chiarimenti sulle norme del codice penale italiano riguardanti atti di terrorismo contro uno Stato estero interpretate alla luce della Convenzione internazionale sulla repressione del finanziamento al terrorismo del 9 dicembre 1999 (Convenzione di New York)<sup>2</sup>, ratificata dall'Italia con legge del 14 gennaio 2003 n. 7<sup>3</sup>. La Corte, confermando come legittima la decisione del tribunale di l'Aquila che aveva disposto misure cautelari in carcere per una persona accusata di aver progettato attacchi terroristici in insediamenti israeliani in Cisgiordania, affronta cruciali questioni di diritto internazionale come la nozione di resistenza verso un regime di occupazione illegale nonché il sistema di iscrizione di presunti terroristi nelle *black list* dell'Unione Europea.

L'uomo, nato a Nablus, ha impugnato l'ordinanza sulle misure cautelari decisa dal Tribunale di l'Aquila proponendo due motivi di ricorso, volti a dimostrare la legittimità delle condotte di resistenza, anche armata, poste in essere in territori palestinesi illegalmente occupati e aventi ad oggetto soltanto obiettivi militari.

Innanzitutto, secondo l'uomo, vi è stata una violazione dell'art. 270-*bis* del codice penale ("associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico")<sup>4</sup> poiché il Tribunale avrebbe fondato la propria decisione esclusivamente sulla *black list* dell'Unione Europea, che include l'associazione "Brigate dei Martiri di Al Aqsa", senza procedere ad una verifica concreta delle attività svolte dal gruppo. Il mero inserimento nelle "liste nere" infatti non costituirebbe di per sé un dato dirimente, posto che va sempre accertata l'esistenza di prove sull'attività terroristica. Per il ricorrente, infatti, sussisterebbero invero elementi contrari alla qualificazione della Brigata dei Martiri di Al Aqsa come gruppo strutturato al quale aderiscono ulteriori sottogruppi, tra i quali la Brigata Tulkarem di cui fa parte lo stesso ricorrente.

<sup>1</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24.

<sup>2</sup> *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, New York, 9 dicembre 1999, *UN Treaty Series*, vol. 2178, p. 197.

<sup>3</sup> Legge 14 gennaio 2003 n.7, "Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo e norme di adeguamento dell'ordinamento interno", in GU n. 21 del 27-1-2003, testo in vigore dal 28-1-2003.

<sup>4</sup> Art. 270-*bis* del cod. pen.: "1. Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni. 2. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. 3. Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale. 4. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego".

L'uomo sostiene inoltre che manchi la gravità indiziaria circa la volontà di compiere attacchi terroristici contro obiettivi civili, circostanza che escluderebbe di per sé la liceità delle azioni violente (di resistenza) realizzate in territorio palestinese occupato. Nell'ordinanza si faceva riferimento all'organizzazione di un attentato terroristico da realizzarsi presso l'insediamento israeliano di Avnei Hefetz (nella parte nord-ovest della *West Bank*), azione che doveva essere "eclatante" e coinvolgere un elevato numero di persone. La difesa, invece, ha sostenuto che l'azione aveva come esclusivo obiettivo le strutture militari presenti ad Avnei. Il Tribunale di L'Aquila, secondo il ricorrente, avrebbe basato la propria prospettazione su prove non univoche, come alcune intercettazioni telefoniche dalle quali non si poteva evincere in modo incontrovertibile che l'attacco sarebbe stato rivolto alla popolazione civile, oppure un video che aveva un fine meramente propagandistico<sup>5</sup>.

Il ricorrente, infine, contesta la mancanza di un elemento costitutivo del reato, su cui il Tribunale avrebbe ommesso di motivare. La condotta non potrebbe infatti essere inserita fra le attività terroristiche "contro uno Stato estero", come richiesto dall'art. 270-*bis* del codice penale, dato che questa si sarebbe svolta in territori occupati illegalmente da Israele, così come riconosciuto in numerose risoluzioni degli organi delle Nazioni Unite, e che, come tali, non possono essere ricompresi nella nozione di Stato estero – ovvero Israele<sup>6</sup>.

## **2. Sulle forme legittime di resistenza armata nel diritto internazionale**

Poiché l'impianto difensivo è volto a dimostrare come l'attività del ricorrente rientrasse a pieno nelle forme di resistenza, anche armata, consentite dal diritto internazionale umanitario, la Corte di cassazione si interroga sulla linea di demarcazione fra atti di terrorismo e atti legittimi di resistenza armata ad un regime di occupazione illegale.

La Corte dapprima riconosce che le zone oggetto dei presunti atti terroristici, situate in Cisgiordania, sono territori occupati illegalmente da Israele dal 1967 e richiama la risoluzione n. 242 con la quale il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha affermato la necessità di instaurare una pace giusta e duratura in Medio Oriente, basata sul ritiro delle forze armate israeliane dai territori occupati nonché sulla cessazione di ogni pretesa e sul riconoscimento dell'integrità territoriale di ogni Stato della zona<sup>7</sup>. Proprio basandosi su questa situazione di illegalità internazionale derivante dall'occupazione dei territori palestinesi, il ricorrente afferma che l'attività contestata rientri in quelle forme di

<sup>5</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Ritenuto in fatto, par. 2.1.1.

<sup>6</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, ritenuto in fatto, par. 2.1.3.

<sup>7</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Considerato in diritto, par. 2. Si veda Consiglio di Sicurezza ONU, risoluzione 242 del 22 novembre 1967, UN Doc. S/RES/242(1967).

resistenza consentite dal diritto internazionale finalizzate “all’esercizio della legittima difesa internazionale e del diritto di autodeterminazione dei popoli”<sup>8</sup>. La questione centrale attiene alla possibilità di ricondurre o meno la “ribellione armata” alla nozione di terrorismo piuttosto che alla lecita reazione, sul piano del diritto internazionale, all’occupazione illegale da parte di Israele dei territori palestinesi della Cisgiordania.

La conclusione della Corte sulla natura terroristica, ai sensi dell’art. 270-*bis* cod. pen., delle attività pianificate dal ricorrente insieme ad altri componenti del gruppo Brigate Tulkarem (facente parte a sua volta delle Brigate Martiri di Al-Aqsa), si basa essenzialmente sulla gravità indiziaria circa la volontà del gruppo di colpire obiettivi civili e non già soltanto l’esercito israeliano. Le intercettazioni telefoniche dimostrerebbero infatti l’intenzione di realizzare un attentato all’interno di un insediamento israeliano, finalizzato a colpire “lì dove vi era la presenza di più persone ed in modo tale da realizzare un gesto eclatante”. La difesa ha tentato di fornire una interpretazione alternativa, ma non ha dimostrato la manifesta illogicità o irragionevolezza delle prospettazioni date dai giudici di merito. Per la Corte risulta chiaro dedurre dalle conversazioni fra il ricorrente e altri membri del gruppo (come l’intenzione di colpire lì dove c’è “molta gente”) che l’obiettivo da colpire era la popolazione civile<sup>9</sup>.

Premesso che le possibili letture alternative non possono essere esaminate in sede di legittimità, la Corte conclude che “l’accertamento della destinazione dell’azione programmata a colpire anche civili è un elemento desunto sulla base di plurimi indizi, oggetto di una valutazione non manifestamente illogica e senza che vi sia alcun elemento idoneo a far ritenere che l’obiettivo fosse esclusivamente militare”<sup>10</sup>. Secondo la Corte non sarebbe in alcun modo possibile marcare una separazione netta fra forme di resistenza legittime secondo il diritto internazionale e condotte di natura terroristica, tuttavia, la ricostruzione in punto di fatto resa dai giudici di merito, riguardo alla volontà di colpire la popolazione civile, è sufficiente a dimostrare come le azioni in oggetto siano incompatibili con ipotesi di legittima contrapposizione in un contesto di tipo bellico.

La valutazione della Corte in merito alle forme legittime di resistenza permesse dal diritto internazionale umanitario può dirsi complessivamente corretta. Vi è da considerare innanzitutto che nonostante il ritiro dell’esercito israeliano da alcuni territori palestinesi nel 2005 (Striscia di Gaza), tutti i Territori sono ancora soggetti a regime di occupazione da parte di Israele<sup>11</sup>, così

<sup>8</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Considerato in diritto, par. 2.

<sup>9</sup> *Ibidem*, par. 2.2.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Sulla questione si veda, *inter alia*, A. ANNONI, *L’occupazione “ostile” nel diritto internazionale contemporaneo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, spec. 51-56.

come disciplinato dalle Sezione III del Regolamento dell’Aja del 1907. La protratta occupazione dei territori palestinesi dal 1967, che dura quindi da più cinquant’anni, rende sicuramente la situazione nei Territori peculiare dal punto di vista internazionale, tanto che si parla di ipotesi di “annessione di fatto” (*de facto annexation*) da parte di Israele<sup>12</sup>. Ciò detto, ad oggi persiste l’applicazione di un regime di occupazione, frutto di un conflitto qualificato come internazionale sul piano del diritto internazionale umanitario<sup>13</sup>, che impone ad Israele tutta una serie di obblighi di protezione della popolazione civile che vive sui territori posti sotto controllo israeliano. Su tali territori insiste il principio di autodeterminazione dei popoli, come più volte affermato dagli organi delle Nazioni Unite e dalla Corte internazionale di Giustizia (CIG), fra gli altri nel recentissimo parere reso il 19 luglio 2024<sup>14</sup>, sulle premesse del quale – in quei Territori – si dovrà realizzare, e Israele non dovrà impedire, la creazione di uno Stato palestinese indipendente<sup>15</sup>.

Il diritto internazionale non vieta alla popolazione del territorio occupato di prendere le armi contro la potenza occupante<sup>16</sup>. Il diritto regolante il regime di occupazione bellica, infatti, come codificato nei Regolamenti dell’Aja del 1907 e dalla Quarta Convenzione di Ginevra del 1949 non impone un obbligo di obbedienza alla popolazione del territorio occupato e chi partecipa alla resistenza contro la potenza occupante può essere considerato un prigioniero di guerra in quanto legittimo combattente<sup>17</sup>. Si rammenti inoltre che anche il principio di autodeterminazione dei popoli, così come concepito dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, supporta la legittimità della lotta – anche armata – contro la potenza occupante<sup>18</sup>, e che alcuni trattati sui diritti umani concepiscono la resistenza contro la potenza occupante come un diritto umano<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> CIG, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2024, par. 157 ss. Precedentemente anche CIG, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, par. 118.

<sup>13</sup> D. AKANDE, *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts*, in E. WILMSHURT (a cura di), *International and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 46-47; A. CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 420.

<sup>14</sup> CIG, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, cit., par. 230 ss.

<sup>15</sup> *Ibidem*, par. 237: “The Court considers that Israel, as the occupying Power, has the obligation not to impede the Palestinian people from exercising its right to self-determination, including its right to an independent and sovereign State, over the entirety of the Occupied Palestinian Territory”.

<sup>16</sup> Per una analisi estensiva si veda M. LONGOBARDO, *The Use of Armed Force in Occupied Territory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, 134 ss.

<sup>17</sup> M. LONGOBARDO, *Brevi riflessioni sull’uso della forza nella recente escalation del conflitto Israelo-Palestinese*, in *Sidiblog*, 15 ottobre 2023.

<sup>18</sup> Si veda, ad esempio, AG, Risoluzione 2649 (XXV), del 30 novembre 1970.

<sup>19</sup> Si veda, ad esempio, art. 20(2) della Carta africana dei Diritti dell’Uomo e dei Popoli del 1981: “Colonized or oppressed peoples shall have the right to free themselves from the bonds of domination

Tuttavia, l'uso della forza nella forma della resistenza armata, come tutte le azioni implicanti l'uso della forza nel contesto di un conflitto, deve rispettare le norme dello *jus in bello*, ovvero del diritto internazionale umanitario. Principi cardine del diritto internazionale umanitario sono i principi di distinzione, necessità e proporzionalità<sup>20</sup>. Ciò implica necessariamente che attacchi indiscriminati contro la popolazione civile della potenza occupante, inclusi quelli diretti a seminare terrore, sono da considerarsi illegittimi.

Come si è visto la difesa ricorre, oltre che al principio di autodeterminazione dei popoli come base di legittimità per la resistenza armata contro un regime di occupazione, anche al concetto di legittima difesa. In effetti, vi è da considerare che alcuni Stati hanno più volte considerato la resistenza contro la potenza occupante come un atto in legittima difesa ai sensi dell'art. 51 della Carta ONU<sup>21</sup>. Tuttavia, questa tesi non è accolta nel diritto internazionale dal momento che la lettura tradizionale di questo istituto vuole che si applichi agli Stati e non anche ai popoli, posto che comunque l'istituto ha subito modifiche notevoli negli anni prevedendo la possibilità – sempre più ampia e controversa – per gli Stati di ricorrere alla forza armata per rispondere ad attacchi da parte di attori non statali<sup>22</sup>.

### 3. Sulla definizione di terrorismo

Per ancorare la lettura secondo cui atti violenti diretti contro la popolazione civile non sono mai assimilabili a forme legittime di resistenza armata, la Corte dapprima risolve il problema posto dalla difesa circa la rilevanza probatoria dell'inserimento nella *black list* dell'Unione Europea e successivamente richiama il principio giurisprudenziale per cui l'art. 270 *sexies* cod. pen. (“Condotte con finalità di terrorismo”)<sup>23</sup> rinvia, per quanto riguarda la definizione di condotte terroristiche, agli strumenti internazionali vincolanti per l'Italia

by resorting to any means recognized by the international community”.

<sup>20</sup> D. FLECK (a cura di), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2a ed., Oxford University Press, Oxford, 2008.

<sup>21</sup> Si veda ad esempio CIG, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, Separate Opinion of Vice-President Ammoun, par. 12.

<sup>22</sup> Si veda ad esempio, P. BRECCIA, *Legittima difesa e targeted killings: gli Stati Uniti e il “caso Soleimani”*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 278-302; E. TRAMONTANA, *Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 12, 2018, 53-75.

<sup>23</sup> Art. 270 *sexies* del cod. pen.: “Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia”.



introducendo un meccanismo di adeguamento automatico dell'ordinamento nazionale alla disciplina internazionale sulla repressione del fenomeno terroristico. Lo strumento di riferimento richiamato dalla Corte è la Convenzione di New York sulla repressione del finanziamento del terrorismo, firmata nel dicembre 1999 e ratificata dall'Italia con la già citata legge 14 gennaio 2003, n. 7.

### 3.1. Le liste nere degli organismi sovranazionali

Un primo aspetto che la Corte risolve, collegato alla definizione di terrorismo, è relativo alla doglianza del ricorrente circa la scarsa rilevanza probatoria dell'inserimento del gruppo Brigate Martiri di Al Aqsa nelle *black list* dell'Unione Europea, ai sensi del Regolamento n. 2023/1505 del 20 luglio 2023<sup>24</sup>.

La difesa sostiene che i giudici di merito non avrebbero verificato nel concreto le finalità terroristiche del gruppo di affiliazione del ricorrente ma avrebbero semplicemente basato la propria valutazione sul fatto che questo era stato inserito nella lista nera dell'Unione Europea.

La Corte riconosce che il mero inserimento nella cd. *black list* non introduce una presunzione, valevole in ambito giudiziario, con conseguente inversione dell'onore della prova. Tuttavia, sostiene la Corte, non è neppure corretto ritenere che la valutazione circa la natura terroristica di un gruppo compiuta da organismi sovranazionali sia priva di qualsivoglia rilievo. La Corte, quindi, attribuisce un valore indiziario alla valutazione operata da organismi internazionali, la quale deve essere accompagnata tuttavia da ulteriori e diverse emergenze processuali, per l'accertamento della finalità di terrorismo. In questo senso la Corte accoglie solo parzialmente la doglianza del ricorrente: se è vero che il Tribunale del riesame ha errato nel sostenere l'affermazione di principio in ordine alla valenza presuntiva dell'inserimento nella *black list*, dalla lettura complessiva della motivazione emerge come la contraddittorietà stigmatizzata dalla difesa sia soltanto espositiva e non sostanziale, dal momento che il Tribunale ha in effetti svolto poi quella verifica in concreto delle finalità terroristiche del gruppo, non incorrendo quindi nella denunciata violazione di legge.

Come noto, per rispondere alla minaccia terroristica, organismi sovranazionali hanno sviluppato un sistema sanzionatorio indirizzato, non agli Stati, ma a persone fisiche e giuridiche implicate o in qualche modo connesse a gruppi che hanno finalità terroristica. Si tratta del sistema di sanzioni "intelligenti" (cd. *smart sanctions*)<sup>25</sup>, inaugurate dal Consiglio di Sicurezza (CdS) delle Nazioni

<sup>24</sup> Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1505 del Consiglio del 20 luglio 2023 che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001, relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2023/420, GU L 184 del 21/07/2023, p. 1-4.

<sup>25</sup> Si veda, I. INGRAVALLO, *L'evoluzione delle misure obbligatorie non implicanti l'uso della forza*

Unite in base all'art. 41 (Capitolo VII) della Carta ONU già alla fine degli anni '90 (contro il governo talebano e contro Al-Qaeda)<sup>26</sup>. Le misure si sostanziano solitamente nel congelamento dei beni di persone che sono accusate di finanziare o di commettere o di preparare atti di terrorismo. Questi regimi sanzionatori sono corredati di appositi Comitati delle sanzioni, organi sussidiari del CdS, che hanno il compito di vigilare sull'esecuzione delle misure sanzionatorie. Ai Comitati è anche affidato il compito di individuare concretamente i destinatari delle sanzioni, persone fisiche o giuridiche sospettate di terrorismo (appunto le cd. *black lists*), sulla base delle informazioni e delle indicazioni di volta in volta fornite dagli Stati. Spetta comunque agli Stati procedere all'applicazione della specifica misura sanzionatoria nei confronti dell'individuo o gruppi di individui inseriti nelle "liste nere", attraverso il recepimento sul piano dell'ordinamento interno delle decisioni del CdS.

Per gli Stati membri dell'Unione Europea, il recepimento delle decisioni del CdS avviene in maniera centralizzata tramite l'adozione di un Regolamento da parte del Consiglio europeo, quindi direttamente applicabile nell'ordinamento degli Stati membri dell'UE. L'Unione Europea, tuttavia, procede anche all'inserimento autonomo di nominativi nelle *black lists*<sup>27</sup>, ed è quest'ultimo il caso del Regolamento n. 2023/1505 del 20 luglio 2023.

In entrambe le tipologie di *black lists*, quelle elaborate dal CdS dell'ONU e quelle redatte in maniera autonoma dal Consiglio Europeo, queste misure sanzionatorie sollevano problemi sotto molteplici profili. Il sistema di *listing*, basandosi su una procedura confidenziale (non è possibile stabilire con certezza quali siano gli elementi di prova dato che sono spesso informazioni di *intelligence*) e – in linea generale – non essendo sottoposto a controllo giurisdizionale<sup>28</sup>, è suscettibile di incidere in modo significativo sul godimento di fondamentali diritti di libertà di ogni individuo. Nonostante alcune riforme sia in ambito ONU che UE, con l'istituzione di uffici o organi deputati al raccoglimento delle istanze di revisione o *delisting* delle persone accusate di terrorismo<sup>29</sup>, ancora oggi questo sistema non offre garanzie e rimedi efficaci per gli

ai sensi dell'articolo 41 della Carta ONU, in P. GARGIULO, I. INGRAVALLO, P. ROSSI (a cura di), *L'ONU e i nuovi assetti sistemici internazionali: le riforme necessarie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 35 ss.

<sup>26</sup> A. CASSESE, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, 128 ss.

<sup>27</sup> Per un approfondimento si veda, M. TEBALDI, *Le Black Lists nella lotta al terrorismo. Tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, vol. 7, 2018, 77 ss.

<sup>28</sup> Per una analisi estensiva si veda R. WOLFRUM, *Judicial Control of Security Council decisions*, in *Yearbook of Institute of International Law*, vol. 76, 2015.

<sup>29</sup> D. MUSMECI, *L'istituzionalizzazione delle procedure di ONU di listing e delisting: il ruolo dell'ufficio dell'Ombudsperson*, in P. GARGIULO, I. INGRAVALLO, P. ROSSI (a cura di), *L'ONU e i nuovi assetti sistemici internazionali: le riforme necessarie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 49 ss.

individui, ma anzi basandosi su meri indizi o prove circostanziali, che spesso si rivelano errate, si pone in contrasto con i diritti umani fondamentali.

Di fronte a questa ricostruzione, appare fondato il principio giurisprudenziale espresso dalla Corte secondo cui in tema di associazioni con finalità di terrorismo internazionale, la natura di associazione terroristica si debba ricavare non soltanto dall'inclusione dell'organizzazione nelle liste degli organismi internazionali, ma anche dall'analisi in concreto per raggiungere la necessaria soglia probatoria<sup>30</sup>.

### 3.2. Lettura dell'art. 270-*bis* alla luce della Convenzione di New York del 1999

Successivamente, come già anticipato, la Corte si rivolge alla Convenzione di New York sulla repressione del finanziamento al terrorismo, che, a differenza di altre convenzioni settoriali sul fenomeno terroristico<sup>31</sup>, si applica sia in tempo di pace che in tempo di guerra. La Corte spiega che a seguito dell'integrazione del dettato della Convenzione nell'art. 270 *sexies* cod. pen., costituiscono "atto terroristico anche gli atti di violenza compiuti nel contesto di conflitti armati rivolti contro un obiettivo militare, quando le peculiari e concrete situazioni fattuali facciano apparire certe ed inevitabili le gravi conseguenze in danno della vita e della incolumità fisica della popolazione civile, contribuendo

<sup>30</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Considerato in diritto, par. 2.2. I giudici di merito si erano basati principalmente sulle intercettazioni telefoniche avvenute fra il ricorrente e Jhiad Mahai Ibrahim Shehadeh, soggetto a sua volta appartenente all'organizzazione, come dimostrative della volontà di realizzare un attentato all'interno di un insediamento israeliano, finalizzato a colpire, tramite un gesto eclatante, la popolazione civile. In particolare, il riferimento all'intenzione di colpire ove c'è "molta gente" e la frase con la quale consigliava al "complice" di "ritirarsi all'ingresso dell'esercito in paese", ritenuta dal Tribunale come riferita alla sollecitazione a darsi alla fuga subito dopo aver compiuto l'attentato all'interno dell'insediamento. Su quest'ultimo punto, tuttavia, la Corte ammette che tale intercettazione fornirebbe un dato dall'incerto significato, inidoneo a farne discendere che l'attentato dovesse riguardare i cittadini presenti nell'insediamento israeliano, potendosi quindi ammettere che "paese" indicasse, come sostenuto dal ricorrente, l'abitato di Tulkarem e non l'insediamento di Avnei. Nonostante ciò, la Corte ritiene che plurimi indizi depongano complessivamente per l'accertato intento "di colpire una moltitudine di persone, per la cui realizzazione occorre l'invio di fondi da parte [del ricorrente], nonché della necessità per coloro che l'avrebbero eseguito di dotarsi, oltre che di armi, anche di protezioni, nonché di telecamere per riprendere l'azione, evidentemente in vista di una successiva attività di propaganda". Elementi questi, escluso il riferimento a colpire dove "c'è molta gente", che sembrano comunque a noi non inequivocabili per fondare in maniera del tutto certa l'intenzione di colpire civili. La Corte in effetti sembra adottare un ragionamento *a contrario*, laddove conclude che l'accertamento operato dai giudici di merito non è manifestamente illogico, poiché non vi è "alcun elemento idoneo a far ritenere che l'obiettivo fosse esclusivamente militare".

<sup>31</sup> Si vedano ad esempio: *International Convention against the taking of hostages*, New York, 17 dicembre 1979, *UN Treaty Series* vol. 1316, p. 205; *Convention for the Suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation*, Roma, 10 marzo 1988, *UN Treaty Series* vol. 1678; *Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Detection*, Montreal, 21 giugno 1998, *UN Treaty Series* vol. 2122, p. 359; *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, New York, 15 dicembre 1997, *UN Treaty Series* vol. 2149, p. 256; *International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism*, New York, 13 aprile 2005, *UN Treaty Series* vol. 2445, p. 89.

a diffondere nella collettività paura e panico”<sup>32</sup>. L'art. 2 lett. b) della Convenzione, infatti, sancisce espressamente che ha finalità di terrorismo “qualsiasi altro atto diretto a causare la morte o gravi lesioni fisiche ad un civile, o a qualsiasi altra persona che non ha parte attiva in situazione di conflitto armato, quando le finalità di tale atto, per la sua natura o contesto è di intimidire una popolazione, o obbligare un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o a astenersi dal compiere qualcosa”.

La possibilità che si possa configurare una eccezione alla definizione di terrorismo nel caso dei “*freedom fighters*”, ovvero combattenti per una causa di resistenza armata contro una potenza oppressiva in nome del principio di autodeterminazione, ha rappresentato e tutt'oggi rappresenta un tema caldo nel diritto internazionale e si posiziona proprio nella linea di demarcazione, assai difficile da individuare, fra atti di terrorismo e atti di resistenza armata.

La comunità internazionale, infatti, non è mai addivenuta ad una definizione generale di terrorismo internazionale proprio a causa dell'opposizione di alcuni Stati a considerare la resistenza armata contro la potenza occupante sempre e comunque attività di stampo terroristico. Tale *empasse* ha giocato un ruolo determinante nel naufragio della *Draft Comprehensive Convention on International Terrorism*, la cui negoziazione era stata affidata ad una Commissione ad hoc da parte dell'Assemblea Generale dell'ONU già nel 1996 con il mandato di “developing a comprehensive legal framework of conventions dealing with international terrorism”; dai dibattiti emerge come alcuni Stati, tra cui quelli appartenenti alla Organizzazione della Conferenza islamica, vorrebbero escludere l'applicazione della Convenzione in tempo di conflitto armato, incluse le ipotesi di occupazione<sup>33</sup>. Sembra oggi tuttavia raggiunto, almeno secondo la maggioranza della dottrina, un consenso circa la proibizione di atti di terrorismo, indipendentemente dalla motivazione per cui tali atti sono compiuti<sup>34</sup>.

#### 4. Sulla nozione di Stato estero ai fini dell'applicazione dell'art. 270-bis

Una volta superati gli aspetti sulla gravità indiziaria, la Corte si esprime circa la doglianza del ricorrente per cui l'art. 270-bis non sarebbe applicabile al caso di specie lì dove estende la nozione di finalità terroristiche anche agli atti di violenza *contro uno Stato estero*. Il ricorrente sosteneva infatti che le condotte

<sup>32</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Considerato in diritto, par. 2.4.

<sup>33</sup> A. BIANCHI, Y. NAQVI, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2011, 63-64.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 64: “The prohibition in Article 51(2) of Additional Protocol I of “Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population” clearly suggests that Article 1(4) of the same protocol would not permit peoples in their struggle for self-determination to legitimately resort to acts of terrorism”.

violente in oggetto non erano dirette contro il legittimo ed internazionalmente riconosciuto territorio israeliano, bensì erano circoscritte ai territori palestinesi occupati della *West Bank*. In questo senso, la condotta era finalizzata a resistere in forma armata all'occupazione illegale dei territori palestinesi da parte di Israele.

La Corte non accoglie la tesi difensiva e fa riferimento alla nozione “penalisticamente” rilevante di Stato estero che, indirettamente, coinvolge anche la nozione di atti con finalità di terrorismo. L'art. 270-*bis*, modificato con d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, accoglie infatti una nozione più ampia di Stato estero per rispondere alle “mutate forme di manifestazioni del fenomeno che, per finalità, mezzi e ramificazioni delle organizzazioni, ha assunto una dimensione sempre più internazionale, dando luogo a programmi delittuosi destinati all'attuazione in Stati diversi da quelli di appartenenza degli affiliati o, comunque, al di fuori dell'ambito territoriale nazionale”<sup>35</sup>. Sottolinea la Corte che per tale motivo è stato introdotto nell'intitolazione del reato il riferimento al terrorismo “anche internazionale”, ed è stato previsto al comma terzo che “ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale”. È proprio quest'ultimo riferimento alle istituzioni o agli organismi internazionali che, dice la Corte, rende evidente quanto sia eccessivamente limitata la nozione di “Stato estero” proposta dal ricorrente: ponendo il bene giuridico tutelato in diretto ed esclusivo collegamento con il territorio dell'entità statale escluderebbe la possibilità di applicare la norma incriminatrice in tutti quei casi in cui l'offesa sia arrecata al di fuori dell'ambito territoriale e non direttamente nei confronti dell'apparato istituzionale – considerato appunto che l'art. 270-*bis* comma terzo si applica anche a entità diverse da quella statale, quali istituzioni o organismi internazionali per cui la dimensione territoriale può non rilevare<sup>36</sup>.

La Corte inoltre richiama ancora una volta l'art. 270-*sexies* cod. pen, e quindi la definizione di condotte terroristiche, per affermare che la norma collega la finalità di terrorismo all'effetto tipico di tali forme di aggressione violenta – lì dove prevede che queste arrecano danno a un Paese o a un'organizzazione e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione – e non al luogo dove queste vengono realizzate.

In breve, la Corte chiarisce che “la personalità internazionale dello Stato – anche estero – è lesa per il semplice fatto che i suoi cittadini siano destinatari della condotta terroristica, a prescindere dal luogo ove questa venga realizzata, con la conseguenza che il reato di cui all'art. 270-*bis* cod. pen. sarà

<sup>35</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Considerato in diritto, par. 3.1.

<sup>36</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Considerato in diritto, par. 3.2.

configurabile sia nel caso in cui la popolazione è oggetto di attacco terroristico all'interno dei legittimi confini nazionali dello Stato, sia quando la medesima venga realizzata al di fuori dei confini nazionali e anche in territori illegalmente occupati, poiché l'aggressione realizzata ai cittadini in virtù della loro nazionalità si traduce in ogni caso in una lesione all'integrità dello Stato di appartenenza<sup>37</sup>.

Di conseguenza, tenendo conto che l'attacco terroristico aveva come obiettivo civili israeliani si può ritenere che l'azione sarebbe stata compiuta ai danni dello Stato israeliano anche se le azioni erano "destinate ad essere commesse al di fuori del suo territorio così come legittimamente individuato dall'ordinamento internazionale"<sup>38</sup>.

Con questa pronuncia la Corte si è trovata ad affrontare un problema in parte nuovo derivante dall'applicazione dell'art. 270-*bis* a situazioni territoriali non immediatamente riconducibili ad una nozione comunemente accettata di Stato sia nel diritto costituzionale sia nel diritto internazionale. Considerato che la norma non fornisce indicazioni precise circa l'individuazione dei soggetti passivi (Stato estero, istituzione o organismo internazionale), un primo problema ermeneutico che si è posto in dottrina è quello che riguarda la necessità o meno che vi sia riconoscimento *de jure* dell'entità statale estera da parte dello Stato italiano<sup>39</sup>. Sul punto la Corte, in questa pronuncia, è molto chiara: "il requisito per l'applicabilità di tale disposizione è costituito, in primo luogo, dal necessario riconoscimento da parte dello Stato italiano dello Stato nei cui confronti sia realizzata la condotta con finalità di terrorismo"<sup>40</sup>.

Il nostro Paese ha riconosciuto *de jure* lo Stato di Israele nel 1950, tramite uno scambio di note ufficiali fra i due governi. Tuttavia, vi è da considerare che l'Italia riconosce Israele all'interno di confini più ristretti che non includono i territori palestinesi occupati. Già qui, infatti, vale la pena sottolineare, in maniera prodromica all'analisi che seguirà dopo, che la Corte sembra adottare un approccio formalistico al riconoscimento di Israele, non prendendo in considerazione che sono esclusi dal riconoscimento *de jure* i Territori che si trovano sotto regime di occupazione illegale e sul quale dovrebbe sorgere lo Stato di Palestina, così come riconosciuto da innumerevoli risoluzioni degli organi delle Nazioni Unite e dalla Corte internazionale di Giustizia. Si ricordi anche che vige un obbligo per gli Stati della comunità internazionale di non riconoscere l'occupazione illegale e tutti gli atti e politiche messe in atto da Israele su tali Territori, in linea, fra gli altri, con l'art. 41(2) del Progetto di articoli sulla

<sup>37</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Considerato in diritto, par. 3.3.

<sup>38</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Considerato in diritto, par. 3.4.

<sup>39</sup> L. BAUCCIO, *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale, aspetti teorici e pratici*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, 68.

<sup>40</sup> C. Cass., sesta sezione penale, sent.n.sez.1095/24, Considerato in diritto, par. 3.1.

responsabilità internazionale degli Stati<sup>41</sup>, e derivante dalla commissione da parte di Israele di violazioni gravi di norme imperative del diritto internazionale, quali il principio di autodeterminazione dei popoli, il divieto di *apartheid*, il divieto di acquisizione di territori tramite l'uso della forza<sup>42</sup>. L'obbligo, oggi di natura consuetudinaria, impone agli Stati della comunità internazionale per l'appunto anche di distinguere, in qualsiasi tipo di relazione o rapporto con lo Stato di Israele, fra il territorio legittimo di Israele e i territori palestinesi occupati<sup>43</sup>.

Senza collegamenti di sorta, la Corte passa poi a sostenere che l'art. 270-*bis* con l'espressione "Stato estero" fa essenzialmente riferimento all'individuazione di "un soggetto di diritto internazionale avente la qualifica di Stato sovrano e indipendente a prescindere dalla sua dimensione territoriale". Di qui l'assunto che l'attacco terroristico verso la popolazione civile di uno Stato, ovunque commessa, realizza una violazione dell'integrità (e quindi della sovranità) dello Stato di appartenenza, e dunque si possono far rientrare nella nozione di Stato estero i cittadini di questo colpiti anche al di fuori dei confini nazionali internazionalmente riconosciuti.

Non soltanto, dunque, la Corte omette di precisare che il riconoscimento *de jure* eccettua i territori palestinesi illegalmente occupati, ma con un passaggio assai contraddittorio, menoma il soggetto Stato di due dei suoi elementi costitutivi, del governo (legittimo) e in particolare del territorio, oscurando così in maniera artificiosa il "problema" dell'occupazione illegale, portata avanti ad

<sup>41</sup> *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two), art. 41(2): "No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40 [of an obligation arising under a peremptory norm of general international law], nor render aid or assistance in maintaining that situation".

<sup>42</sup> Si veda da ultimo, CIG, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, cit., spec. par. 279: "the Court considers that, in view of the character and importance of the rights and obligations involved, all States are under an obligation not to recognize as legal the situation arising from the unlawful presence of Israel in the Occupied Palestinian Territory. They are also under an obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by Israel's illegal presence in the Occupied Palestinian Territory. It is for all States, while respecting the Charter of the United Nations and international law, to ensure that any impediment resulting from the illegal presence of Israel in the Occupied Palestinian Territory to the exercise of the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end. In addition, all the States parties to the Fourth Geneva Convention have the obligation, while respecting the Charter of the United Nations and international law, to ensure compliance by Israel with international humanitarian law as embodied in that Convention".

<sup>43</sup> *Ibidem*, par. 278: "Taking note of the resolutions of the Security Council and General Assembly, the Court is of the view that Member States are under an obligation not to recognize any changes in the physical character or demographic composition, institutional structure or status of the territory occupied by Israel on 5 June 1967, including East Jerusalem, [...] and to distinguish in their dealings with Israel between the territory of the State of Israel and the Palestinian territory occupied since 1967".

opera proprio di quei coloni israeliani di cui qui si invoca la lesione di diritti (sovrani).

Riteniamo che, invece, ai fini dell'interpretazione della nozione di Stato estero, funzionale quindi all'applicazione di una norma penale sostanziale, deve prendersi in considerazione la personalità internazionale dello Stato come costituita da tutti e tre gli elementi essenziali della statualità secondo il diritto internazionale: governo, popolo e territorio – triade che trova la sua enunciazione più famosa nella Convenzione di Montevideo del 1933<sup>44</sup>. In altre parole, è quantomeno controverso che un attacco isolato contro alcuni cittadini che si trovano fuori dai propri confini nazionali, possa essere configurato come un attacco contro uno Stato estero ai sensi dell'art. 270-*bis* cod. pen. Il fatto che la norma includa fra i possibili destinatari di un attacco terroristico anche istituzioni o organismi internazionali, sembra deporre nel senso che la norma voglia sanzionare attacchi contro un *soggetto* ai sensi del diritto internazionale – ciascuno definito da elementi imprescindibili dettati dallo stesso ordinamento internazionale – non certo sembrerebbe fondare – come fa la Corte – una presunzione verso l'allargamento della nozione di Stato estero. Si può infatti sottolineare che con il termine “istituzioni” il legislatore abbia voluto riferirsi a quei soggetti che più propriamente vengono definiti come “organizzazioni internazionali”<sup>45</sup>. Diversamente la Corte farebbe intendere che “istituzioni” si riferisce ad un imprecisato ente che non è soggetto e non ha base territoriale. Ci sembra che la conclusione sia la medesima da farsi riguardo alla nozione di “organismi internazionali”: anche in questo caso la nozione, pena l'ampliamento della norma a una congerie di soggetti indeterminabili ed eterogenei, con possibili ricadute sul piano dei principi di tassatività, determinatezza e di offensività, dovrebbe riferirsi al solo soggetto passivo ulteriore allo Stato, ovvero le organizzazioni internazionali. D'altronde, gli atti dell'Unione Europea, come la decisione quadro n. 472 del 13 giugno 2002<sup>46</sup> e la stessa Convenzione di New York, fanno riferimento alle sole organizzazioni internazionali come soggetti passivi, oltre che allo Stato.

Inoltre, neanche il riferimento che la Corte fa alla definizione di terrorismo contenuta nella Convenzione di New York – poiché questa come il comma 3 dell'art. 270-*bis* che ne è informato ricollegano il terrorismo internazionale al suo effetto tipico e non al territorio in cui la condotta è commessa – in realtà è idoneo o sufficiente a *deterritorializzare* in forma così netta la fattispecie penale

<sup>44</sup> A. CASSESE, *Diritto internazionale*, (M. FRULLI, a cura di), il Mulino, Bologna, 2021, 67 ss.

<sup>45</sup> L. BAUCCIO, cit., 73-77.

<sup>46</sup> Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo, in GU L 164 del 22.6.2002.



e niente dice riguardo al collegamento giurisdizionale necessario per esercitare l'azione penale<sup>47</sup>.

I casi in cui il diritto internazionale prevede esercizio della giurisdizione penale a prescindere dal luogo in cui è commesso il delitto e da altri criteri di collegamento – vale a dire quando si parla di esercizio di giurisdizione universale per i cosiddetti *core crimes*: genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità e aggressione – rispondono alla necessità di non lasciare impuniti gravi crimini internazionali commessi da individui<sup>48</sup>. Non siamo nella logica di tutelare la sovranità statale e quindi di sanzionare queste condotte perché rivolte contro cittadini di uno Stato a prescindere da dove si trovino, ma in quella di sanzionare gravi violazioni del diritto internazionale che ledono valori fondamentali della comunità internazionale. L'estensione dell'esercizio della giurisdizione penale su gravi crimini ovunque commessi si giustifica quindi sulla base della gravità della violazione e dell'attacco al bene giuridico (universale e non particolare) tutelato e non sulla base della nazionalità delle vittime e quindi su un presunto attacco all'integrità o alla sovranità di quel particolare Stato.

Si consideri che è ancora molto dibattuto se un attacco contro alcuni cittadini di uno Stato che si trovano all'estero, possa essere considerato in ogni circostanza un attacco contro lo Stato nel suo complesso. Innanzitutto si potrebbe citare a questo riguardo il fatto che, sebbene il diritto internazionale riconosca un legame effettivo e rilevante fra Stato e cittadini – anche quando questi si trovino all'estero – in caso di violazione di alcuni diritti di propri cittadini all'estero, lo Stato di nazionalità ha la facoltà di agire in protezione diplomatica, ma non ha un obbligo di reazione sul piano internazionale per farne valere le istanze (a seconda delle circostanze fattuali e politiche potrebbe decidere di non farlo). Così come non ogni attacco implicante la forza armata contro cittadini all'estero può essere automaticamente equiparato a un attacco armato che dà luogo al diritto di esercitare la legittima difesa<sup>49</sup>. Posto infatti che l'art. 2 par.

<sup>47</sup> Anzi come sottolineato da L. BAUCCIO, cit., 104-107: “In forza del combinato disposto degli artt. 6 e 7 c.p., pertanto la giurisdizione italiana sarà riscontrabile [ai sensi dell'art. 270-*bis*] solo ove l'azione *a*) sia commessa almeno in parte sul suolo italiano; *b*) se commessa all'estero, sia orientata ad offendere il bene giuridico “Stato italiano” [...] si è evitato che la norma perdesse i connotati di territorialità dilagando al di fuori del territorio italiano a stigmatizzare condotte lesive di uno Stato estero, senza altro collegamento con il nostro ordinamento [...] Con la previsione in esame si è evitato così di instaurare una sorta di giurisdizione universale sui crimini di terrorismo, la quale avrebbe certamente determinato un corto circuito nel nostro ordinamento [...]”.

<sup>48</sup> M. LA MANNA, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, La ricerca del diritto nella Comunità internazionale, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

<sup>49</sup> La violazione di diritti di cittadini all'estero può configurare un attacco (armato) al quale gli Stati di nazionalità possono reagire in legittima difesa ai sensi dell'art. 51 della Carta ONU soltanto in particolari circostanze e quando è raggiunta una certa soglia di gravità dell'offesa; si veda, D. VIETIELLO, *Il ricorso alla forza a protezione dei propri cittadini all'estero: evoluzione e limiti della prassi*, in A. LANCIOTTI, A. TANZI (ed), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale*

4 della Carta ONU pone un divieto assoluto di minaccia o uso della forza<sup>50</sup>, una parte della dottrina e degli Stati hanno tentato di giustificare il ricorso alla forza per la protezione dei propri cittadini all'estero come reazione in legittima difesa, la quale rappresenta come noto la unica vera eccezione consentita dal diritto internazionale al suddetto divieto. È difficile tuttavia poter equiparare l'aggressione ai danni di propri cittadini all'estero con la nozione di attacco armato ai sensi dell'art. 51 della Carta ONU, soprattutto laddove gli individui interessati sono comuni cittadini e non agenti dello Stato. In altre parole, per invocare la legittima difesa andrebbe dimostrato che la violazione dei diritti di propri cittadini all'estero possa essere equiparabile, almeno per effetti e gravità, ad un attacco armato. Va da sé inoltre che anche ammettendosi questa possibilità, l'uso della forza dovrebbe rispettare in maniera stringente i requisiti posti dallo *jus ad bellum*, quindi proporzionalità, imminenza e necessità. Altri autori rintracciano la copertura normativa della prassi di uso della forza per proteggere i propri cittadini all'estero in un principio generico di autotutela, radicato nel diritto consuetudinario pre-Carta ONU e sopravvissuto all'entrata in vigore della Carta stessa nel 1945<sup>51</sup>, e che rappresenterebbe dunque una ulteriore eccezione al divieto di minaccia o uso della forza nelle relazioni internazionali. Tale tesi, tuttavia, si pone in diretto contrasto con l'istituto della protezione diplomatica sopra richiamato. Si rammenti, infatti, che durante i lavori della Commissione del diritto internazionale dell'ONU sul tema della protezione diplomatica, il Relatore Speciale Dugard propose di includere nel Progetto di Articoli sulla protezione diplomatica del 2000, una disposizione in cui fosse regolamentato il ricorso alla coercizione per proteggere i propri cittadini all'estero. La proposta confinava la minaccia o l'uso della forza alle ipotesi in cui i mezzi diplomatici non avessero avuto successo, lo Stato territoriale si dimostrasse incapace o non volesse proteggere gli stranieri e questi ultimi fossero in imminente pericolo di vita. Quanto alle modalità di intervento, la proposta suggeriva che la forza dovesse essere proporzionata, *ratione temporis et loci*, alle circostanze fattuali del singolo caso di specie<sup>52</sup>. Tuttavia, la proposta non

*contemporaneo*, Jovene Editore, Napoli, 2012, 203 ss.

<sup>50</sup> Non è accettata una certa interpretazione della dottrina per la quale nell'art. 2 par. 4 della Carta ONU non sarebbero ricomprese le ipotesi *minoris generis*, ovvero utilizzi della forza che non siano finalizzati a ledere l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di uno Stato (cf. BOWETT, *The Use of Force in the Protection of Nationals*, in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 43, 1957, 111 ss.). Come si evince dai lavori preparatori della Carta e dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, l'art. 2 par. 4 è da interpretarsi in maniera assoluta, vale a dire che non può essere interpretato in modo tale da escludere l'illegittimità del ricorso alla forza quando quest'ultima non sia rivolta contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di uno Stato (cf. HENKIN, *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, 1995, 115-116).

<sup>51</sup> DUNN, *The Protection of Nationals. A Study in the Application of International Law*, Baltimora, 1932, 19.

<sup>52</sup> DUGARD, *First Report on Diplomatic Protection*, 7 March 2000, UN Doc. A/CN.4/506, parr.

fu accettata dagli altri delegati che hanno sottolineato come essa potesse condurre a una pericolosa espansione della possibilità di ricorso alla forza, incompatibile con la Carta ONU, e che la protezione diplomatica concerne per definizione soltanto mezzi di soluzione pacifica.

Non è qui la sede per approfondire tutte le sfaccettature della personalità giuridica dello Stato né tutte le possibili declinazioni dell'esercizio di giurisdizione in caso di reati con una dimensione internazionale<sup>53</sup>; tuttavia, alla luce di quanto sopra esposto, occorre esercitare cautela nell'equiparare automaticamente attacchi contro cittadini di uno Stato che si trovano al di fuori del proprio territorio a un attacco contro lo Stato di nazionalità di quelle persone. Tale conclusione vale a maggior ragione in questo caso di specie, considerato che i cittadini israeliani che si vogliono ricondurre alla nozione di Stato estero risiedono illegalmente in Cisgiordania e che gli organismi internazionali – compresa la Corte internazionale di Giustizia – hanno affermato la imperativa necessità che questi si ritirino dai Territori palestinesi occupati<sup>54</sup>. Equiparando il pregiudizio arrecato ai coloni israeliani a un attacco contro lo Stato di Israele, si corre il rischio di riconoscere indirettamente e indirettamente legittimare la presenza stabile di cittadini israeliani in un territorio sul quale Israele non può esercitare la propria sovranità e che è considerato sottoposto ad occupazione illegale, in pieno contrasto con l'obbligo per il nostro Paese di non riconoscere in alcun modo tale occupazione illegale.

### 5. Considerazioni conclusive

La sentenza n. 32712 della Corte di Cassazione è estremamente interessante perché, rispondendo alle censure del ricorrente, i giudici di legittimità hanno fissato alcuni principi guida nell'interpretazione della disposizione normativa di cui all'art. 270-*bis* del codice penale. La Sesta Sezione, in tema di atti di terrorismo rivolti contro uno Stato estero, ha affermato che la previsione di cui all'art. 270-*bis*, comma terzo cod. pen. comprende anche le condotte violente, finalizzate a intimidire la popolazione civile realizzate in territori illegalmente occupati e al di fuori dei confini nazionali riconosciuti dall'ordinamento internazionale. Confermando le misure di custodia cautelare di una persona accusata di aver progettato un attacco terroristico in insediamenti israeliani in

46-60.

<sup>53</sup> Nel diritto internazionale, la nozione di Stato, al di là della tradizionale formula Stato-popolo-territorio, che trova la sua enunciazione più famosa nella Convenzione di Montevideo del 1933, può variare a seconda del contesto di applicazione o per essere più precisi può integrarsi ad altre nozioni strumentali ai fini dell'attuazione di particolari norme del diritto internazionale, si pensi a tal riguardo al concetto di "giurisdizione", declinato in varie maniere.

<sup>54</sup> Si veda il già citato parere del 2024 della CIG, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, cit., par. 267 ss.

Cisgiordania, la Corte interpreta l'articolo alla luce della Convenzione di New York sulla repressione del finanziamento al terrorismo, del regolamento UE con la quale l'organizzazione di appartenenza dell'uomo era stata inserita tra le organizzazioni terroristiche e di norme di diritto internazionale generale.

La Corte esclude, conformemente al diritto internazionale, che atti diretti contro la popolazione civile possano essere fatti rientrare nella reazione legittima di resistenza armata contro un regime di occupazione illegale. La Convenzione di New York, che informa l'art. 270-*bis*, prevede che sia atto terroristico anche quell'atto di violenza che compiuto nel contesto di conflitto armato e rivolto contro un obiettivo militare, abbia certe ed inevitabili gravi conseguenze in danno della vita e della incolumità fisica della popolazione civile, contribuendo a diffondere nella collettività paura e panico.

Meno convincente risulta tuttavia il ragionamento giuridico della Corte circa l'ampliamento della nozione di Stato estero ai fini dell'applicazione della norma. Scegliendo di non basarsi sul controllo effettivo di Israele, derivante dal regime di occupazione, benché illegale, sui Territori, la Corte considera invece che l'attacco terroristico verso la popolazione civile di uno Stato, ovunque commessa, integri una violazione dell'integrità dello Stato di appartenenza, e dunque si possano far rientrare nella nozione di Stato estero i cittadini di questo colpiti anche al di fuori dei confini internazionalmente riconosciuti. Pur tenendo in considerazione che nel campo della lotta al terrorismo internazionale, facendosi questa più articolata, si è andati verso una interpretazione sempre più "deterritorializzata" di terrorismo<sup>55</sup>, a nostro avviso è dubbio, dal punto di vista del diritto internazionale, che si possa *automaticamente* considerare l'attacco terroristico verso individui che si trovano al di fuori dei confini nazionali integrativo della nozione di Stato estero ai sensi dell'art. 270-*bis*. Ancora di più nel caso in cui l'attacco sia rivolto contro cittadini di uno Stato che hanno preso abituale residenza in un territorio occupato illegalmente dal proprio Stato.

<sup>55</sup> Si consideri ad esempio, la risoluzione 1373 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite del 2001: "States shall [e]nsure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice and ensure that, in addition to any other measures against them, such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts."